

**AET İLE TÜRKİYE ARASINDAKİ ORTAKLIK
HUKUKUNUN SERBEST DOLAŞIMA AİT
HÜKÜMLERİNİN, ALMAN YABANCILAR HUKUKUNA
GÖRE EŞLERİN GETİRİLMESİ UYGULAMASI
ÜZERİNE OLAN ETKİLERİ**

Prof. Dr. Hagen LICHTENBERG
(çev. Doç. Dr. Tankut CENTEL)

I. İncelemenin konusu ve sorun

1. Bu incelemenin konusu, Türk vatandaşları bakımından eşlerin getirilmesine ilişkin Baden - Württemberg'deki düzenlemenin, AET ile Türkiye arasındaki ortaklık anlaşmasının serbest dolaşıma ilişkin hükümleriyle bağdaşır olup olmadığı sorunudur.

Ailelerin getirilmesi hakkı, 20 Ekim 1981 tarihli Yabancılar Yasası'nın 30 Mart 1982'deki değiştirilmiş metninin¹ yürütülmesine ilişkin Baden - Württemberg Eyaleti İçişleri Bakanlığı'nın İdari Talimatı —aşağıda Yabancılar Genelgesi olarak adlandırılacaktır— tarafından sınırlanmıştır. Şöyle ki; yabancı işçiler, ancak evlendikten sonra enaz üç yıl meşru olarak Federal Almanya'da oturmuş bulunmaları şartıyla, yabancı eşlerini yanlarına getirtebileceklerdir. Bu bekleme veya devam süresi düzenlemesinin, Türk vatandaşları bakımından 12 Eylül 1962 tarihli AET ile Türkiye arasındaki Ortaklık Anlaşması² nin ve 23 Kasım 1970 tarihli AET ile Türkiye arasındaki Ortaklık Geçiş Dönemi Katma Protokolü³ nün

1) GABl 1981, 1613 ve 1982, 382.

2) BGBl Bölüm II 1964, 509 vd.

3) BGBl Bölüm II 1972, 385 vd.

işçi serbest dolaşımını amaçlayan hükümleriyle bağdaşır olup olmadığı gözden geçirilecektir. Ortaklık Anlaşması'nın 12 nci maddesiyle âkit taraflar, «aralarında serbest işçi dolaşımını kademeli olarak gerçekleştirmek için, Topluluğu Kuran Antlaşma'nın 48, 49 ve 50 nci maddelerini esas alma» taahhüdü altına girmişlerdir. Bunun için Katma Protokol'ün 36 ncı maddesi, «Topluluk üyesi devletler ile Türkiye arasında işçi serbest dolaşımı, Ortaklık Anlaşması'nın 12 nci maddesindeki esaslara uygun olarak, anılan anlaşmanın yürürlüğe girişinden sonraki onikinci yılın sonu ile yirmiikinci yılın sonu arasında kademeli olarak gerçekleştirilecektir. - Ortaklık Konseyi, bu konudaki gereken kuralları koyacaktır» hükmünü getirmektedir. Ortaklık Anlaşması ile Katma Protokol, AET gibi üye devletler tarafından da imzalanmış ve Federal Alman Cumhuriyeti'nce 13 Mayıs 1964⁴ ve 17 Mayıs 1972⁵ tarihli yasalarla onaylanmıştır.

Ortaklık Konseyi'nin şimdiye kadarki kararları, oturma hakkı sorunlarıyla ilgilenmek yerine, çalışma iznini kolaylaştırmayla yetinmektedir⁶.

2. Eşlerin getirilmesindeki üç yıllık bekleme süresinin, işgücü serbest dolaşımının bir sınırlamasını oluşturduğu olgusundan hareket edildiğinde; Ortaklık Anlaşması ile Katma Protokol'deki bu hükümlerin, daha şimdiden, yani öngörülen geçiş döneminin geçmesinden önce, yeni serbest dolaşım sınırlamalarının getirilmesine aykırı düşecek bir pozitif hukuk oluşturması sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu ise, biryandan Avrupa Topluluğu hukuk normları gibi hükümlerin doğrudan uygulanırlığını ve bunlara iç hukuk karşısında öncelik tanınmasını; diğer yandan da, geçiş döneminin sürmesine bakılmaksızın, bunların, bireysel hukuki durumlar oluşturabilmelerini gerektirmektedir.

4) BGBI Bölüm II, 509.

5) BGBI Bölüm II, 385.

6) Karş. son olarak Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı kararı (ANBA 1/1981, 4 vd.).

Buna göre, incelenecek sorun, aşağıdaki şekilde belirlenmektedir: AET ile Türkiye arasındaki Ortaklık Anlaşması'nın hükümlerinden, özellikle 12 nci maddesinden ve Katma Protokol'ün 36 ncı maddesinden, topluluğa üye devletlerin ailelerin getirilmesine yeni sınırlamalar getirmelerine aykırı düşen ve resmi merciler ile mahkemelerce gözönünde bulundurulması gereken bireysel haklar, Türk vatandaşları lehine doğmakta mıdır?

Bu karmaşık soru, üç değişik sorunu içermektedir:

Bunlardan birincisi, Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol hükümlerinin hukuki niteliği ile etkilerine, özellikle bunların ortaklık hukukuna mı yoksa milletlerarası sözleşme hukukuna mı ait oldukları sorununa ilişkindir. İkinci olarak, bu hükümlerin içeriğinin analizinde, bunların —ortaklık hukukunun bir parçası oldukları takdirde— bu konuda yürürlükte bulunan kurallar uyarınca ilgili işçiler ile eşleri için bireysel haklar oluşturup oluşturmadığı hususuna açıklık getirilecektir. Üçüncü sorunu; buraya kadar elde edilen sonuçların, 1981 tarihli Yabancılar Genelgesi üzerindeki somut etkilere, yani bunların, Türk vatandaşlarına bekleme süresi düzenlemesinin uygulanmasına aykırı düşüp düşmediğine ilişkin sorunlar oluşturmaktadır.

Bu sorunla sınırlanma; yabancılar hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanması sorunu açısından taşıdıkları önem hakkında herhangi bir görüşle bağlanılmaksızın, örneğin Avrupa Sosyal Haklar Antlaşması, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi, İktisadi - Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Anlaşma ve Helsinki Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Nihai Kararları gibi Avrupa Toplulukları Hukukunun dışındaki uluslararası anlaşmalardan doğan görüşlerle sınırlanmayı gerektirmektedir.

II. Ortaklık Anlaşması ile Katma Protokol'ün temel hükümleri

1. Serbest dolaşım hükümlerinin içeriği

AET ile Türkiye arasındaki Ortaklık Anlaşması'nda âkit taraflar, «aralarında serbest işçi dolaşımını kademeli olarak gerçekleştirmek üzere AET - Anlaşması'nın 48, 49 ve 50 nci maddelerini esas alma» yı kararlaştırmıştır. Bu görelî toplu yüküm; AET - Anlaşması'nın dayanılan maddesine ait bütün düzenleme alanını içerip içermeyeceği sorusu kadar amaçlanan hedefe ilişkin münferit adımların zaman ve kapsama ait şekillendirme sorununu da açık bırakmaktadır. Açık bırakılan bu soruları, Ortaklık Anlaşması'nın parçası olarak anlaşılan 23 Kasım 1970 tarihli Katma Protokol somutlaştırmaktadır. Ortaklığın geçiş dönemi, bu katma protokolle düzenlenmiştir⁷.

Bu nedenle, hukukî nitelik sorunu bakımından, her iki anlaşma birlikte ele alınabilmektedir. Katma Protokol'ün 36 ncı maddesinde, «Topluluk üyesi devletler ile Türkiye arasındaki işçi serbest dolaşımının, Ortaklık Anlaşması'nın yürürlüğe girişinden sonraki onikinci yılın sonu ile yirmiikinci yılın sonu arasında kademeli olarak gerçekleştirilmesi» öngörülmüştür. Ortaklık Anlaşması'nın 1 Aralık 1964'de yürürlüğe girmesi itibariyle, geçiş dönemi, 1 Aralık 1976'dan 30 Kasım 1986'ya kadar olan dönemi kapsamaktadır.

Katma Protokol'ün 36 ncı maddesi, serbest dolaşım kavramını da tanımlamamakta; lafzen çok açık olmamakla birlikte, Ortaklık Anlaşması'nın 12 nci maddesindeki esaslara yollama yapmaktadır. Bu durum, Ortaklık Anlaşması'ndaki serbest dolaşım kavramının, yorum yoluyla çıkarılmasını gerektirmektedir. Bunun için biryandan, 48 nci maddenin kap-

7) *Dimakopoulos*, «Überlegungen eines Griechen über das Schicksal der Freizügigkeitsbestimmungen des Assoziierungsabkommens der EWG mit der Türkei», *Demokratie und Recht* 1984, 93 vd.

samını belirlemenin anlaşma metninden kesin olarak çıkarılamayışı önemlidir. Diğer yandan, Katma Protokol'ün 37 nci maddesi, Ortaklık alanı içinde çalışan Türk işçilerinin çalışma şartları ile ücretlerine ilişkin bir ayırım yasağını içermekte ve 38 nci maddesi de, «Türkiye ile Topluluk üyesi devletler arasında işçilerin serbest dolaşımının kademeli şekilde gerçekleşmesine kadar, Ortaklık Konseyi'nin, Türk vatandaşı işçilerin her üye devlette çalışmalarını kolaylaştırmak üzere, bunların coğrafi ve mesleki hareketliliğiyle ilgili bütün sorunları, özellikle çalışma ve oturma izinlerinin uzatılmasını inceleyebilmesini» öngörmektedir. Bununla, AET - Antlaşması'nın 48 inci maddesinin esas içeriği —hareketlilik, iş pazarına giriş, ayırım yapmama— belirtilmiş olmaktadır⁸.

Ortaklık anlaşmasındaki serbest dolaşım hakkının, ailelerin getirilmesi dahil olmak üzere, ortaklık hukukuna ilişkin serbest dolaşımın bütün yönlerini kapsayıp kapsamadığının aydınlatılması sorunu⁹, bir yorum sorunudur. Böyle bir örnekten ayrılacak bir serbest dolaşım kavramına dayanmak isteselerdi, âkit taraflar, bunu katma protokolün yapıldığı sırada serbest dolaşımın ortaklık içindeki ilerlemiş durumunda açıkça belirtirlerdi, denilerek buna olumlu cevap verilebilir. Bunun ötesinde, erişilecek hedef hakkında somut bir düşünceye dayanılmadığında da, belirli bir zamanda serbest dolaşımın kademeli şekilde gerçekleştirilmesine ilişkin düzenlemenin fazla bir anlamı kalmayacaktır. Tabii, bu; Dimakopoulus tarafından temsil edilen, Ortaklık Antlaşması'nın 12 nci maddesindeki ihtiyatlı anlatımın, yani «AET - Antlaşması'nın 48, 49 ve 50 nci maddelerini esas almayı isteme» nin, AET - Antlaşması'nın 48 inci maddesinin yerine getirilmesine ilişkin münferit adımların ayrıntılarıyla henüz anlaşmanın yapıldığı sırada topluluk içinde tespit edilmemiş

8) Hailbronner, «Die Freizügigkeit türkischer Staatsangehöriger nach dem Assoziations - Abkommen EWG/Türkei», Europarecht 1984, 54 vd.; Krück, «Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach dem Assoziierungsabkommen EWG/Türkei», Europarecht 1984, 287 vd.

9) Dimakopoulus, 93 vd., 100.

bulunması nedeniyle, ulaşılabilecek nihai duruma değil de sadece serbest dolaşımın «kademeli şekilde gerçekleştirilmesi» usulünü ilgilendirdiği görüşüne uygun düşmektedir. Bu anlaşmanın hukuki niteliği sorunu ve bununla birlikte temel yorum ölçüleri aydınlığa kavuşturulduğunda, sözkonusu sorunun cevaplandırılması, Ortaklık Anlaşması'nın 12 nci maddesi ile Katma Protokol'ün 36 ncı maddesinin anlamlı şekildeki bir yorumuna kesin karar verilebilmiş olmasını gerektirmektedir.

2. AET/Türkiye ortaklığının uygulaması

Serbest dolaşım kurallarının yerine getirilmesi sözkonusu olduğunda, AET ile Türkiye arasındaki ortaklık uygulamasında şimdiye kadar, sadece ortaklık iş pazarında mevcut bulunan Türk işçilerin çalışma izni haklarının iyileştirilmesine ilişkin adımlara raslanmaktadır. Katma Protokol'ün 36 ncı maddesinin verdiği yetki temelinde Ortaklık Konseyi, serbest dolaşımın gerçekleştirilmesindeki ilk kademe hakkında 20 Aralık 1976 gün ve 2/76 sayılı¹⁰ ve ikinci kademe hakkında da 19 Eylül 1980 gün ve 1/80 sayılı¹¹ kararları almıştır. Son olarak anılan düzenlemenin yürürlük süresi, 30 Kasım 1983'e kadar sınırlanmıştır. Bugüne kadar da, bunu izleyen bir karar, henüz ortada yoktur.

1/80 sayılı kararın 13 üncü maddesi; topluluğa üye devletler ile Türkiye'nin, ülkelerinde, oturma ve çalışmaları usulü dairesinde olan işçiler ile bunların aile mensuplarının iş pazarına girişi için yeni sınırlamalar getirmelerini açıkça yasaklamaktadır. Buna karşılık, Türk vatandaşlarının topluluğa yeni girişleri sorunu ele alınmamıştır. Bununla birlikte, Türk işçilerin topluluğa yeni girişleri için 30 Kasım 1983'e kadar 1/80 sayılı kararlarla bir dondurma («stand still») kararlaştırıldığına ilişkin Federal Hükümet görüşünün¹², karar metninde hiçbir temeli bulunmamaktadır.

10) ANBA 9/1977, 1090 vd.

11) ANBA 1/1981, 4 vd.

12) Hailbronner, Auslaenderrecht, k. no. 887.

III. Avrupa Topluluğu ortaklık anlaşmalarının hukuki niteliği ve etkileri

1. Devletler hukukuna veya ortaklığa ilişkin olma özelliği

AET/Türkiye Ortaklık Anlaşması, bir «karma anlaşma» olarak, Topluluğun bizzat kendisi gibi üye devletler tarafından da akdedilmiştir. Bu «karma anlaşma» şekli; burada aydınlatılacak sorunlar için, anlaşma içeriğinin, topluluk hukukuna mı girdiği yoksa âkit taraflar arasında iki veya çok taraflı bir devletler hukukuna ilişkin anlaşma olarak mı kabul edileceği anlamlı sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bu ayrımın önemi; herşeyden önce, devletler hukukuna ilişkin normlar kural olarak sadece devletler için davranış yükümleri yaratırken, topluluk hukukunun bireysel hukuki durumlar kurabilme etkisinde yatmaktadır.

AET ortaklık anlaşmalarının, özellikle karma anlaşmaların hukuki tasnifi, öğretide ve mahkeme kararlarında yeknesak şekilde yapılmamaktadır. Bu nedenle, burada aydınlatılacak sorunun cevabı için, çeşitli durumlar açıklanacaktır.

a) Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın kararları

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, ortaklık anlaşması hükümlerinin hukuki niteliği ve etkileriyle uğraşma fırsatını, şimdiye kadar birkaç kez bulmuştur¹³. Bu kararlarda Adalet Divanı, ortaklık anlaşmaları hükümlerinin, «topluluk hukuk düzeninin bütünleyici bir parçası»nı oluşturduğu esasını ileri sürmüştür.

13) Bak. Rs. 181/73, *Haegemann*, EuGHE 1974, 449; Rs. 65/77, *Razanatsimba*, EuGHE 1977, 2229 vd.; Rs. 87/75, *Bresciani*, EuGHE 1976, 129 vd.; Rs. 104/81, *Kupferberg*, EuGHE 1982, 3641; Rs. 17/81, *Pabst-Richarz*, EuGHE 1982, 1337 vd.; Rs. 270/80, *Polydor*, EuGHE 1982, 329 vd.

aa) Bu görüşün temelleri, AET ile Yunanistan arasındaki anlaşmayı konu edinen **Haegemann** - kararında¹⁴ bulunmaktadır. Adalet Divanı, bu kararda burada aydınlığa kavuşturulacak sorunla ilgili olarak, şunları açıklamaktadır: «25 Eylül 1961 tarihli karardan anlaşılacağı üzere, Atina Anlaşması, Konsey tarafından Antlaşmanın 22 inci maddesi uyarınca akdedilmiştir. Bu anlaşma, böylece Topluluk için, bir topluluk organının m. 177/1 b anlamındaki fiilini anlatmaktadır. Söz konusu anlaşmanın hükümleri, bunların yürürlüğe girişinden itibaren, topluluk hukuk düzeninin bütünleyici bir parçasını oluşturmaktadır. Bu hüküm düzeniyle çizili çerçeve içinde Adalet Divanı, söz konusu anlaşmanın yorumu hakkında ön karar vermeye yetkilidir». Çok şekli ve bir karar için böylesine çok önemli, çok kesin olan bu gerekçe, sonraki kararlarda farklı bir görüşle ilerletilmiş ve maddi hukuka ilişkin gerekçelerle tamamlanmıştır.

bb) Bunlar, **Kupferberg** davasına ait kararda¹⁵, açıkça ifade edilmektedir: «Topluluğun kurulmasına ilişkin antlaşmada organlara, sadece topluluk içinde uygulanabilir hukuki işlemlerde bulunma değil, antlaşma hükümleri uyarınca üçüncü ülkelerle ve uluslararası örgütlerle anlaşmalar akdetme yetkisi de verilmiştir. Üye devletler ile bu organlar, m. 228/1 uyarınca, aynı şekilde söz konusu anlaşmayla bağlıdır. Buna göre, topluluk organları gibi üye devletler de, böyle anlaşmalardan doğan yükümlere uyulmayı sağlamak durumundadır. - Üye devletler; topluluk organlarınca akdedilen anlaşmalardan doğan yükümlere uyulmasına çalışarak, sadece alâkadar üçüncü ülke değil, aynı zamanda ve herşeyden önce, anlaşmanın usulü dairesinde yerine getirilmesi sorumluluğunu üstlenmiş olan topluluk karşısında da varolan bir yükümü yerine getirirler. Böyle bir anlaşmanın hükümleri, Adalet Divanı'nın daha önce 30 Nisan 1974 tarihli kararında¹⁶ belirttiği üzere, topluluk hukuk düzeninin bütünleyici bir

14) Rs. 181/73, EuGHE 1974, 449.

15) Rs. 104/81, EuGHE 1982, 3641.

16) Rs. 181/73, *Haegemann*, EuGHE 1974, 449.

parçasıdır. - Topluluk hukukuna ilişkin niteliği nedeniyle bu sözü geçen hükümler, topluluk içinde farklı hukuki etkiler gösteremezler. Bunların uygulamada topluluk organları veya üye devletler tarafından uygulanacak olmaları ve sonuncu halde, ilgili üye devlet hukukunun, kendi iç hukuk düzeninde bu akdedilen uluslararası anlaşmalara tanıyacağı etkinin derecesi, bir rol oynamaz. Böylece, anlaşma hükümlerini yorumlama yetkisi çerçevesinde bunların bütün topluluk içerisinde yeknesak şekilde uygulanmasını güvence altına almak, Adalet Divanı'nın işi olmaktadır».

Bu konuda ayrıca, ortaklık anlaşması hükümlerinin topluluk hukukuna ilişkin niteliğine itiraz etmediklerini muhakeme sırasında açıklamış olan üye devletler yönetimlerinin saptanmış olması da, kararın gerekçesinde önemle belirtilmektedir¹⁷. Burada Adalet Divanı, hükümlerin devletler hukukuna ilişkin kaynağını gözden uzak tutmamaktadır. Ancak, buradan çıkan belirleyici farklılıklar, bizzat hukuki kaynak sorununa değil de, etki sorununa bağlanmaktadır. Burada âkit tarafların, devletin dahili alanında başkasının hakkı olan faaliyetleri ve hukukunu, dürüstlük kuralı çerçevesinde üstlenilen yükümü kendi hukuk düzeni içerisinde yerine getirmeye uygun düşen hukuki önlemleri belirlemeyi (meğer ki, önlemlerin bizatihi anlaşmanın kendisinde öngörüldüğü, anlaşmanın anlam ve amacına göre olan yorumundan ortaya çıksın) kararlaştırma yetkileri önemle belirtilmelidir. Bu, topluluğun, kendi alanı içinde, ortaklık anlaşmaları hükümlerine dolaysız etki tanıma yetkisine şamildir. Topluluk hukuku, dolaysız etkiyi sadece, mutlak ve açık nitelikteki yükümleri konu edinen normlara tanımaktadır. Bu nedenle, ortaklık anlaşmasına ait bir hükmün, dolaysız etkide bulunabilmesi için, mutlak ve yeterince açık nitelikte kabul edilmiş olup olmadığı sorunu, hükmün parçası olduğu anlaşmanın çerçevesinde araştırılacaktır. Bu konuda, herşeyden önce anlaşmanın metni, anlam ve amacı ile sistematik ve bütünlüğü

17) EuGHE 1982, 3663.

üzerinde durulacaktır¹⁸. Bunun için, **Pabst-Richarz** davasına ilişkin karar, «özerk» yorum kavramını kullanmaktadır¹⁹. Buna göre; Adalet Divanı'nın görüşü; topluluğun ortaklarla olan ilişkin karar, «özerk» yorum kavramını kullanmaktadır¹⁹. Bu ile topluluk arasındaki ilişkide ise, topluluk hukukuna ait esasların geçerli bulunması gerektiği, şeklinde nitelenmektedir²⁰.

b) Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarının öğretideki eleştirisi

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarının çizgisi, öğretide özellikle (**Hailbronner**, Die Freizügigkeit türkischer Staatsangehöriger nach dem Assoziierungsabkommen EWG/Türkei, EuR 1984, 54 vd.; **Meessen**, Das Abkommen von Lomé als gemischter Vertrag, EuR 1980, 36 vd.; **Schröder**, in: **Von der Groeben Boeckh/Thiesing/Ehlermann**, Kommentar zum EWG - Vertrag, m. 228 k. no. 32 ve **Bleckmann**, Der gemischte Vertrag im Europarecht, EuR 1976, 301 vd.) tarafından eleştirilip incelenmektedir. Eleştirilerin esas yönü, ortaklık anlaşmaları hükümlerinin topluluk hukukunun parçası olarak görülmesi esasına değil de, düzenlenecek konunun topluluğun anlaşma akdetme yetkisine girip girmediği ayrımı yapılmaksızın, öncelikle bu esasın karma anlaşma hükümlerine yayılması doğrultusundadır. Sözkonusu eleştiri, özde topluluğa sınırlı yetki devri esasından hareket etmektedir. Bu esas, topluluğun yasama yetkisinin, ancak böyle bir yetki kendisine tadadi olarak tanındığında, bulunduğunu ifade etmektedir²¹. Topluluğun anlaşma akdetme yetkisi açısından

18) Rs. 104/81, EuGHE 1982, 3641.

19) Rs. 17/81, EuGHE 1982, 1337.

20) Ayrıca karşı. **Tomuschat**, «Zur Rechtswirkung der von der Europäischen Gemeinschaft abgeschlossenen Verträge in der Gemeinschaftsrechtsordnung», Gedächtnisschrift für L. Constantinesco, 801 vd.; **Bebr**, «Gemeinschaftsabkommen und ihre mögliche unmittelbare Wirksamkeit», Europarecht 1983, 123 vd.

bu, onun, ancak AET-Antlaşması'nın bu konuda açık bir yetkiyi içerdiği ölçüde genişleyebileceği anlamını taşıyacaktır. Bundan, karma anlaşmalarda topluluğun bağımsız devletler hukuku süjesi olarak kendisine devredilmiş anlaşma akdetme yetkileri çerçevesinde girdiği yükümlülüklerin, üye devletlerin ortaklığa dahil devlete karşı kabul ettikleri yükümlülüklerden ayırdedilmesi gerektiği sonucu çıkacaktır. Buna göre, sonuncu yükümlülükler, üçüncü devlete karşı üye devletlerin devletler hukukuna ilişkin anlaşma yükümlerini doğurabilecek ve hem topluluk hukuku uyarınca topluluk içinde yeknesak yürürlük gerektirecek, hem de topluluk hukukunun parçası olarak iç hukukun önüne geçecektir.

Hailbronner, düzenleme yetkisine göre ayırım yapmayı uygun görmektedir, çünkü, «aksi takdirde topluluk hukukuna yeknesak yürürlük tanındığında, her üye devlet devletler hukukuna ilişkin yükümlülüklerden sıyrılma yetkisini kaybedeceği için, üye devletlerin karma anlaşmaya katılmasından topluluğa geri alınamaz bir yetki devri ortaya çıkacaktır»²². Ancak, AET - Antlaşması'nda tanımlanmamış ortaklık anlaşmalarına ilişkin dolambaçlı yolda topluluğun, kendisi ile üye devletler arasındaki temel yetki dağılımını iç ilişkide değiştirecek duruma sokulması, kabul edilemeyecektir²³. Böylece, topluluğun anlaşma akdetme yetkisi sorunu, belirleyici ölçüt olarak ortaya çıkmaktadır.

c) Avrupa Topluluğu'nun anlaşma akdetme yetkisi

Adalet Divanı, karma anlaşmalar gibi yalnız topluluk tarafından akdedilmişlerle de ilgilenmiş olmasına rağmen, kararlarda topluluğun anlaşma akdetme yetkisinin genişliğiyle

21) Ayrıca krş. *Kaiser*, «Grenzen der EG-Zustaendigkeit», *Europarecht* 1980, 87 vd.; *Steindorff*, «Europaeisches Gemeinschaftsrecht», *Festschrift für Walther Kastner*, 1972, 475 vd.

22) *Hailbronner*, 64.

23) *Hailbronner*, 60.

ilgili ortaklık anlaşmaları sorunlarını açıkça ele almamıştır. Bu durumun; kararların kural olarak, toplulukları düzenleme yetkisinde tereddüt bulunmayan materyeli konu edinmiş olmasıyla açıklanması²⁴, yeterli değildir. Daha ziyade, antlaşma akdetme yetkisinin ve buna ait kurucu gerekçelere ilişkin genel sözlerin gerisinde, mahkeme kararlarının bu çizgisini görmek gerekmektedir. Bundan, kendisine dahili alanda devredilmiş düzenleme materyelini AET - Antlaşması m. 238 uyarınca ortaklık anlaşmalarının konusu yapmaya ilişkin olarak, topluluğa kapsamlı bir yetkinin tanındığı ortaya çıkmaktadır. Adalet Divanı, bu paralel düzenleme yetkisi görüşünü, esas itibariyle A.E.T.R. - kararında bırakmıştır²⁵. Bu kararın ilk ana görüşünün ilk paragrafı, şöyledir: «Topluluk, antlaşmayla ortaya konan amaçların her alanında, üçüncü devletlerle akdi yükümlülüklerle girmeye ehildir. Bu yetki, sadece antlaşmanın açıkça bahsetmesinden doğmamakta; diğer anlaşma hükümlerinden ve kendi çerçevesinde topluluk organlarının yaptıkları hukuki işlemlerden de çıkabilmektedir.» Bununla Adalet Divanı, topluluğun anlaşma akdetme yetkisine, sadece AET - Antlaşması bunu açıkça öngördüğü ölçüde sahip olacağı görüşünü reddetmiştir²⁶. Bu görüş, AET Antlaşması m. 238 uyarınca ortaklık anlaşması akdetme yetkisi için, sistematik ve maddi görüşlere dayanmaktadır.

aa) Ortaklık hukukunun içerik ve sistematigi

AET - Antlaşması m. 238, AET'ye «karşılıklı hak ve yükümlülükler, ortak tutumlar ve özel usullerle bir ortaklık kuran» antlaşmalar akdetme yetkisini tanımaktadır.

24) Karş. Hailbronner, 63.

25) Rs. 22/70, Europaeisches Übereinkommen über den Strassenverkehr, EuGHE 1971, 263 vd.

26) Ayrıca karş. Bleckmann, «Die Kompetenz der Europaeischen Gemeinschaften zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge», Europarecht 1977, 109 vd.

Bu anlaşmalar, Meclisin görüşü alındıktan sonra Konsey tarafından oybirliğiyle alınacak bir kararla aktolunacaktır.

Buna göre, ortaklık anlaşmaları yapma yetkisi, bu hükmün maddi etki alanı hakkında hiçbir ifade taşımamaktadır. Bu, daha çok, yorum yoluyla çıkarılacaktır.

1. Sistematik açıdan, öncelikle AET - Antlaşması m. 238'in AET Antlaşması m. 111 ve 113'le karşılaştırılmasında belirginleşen iki görüş, ortaya çıkmaktadır. Genel ticaret politikasına ilişkin olan 111 nci ve 113 üncü maddeler, yalnızca ortaklığın üçüncü devletlerle anlaşmalar akdetmesine ait açık yetkileri içermektedir. Tadadi yetkilendirme ilkesi, bu anlamda açık bir yetki - normu gerekecek şekilde, topluluğun dış yetkisi üzerine yayılacak olduğunda, bu, her iki düzenleme alanına ait objektif uygulama alanlarının pratik olarak birbirini tutması sonucunu doğuracaktır. Ancak o zaman da, sadece AET-Antlaşması m. 238'de öngörülen özel usul getirme imkânı dahi, AET - Antlaşması m. 114 uyarınca ticari anlaşmalardaki çoğunluk kararları imkânına karşılık, ortaklık anlaşmalarının akdedilmesinde oybirliğini aramayı mazur göstermektedir²⁷.

Diğer bir sistematik görüş olarak, AET - Antlaşması m. 238'in AET - Antlaşması sistemi içerisindeki konumu göz önünde bulundurulacaktır. Katılma usulüne ilişkin 237 nci ve anlaşmada değişikliğe ilişkin 236 nci maddelerle irtibatlı konum, belirli bir öze veya belirli bir politika alanına bağlan-

27) Karş. Vedder, Die auswaertige Gewalt des Europa der Neun, 1980, 59; Krück, Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europaeischen Gemeinschaft, 1977, 64; Petersmann, «Struktur und aktuelle Rechtsfragen des Assoziationsrechts», Zeitschrift für ausl. öffentliches Recht und Völkerrecht, cilt 35 (1975), 213, 284; Fischer, «Der Umfang der Befugnis der Europaeischen Gemeinschaft zum Abschluss von Handels - und Assoziierungsabkommen», Kölner Schriften für Europarecht 25, 17.

manın istenmediğini açığa çıkarmaktadır. Daha ziyade, AET anlaşmalarına katılmanın özel şekli olarak ortaklığın, AET - Antlaşması'nda düzenlenmiş maddeleri konu edinebileceğini göstermektedir. Buna göre, AET - Antlaşması m. 238, ortaklık içi düzenlemelerin dış alana aktarılmasına yolaçmaktadır²⁸.

2. **Hailbronner**'in bu görüşe karşı olan düşünceleri²⁹, ağırlık kazanmamaktadır. AET - Antlaşması m. 238 uyarınca ortaklık anlaşmalarının aktolunmasında oybirliği aranarak, üye devletlere istemedikleri ortaklık hukukuna ilişkin yükümlülüklerin getirilmemesi güvence altına alınmıştır. Böylece, ortaklık ile üye devletler arasındaki güç dağılımı sisteminde, hiçbir şey değişmemektedir³⁰. Bu incelemenin amaçları açısından, üye devletlerin anlaşma akdedilmesine iştirakinde, dogmatik olarak sırf bu amaç için bir anlaşma değişikliğinin görülüp görülmeyeceği sorununun³¹ deşilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

bb) Maddi hukuka ilişkin esaslar

Maddi hukuka ilişkin görüş açısından, bir yandan topluluk dolayısıyla üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmesinin sağlanması, diğer yandan da topluluğa ait düzenleme yetkisinin içeriksel temeli sözkonusu olmaktadır.

1. İlk görüşe ilişkin olarak, **Kupferberg** - kararının taşıdığı ikinci ana görüşte³², şunlar tespit edilmiştir: «Akdedilmesine organların yetkili olduğu devletler hukukuna ilişkin anlaşmalarla, AET - Antlaşması m. 228/2 uyarınca, üye dev-

28) *Krück*, 66; *Vedder*, 72.

29) *Hailbronner*, 54, 60.

30) Karş. *Tomuschat*, 801, 805; *Vedder*, 62.

31) *Bleckmann*, 301, 305.

32) Rs. 104/81, EuGHE 1982, 3641.

letler ile topluluk organları da aynı şekilde bağlıdır. Bu nedenle, böyle bir anlaşmadan doğan yükümlülüklerle uyulmasına çalışarak üye devletler, sadece ilgili üçüncü devlete değil, ayrıca ve öncelikle anlaşmanın usulüne uygun şekilde yerine getirilmesinin sorumluluğunu üstlenmiş olan topluluğa karşı mevcut bir yükümü yerine getirmektedir. O bakımdan, bu anlaşma hükümleri, topluluk hukuk düzeninin bütünleyici bir parçasını oluşturmaktadır.

Ortaklık hukukuna ilişkin nitelikleri nedeniyle, bu akdi hükümler; uygulamada ister topluluk organları isterse üye devletler tarafından uygulanacak olsunlar ve son belirtilen durumda ilgili üye devletin hukuku bunlarca akdedilen uluslararası anlaşmalara iç hukuk düzeni içinde hangi etkiyi tanırsa tanırsın, topluluk içerisinde değişik hukuki etkiler gösteremez. Böylece, anlaşma hükümlerini yorumlama yetkisi çerçevesinde, yeknesak bir uygulamayı tüm topluluk içerisinde güvence altına almak, Adalet Divanı'nın işi olmaktadır». Adalet Divanı'nca geliştirilen topluluk hukuku dogmatığının şekillendirdiği «işlev ehliyetinin güvencesi» (effet utile) öğretisinin bir varyantının yorum ölçüsü olarak içinde yer aldığı bu argüman³³, topluluğun iç ilişkiler üzerindeki maddi yetkisinin sınırlanmasına ilişkin dar görüşe aykırı düşmektedir. Bu konuda, ayrılaşmaya aykırı düşen salt pratik sınırlama güçlükleri, kesinlikle sözkonusu değildir³⁴. Daha ziyade, topluluk ile üye devletlerin ortak anlaşma akdetmesi, anlaşmanın yerine getirilmesi konusunda her ikisi için ortak bir sorumluluk yaratmaktadır. O bakımdan, anlaşma akdedilmesi yoluyla üye devletler, müteselsilen yükümlülük altına sokulmaktadır. Buna karşılık Hailbronner'in görüşü³⁵; ortaklık anlaşmasından doğan topluluk hukukuna ilişkin ilişkilerin yanısıra, üye devletler ile ortak arasında metin olarak bir-

33) Karş. Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europaeische Gemeinschaft-Rechtsordnung und Politik, 2. bası, 1982, 203 vd.

34) Karş. Bebr, 128 vd., 154.

35) Hailbronner, 54, 64.

birine uygun olan ancak hukuki anlamları itibariyle farklı bulunan iki taraflı bir antlaşmalar demetinin varolduğu sonucuna götürecektir. Buraya, üye devletlerin kendi düzenleme yetkilerine düşen hükümlerden münferiden «sıyrılabilirleri» imkânı açıkça dahil edilmiştir³⁶. Böylece, ortaklık anlaşmalarının amaç ve işlev ehliyetinin kesin tehlike altına sokulması, imkân dahilindedir. Üye devletlerin ilgili devletle olan iki veya çok taraflı anlaşmaları yoluyla değil de, topluluğa ait bir ortaklık anlaşması çerçevesinde üçüncü devletler için belirli hukuki ilişkiler düzenlenmesi, topluluk hukuku için geçerli olan esaslara uygun olarak topluluk içinde anlaşma hükümlerinin yeknesak şekilde geçerli olmasını mantıken gerektirmektedir.

2. Ayrıca, nihayet bu sonuca ulaşılmayacak olduğunda, işçi serbest dolaşımının düzenlenmesi örneği, topluluk hukukuna ilişkin düzenleme yetkisi görüşünün, içerik bakımından da haklı olduğunu göstermektedir:

Topluluk üyesi devletlerden birinin uyruğunda olan işçiler ile topluluk iş pazarına işçi olarak katılan üçüncü devletlerin uyruğundakiler arasında çeşitli statü gruplarının yaratılması; sadece Adalet Divanı'nın *Rutili* - kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne açıkça dayanma yoluyla yaratılan serbest dolaşım hakkının temel hak niteliğiyle (ki, sorunla ilişkili olarak, ortaklık serbest dolaşımının içeriğine de ayrıca değinilecektir) çelişmemekte³⁷, AET - Antlaşması m. 48 vd.'na temel oluşturan serbest arz ve talep ilkesi sistemine tabi olmayan bir iş pazarı parçasının ayırılması yoluyla ortak pazarın işleyişini etkilemektedir. Bu nedenle *Hailbronner*'ce³⁸ bulunamayan ve işçi serbest dolaşımına ilişkin üçüncü ülke-düzenlemeleri ilişkisinin nesnel nedeni, topluluğa ait düzenleme yetkisi içinde kolayca seçilmektedir.

36) *Hailbronner*, 64.

37) Rs. 36/75, EuGHE 1975, 1219.

38) *Hailbronner*, 54, 60.

cc) Antlaşma akdetme yetkisinin sınırları

Buna göre, Avrupa Topluluğu'nun anlaşma akdetme yetkisinin sınırları, önce ortaklık hukukunun ortaklığa yetki tanımadığı yere çekilecektir. Bu, AET/Türkiye Ortaklık Anlaşması'nda, Türkiye'ye karşı üye devletlerin mali ve teknik yardım hakkındaki kurallara ilişkindir. O bakımdan, üye devletler, ortaklık yetkisini aşan yükümleri üstlenmişlerdir. Karma anlaşmanın hukuki şeklinin seçimini esas haklı gösteren, budur³⁹. Şeklen bu, mali düzenlemelerin, mali protokolde ayrı ayrı metinlerde ele alınması yoluyla ifade edilmiştir.

Buna karşılık, anlaşma şekli hukuken gerekli olmaksızın âkit taraflar üzerinde farklı görüşler etkili bulunduğu⁴⁰, uygulamada ortaklık üzerinde karma anlaşmaların ağırlık kazandığı söylenememektedir⁴¹.

d) Ara sonuç

Böylece, ara sonuç olarak, ortaklık anlaşmalarının, karma anlaşma olup olmadıklarına bakılmaksızın, ortaklık hukukunun parçası haline geldikleri görülmektedir.

2. Ortaklık anlaşmaları hükümlerinin iç hukuktaki etkisi

Ortaklık anlaşmaları hükümlerinin hukuki niteliğine ilişkin bulguya dayanılarak, artık bunların ortaklık hukukunun dahili alandaki etkisine de katılıp katılmadıkları sorulacaktır.

Bu, yurttaşların bireysel haklarının ve görevlerinin tesirindeki doğrudan uygulanma ile ehliyet ve topluluk mercilerine, herşeyden önce Adalet Divanı'na tanınan geniş güçte,

39) Karş. *Vedder*, 59, 62.

40) Karş. *Bleckmann*, 301, 303 vd.

41) *Hailbronner*, 54, 58.

yani ortaklık hukukunun yerine getirilmesinin dahili icrası açısından da denetlenmesinde belli olmaktadır.

Söz konusu ilkelerin temelleri, Adalet Divanı'nın **Gend-Loos** davası⁴² ile **Flaminio Costa**'nın **ENEL**'e karşı olan davasına⁴³ ilişkin kararlarından beri, burada söz konusu sorunla ilgili derin bir tartışmayı gereksiz kılacak derecede, topluluk hukuk düzeninin doğal parçası durumuna gelmiştir.

Topluluk hukuku normlarının iç hukukta doğrudan geçerli olabilmesi için, herşeyden önce, topluluk hukukuna veya iç hukuka ilişkin yürütme hükümlerini taşıyacak genelge normunu bağımsız kılan yeterli serbestinin ve sadece devletler için değil, bireyler için de hukuki sonuçlar kurmaya yönelik bir uygun norm amacının bulunması şarttır⁴⁴. Bu normlar, bir yandan siyasal program esaslarından ve diğer yandan da, açıkça devletlere yönelik olan yükümlülüklerden ayırde dilmelidir.

a) Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın kararları

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, ortaklık anlaşması sorunlarına ilişkin kararlarda, bu çeşit anlaşma hükümlerinin de iç hukuk alanında doğrudan uygulanabilir olması esasını işlemiştir⁴⁵. **Pabst-Richarz** - kararında Adalet Divanı, Yunanistan'la olan Ortaklık Anlaşması m. 53/1 hakkında, şunları belirtmiştir: «Atıf yapılan Ortaklık Anlaşması m. 53/1'in metninden ve buna ait amaç ve özden böylece, ülke içindeki konyakları Yunanistan'dan sokulan konyaklara karşı vergi bakımından teşvik edici bir hafifletici milli mevzuat hükmünün aykırı düştüğü ortaya çıkmaktadır. Bu hüküm, yerine getirilmesi veya etkisi diğer bir hukuki işlem hükmüne bağlı

42) Rs. 26/62, EuGHE 1962, 1.

43) Rs. 6/64, EuGHE 1964, 1251.

44) Karş. *Steindorff*, 480.

45) Karş. Rs. 104/81, *Kupferberg*, EuGHE 1982, 3641; Rs. 17/81, *Pabst-Richarz*, EuGHE 1982, 1331.

olmayan açık ve seçik bir yükümlülüğü içermektedir. Bu şartlarda m. 53/1'in, yürürlüğe girişin üçüncü yılının başından itibaren, yani üçüncü fıkrasına göre bu hükümlere aykırılığı düşen bütün önlemlerin kaldırılacağı anda doğrudan uygulanabilir olduğundan hareket edilecektir.»

Portekiz'le olan Anlaşma m. 21/1'e ilişkin olarak, Kupferberg kararında, şöyle denilmektedir: «Ancak, buna rağmen böyle bir hükmün, doğrudan etki yaratmak için mutlak ve yeterince açık şekilde getirilmiş olup olmadığı sorusu, hükmün ait olduğu anlaşma çerçevesinde araştırılmalıdır. Bu nedenle, Ortaklık ile Portekiz arasındaki Anlaşma m. 21/1'in doğrudan etkisine ilişkin ön belirleyici sorunun cevaplandırılması, için, önce bu hükmün, anlaşmanın anlam ve amacı açısından olduğu kadar bütünlüğü bakımından da incelenmesi gerekir».

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, böylece ortaklık hukukunun doğrudan uygulanırlığına ilişkin esasları şematik olarak yaymamakta; ilgili anlaşmanın «topluluk hukuku geri planında» karar verilecek olan hedef ve amacına, maddi hukuka ilişkin görüşle bağlanmaktadır. Bu, serbest ticaretten kısmi bütünleşmeye kadar kurulabilecek ortaklık tiplerinin yayılı olduğu geniş tayf üzerinde, tamamıyla hâkimdir.

Bununla birlikte, bu yorumun somut sonucu, AET - Antlaşması'ndaki ve ortaklık anlaşmasındaki kavramların, aynı veya benzer metne rağmen mutlaka aynı anlama gelmek zorunda bulunmayışı olabilir⁴⁶. Ancak, hükmün hukuk tekniği açısından açıklığa kavuşturulması, yani yerine getirilebilir bir düzenlemenin bulunması talebi, esas itibariyle aynı kalmaktadır. Kişinin münferiden bu hakka dayanmasını tanıma da, hukuk devleti sisteminin mantığında yatmaktadır⁴⁷.

46) Karş. Rs. 270/80, *Polydor*, EuGHE 1982 329'daki karar.

47) Karş. *Tomuschat*, 818 vd.

b) AET/Türkiye Ortaklık Anlaşması ile Katma Protokol'ün serbest dolaşıma ilişkin hükümlerinin doğrudan uygulanırılığı

Yukarıdaki esaslara göre artık, Katma Protokol'ün 36 ve 37 nci maddeleriyle bağlantılı olarak AET/Türkiye Ortaklık Anlaşması'nın 12 nci maddesinin, iç hukuk alanında uygulanır olup olmadığı sorusuna bir cevap aranmalıdır.

aa) Metin

Ortaklık Anlaşması'nın 12 nci maddesinin, âkit tarafların «aralarında serbest işçi dolaşımını kademeli olarak gerçekleştirmek için, AET-Anlaşması'nın 48, 49 ve 50 nci maddelerini esas almayı istemeleri» şeklindeki metni, gerek ulaşılabilecek hedef ve gerekse usule ilişkin adımlar bakımından, doldurulmaya muhtaç bir ifadedir.

Öğretide, bundan sadece serbest dolaşıma ait bir «çekirdek alan» ın çıkarılması gerektiği, ancak topluluk düzenlemesine ilişkin bütün ayrıntıların ortaklık serbest dolaşımına yayılamayacağı görüşü çoğunlukla savunulmaktadır⁴⁸. Herşeyden önce, bu yükümlülük metninin, AET ile Yunanistan arasında iki yıl daha önce akdedilen ortaklık anlaşmasının 44 üncü maddesindeki benzer düzenlemeye⁴⁹ göre daha büyük ölçüde açık tutulmuş bulunması olgusu, belirtilen görüşün lehinedir. Katma Protokol'ün 36 nci maddesi, kendisi bakımından serbest dolaşım kavramını, içerik itibariyle değil de, sadece bunun yerine getirileceği zaman programı açısından kesinleştirmektedir. İçerik itibariyle somutlaştırılmamış bir hedefe erişilmede sadece zamana ait çerçeve kararlaştırıldığında, böyle bir formüle edişin mantıki olmadığına daha önce girişte değinildi. Bu nedenle, buradan **Dimakopoulos'**

48) Karş. Krück, «Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach dem Assoziierungsabkommen EWG/Türkei», 287 vd.

49) Amtsblatt der EG 1963, 294.

ca çıkarılan sonucun⁵⁰; Ortaklık Anlaşması m. 12'deki «esas alma» anlatımının, serbest dolaşımın içeriğine değil, sadece onun gerçekleştirme şekillerine ilişkin hareket serbestisini yaratması gerektiğini haklı kılıp kılmadığı sorulacaktır. Bununla birlikte, sözkonusu soru, bu incelemenin amacı bakımından, açık kalabilir. İncelenecek sorunun cevaplandırılması için sadece, aile üyelerinin getirilmesinin, anlaşma hükümlerinden çıkarılacak olan serbest dolaşım hakkının o çekirdek alanından sayılıp sayılmayacağı önemlidir⁵¹. Bu konuda sadece, Katma Protokol'ün 37 nci maddesiyle getirilen, AET içinde çalışan Türk işçilerine çalışma şartları ve ücret bakımından farklı muamele yasağı açıkça belirtilmiştir.

Krück, iş pazarına girişi (istekte bulunma özgürlüğü) ve isteğin olumlu karşılanmasından sonra oturma hakkını, işçi serbest dolaşımının vazgeçilmez unsurları olarak görmektedir. Aile üyelerinin getirilmesi, bu görüşe göre, çekirdek alana ait bulunmamaktadır. Bunların hukuki durumu, münhasıran tâli hukuka dayanmaktadır⁵². AET - Antlaşması m. 48 vd.'daki işçilerin serbest dolaşımı, bu görüşe göre, sadece AET - Antlaşması m. 3 c'deki serbest işçi geliş - gidişlerinin bir parçasını oluşturmaktadır. Aile üyelerinin konumu, esas itibarıyla 1612/68 sayılı Yönetmelik⁵³'le yaratılmıştır. AET - Antlaşması m. 48'in düzenlenecek içeriğini aşan hükümler, topluluk hukuku bakımından emredici değildir ve sosyal açıdan istenilirliklerine bakılmaksızın, mutlaka bir ortaklık serbest dolaşımına devredilmek zorunda bulunmamaktadır⁵⁴.

Bu görüş, tamamen inandırıcı değildir. Gerçi, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın **Polydor** - kararında⁵⁵ önemle

50) *Dimakopoulos*, 83 vd.

51) *Karş. Krück*, 287, 288.

52) *Karpenstein*, in: von der Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG - Vertrag, Vorbemerkung 14 zu Art. 48, 49.

53) *Amtsblatt Nr. L 257/2*.

54) *Karş. Krück*, 287.

55) *Rs. 270/80, EuGHE 1982, 329, 348*.

belirttiği gibi, topluluk sözleşmeleri ile ortaklık anlaşmaları hükümlerinin metinlerinin uyuşmasına veya benzerliğinin, mutlaka bu hükmün aynı anlamdaki bir yorumunu gerektirmeyişi doğrudur. Bu, daha ziyade, anlaşmanın amaç ve sistematikliğinden çıkacaktır.

bb) Amaç

AET ile Türkiye arasındaki ortaklık anlaşmasının serbest dolaşıma ilişkin düzenlemesinin amacı, esas itibariyle, AET - Antlaşması'nın 48 inci maddesinin amacından ayrılmamaktadır. Her iki halde, biryandan bütünleşmiş bir iş pazarının yaratılması yoluyla işgücü için elverişli değerlendirme şartlarının oluşturulması, diğer yandan da işçilerin temel, yani insan haklarına ilişkin konumu sözkonusudur. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, **Rutili** - kararında⁵⁶, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8-11 nci maddelerinde ifade edilen genel esasa dayanarak, serbest dolaşım düzenlemesinin temel hak niteliğini önemle belirtmiştir⁵⁷. Burada özellikle, herkese özel hayata ve aile hayatına saygı talep etmeyi güvence altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8/1 gözönünde bulundurulacaktır. Bundan belki, yabancı bir ülkede oturmaya izin verilmeye ilişkin hiçbir doğrudan talep hakkı çıkarılmasa bile⁵⁸, yine de bu düzenleme, üye devlet anayasalarıyla ortak olan ve böylece AET - Antlaşması m. 48'deki serbest dolaşım hakkının varlığını şekillendiren genel hukuki esaslara ait bulunmaktadır. Ortak Pazar'daki özgürlüklerin temel hak niteliğini **Bleckmann**⁵⁹, son derece isabetli olarak, şöyle tespit etmektedir: **AET-Antlaşması; Avrupa Konseyi'nin statüsünde ve çeşitli sözleşmelerinde, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Avrupa Sosyal Hak-**

56) Rs. 36/75, EuGHE 1975, 1219.

57) *Huber*, «Europäische Menschenrechtskonvention und Familien-nachzug», NJW 1985, 1247 vd.

58) Karş. BVerwG, NJW 1984, 2775, 2779.

59) *Bleckmann*, «Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte - Das Europa der zweiten Generation», Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, cilt 2, 665 vd.

lar Sözleşmesi'nde belirtilen milli ve Avrupalı geleneklerin oluşturduğu geri plân içinde görülmek gerekir. Bu, Ortak Pazardaki özgürlüklerin; kişiliğin serbest geliştirilmesinin, insan haysiyetinin korunmasının aracı olarak görülmesini gerektirmektedir. Bununla Ortak Pazar'daki özgürlüklere, özgürlüklerin yorumunda da dikkate alınacak olan, yeni bir bileşke katılmaktadır. Böylece, özgürlükler, insanların ihtiyaçları ışığı doğrultusunda ve 'in dubio pro libertate' esasını gözönünde bulundurarak yorumlanmalıdır» (sh. 667) ... «Bu nedenle, anlaşmanın iktisadi niteliğine uygun olarak, serbest dolaşım hakları sadece dış ülkede ücretli iş karşılığında sağlansa bile; böyle bir faaliyette, salt özel, iktisadi faaliyete ilişkin olmayan alanlar sözkonusu olsa dahi, konuk işçinin oturmasına ilişkin çıkarlar bütünü korunmak zorundadır» (sh. 676). Topluluk serbest dolaşımı ile ortaklık serbest dolaşımının uyuşan amacı karşısında, temel hakka ilişkin bileşke farkı uygulanamaz.

Buna göre, ailelerin getirilmesi, ortaklık serbest dolaşımının da asgari varlığını oluşturan serbest dolaşım hakkının çekirdek alanına ait bulunmaktadır. Bu nedenle, Ortaklık Anlaşması m. 12 ile Katma Protokol m. 36'dan çıkan serbest dolaşımın, ailelerin getirilmesini de kapsadığından hareket edilecektir.

Bu sonuç, Ortaklık Konseyi'nin uygulamasıyla da doğrulanmıştır. Serbest dolaşımın ikinci kademesi hakkındaki 1/80 sayılı kararın⁶⁰ 7, 10, 11 ve 13 üncü maddelerinde işçilerin aile mensupları, esaslı noktalarda bunların kendileriyle aynı duruma getirilmiştir. Ortaklık Konseyi'ne, bu metnin içeriği hakkında tanımlama gücü değil de, sadece Ortaklık Anlaşması m. 12'de tasarlanan serbest dolaşımı gerçekleştirme usulünü tespit etmek devredilmiş bulunduğundan, sözkonusu hükümler, aile mensuplarının haklarının ortaklık serbest dolaşımının parçası olduğu görüşünün açık ifadesi olmaktadır.

60) ANBA 1981, 4 vd.

cc) Belirlilik

İşçi serbest dolaşımı, Katma Protokol m. 36 uyarınca, 30 Kasım 1986 tarihine kadar kademeli olarak gerçekleştirilecektir. Bunun için gerekli kuralların tespiti, Ortaklık Konseyi'ne verilmiştir.

Buna göre, Ortaklık Konseyi bu anlamda kurallar saptayacak halde olmadığı sürece, sözkonusu kuralların bu nedenle doğrudan uygulanırlığının gözönünde bulundurulup bulundurulmayacağı sorusu sorulacaktır. Federal İdare Mahkemesi'nin 18 Eylül 1984 gün ve AZ. 1 A 57.83 sayılı karardaki görüşüne göre; mevcut davanın konusu, öngörülen geçiş döneminin bitimine kadar Ortaklık Konseyi'nin, kendisine verilen yetkiler çerçevesinde karar verme imkânının bulunup bulunmadığıdır.

Bu bakış açısı, politik olarak çok gerçekçi değilse de, hukuken kayda değerdir. Ortaklık Anlaşması'nın 12 nci ve Katma Protokol'ün 36 ncı maddelerinden ortaya çıkan davranış yükümleri, anlaşmanın yetki dağıtımına göre, Ortaklık Konseyi'nin kararları yoluyla somutlaştırılmaya muhtaçtır⁶¹. Böylece, bu yükümler bakımından doğrudan uygulanmanın şartlarından birisi, en azından geçiş süresinin bitimine kadar mevcut bulunmamaktadır. Sürenle bitimine kadar Ortaklık Konseyi'nin muhtemel hareketsiz kalışının sonuçları, bu incelemenin konusu değildir.

c) Dahili durdurma yükümü mü?

Ortaklık Anlaşması'nın 12 nci ve Katma Protokol'ün 36 ncı maddelerinde, gerçekleştirilecek hukuki durum bakımından bireysel olarak etkileyici haklar ve yükümler getirecek esaslı bir elverişlilik, Ortaklık Konseyi'nin gerekli gerçekleştirici kararları yüzünden, mevcut bulunmamaktadır. Buna

61) Krück, 287, 290.

rağmen, her dolaysız etki, imkânsız değildir. Dinamik tabiatı nedeniyle icraya yetki organın şekillendirme özgürlüğü bakımından bu hukuki niteliğe sahip olmayan bir düzenleme görevi, belki durdurma şartı olarak tamamiyle kesin ölçüler verebilir⁶².

aa) Hukuki esas olarak Ortaklık Anlaşması m. 7

Anlaşmanın hedeflerinin gerçekleşmesini tehlikeye sokabilecek her önlemden kaçınmayı âkit taraflara yükleyen Ortaklık Anlaşması m. 7/2, böyle bir etkinin hukuki esası olmaktadır.

Bu hüküm, Ortaklık Anlaşması m. 12 ve Katma Protokol m. 36'yla bağlantılı olarak, Adalet Divanı tarafından yürürlüğe konusu Ortaklık Konseyi'nin yetkilerine dokunmayacak yeterince belirli bir yasağı içermektedir. Bu konuda Adalet Divanı, **Kupferberg** - kararında⁶³, ne ortaklık anlaşmasının yürütme için özel bir temel çerçeve yaratmış olması olgusunun ve ne de koruma kayıtlarının varlığının, genel olarak bu anlaşmanın belirli hükümlerinin muhtemel bir doğrudan etkisine aykırı düşmediğini açıklığa kavuşturmuştur.

Federal İdare Mahkemesi, 18 Eylül 1984 tarihli kararda —çok kesin olarak— Yabancılar Genelgesi'yle ailelerin getirilmesini sınırlamanın öngörülen zamana kadar serbest dolaşımın gerçekleştirilmesini zorlaştırmadığı görüşünü kabul etmiştir. Bu nedenle Yüksek Mahkemeye göre, Ortaklık Anlaşması m. 7'ye temas edilmemiştir.

Bu görüş, sorunu gereğince takdir etmemektedir. Anlaşmanın esas hedefi, burada, ailelerin getirilmesi hakkını içine alan serbest dolaşımın gerçekleştirilmesidir. Bu hakkı sınırlayan devletçe alınacak önlemler, aynı zamanda tasarlanan durumun gerçekleştirilmesini güçleştirmekte ve bu ne-

62) Karş. *Tomuschat*, 810.

63) Rs. 104/81, EuGHE 1982, 3641.

denle de, serbest dolaşımın kademeli şekilde gerçekleştirilmesi tasarısını tehlikeye sokmaktadır.

Böyle bir serbest dolaşımı gerçekleştirmenin amacı, bütünleşme hareketinin, ani ve kontrol edilemeyecek nitelikteki geniş göç hareketleri önlenerek, düzgünce geliştirilmesinde yatmaktadır. Serbest dolaşımın kademeli şekilde gerçekleştirilmesi tasarısına aykırı olacak bir önlem, geçiş döneminin sonunda öngörülen usulle kendisinden kaçınılması gereken ani bir açığın iş pazarında oluşması sonucunu yaratacaktır. Koruyucu önlemlerin gerekmesi veya sözleşmenin bozulması tehlikesi pratikte daha önceden programlanmalıdır. Böylece, serbest dolaşımın kademeli şekilde gerçekleştirilmesine karşı yönelecek her önlem, ortaklık anlaşmasının hedeflerinin tehlikeye sokulmasını oluşturacaktır.

Yunanistan'ın girişine ilişkin belgelerin⁶⁴ 45 inci maddesine göre, işçi serbest dolaşımının gerçekleştirilmesindeki geçiş döneminde, Yunan uyruklular için iş pazarına girişte ağırlaştırılmış düzenlemelerin getirilmesini, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, **Peskeloglou** olayında⁶⁵ geçersiz saymıştır.

Ortaklık anlaşması ile giriş belgeleri somut hedef belirlemeleri bakımından birbirinden ayrılırlar da, her iki sorunun durumu, bu kararın tartışılmasını gerektiren ve Federal İdare Mahkemesi'ne de —özellikle AET - Antlaşması m. 177 uyarınca Adalet Divanı'na gönderme bakımından— iyice arka çıkabilecek bir sürü benzerlik ve uygunluk göstermektedir.

AET/Türkiye Ortaklık Anlaşması, katılma ortaklığı olarak, bütünleştirici niteliğe sahiptir. Buna göre, serbest dolaşım hükümlerinin konusu, iş pazarıyla ilgili bir kısmi bütünleşmedir. O bakımdan, Ortaklık Anlaşması m. 12, hiç olmasa çekirdek alanın burasıyla ilgili görünüşü içerisinde, AET-Antlaşması m. 48'in işlev ve hedeflendirilişine uymaktadır.

64) Amtsblatt L 291, 1979, 27.

65) Rs. 77/82, EuGHE 1983, 1085.

Bundan dolayı, serbest dolaşımın gerçekleştirilmesini değil de sınırlandırılmasını amaçlayacak önlemler getirilmiş olsa, bu geçiş dönemindeki bütünleşme amacının anlamıyla çelişecektir.

Bu bakımdan, Ortaklık Anlaşması m. 12'yle bağlantılı olarak Ortaklık Anlaşması m. 7 ile Katma Protokol m. 12'nin, devlete ait önlemlerle yeni serbest dolaşım sınırlamalarının getirilmesi konusunda doğrudan uygulanır bir yasağı içerdiği noktası üzerinde takılıp kalınmalıdır. Bununla birlikte, Katma Protokol m. 60 ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi kararı m. 2 uyarınca koruyucu önlemler alma imkânı, bu arada dokunulmadan durmaktadır.

bb) Sistematik durum

Bu görüş, Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı kararının⁶⁶ 13 üncü maddesinde iş pazarına giriş için yeni sınırlamalar getirmeye ilişkin açık bir yasağın konulmasıyla çelişmemektedir. Gerçi bu, Ortaklık Anlaşması m. 7'nin bir genel kötüleştirme yasağı anlamında yorumlanmayacağı sonucuna cevaz verebilmektedir. Çünkü, böyle bir yasağın, açıkça düzenlenmiş olmaya ihtiyacı yoktur. Bununla birlikte, 1/80 sayılı kararın 13 üncü maddesi, genel bir kötüleştirme yasağının somutlaştırılması olarak, özellikle ortaklık serbest dolaşımının içerik itibariyle etki alanına ait hükmün güvensizliği bakımından, anlamlı bir işleve de sahiptir. Bunun kenarları, sözgelimi **Krück**⁶⁷'de olduğu gibi nispeten daraltıldığında, aile mensuplarının teşmili açık ve Ortaklık Anlaşması m. 7'nin etki alanını aşacak derecede yeterli bir güvenceye muhtaç olacaktır. O bakımdan, 1/80 sayılı kararın 13 üncü maddesi, kötüleştirme yasağının bütün ortaklık alanı için bu hükümle sınırlı olduğu sonucuna zorlamayan, anlamlı bir açıklayıcı işleve sahibolabilecektir.

66) ANBA 1981, No. 1, 1 vd., 9.

67) *Krück*, 287 vd.

cc) Ara sonuç

Buna göre ara sonuç olarak, Ortaklık Anlaşması m. 12'yle bağlantılı şekilde Ortaklık Anlaşması m. 7 ile Katma Protokol m. 36'nın, Türk vatandaşlarına karşı doğrudan uygulanır bir serbest dolaşım sınırlamaları yasağını geliştirdiği noktası üzerinde takılıp kalınacaktır.

IV. Çıkarılan sonuçlar

1. Yabancılar Genelgesi'nin Türk vatandaşlarına uygulanamazlığı

1981 tarihli Yabancılar Genelgesi'yle ailelerin getirilmesini güçleştirme, daha önceki açıklamalarda, Ortaklık Anlaşması m. 7'yle bağdaşmaz görünmüştür. Bu anlaşma hükmü, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın kararlarında bu sorun hakkında geliştirilmiş esaslara göre, iç hukuk alanında doğrudan uygulanır niteliktedir. Topluluk hukukunun parçası olarak, kendisine aykırı olan iç hukukun önüne geçmektedir.

Bu nedenle, oturma izni verilmesi için evlenmeden sonra üç yıllık bir bekleme süresi öngören Yabancılar Genelgesi'nin 2.5.1 sayılı hükmü, Türk vatandaşlarına karşı uygulanamaz.

2. Usule ilişkin görüşler

a) Federal İdare Mahkemesi'nin gönderme yükümü

Yabancılar Genelgesi'yle eşlerin getirilmesini sınırlamanın bağdaştırıcı olup olmadığı, Federal İdare Mahkemesi'nin 18 Eylül 1984 günlü kararlarına götüren hukuki uyumsuzluk çerçevesinde, topluluk hukukuna ilişkin güçlüğüne içine uygun bir şekilde girilerek aydınlatılmalıydı. Yukarıdaki açıklamalar, Federal İdare Mahkemesi'nin kararlarının, AET/Türkiye Ortaklık Anlaşması'nın 7 nci ve 12 nci maddeleri ile

Katma Protokol'ün 36 ncı maddesinin yorumuna dayanıldığını açığa çıkarmıştır.

Bu nedenle, Federal İdare Mahkemesi, AET - Antlaşması m. 177 uyarınca sözkonusu hükümlerin yorumu sorununu, ön karar amacıyla Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na göndermekle yükümlü olmalıydı.

b) Gönderme yükümünün ihlâlinden çıkılacak sonuçlar

İmdi, gönderme yükümünün Federal İdare Mahkemesi tarafından ihlâlinin, bu anayasa şikâyetini konu edinen usul üzerinde ne gibi sonuçları olduğu sorusu sorulmaktadır.

2a) Tabii hâkim ilkesinin ihlâli

Önce, Ay. m. 101/1 c. 2 uyarınca olan tabii hâkim ilkesinin bir ihlâli düşünülecektir. Bir yorum veya geçerlik sorunundan kaçınmanın, buna yetkili olan Avrupa Toplulukları Adalet Divanı karşısında bu temel hakkı ihlâl edip etmediği sorusu, öğretide ve mahkeme kararlarında tartışmalıdır⁶⁸. AET - Antlaşması m. 177/III'deki gönderme yükümünün ihlâline karşı ne Alman usul hukukunun ve ne de Avrupa topluluk hukukunun özel bir hukuki önlem tanımaması yüzünden, bu konuda Ay. m. 93/I 4 a ve Federal Anayasa Mahkemesi Yasası m. 90 vd.'ndaki anayasa şikâyeti imkânı, en azından ağır durumlarda bir çare yaratabilir.

1. Federal Anayasa Mahkemesi, Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Ay. m. 101 anlamında bir tabii hâkim sayılıp sayılmayacağı sorusunu, henüz kesin bir karara bağlamamıştır. Bununla birlikte, 9 Haziran 1971 gün ve Az. 2 BvR

68) Bak. Schiller, «Unterlassene Vorlagepflicht nach Art. 177/III EWGV an den EuGH als Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter», NJW 1983, 2736 vd.

225/69 sayılı kararda⁶⁹, göndermekle yükümlü mahkemenin bundan keyfi olarak kaçınmış olup olmadığı ihtimali açısından, bu soruyu açıkça incelemiştir. Bu, enazından, keyfi bir göndermeden kaçınmanın tespitinde tabii hâkim ilkesinin ihlâl edilmiş olabileceği sonucuna cevaz vermektedir.

Hamburg vergi mahkemesi, 4.9.1981 günlü gönderme kararında⁷⁰, şunları tespit ederek daha da ileri gitmektedir: «Topluluk hukukunun yorumuna ve geçerliğine ilişkin tereddütlü bir hukuki sorunun milli bir son derece mahkemesince gönderilmemesi, milli hukuka göre ayrıca vatandaşın tabii hâkim esasına ait temel hakkını (Ay. m. 101/I) ihlâl eder.»

2. Gönderme yükümünün sadece «mevsuf» bir ihlâli bulunduğu takdirde, Ay. m. 101/I'in sözkonusu olacağı, öğretide baskın görüştür⁷¹. Bu, temel hakkın koruma alanını, Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararları anlamında keyfi göndermemeyle sınırlamaktadır.

Buna göre, objektif hukuki duruma göre ciddiye alınması gereken ve topluluk hukukuna ilişkin olan geçerlik veya yorum tereddütlerinin kabul edilebilecek olmalarına rağmen; m. 177/III'e göre gönderme, nesnel olarak aydınlatıcı bir neden bulunmaksızın yapılmadığında, bir ihlâl sözkonusu olacaktır⁷². Bu görüşe bir yandan, temel hakkın bir keyfîlik yasağıyla sınırlanmasını genel olarak eleştiren **Bettermann**⁷³ karşı çıkmaktadır. Diğer yandan da, gönderme prosedürünün içine alınmasını, bu konuda tarafların kendi haklarını takip edemedikleri salt nesnel bir ara muhakemenin sözkonusu bulunduğu gerekçesiyle kabul etmeyen **Riegel**⁷⁴'in

69) BVerfGE 31, 145 (169 vd.).

70) RIW/AWD 1981, 693.

71) Karş. Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Kommentar zum GG, m. 101, k. no. 51 vd.

72) Schiller, 2736 vd.

73) Bettermann, «Der gesetzliche Richter in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», Archiv des öffentlichen Rechts 94 (1969), 280 vd.

74) Riegel, «Zum Verhaeltnis zwischen gemeinschaftsrechtlicher und innerstaatlicher Gerichtsbarkeit», NJW 1975, 1049 vd.

görüşü belirtilmek gerekir. Bu nedenle, Ay. m. 100'e kıyasen taraflar yoluyla göndermeye zorlama, mümkün değildir.

3. Yukarıdaki tespitler muvacehesinde Federal İdare Mahkemesi, anayasa şikâyetlerinin temelini oluşturduğu kararda, AET/Türkiye Ortaklık Anlaşması hükümlerinin muhakeme için olan önemini tanımalıydı. Göndermeden vazgeçme için belirtilmiş nedenlerin, keyfiliği kabul etmemek için yetip yetmediği, en azından çok şüpheli görünmektedir. Buna rağmen, Federal Anayasa Mahkemesi ilgili sorunları AET - Antlaşması m. 177 uyarınca kendisi Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na götürebilecek durumda olduğundan, mevcut muhakeme için bu sorun hakkında karar verilmesi gerekmemektedir.

bb) AET - Antlaşması m. 177 uyarınca Federal Anayasa Mahkemesi yoluyla gönderme

Topluluk hukukunun yorumu AET - Antlaşması m. 177'deki gönderme yükümü bakımından gözden geçirildiğinde, bu çerçevede Federal Anayasa Mahkemesi'nin de bir gönderme yükümü sözkonusu olabilmektedir⁷⁵.

Bu durumda, Federal Anayasa Mahkemesi, burada ortaya konulan yorum sorunlarını Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na götürmeye yetkilidir.

AET/Türkiye Ortaklık Anlaşması'na göre serbest dolaşımın gerçekleştirilmesi için Katma Protokol'ün koyduğu sürenin yaklaşması karşısında, hukuk güvenliği bakımından böyle bir önlem, acilen zorunlu görünmektedir.

V. Sonuç

1. AET/Türkiye Ortaklık Anlaşması m. 12 ve Katma Pro-

75) Karş. Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, 217 vd.

tokol m. 36; Ortaklık Anlaşması m. 7'yle bağlantılı olarak, Türk vatandaşlarına yeni serbest dolaşım sınırlamaları getirilmesi konusunda, daha şimdiden açık ve doğrudan uygulanır bir yasağı oluşturmaktadır.

2. Eşlerin getirilmesi konusunda 1981 tarihli Yabancılar Genelgesi'yle bir bekleme süresinin konulması, bu yasakla bağdaşmamaktadır.

3. İdare hukuku uyuşmazlığında AET/Türkiye Ortaklık Anlaşması m. 12'nin yorumuyla ilgili olarak ortaya atılan sorunların, Federal İdare Mahkemesi'nce gönderilmekten kaçınılması, AET - Antlaşması m. 177'ye aykırı düşmekte ve davacıların Ay. m. 101'deki tabii hâkim talebini ihlâl etmektedir.

4. AET/Türkiye Ortaklık Anlaşması m. 12'ye ilişkin yorum sorunlarının, AET-Antlaşması m. 177 uyarınca ön karar için Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na gönderilmesi, hukuk güvenliği bakımından zorunlu görünmektedir.

KISALTMALAR

ABI.	:	Amtsblatt der Europaeischen Gemeinschaften
ANBA	:	Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit
Az	:	Aktenzeichen
BGBI	:	Bundesgesetzblatt
BVerfG	:	Bundesverfassungsgericht

- BVerfGE : Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
- BVerwG : Bundesverwaltungsgericht
- EuGHE : Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofs der Europaeischen Gemeinschaften
- GABI. : Gemeinsames Amtsblatt
- NJW : Neue Juristische Wochenschrift
- RIW : Recht der Internationalen Wirtschaft/Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
- Rs. : Rechtssache