

**AVRUPA ADALET DİVANI'NIN ANKARA ANLAŞMASI'NA
EKLİ KATMA PROTOKOL'ÜN 41(1) MADDESİNİN
YORUMUNA İLİŞKİN 21.07.2011 TARİHLİ KARARI**

Çeviren: Arş. Gör. Deniz TEKİN APAYDIN*

AET - Türkiye Ortaklık Anlaşması – Katma Protokol Madde 41(1) – Geriye dönük kötüleştirme yasağı (standstill clause) – İş kurma özgürlüğü – Kalma hakkının şartlarını ihlal ederek iş kuran bir Türk vatandaşının kalma izninin uzatılması başvurusunun reddi – Hakların kötüye kullanılması

AB: Dava C-186/10

Celex No. 610J0186

OLAY

Dava C-186/10'da,

Tural Oğuz'un İçişleri Bakanlığı'na karşı açtığı davayı Temyiz Mahkemesi (İngiltere ve Galler) (Hukuk Dairesi) (Birleşik Krallık) 31 Mart 2010 tarihli kararla ABİA (TFEU) Madde 267 uyarınca ön karar için göndermiş ve dosya Divan tarafından 15 Nisan 2010'da alınmış,

Müdahil: Avrupa'da Bireysel Haklara Dair Tavsiye Merkezi,

Divan Başkanı: J.N. Cunha Rodriguez (Raportör); Yargıçlar: A. Arabadjiev, A. Rosas, A. O Caoimh ve P. Lindh; Hukuk Sözcüsü: J. Kokott; Katip: Başkatip L. Hewlett'dan oluşan DİVAN (İkinci Daire),

Yazılı prosedür ve 9 Şubat 2011'deki duruşma uyarınca,

Bay Oğuz adına Dava Avukatları J. Walsh ve P. Haywood,

Avrupa'da Bireysel Haklara Dair Tavsiye Merkezi adına Dava Avukatları S. Cox ve C. Banner, Dosya Avukatı L. Barratt,

Birleşik Krallık Hükümeti adına Temsilci olarak S. Ossowski ve Dava

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı
Arastirma Gorevlisi-deniztekin2@yahoo.co.uk

Avukatı R. Palmer,- Avrupa Komisyonu adına Temsilciler E. Paasivirta ve M. Wilderspin'in sunduğu görüşleri de dikkate alarak 14 Nisan 2011'de yapılan oturumda Hukuk Sözcüsü'nün mütalaasını da dinledikten sonra şu kararı vermiştir:

GEREKÇELER

1. Ön Karar için yapılan bu gönderme, 23 Kasım 1970'de Brüksel'de imzalanmış ve Topluluk adına 19 Aralık 1972'de 2760/72 sayılı Konsey Tüzüğü (OJ 1973 C 113, p. 0017; 'Katma Protokol') ile akdedilmiş, kabul edilmiş ve onaylanmış olan Katma Protokolün 41(1) Maddesinin yorumuna ilişkindir.

2. Gönderme, bir Türk vatandaşı olan Bay Oğuz ile İçişleri Bakanlığı ('Devlet Bakanlığı') arasında sonrakinin Bay Oğuz'un Birleşik Krallık'da serbest meslek sahibi kişi olarak kalma iznini uzatmasını ret kararı ile ilgili davada yapılmıştır.

Yasal Çerçeve

Avrupa Birliği ('AB') Mevzuatı

AET-Türkiye Ortaklığı

3. 12 Eylül 1963'te Ankara'da imzalanan, bir tarafı Türkiye Cumhuriyeti, diğer tarafı AET Üye Ülkeleri ve Topluluk olan ve Topluluk adına 23 Aralık 1963 tarihli ve 64/732/EEC sayılı Komisyon Kararı (OJ 1973 C 113, p.0001; 'AET-Türkiye Ortaklık Anlaşması') tarafından akdedilen, kabul edilen ve onaylanan Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Türkiye arasında Ortaklık kuran Anlaşma'nın 2(1) Maddesi uyarınca, bu anlaşmanın amacı, Türk halkının yaşam standartlarını yükseltmek için ve Türkiye Cumhuriyeti'nin ileriki bir tarihte Topluluk'a girişini kolaylaştırmak için iş sektörü de dahil olmak üzere, aşamalı olarak işçilerin serbest dolaşımını güvence altına almak ve iş kurma ile hizmet sağlama özgürlüklerine kısıtlamaları kaldırmak, Âkit Taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri devamlı ve dengeli olarak güçlendirmeyi teşvik etmektir.

4. Katma Protokol'ün 1. Maddesi, 62. Madde uyarınca AET-Türkiye Ortaklık Anlaşması'nın ayrılmaz bir parçasıdır ve bu anlaşmanın 4. Maddesinde bahsedilen geçiş aşamasının yürürlüğe konmasının düzenlemesini, takvimini ve şartlarını ortaya koyar.

5. Katma Protokol Madde 41(1) aşağıdaki şekilde bir geriye dönük kötüleştirme yasağı ihtiva eder:

‘1. Âkit Taraflar kendi aralarında iş kurma ve hizmet sağlama özgürlüğü üzerine yeni kısıtlamalar getirmekten kaçınacaktır.’

Ulusal Mevzuat

6. Göçmen Kanunu 1971 şunu öngörür:

‘... 3. Düzenleme ve kontrol için genel hükümler

(1) Bu Kanun tarafından başka türlü öngörülmedikçe, bir kişi Britanya vatandaşı olmadığı takdirde - (a) bu kişi bu Kanunun hükümleri tarafından izin verilmiş olmadıkça Birleşik Krallık'a girmeyecek; (b) bu kişiye Birleşik Krallık'a girmeye (veya zaten orada ise, Birleşik Krallık'ta kalmaya) sınırlı veya sınırsız bir müddet için izin verilebilir;

(c)

eğer bu kişiye Birleşik Krallık'a sınırlı bir girme veya kalma izni verilirse, bu, aşağıdaki şartların tamamına ya da herhangi birine bağlı olarak verebilir, bunlar-

(i) bu

kişinin işini veya meşgalesini Birleşik Krallık'a hasreden bir koşul;

159

...

(2) Devlet Bakanı muhtelif zamanlarda (ve mümkün olduğu ilk anda) kanunların ifadelerini veya, bu Kanun uyarınca girişleri izne tabi olan kişilerin izninin geçerlilik süresi ve değişik durumlarda öngörülen ek şartlar da dahil olmak üzere Birleşik Krallık'a giriş ve kalmasını düzenleyen, kendisi tarafından yapılan ve bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin izlenecek prosedüre dair herhangi bir kanun değişikliğini Parlamento'ya sunacaktır;

...

(3) Birleşik Krallık'a sınırlı giriş veya kalma izni verildiği durumlarda, -

(a) bir kimsenin izni, süre sınırını kısıtlama, genişletme veya kaldırma ya da şartlara ekleme yapma, değişiklik yapma bunları ortadan kaldırma biçiminde değiştirilebilir, ancak süre üzerindeki sınırlama kaldırıldığı takdirde, izne bağlı tüm koşullar düşer.’

7. 1972 tarihli Giriş Sonrası Kontrole Dair Göçmen Kuralları Beyannamesi ('1972 Göçmen Kuralları') şunu öngörür:

'KISIM A. GİRİŞ VEYA KALMA İZİNİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ BÖLÜM I. GENEL

...

Genel Mülahazalar

...

4. Müteakip paragraflar sınırlı giriş izni verilmiş ve izinlerinde değişiklik yapmayı isteyen kişilerin başlıca kategorileri ile bu kişilerin başvurularını değerlendirmede ya da izinlerinde herhangi bir değişiklik yapma girişiminde takip edilecek prensipleri ortaya koyar. Bu konuların karara bağlanmasında ilgili tüm vakıalar dikkate alınacaktır; başvuru sahibinin kendisinden beklenen kalma ya da kalma süresini uzatma kurallarının gerektirdiği resmi şartları yerine getirmiş olması onun lehine karar verilmesi için yeterli değildir. Örneğin, kişinin süre kısıtlamasına ve kabulünün şartlarına uyup uymaması; özellikleri, davranışları ve ilişkileri göz önüne alındığında kişinin kalmasına izin verilmesinin istenmiyor olması; ulusal güvenlik açısından kişinin bir tehlike oluşturması; veya talep ettiği süre kadar kalmasına izin verildiği takdirde, başka bir ülkeye geri dönmeme durumları ilgili sayılacaktır.

...

İşadamları ve serbest meslek sahibi kişiler

21. Ziyaretçi olarak giriş izni verilen kişiler ister kendi adlarına veya yeni ya da var olan bir işyerine ortak olmak suretiyle burada kendilerine iş kurmak amacıyla yerleşmek için Devlet Bakanı'nın iznine başvurabilirler. Buna dair her başvuru kendi esaslarına göre değerlendirilecektir. İzin verilmesi, başvuru sahibinin çıkarıyla orantılı bir miktar varlığını bu işe vakfettiğine, bu kişinin işin gerektirdiği ve kendi üzerine düşen sorumluluklarını yerine getirebildiğine, ve kendi payına düşen kazancın kendisini ve ona bağlı olanları geçindirmeye yeterli olduğuna dair kanıtları da içeren bir takım faktörlere bağlı olacaktır. Başvuru sahibinin işteki payı gizli işçiliğe tekabül etmemeli, ve bu kişi işini çalışma izni gerektiren bir işte işçi olarak çalışmak suretiyle takviye etmemelidir...'

8. 1972 Göçmen Kuralları'nın, Katma Protokol Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı açısından yürürlüğe girdiğinde -yani 1 Ocak 1973'te- yürürlükte olduğu üzerinde mutabık olunan bir husustur,

ve bu hükümler geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralından faydalanabilmek için Katma Protokol'ün 41(1) Maddesine dayanan Türk vatandaşlarına uygulanır. Ulusal mahkemenin görüşüne göre, serbest meslek sahibi bir kişi olarak faaliyet göstermek için Birleşik Krallık'da kalma izni başvurularının incelenmesinde o dönemde yürürlükte olan 1972 Göçmen Kuralları, 2008 Göçmen Kuralları Beyannamesinden ('2008 Göçmen Kuralları') daha lehtedir.

Esas yargılamadaki anlaşmazlık ve ön karar için gönderilen soru

9. 27 Ekim 2000'de Bay Oğuz'a Birleşik Krallık'a öğrenci olarak giriş izni verilmiştir. Kendisine, sonuncusu 31 Ağustos 2006 da sona ermiş olan, müteaddit defalarca yenilenen öğrenci olarak kalma izni verilmiştir. İznin verilmesi Bay Oğuz'un '...İçişlerinden Sorumlu Devlet Bakanı'nın izni olmaksızın hiçbir işle veya meslekle iştigal etmeyeceği' şartına bağlı tutulmuştur.

10. 18 Ağustos 2006'da İçişleri Bakanlığı'nın Birleşik Krallık'daki çalışma izni başvurularını incelemekle yükümlü merci olan Çalışma İzinleri (Work Permits), Trade Link Limited Şirketine ('Trade Link') Bay Oğuz'a çalışma izni verilmesine dair yaptıkları başvuruyu kabul ettiklerini bildirdi. Akabinde, Bay Oğuz'a 29 Ağustos 2006'dan başlamak üzere beş yıllığına çalışma izni sahibi olarak yeniden kalma izni verilmiştir. Bu yeniden kalma izni kendisi Birleşik Krallık'a girdiği zaman verilen izne ilişik şartlarla aynı şartlara tabi tutulmuştur.

11. 16 Kasım 2006'da Bay Oğuz'a, finansal gerekçelerle iş akdinin derhal etkili olmak üzere sona erdirildiği Trade Link tarafından bildirmiştir. 14 Kasım 2007'de Bay Oğuz tarafından bir gazete için satış ve pazarlama yöneticisi olarak çalışabilmek için yapılan yeni çalışma izni başvurusu Çalışma İzinleri tarafından söz konusu pozisyon için aranan özelliklerin çok kısıtlayıcı olduğu ve bunların oturum hakkı olan işçileri başvurudan caydırabilecek nitelikte olduğu gerekçeleriyle reddedilmiştir.

12. 20 Mart 2008'de Bay Oğuz 1972 Göçmen Kuralları uyarınca serbest meslek sahibi bir kişi olarak Birleşik Krallık'da yeniden kalma izni için başvuruda bulunmuştur.

13. Yeniden kalma izni başvurusundan açıkça anlaşıldığı üzere 20 Mart 2008 tarihinde Bay Oğuz finansal hizmetler ve pazarlama danışmanı olarak kendi işini yapmaya evvelden başlamıştır. Bunu müteakiben Bay Oğuz işini Şubat 2008'de kurduğunu ve aynı yılın Mart ayında işletmeye

başladığını teyit etmiştir. Ancak 2 Eylül 2008'de Bay Oğuz kendi çalıştığı işini 11 Ağustos 2008'de durdurduğunu ve başvurusu hakkında bir karar verilene dek tekrar işletmeye niyeti olmadığını ilgili makamlara bildirmiştir.

14. Bay Oğuz'un yeniden kalma izni başvurusu Devlet Bakanlığı tarafından 21 Ekim 2008 tarihinde 2008 Göçmen Kuralları'na dayanarak reddedilmiştir. Ayrıca, Bay Oğuz'un mevcut kalma izni de bu izne ilişik şartların yerine getirilmesinin son bulması nedeniyle sona erdirilmiştir.

15. Reddin gerekçesi Bay Oğuz'un çalışma izni sahibi olarak evvelden kendisine verilmiş olan kalma iznine ilişik şartları ihlal ederek kendisine ait iş kurmuş olması ve Devlet Bakanlığı'na Trade Link ile olan iş sözleşmesinin sona erdirildiğini bildirmemiş olmasıydı. Bu tür ihlaller onu Katma Protokol Madde 41(1)'de yer alan geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralından faydalanmaktan alıkoyan hileli veya kötü amaçlı harekete tekabül ettiği kabul edilmiştir.

16. Bay Oğuz bu kararı 4 Kasım 2008'de İltica ve Göçmen Mahkemesi'ne temyiz etti. 19 Ocak 2009 kararıyla Göçmen Yargıcı temyizi reddetti. Göçmen Yargıcı Bay Oğuz'un hileli hareket etmediğini ve Trade Link ile olan iş akdinin sona erdiğinin 1 Haziran 2007'de Devlet Bakanlığı'na bildirildiğini ortaya koymuştur. Ancak yine de, bir iş kurup işletmek suretiyle Bay Oğuz çalışma izni sahibi olarak kendisine verilen kalma iznine ilişik şartları ihlal etmiş olup, bu nedenle geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralından faydalanmaya hakkı olmadığına kanaat getirilmiştir.

17. Bay Oğuz kararın tekrar gözden geçirilmesini talep etmiştir. 26 Haziran 2009 kararıyla Yüksek Göçmen Yargıcı, Göçmen Yargıcının hukuki bir hata yapmadığını ve buna göre Bay Oğuz'un temyiz talebinin reddi yönündeki kararın gerekçesinin doğru olduğunu hükme bağlamıştır.

18. 11 Kasım 2009'da, Bay Oğuz'a Temyiz Mahkemesi'ne (İngiltere ve Galler) (Hukuk Dairesi) başvurma izni verilmiştir. İnsan hakları konusunda tavsiye verme amaçlı bir yardım kuruluşu olan Avrupa'da Bireysel Haklara Dair Tavsiye Merkezi'ne ulusal mahkeme nezdinde davalara katılma izni verilmiştir.

19. Mahkeme, Adalet Divanı'nın C-235/99 Kondova [2001] ECR I-6427 Davasındaki gerekçesinin önündeki davaya da uygulanıp uygulanamayacağını sormaktadır. Bu koşullar altında Temyiz

Mahkemesi (İngiltere ve Galler) (Hukuk Dairesi) davayı bekletmeye ve şu soruyu Adalet Divanı'na Ön Karar için göndermeye karar verir:

'Herhangi bir iş ya da meslek ile iştigal etmemek şartıyla Birleşik Krallık'da kalma izni verilmiş olan bir Türk vatandaşı, bu izni ihlal ederek iş kurup işletirse ve daha sonra ulusal makamlara kurulmuş olan işe dayanarak yeniden kalma başvurusunda bulunursa, bu kişi Katma Protokol'ün 41(1) Maddesinden faydalanabilir mi...?'

Ön Karar için gönderilmiş olan sorunun değerlendirilmesi

20. Sorusuyla Ulusal Mahkeme, herhangi bir iş ya da meslek ile iştigal etmemek şartıyla bir Üye Ülke'de kalma izni verilmiş olan bir Türk Vatandaşı, yine de bu şartı ihlal ederek kendi serbest işini kurup işlettiğinde ve daha sonra ulusal makamlara bir yandan işlemekte olan işe dayanarak yeniden kalma başvurusunda bulunduğu, Katma Protokol'ün 41(1) Maddesi bu kişi tarafından dayanak edilebilir şekilde mi yorumlanmalıdır diye sormaktadır.

21. Mahkeme tarafından sunulan dosyaya göre Bay Oğuz'un Katma Protokol'ün 41(1) Maddesinde yer alan geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralından faydalanmaya hakkı olmadığı takdirde serbest meslek sahibi bir kişi olarak yeniden kalma izni başvurusu 2008 Göçmen Kuralları uyarınca otomatik olarak reddedilecektir. Bunun aksine, geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı uygulanırsa ilgili makamların Bay Oğuz'un başvurusunu 1972 Göçmen Kuralları uyarınca değerlendirmeleri gerekecektir.

22. Katma Protokolün 41(1) Maddesi, ev sahibi Üye Ülkenin bir parçası haline gelen yasa hükmünün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bu ekonomik serbestilerden faydalanmak isteyen Türk vatandaşlarının söz konusu Üye Ülke'nin topraklarına ilk girişindeki içeriksel ve/veya prosedürel şartlar da dahil olmak üzere iş kurma serbestisi ve hizmet sağlama serbestisine ilişkin şartlara herhangi yeni kısıtlamalar getirilmesini yasaklamaktadır (bakınız Dava C-16/05 Tüm ve Darı, [2007] ECR I-7415, paragraf 69, ve Dava C-92/07 Komisyon Hollanda'ya karşı [2010] ECR I-0000, paragraf 47).

23. Katma Protokol Madde 41(1)'in Üye Ülkelerde direkt etkili olduğu ve bu nedenle maddenin uygulandığı Türk vatandaşlarına sağlanan hakların ulusal kuralların tutarsız uygulamalarını engellemek için ulusal mahkemelerde öne sürülebildiği hukuken sabittir. Bu hüküm, âkit taraflarca hukuken yapmama ödevi teşkil eden bir yükümlülük ihtiva

eden, açıkça, net ve koşulsuz bir şüpheye mahal vermeyecek geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı ortaya koyar (bakınız Dava C-37/98 Savaş [2000] ECR I-2927, 46 ve 54. paragraflar arası, ve Dava C-228/06 Soysal ve Savatlı [2009] ECR I-1031, paragraf 45).

24. 1972 Göçmen Kuralları'nın kendisine uygulandığını temin etmek için Bay Oğuz'un Katma Protokol'ün 41(1) Maddesini ulusal mahkemeler huzurunda öne sürebilme hakkına, Devlet Bakanlığı'nca, bir kişi kendisinin serbest çalışmasını yasaklayan bir izin şartını ihlal ettiğinde serbest çalışmasına dayalı bir kalma izni başvurusunda bulunmasının hakların kötüye kullanılması teşkil edeceği gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Bu tür bir kötüye kullanma söz konusu kişiyi geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralına dayanmaktan mahrum eder.

25. Divanın dava hukukundan da açıkça anlaşılacağı gibi AB hukuku kötüye kullanma ve hileli maksatlar için dayanak yapılamaz ve ulusal mahkemeler her bir davada ayrı ayrı –objektif kanıtlar ışığında– ilgili kişilerce kötüye kullanma ve hileli davranış olup olmadığına da bakar ve lüzum hasıl olduğu takdirde bu kişilerin AB hukuku hükümlerinden faydalanmalarını engeller. Ancak ulusal mahkemeler bu tür davranışları ilgili AB hukuku hükmünün güttüğü amaç ışığında değerlendirmelidir (bakınız Dava C-212/97 Centros [1999] ECR I-1459, paragraf 25, ve Dava C-436/00 X ve Y [2002] ECR I-10829, paragraf 42).

26. Katma Protokolün 41(1) Maddesinin bir Türk vatandaşına maddi bir hak sağlamadığının belirtilmesi önemlidir ki, olayımızda bu hak, ulusal hukuka tabi olan bir iş kurma hakkıdır (bakınız, o anlama gelen, Soysal ve Savatlı, paragraf 47).

27. Katma Protokolün 41(1) Maddesinde yer alan geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı, Üye Ülkeler ve Türkiye Cumhuriyeti arasındaki bu özgürlüğün aşamalı olarak teminini daha zor hale getirmemek için ulusal makamlar üzerinde onları bu özgürlüğün kullanılmasına ilişkin belirli bir dönemde var olan şartları daha da ağırlaştırıcı yeni engellemeler yaratmaktan men eden kesin bir yasak empoze etmek suretiyle iş kurma hakkının aşamalı olarak tesis edilebilmesi için gerekli koşulları yaratmak amaçındadır (bakınız Tüm ve Darı, paragraf 61, ve Birleşik Davalar C-300/09 Toprak ve Oğuz [2010] ECR I- 0000, paragraf 53).

28. Katma Protokolün 41(1) Maddesinde yer alan gibi bir geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı, yerini aldığı ilgili maddi hukuku uygulanmaz

kılan bir maddi hukuk kuralı şeklinde işlemez, ve fakat, 'ratione temporis'i, bir Üye Ülkede iş kurma özgürlüğünü kullanmak isteyen bir Türk vatandaşının durumunu tayin etmek amacıyla başvuru bir Üye Ülke mevzuatının hükümlerini belirleyen yarı prosedürel bir kural olarak işler (Tüm ve Darı, paragraf 55).

29. Bu nedenle, gönderen mahkemenin elindeki bu davadaki geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı yalnızca ulusal makamların Bay Oğuz'un serbest iş sahibi bir kişi olarak yeniden kalma izni verilmesi başvurusu üzerine karar verirken esas alması gereken BK [Birleşik Krallık Ç.N.] göçmen kuralları hükümlerini tayin eder, ve asla bu başvurunun esaslarının değerlendirilmesi üzerine hüküm vermez.

30. Yazılı görüşlerini sunarken Bay Oğuz, kendisine atfedilebilecek herhangi bir kötüye kullanmanın daha sonraki bir aşamada ulusal hukukun ilgili hükümlerine göre, yani 1972 Göçmen Kuralları uygulandığında göz önüne alınabileceğini belirtmiştir. Duruşmada BK Hükümeti bu kuralların 4. Paragrafının hakların kötüye kullanılmasını cezalandıran bir mekanizma ihtiva ettiğini teyit etmiştir.

31. Bu nedenle, geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı, Üye Ülkelerin ulusal hukuk çerçevesinde göçmenlikle ilgili kötüye kullanmayı cezalandırmasını engellemez.

165

32. Buna göre, geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı, dava konusu olayın esaslarının incelenmesinden evvelki aşamada ve ilgili tarafa yüklenebilecek bir kötüye kullanma olup olmadığına dair bir inceleme yapılmasından evvel uygulanır şeklinde anlaşılmalıdır.

33. Bu anlamda, Divan, bir Türk vatandaşının bir ülkede iş kurma başvurusu yaptığı zamanda o Üye Ülkenin topraklarında yasal kalma hakkı olup olmasının geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralının uygulanması konusunda ilgisi olmadığına hükmetmiştir (bakınız Tüm ve Darı, paragraf 59).

34. Sonuç olarak, dava hukuku açısından, Bay Oğuz gibi bir bireyin kalma iznine ilişkin şartlara uymamış olmasının Katma Protokol Madde 41 (1) in uygulanmasıyla bir ilgisi yoktur.

35. Ulusal mahkeme aynı zamanda Divan'ın Kondova'daki tespitlerinin asıl yargılamadaki uyumsuzluğa uygulanıp uygulanmayacağını da sorar.

36. Bir tarafta Avrupa Toplulukları ve bunların Üye Ülkeleri, diğer tarafta Bulgaristan Cumhuriyeti olmak üzere bir ortaklık kurulmasına

dair imzalanan ve Topluluk adına Konsey ve Komisyon'un 19 Aralık 1994 tarihli 94/908/AKÇT, AT, EURATOM Kararı (OJ 1994 L 358, p.0001; 'AT-Bulgaristan Ortaklık Anlaşması') ile kabul edilen Avrupa Anlaşması'na ilişkin Kondova'da, Divan, eğer Bulgar vatandaşlarına ulusal göçmen mevzuatını evvelki ihlallerine bakılmaksızın ev sahibi ülkede iş kurmak için her zaman başvuru yapabilme izni verilirse, bu vatandaşların söz konusu ülkenin topraklarında yasadışı kalmaları ve o mevzuata göre maddi şartlar karşılanmadıkça ulusal kontrol sistemine tabi olmaktan kaçınmaları teşvik edilmiş olabilir şeklinde hükmetmiştir (bakınız Kondova, paragraf 77).

37. Divan, bu tür bir yorumun, AT-Bulgaristan Ortaklık Anlaşması Madde 59(1)'in etkinliğini kaybettirmesi ve yabancıların kabulü ve yerleşmesine dair ulusal hukukun ihlallerine destek vererek kötüye kullanmalara yol açması tehlikesi yaratacağını belirtir (Kondova, paragraf 79).

38. Bu değerlendirmeler ışığında Divan, işçi ya da iş sahibi olarak bir Üye Ülkede çalışma niyetinde olan ama o Üye Ülkeye ilgili ulusal kontrollerden kaçmak için mevsimlik işçi olduğunu söylemek suretiyle yanlış beyanda bulunarak giren bir Bulgar vatandaşının söz konusu işbirliği anlaşması ile tanınan korumanın dışında kalacağını karara bağlamıştır (Kondova, paragraf 80).

39. Dava hukukuna dayanarak BK hükümeti Katma Protokolün 41(1) Maddesinde yer alan geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralının bir kişi tarafından ulusal sistemin önceki kontrolünden uygunsuz bir şekilde kaçmak için kullanılamayacağı anlamına gelecek şekilde yorumlanması gerektiğini öne sürmüştür. Gerçekten de Kondova'da Divan'ın belirttiği gibi eğer Türk vatandaşlarına ev sahibi ülkede yerleşmek için her zaman başvuru yapabilme izni verilirse, bu vatandaşlar ev sahibi ülkede yasadışı olarak kaldıkları sürede edindikleri müşteri ve iş birikimlerine veya belki de çalışarak orada edindikleri sermayeye dayanarak kendilerini ulusal makamlara AET-Türkiye Ortaklık Anlaşması uyarınca hakları tanınması gereken muteber bir faaliyette bulunan serbest iş sahibi olarak çalışan bir kişi olarak ya da çalışması muhtemel bir kişi olarak göstermeleri mümkündür.

40. Bu tür bir iddia muvaffak olamaz.

41. Her şeyden önce, Kondova'daki hükme esas teşkil eden vakıaların göndermede bulunan mahkemece bakılan davanın vakıalarından ciddi bir biçimde farklı olduğunun altını çizmek gerekir.

42. Birleşik Krallık'a yasal olarak girme ve kalma izni verilmiş olan ve o Üye Ülkeye girişinden sekiz yıl sonra iş kurana kadar ulusal mevzuat tarafından getirilmiş şartları ihlal etmeyen Bay Oğuz'un aksine Bayan Kondova Birleşik Krallık'a girebilmek için kendisine Bulgaristan'da vize veren o Üye Ülkenin giriş müsaadesi memurunu ve Birleşik Krallık'a geldiğinde kendisini sorgulayan göçmen memurunu aldattığını kabul etmiştir.

43. Bu nedenle, söz konusu davranışla Bayan Kondova'nın konu Ülkenin sorumlu olduğu o Üye Ülkeye üçüncü ülke vatandaşlarının ilk girişlerine dair Birleşik Krallık kurallarını ihlal ettiği hususuna itiraz edilmemektedir.

44. Dahası, Kondova'da söz konusu olan hukuki çerçeve de farklıydı. Katma Protokolün 41(1) Maddesinin aksine, AT-Bulgaristan Ortaklık Anlaşması 45(1) Maddesi, Bayan Kondova'nın davasında ihlal edilmiş olduğu ileri sürülen ve iş kurma başvurusunun esasları incelenirken esas alınacak olan bir maddi hukuk kuralıdır. Bu hüküm uyarınca her Üye Ülke kendi topraklarında iş kurmuş olan Bulgar vatandaşlarına kendi vatandaşlarından daha az gözetir bir muamelede bulunmamama hakkı tanır. Bu değerlendirmeler ışığında ve AT-Bulgaristan Ortaklık Anlaşması 45(1) Maddesinde geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı bulunmadığı göz önüne alındığında bu hükmün Katma Protokolün 41(1) Maddesinden yapısal olarak farklı olduğu kabul edilmelidir.

45. Bu koşullar altında Hukuk Sözcüsünün (Advocate-General Ç.N.) Görüşününün 58 ve 59 sayılı hususlarında işaret ettiği üzere, Divan'ın Kondova'da maddi haklardan yararlanılmasının hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle reddedilmesini kabul etmesi hayret verici değildir. Geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı maddi bir iş kurma hakkı tanımadığı ve Üye Ülkenin kendi vatandaşlarıyla eşit muamele öngörmediği için, Kondova'daki tespit, Katma Protokolün 41(1) Maddesinde yer alan gibi bir geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı davasına uyarlanamaz.

46. Yukarıdakiler ışığında sorunun cevabı, Katma Protokolün 41(1) Maddesinin, hiçbir iş ya da meslekle iştigal etmemek kaydıyla bir Üye Ülkede kalma izni olan, ancak bu hükmü ihlal ederek serbest iş kuran ve daha sonra ulusal makamlara o esnada kurmuş olduğu işe istinaden kalma izninin uzatılması için başvuran bir Türk vatandaşı tarafından dayanak yapılabileceği anlamında yorumlanması gerektiğidir.

Masraflar

47. Bu muameleler, asıl yargılamanın tarafları açısından ulusal mahkemede beklemekte olan davanın bir aşaması olduğundan masraflara ilişkin kararın verilmesi de o mahkemenin karar vereceği bir konudur. Tarafların masrafları hariç, Divan'a görüşlerin sunulmasına dair masraflar geri talep edilemez.

KARAR

Bu gerekçelerle Divan (İkinci Daire) şu kararı verir:

23 Kasım 1970'de Brüksel'de imzalanmış ve Topluluk adına 19 Aralık 1972'de 2760/72 sayılı (AET) Konsey Tüzüğü ile akdedilmiş, kabul edilmiş ve onaylanmış olan Katma Protokolün 41(1) Maddesi, hiçbir iş ya da meslekle iştigal etmemek kaydıyla bir Üye Ülkede kalma izni olan, ancak bu hükmü ihlal ederek serbest iş kuran ve daha sonra ulusal makamlara o esnada kurmuş olduğu işe istinaden kalma izninin uzatılması için başvuran bir Türk vatandaşı tarafından dayanak yapılabileceği anlamında yorumlanmalıdır.

Karar Tarihi: 21/07/2011

Tevdi Tarihi: 15/04/2010

Davadaki Atıflar:

Anlaşma	[21964A1229(01)]-A02P1	N	3
Anlaşma	[21964A1229(01)]-A04	N	4
Anlaşma	[21970A1123(01)]-A01	N	4
Anlaşma	[21970A1123(01)]-A41P1	N 1 5 19 21 -	46
Anlaşma	[21970A1123(01)]-A62	N	4
Karar	1964/732	[31964D0732]	N 3
Tüzük	No 2760/1972	[31972R2760]	N 1
Karar	1994/908	[31994D0908]	N 36
Karar	1994/908	[31994D0908]-A45P1	N 44
Karar	1994/908	[31994D0908]-A59P1	N 37

Dava	C-212/97	[61997J0212]	N	25
Dava	C-37/98	[61998J0037]	N	23
Dava	C-235/99	[61999J0235]	N 35 - 39	41
Dava	C-436/00	[62000J0436]	N	25
Dava	C-16/05	[62005J0016]	N 22 27 28	33
Dava	C-228/06	[62006J0228]	N 23	26
Dava	C-92/07	[62007J0092]	N	22
Dava	C-300/09	[62009J0300]	N	27
Hukuk Sözcüsü'nün Görüşü 186/10 [62010C0186] N 45				
