

TÜRK VATANDAŞLARININ AVRUPA BİRLİĞİ ORTAKLIK KONSEYİ KARARLARINDAN DOĞAN ÇALIŞMA VE SERBEST DOLAŞIM HAKLARI

- AVRUPA ADALET DİVANİ KARARLARI IŞIĞINDA VE ALMANYA ÖRNEĞİNDE -

*Yrd.Doç.Dr. Savaş BOZBEL**

A. Hukukî Temeller

I. Genel Olarak

Avrupa Birliği (AB) ile Türkiye arasındaki Ortaklık Hukukunu oluşturan temel anlaşmalar ve kararlar; 12.9.1963 tarihli Ortaklık Anlaşması¹ (*Assoziierungsabkommen*, aşağıda Anlaşma şeklinde anılacaktır), 23.11.1970 tarihli Katma Protokol² (*Zusatzprotokoll*) ile Ortaklık Konseyi Kararları³ (OKK, *Assoziationsratbeschlüsse*) dir. Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol uzun vadede, güçlendirilmiş bir iktisat politikası koordinasyonu ve gümrük birliğinin kurulmasıyla, Türkiye'yi Avrupa Birliği üyeliğine hazırlama amacını gütmektedir⁴. Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol, Birlik ülkelerinde yaşayan Türk Vatandaşlarının hukuki konumunda oldukça geniş iyileştirmeler sağlamıştır⁵.

* Bahkesir Üniversitesi Bandırma İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Ankara Antlaşması 23 Aralık 1963 tarihinde onaylanmıştır; bkz. RG (Resmi Gazete) 17.11.1964, sayı 11858.

2 Katma Protokol, Topluluk adına Konsey tarafından 19.12.1972 tarihinde onaylanmıştır; bkz. RG 29.08.1972, sayı 14406.

3 Ortaklık Konseyi Kararlarının İngilizce metinleri için bkz. *Çiçekli*, Bülent; *The Legal Position of Turkish Immigrants in the European Union*, Ankara, Karmap, 1998, s. 325-355.

4 Hukuki temellerle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Hanau/Steinmeyer/Wank*, *Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts*, München 2002, § 15 Rdn. 255; *Dienelt, Klaus*, *Aktuelle Fragen zum Aufenthaltsrecht türkischer Staatsangehöriger*, Neuwied, 2001, s. 1

5 Aynı iyileştirmenin Türkiye'de yaşayan yabancılar açısından termin edildiği pek söylenemez. Örneğin Türkiye ile Almanya arasında 6 Ekim 1998 tarihinde Bonn'da yapılan görüşmelerde Almanya tarafı oturma ve çalışma izinleri ve çalışma alanındaki sınırlamalar ile ilgili diğer konularda Türkiye'de yaşayan Almanlara uygulanan rejimin mukayeseli bir tablosunu sunarak kendi vatandaşlarının durumlarının iyileştirilmesini talep etmişlerdir, bkz. Dışişleri Bakanlığı Yurtdışında Yaşayan Türkler Genel Müdür Yardımcılığının 17.11.1998 tarih ve YTG-Y-307-500-2473-17549 sayılı 'yabancılar rejimi' konulu yazısı ve ekleri, *Çiçekli*, Bülent; MHB

Ortaklık Anlaşmasının 12. ila 14. maddelerinde ortaklığın ve buna ulaşmak için genel ilkeleri ortaya konulmuş, ancak bu konularda somut kurallar getirilmemiştir.

Serbest dolaşım hususunda Anlaşmanın 12. maddesinde, işçilerin serbest dolaşımının sağlanmasında maddi hukuk açıdan Avrupa Topluluğu sözleşmesinin 39., 40. ve 41. maddelerinin uygulanacağı belirtilmektedir⁶. Usul açısından ise Katma Protokolün 36. maddesi, Ortaklık Anlaşmasının 6. ve 22. maddelerine göre teşkil edilen Ortaklık Konseyinin bu konudaki ayrıntıları tespit edeceğini hükme bağlamıştır. Ortaklık Anlaşmasının bu hükmüne dayanarak Ortaklık Konseyi 20 Aralık 1976 tarihinde ilk önce 2/76 sayılı karar⁷ çıkartmıştır. Bu kararın 1. maddesi Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasında işçilerin serbest dolaşımı konusunda ilk basamağı teşkil etmektedir. 2/76 sayılı Konsey kararının yerine ikame olmak üzere 19 Eylül 1980 tarihinde Ortaklık Konseyi bu sefer 1/80 sayılı kararını⁸ çıkartmıştır. Kararla, özellikle sosyal alanda işçilerin ve aile fertlerinin yararına olacak bir takım düzenlemeler getirilmiştir. OKK 1/80 sayılı karar bu nedenle AT Sözleşmesinin 39. ve 40. maddeleri ile bağlantılı olarak işçilerin serbest dolaşımının sağlanması yönünde önemli bir adım teşkil eder. Bu hususu Avrupa Birliği Adalet Divanı da (AAD) içtihatlarında birçok kez vurgulamış ve OKK 1/80 sayılı kararda belirtilen haklara sahip olan Türk işçileri açısından AT Sözleşmesi 39.

(Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, (Aysel Çelikel'e Armağan), Yıl 19-20, sayı 1-2, 1999-2000, s. 214, dipn. 4. Türkiye'de yaşayan yabancıların çalışma izinleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Çiçekli**, Bülent; Yabancıların Çalışma İzinleri, TİSK Yayınları, Ankara 2004.

6 Bu konuda temel bilgiler için bakınız *Hailbronner*, EuR (Europarecht), 1984, s. 54 vd.

7 2/76 sayılı OKK Almanca metni için bkz. *Dienelt*, s. 93

8 3/80 sayılı OKK Almanca metni için bkz. *InfAuslR* 1982, 33; *Dienelt*, s. 96 vd. 1/80 sayılı OKK'nın önemli hükümleri 6. ve 7. madde hükümleridir. Buna göre 6. maddede bir üye ülkenin yasal işgücü piyasasına yasal şekilde dahil olan bir Türk işçisi 1 yıllık çalışmadan sonra, aynı işyeri nezdinde çalışma iznini uzatırma hakkına, 3 yıllık yasal çalışmadan sonra, AB üyesi ülke vatandaşlarının öncelik hakkı saklı olmak kaydıyla aynı meslekte, dilediği işveren nezdinde açık işe başvurabilme hakkına, 4 yıllık yasal çalışmadan sonra bulunduğu üye ülkede dilediği meslekte ve dilediği işveren nezdinde çalışma hakkına sahiptir. 7. maddede ise aile fertlerinin serbest dolaşım hakları düzenlenmiştir. 7. maddenin ilk cümlesinde bir üye ülke işgücü piyasasına girmiş bir Türk işçisinin aile birleştirmesi yoluyla yanına gelen aile fertleri o üye ülkede en az 3 yıllık ikametinden sonra, AB üyesi ülke vatandaşlarının öncelik hakkı saklı kalmak kaydıyla her türlü işe başvurma hakkına; en az 5 yıllık ikametinden sonra da diledikleri her türlü işe serbestçe girme hakkına sahiptirler. 7. maddenin 2. cümlesinde ise, bir Türk işçisinin üye ülkede mesleki eğitim gören çocukları, eğitimlerini tamamlamaları halinde, anne veya babadan birinin en az 3 yıl yasal olarak çalışmış olması kaydıyla, ülkedeki ikamet süresi dikkate alınmaksızın işgücü piyasasına girme ve her türlü açık işe talip olma hakkına sahiptirler.

maddedeki temel ilkelerin en geniş şekliyle uygulanmasının vazgeçilmez olduğunu belirtmiştir⁹.

AB ülkelerinde yaşayan Türk Vatandaşlarının sosyal hakları ile ilgili olarak yukarıda anılan Katma Protokolün 39. maddesi temel hükümler içermektedir. Bu hükmün 1. fıkrasına göre, Ortaklık Konseyi bir üye ülkede yaşayan Türk işçilerinin ve aile fertlerinin sosyal güvenlikleri ile ilgili kararlar çıkarması yönünde yetkilendirilmektedir. Türkiye ile Birlik arasında yapılan uzun görüşmeler sonucunda Ortaklık Konseyi 3/80 sayılı kararı çıkarmıştır¹⁰. 3/80 sayılı OKK üye ülkelerden birinde çalışan veya çalışmış olan Türk işçilerinin çalışma sürelerini ve haklarını tanzim etmektedir¹¹.

II. Ortaklık Konseyi Kararlarının Niteliği

Ortaklık Konseyinin Kararları usulî açıdan AET tarafından bir hukuki işlem (Rechtsakte) olarak yayınlanmamıştır. Ortaklık Konseyinin bu kararlarının Almanca metinleri "Informationsbrief für Ausländerrecht" (InfAusIR) adlı bir dergide yayınlanmıştır¹². Bunun sonucunda doktrinde ve içtihatlarda ateşli bir tartışma başlamış bunun sonucunda da ön karar almak üzere (Vorabentscheidung) Avrupa Adalet Divanı'na (AAD) müracaat edilmiştir¹³. AAD'ın bu konudaki 1990 yılında vermiş olduğu ilke kararında (Sevince Kararı)¹⁴ Ortaklık Konseyinin 1/80 sayılı kararının münferid hükümlerinin üye devletlerde doğrudan uygulanabileceğine karar vermiştir¹⁵.

Ortaklık Konseyinin sosyal güvenlikle ilgili 3/80 sayılı kararı¹⁶ da 'Informationsbrief für Ausländerrecht' de yayınlanmıştır. Ancak bakanlık dosya

⁹ AAD (EuGH), Ertanır-Karani, InfAusIR 1997, 434=EuZW 1998, 533

¹⁰ *Hünlein, Andreas*; sozialrechtliche Probleme türkischer Staatsangehöriger in Deutschland, Materialien und Berichte des Zentrums für Türkeistudien, Münster, 2000, s. 20.

¹¹ Özellikle bkz. *Sievekink*, NZS 1994, 213; ayrıca *Delbrücke/Tietje*, ZAR 1995, 29; *Yavaş*, Mahmut; Avrupa Birliğinde İşgörenlerin Serbest Dolaşımı ve Türk Tabiiyetindekiler, TÜHİS 2004, s. 1-47. Ayrıca bkz. *Yağlı*, Rasim; die Rechtsstellung der türkischen Arbeitnehmer in der EU – im Lichte der Rechtsprechung des EuGH -, ZEuS (Zeitschrift für europarechtliche Studien), 2000, s. 535.

¹² InfAusIR 1981, s. 20

¹³ *Hünlein*, s. 24

¹⁴ AAD (EuGH), Sevince-Karani, NVwZ 1991, 255=InfAusIR 1991, 2.

¹⁵ Bkz. AAD Sevince-Karani, NVwZ 1991, 255 = InfAusIR 1991, 2

¹⁶ 3/80 sayılı OKK ve AAD'ın Sürül-Karani, (4.05.1999), Rs. C 262/96= InfAusIR 1999, 324) Avrupa Birliği ülkelerinde yaşayan Türk vatandaşları açısından sosyal güvenlik alanında birçok yeni avantajları ve talepleri beraberinde getirmiştir. Mesela Sürül-Karani sonrasında Almanya'da yaşayan Türk vatandaşları, sahip oldukları ikamet izni türüne bakılmaksızın Çocuk Parası (Kindergeld), Federal Çocuk Eğitimi Parası (Bundeserziehungsgeld) ve Eyalet Çocuk

şerhinde, bunun icra ve uygulanması için bir AET-Yönetmeliğinin gerekli olduğu bilgisi eklenmiştir. Gerçekten de AT Komisyonu, bu OK Kararının Topluluk içinde uygulanması ve uygulanmasının ayrıntılarını düzenlemek için bir Yönetmelik tasarısı üzerinde çalışmıştır. Komisyon bu tasarısı Şubat 1983'de Konseye sunmuş ve tasarının metni Nisan 1983'de AT Resmi Gazetesinde yasama ile ilgili olmayan C Kısmında yayınlanmıştır¹⁷. Bu yönetmeliğin açıklanması babında daha sonra 3/80 sayılı Konsey kararı basılmıştır¹⁸. Bu yönetmeliğin Konsey tarafından yayınlanması şu ana kadar gerçekleşmemiştir. 3/80 sayılı OK Kararının yayınlanmasına mukabil uygulamada çok dikkat çekmemiştir. Alman Federal İdare Mahkemesinin (Bundesverwaltungsgericht) bir temyiz kararı¹⁹ ile bu konuda bir tartışma başlamış ve AAD'ye ön karar almak üzere müracaatta bulunulmuştur. Bu süreç içinde AAD'den bu konuda iki karar çıkmıştır: Taflan-Met ve Sürül Kararları²⁰.

B. 1/80 Sayılı OKK'dan Doğan Çalışma ve İkamet Hakları

I. Hukukî Mahiyeti ve AAD'ın Münhasır Yorum Yetkisi

AAD'nin yerleşmiş içtihadına göre 1/80 sayılı OKK hükümleri; Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol ile doğrudan ilintili olması, *Avrupa Konseyinin AET Sözleşmesinin (EWG-Vertrag) 228. ve 238. maddeleri çerçevesinde akdettiği Ortaklık Anlaşmalarının, AET Sözleşmesinin 177. maddesi b) bendi anlamında, bir Topluluk organı tarafından Topluluk adına yapılmış bir işlem olarak görmek gerektiğinden bahisle*²¹, "ortaklık hukukunun ayrılmaz bir parçasını" (Avrupa Birliği Sözleşmesi [EG-Vertrag] Md. 310 ve 300) teşkil etmektedir. Bu nedenle AAD yerleşmiş kararlarına da uygun olarak, üye devletlerde yeknesak bir hukuk uygulanmasını ve yorumunu temin amacıyla, AB Sözleşmesinin 234. 1. f., b)

Eğitim Parası (Landeserziehungsgeld) almaya hak kazanmışlardır. Ancak ayrı bir makale konusu olacak bu alanı, ayrı bir çalışmamızda değerlendirmeyi uygun bulduğumuzdan, burada ikamet ve çalışma hakları ile ilgili 1/80 sayılı OKK sınırları içinde kalmakla yetineceğiz. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Hofmann*, Rainer M.; *Rechtstreue, was ist das? Der Fall Sürül und die Folgen*, *InfAuslR* 2000, 265;

¹⁷ ABI EG (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft), 1983 Nr. C 110, S. 60; bkz. *Hänlein*, S. 26.

¹⁸ ABI EG, C 110, 25. 4. 1983, s. 60-69

¹⁹ BVerwGE 91, 327, 333.

²⁰ AAD (EuGH), Sürül-Kararı, *InfAuslR* 1999, 324. Türk vatandaşlarının AB ülkelerinde faydalanacağı sosyal ve vergi avantajları için bkz, *Yavaş*, s. 24 vd.

²¹ AAD (EuGH), Haegeman-Kararı, *EuGHE*, 1974, 449. Ortaklık Hukukunun hukuki mahiyeti hakkında ayrıntılı olarak bkz. *Breidenbach*, Wolfgang; *die Auswirkungen des Assoziationsrechts EG/Türkei auf das deutsche Arbeitsgenehmigungsrecht*, Frankfurt a.M., 2001, s. 32 vd.

beninde tanzim edilmiş olan ön-karar (Vorabentscheidung) yoluyla, Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol ile Ortaklık Konseyi hükümlerinin yorumlanmasının kendi münhasır yetkisine girdiğini kabul etmiştir²².

Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1986 tarihli 'Solange-II'²³ kararında AAD'nın, Alman Federal Anayasasının 101. maddesi 1. fıkrası 2. cümlesi anlamında 'kanuni hakim' (gesetzlicher Richter) olarak görülmesi gerektiğine hükmettiğinden, bu bağlamda AAD'nın 1/80 sayılı OKK hükümlerinin yorumuna yönelik verdiği kararların, Alman Anayasasının 20. maddesi 3. fıkrasına göre kanun ve hukuka bağlılık çerçevesinde bütün organ ve makamlar tarafından gözönünde bulundurulması zorunludur.

1/80 sayılı OKK sadece çalışma izni ile ilgili hükümler içermektedir, oturma izni veya serbest dolaşım ile ilgili herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Ancak AAD yerleşmiş içtihatlarında, 1/80 sayılı OKK'nın özellikle 6. maddesi ile 7. maddesinde düzenlenen çalışma izni ile ilgili düzenlemelerin, zorunlu olarak o üye devlette oturma iznini de içerdiğini, başka türlü bir yorumun bu hükümlerin içeriğini boşaltacağını, etkisiz ve anlamsız kılacağını belirtmektedir²⁴.

Ancak yine de AB üyesi ülke vatandaşları ile, OK Kararları ve AAD içtihatları ile Türk vatandaşlarına tanınan ikamet ve çalışma izni hakları arasında bir takım farklılıklar da mevcuttur. Bu farkları şu şekilde özetlemek mümkün²⁵:

- Üye ülke vatandaşlarının serbest dolaşımı, üye ülkeye ilk girişi de kapsarken, 1/80 sayılı OKK bu ilk girişi kapsamamaktadır²⁶.

- AAD ve Alman Federal İdare Mahkemesi²⁷ içtihatlarına göre, 1/80 sayılı OKK'dan doğan Türk vatandaşlarına tanınan serbest dolaşım hakları kaideten Birlik üye devlet ve onların aile fertlerine tanınan haklardan daha ileriye gidemez.

²² 2/76 ve 1/80 sayılı OKK ile ilgili vermiş olduğu ilk yöndeki karar ise *Demirel Kararı*'dır. Karar için bkz. NJW 1988, 1442 vd. Karar hakkındaki görüş ve incelemeler için bkz. *Hailbronner*, NVwZ 1998, 220; *Nolte*, ZaöRV (47), 1987, 755. AAD bu yöndeki içtihadını *Sevince Kararı* ile pekiştirmiştir, bkz. NVwZ 1991, 255 vd. Karar hakkındaki görüşler için bkz. *Huber*, NVwZ 1991, 242; *Rittstieg*, InfAuslR 1991, 1; *Gutmann*, InfAuslR 1991, 33; *Lörcher*, EuZW 1991, 335 ve *Nachbaur*, JZ 1992, 351.

²³ BVerfG NVwZ 1987, 311. Bu karar hakkında bkz. *Brunn*, Nachfluchtgründe und Asylgrundrecht in der Bundesrepublik Deutschland, NVwZ 1987, 301 vd.

²⁴ AAD (EuGH), *Sevince-Kararı* Rdn. 29; *Kuş-Kararı* Rdn. 29; *Günaydın-Kararı* Rdn. 49; *Ergat-Kararı* Rdn. 62. Ayrıca *Huber*; das *Sevince-Urteil* des EuGH: ein neues EG-Aufenthaltsrecht für türkische Arbeitnehmer, NVwZ 1991, 242 vd.; *Huber*, NVwZ 1993, 246 vd.; *Gutmann*, ZAR 1996, 70, 76 vd.

²⁵ Buradaki serbest dolaşımın niteliği hakkında karşı *Hanau/Steinmeyer/Wank* § 15 Rdn. 258.

²⁶ Karşı *Benassi*; ARB 1/80 – der aktuelle Stand der Rechtsprechung, InfAuslR 1998, 473 vd.

²⁷ BVerfG, Beschluß vom 18. 9.1995 - 1 B 129.95 InfAuslR 1996, 10.

Bu nedenle bu hükümlerin uygulanmasında ve yorumlanmasında bu husus daima nazara alınmalıdır.

- OKK'den doğan hak ve talepler – şimdilik – hangi üye ülkede elde edilmiş ise sadece o ülke nezdindeki makamlara karşı ileri sürülebilir, yani Avrupa Birliği'ne üye bütün ülkelerde geçerli değildir²⁸.

Şu ana kadar (Nisan 2004 itibarıyla) AAD, - genelde 1/80 sayılı OKK 6. ve 7. maddesi ile bağlantılı – AB ülkelerinde yaşayan Türk vatandaşlarının serbest dolaşım ve sosyal güvenlikle ilgili hakları ile ilgili olarak aşağıdaki kararları vermiştir²⁹.

- **Demirel Kararı** (30.09.1987, NVwZ 1988, 235=InfAuslR 19876, 305)
- **Sevince Kararı** (20.09.1990, NVwZ 1991, 255=InfAuslR 1991, 2)
- **Kuş Kararı** (16.12.1992, NVwZ 1993, 258=InfAuslR 1993, 41)³⁰
- **Eroğlu Kararı** (5.10.1994, NVwZ 1995, 53=InfAuslR 1994, 385)³¹
- **Bozkurt Kararı** (6.6.1995, NVwZ 1995, 1093=InfAuslR 1995, 261)
- **Tetik Kararı** (23.1.1997, NVwZ 1997, 677=InfAuslR 1997, 146)³²
- **Kadıman Kararı** (17.4.1997, NVwZ 1997, 1104=InfAuslR 1997, 281)
- **Eker Kararı** (29.5.1997, NVwZ 1997, 1108=InfAuslR 1997, 336)
- **Kol Kararı** (5.6.1997, NVwZ 1998, 50=InfAuslR 1997, 338)
- **Günaydın Kararı**, (30. 9. 1997, NVwZ 1999, 283 = EuZW 1998, 538)
- **Ertanır Kararı** (30.09.1997, EuZW 1998, 538=InfAuslR 1997, 440)
- **Akman Kararı** (19.11.1998, NVwZ 1999, 281=InfAuslR 1999,3)
- **Birden Kararı** (26.11.1998, NVwZ 1999, 1099=InfAuslR 1999, 6.
- **Sürül Kararı** (4.05.1999), Rs. C 262/96= InfAuslR 1999, 324

²⁸ *Hanau/Steinmeyer/Wank*, § 15 Rdn. 261; *Wißmann* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2003; Art. 39 des EG, Rn. 2; *Hailbronner*, in Dausen (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, D. I, Rdn. 64, 66; *Huber*, NVwZ 1991, 242, 243; *Weiß*, Freizügigkeit assoziierter Staatsangehöriger, 29.

²⁹ Bu kararların çoğunda genelde Alman Makamları davalı durumunda olduklarından bu çalışmamızda Alman uygulamasına sıklıkla atıfta bulunulacaktır.

³⁰ Kararın anlamı ve sonuçları için bkz. *Huber*; das Kus-Urteil des EuGH: Weitere aufenthaltsrechtliche Sicherungen für türkische Arbeitnehmer, NVwZ 11993, 246.

³¹ Karar hakkında bkz., *Nachbaur*; Türkische Arbeitnehmer in der EU – Drittstaatsangehörige Unionsbürger? Die Eroglu-Entscheidung des EuGH, NVwZ 1995, 344.

³² Karar hakkında görüş ve sonuçları açısından karşı *Weber*; der Status arbeitssuchender türkischer Staatsangehöriger nach europäischem Recht – Die Entscheidung des EuGH in der Rechtsache „Tetik“, NVwZ 1997, 652.

- **Nazlı Kararı** (10.2.2000, NVwZ 2000, 1029=InfAuslR 2000,161)
- **Ergat Kararı** (16.2.2000, NVwZ 2000, 1277=InfAuslR 2000, 217)
- **Koçak Kararı** (14. 04. 2000), Rs. C- 102/98 ve C- 211/98, NVwZ 2000, 1280
- **Savas Kararı** (11. 05. 2000), Rs. C. 37/98, NVwZ-Beil. I 2000, 139= EuZW 2000, 569.
- **Eyüp Kararı** (22.6.2000, NVwZ 2000, Beilage Nr. 12, 142=InfAuslR 2000, 329)
- **Kurz (Yüce) Kararı** (19. 11. 2002), Rs. C. 188/00
- **Abatay Kararı** (21.10.2003), Rs. (C-317/01)
- **Sahin Kararı** (21.10.2003), Rs. (C-369/01)

II. Doğrudan Uygulanması

1. Genel Olarak

AAD'nın içtihatlarına göre 1/80 sayılı OKK hükümleri – aynı Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokolde olduğu gibi³³ - üye devletlerde doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olup³⁴, üye devletler açısından bir yükümlülük içermeleri durumunda başka herhangi bir ek düzenlemeye ihtiyaç göstermeksizin doğrudan bu hükümlere dayanarak hak talep etmek mümkündür³⁵. Bu noktada özellikle 1/80 sayılı OKK'nin 6. maddesi 1. fıkrası ile 7. maddesinin doğrudan uygulanma kabiliyeti vardır. Bu ise, bu hükümlerdeki şartları yerine geiren Türk vatandaşlarının bu hükümlere dayanarak doğrudan hak talep etmelerinin mümkün olduğu anlamına gelmektedir. 1/80 sayılı OKK hükümlerine istinaden yetkili Yabancılar Dairesinin bir Türk vatandaşına vermiş olduğu çalışma ve ikamet izinleri bu bağlamda kurucu değil, açıklayıcı nitelikte olup sadece bunların varlığını ispat amacı taşımaktadır³⁶.

2. OKK Hükümlerinin Kurucu Niteliği ve Yabancılar Kanununa Göre Öncelikli Olarak Uygulanması

Ortaklık Hukuku, '*Avrupa Birliği Hukukunun ayrılmaz bir parçasını*' teşkil ettiğinden, bu hukuk hükümleri iç hukuk hükümlerinden önce uygulanır ve bu konudaki Alman Federal Yabancılar Hukukunun çelişen hükümleri bu bağlamda

³³ Birliğin üçüncü ülkelerle yapmış olduğu Ortaklık Anlaşmalarının, o anlaşmanın lafzı ve amacı dikkate alındığında açık yükümlülükler içermesi ve bunların yerine getirilmesi başka bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç göstermediği takdirde üye ülkelerde doğrudan uygulanma kabiliyeti olduğu yönünde vermiş olduğu ilk karar Demirel Kararıdır, bkz. NJW 1988, 1442=EuGHE 1987, 3719.

³⁴ *Hanau/Steinmeyer/Wank*, 15 Rdn. 264; *Yağlı*, Rasim; age. s. 512.

³⁵ AAD (EuGH), Demirel Kararı Rdn. 14; Sevince-Kararı, Rdn. 15=NVwZ 1991, 255, 256. *Yavaş*, yukarıda adı geçen çalışmasında, (s. 9) AB Hukuku kapsamında işçi sayılmak için işçi sıfatını taşıyan kişinin AB vatandaşı olması gerektiğinden bahsetmektedir ki, bu ifade kanaatimizce yerinde değildir.

³⁶ Bkz. *Dienelt*, s. 3.

uygulanmaz. Bunun anlamı şudur, Federal Yabancılar Kanunu (Ausländergesetz)³⁷ hükümlerine aykırı olsa bile, Ortaklık Hukuku hükümleri öncelikle uygulanacaktır³⁸.

AAD'nın, özellikle **Eyüp** ve **Ergat** kararlarında belirttiği gibi, 1/80 sayılı OKK hükümlerine istinaden bir defa oturum ve çalışma izni şartları oluşmuşsa, Türk vatandaşları başka herhangi bir işleme veya şarta bağlı olmaksızın artık o haklardan yararlanabilirler. Yani bu konuda, Yabancılar Dairesinden verilecek çalışma ve ikamet izinlerinin³⁹ yalnızca 'açıklayıcı' bir özelliği vardır⁴⁰. Bu nedenle, 1/80 sayılı OKK şartlarını yerine getiren Türk Vatandaşlarının oturumu ve çalışması - bu şartlar yerine getirildikten sonra - başkaca herhangi bir izne bağlı değildir⁴¹. Yabancılar Dairesinden verilen çalışma ve ikamet izin belgeleri bu noktada yalnızca ispat aracı teşkil etmektedirler. Bu tür izinleri İdare Hukuku açısından tespit edici bir idari işlem olarak görmek gerekir. Ancak AAD kararlarına göre üye ülke makamları, bu haklara sahip Türk vatandaşlarından, oturum ve çalışma izni için müracaat edilmesini şart koşabilirler⁴², yeter ki bu şartın yerine getirilmemesi durumunda öngörülen

³⁷ 9. Temmuz 1990 tarihli Ausländergesetz - AuslG), son olarak 20.6. 2002 tarihli ZuwanderungsG Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 tarafından (BGBl. I S. 1946) değiştirilmiştir. Ancak Zuwanderungsgesetz Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Kanunun akıbeti şu ana kadar belirsizliğini korumaktadır.

³⁸ Bu konuda Ortaklık Hukukundan doğan hakların Almanya'da yabancılara çalışma izni verilmesini ne şekilde etkilediği ve hangi hükümlerin 1/80 sayılı OKK karşısında uygulanmayacağı hakkında bkz. **Breidenbach**, Wolfgang, age. S. 75 vd. Ayrıca **Rumpf**; wann erlischt das Aufenthaltsrecht nach Art. 6 I des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei?, NVwZ 1994, 1189; ayrıca bkz. **Huber**, NVwZ 1993, 346 vd.

³⁹ Alman Yabancılar Kanunu 5. maddesine göre (§ 5 AuslG) *ikamet izinleri* (Aufenthaltsgenehmigung) dört şekilde verilmektedir. 1- Oturma Müsaadesi (Aufenthaltsurlaubnis), (§§ 15, 17 AuslG), 2- Oturma Hakkı (Aufenthaltsberechtigung), 3- Sınırlı Oturma İzni (Aufenthaltsbewilligung (§§ 28, 29 AuslG), 4- İstisnai Oturma İzni (Aufenthaltsbefugnis) (§ 30 AuslG). Hukuki açıdan verilmeleri, geri alınmaları ve sağladığı güvenceler bakımından farklı şartlara tabi bu ikamet izni türlerine, çalışmamızda bizde riayet etmeye çalıştık. Çalışmamızda *ikamet izni* tabiri, üst kavram olan *Aufenthaltsgenehmigung*' un karşılığı olarak kullanılmıştır.

⁴⁰ **Hanau/Steinmeyer/Wank**, 15 Rdn. 279; AAD (EuGH), Günaydın-Kararı Rdn. 49; Ergat-Kararı Rdn. 62. Karş. **Gutmann**, AiB (Arbeit im Betrieb), 1993, 395, 397.

⁴¹ Allgemeine Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei (AAH-ARB 1/80), Fassung 2002 vom 2. Mai 2002. (Alman Federal İçişleri Bakanlığının 1/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararına İlişkin 2 Mayıs 2002 tarihli Genel Uygulama Bilgileri, aşağıda AAH-ARB 1/80 şeklinde zikredilecektir.)

⁴² Yabancılar Dairesi bir Türk vatandaşına ilk defa çalışmak amacıyla ikamet izni verirken, diğer bütün AB üyesi olmayan vatandaşlar gibi AAV (Arbeitsaufenthaltsverordnung, Çalışma İzni Yönetmeliği, [AAV vom 18. Dezember 1990, zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 3 Nr. 7 ZuwanderungsG vom 20. 6. 2002, BGBl. I S. 1946]) esasları çerçevesinde hareket etmelidir.

mtüeyyideler ölçülü olsun. Hürriyeti bağlayıcı cezaların veya sınırdışı etmenin bu noktada ölçülü olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır.

Bu genel açıklamalardan sonra, 1/80 sayılı OKK'nın 6. ve 7. maddelerine dayanarak bir üye ülkede, örneğin Almanya'da oturma izni elde eden bir Türk vatandaşından şu hususların geçerli olduğunu belirtebiliriz.

- Böyle bir Türk vatandaşının Almanya sınırları içinde kalmasına, kendisi geçerli bir ikamet iznine (Aufenthaltsgenehmigung) sahip olmasa bile, § 9 DVAusIG⁴³ anlamında müsaade (Duldung) edilir.

- Federal Almanya sınırlarını kısa süreli (kaideten altı aydan daha az) olarak terkettikten sonra, geçerli bir vizeye veya uzun süreli kalmalar için bir vizeye sahip olmadan bu ülkeye tekrar giriş yapılması halinde bu artık § 58 I Nr. 1 AusIG anlamında bir izinsiz giriş sayılmaz.

- Kaideten § 8 AusIG'de sayılan ikamet izni verilmesine engel olan haller uygulanmaz.

- Bir ikamet izninin sona ermesi § 42 I AusIG anlamında sınır dışı etme sonucunu doğurmaz.

- İkamet izni olmadan veya süresi geçmiş bir ikamet izni ile Almanya'da kalma hukuka uygundur.

- §§ 92 I Nr. 1 ve 6, IIa, 92a, 92b AusIG'in unsurları, bundan yararlanan bir Türk vatandaşı geçerli veya süresi geçmiş bir ikamet izni ile ülkeye giriş yapmış veya kalmakta ise, gerçekleşmez. Aynı durum § 93 I AusIG'de tanımlanmış olan para cezaları için de geçerlidir⁴⁴.

III. Şahsi ve Maddi Bakımdan Uygulanma Şartları

1. Genel Şartlar

1/80 sayılı OKK, yalnızca Almanya'da işçi olarak çalışanlara uygulanır⁴⁵. Bağımsız olarak çalışan Türk vatandaşlarına uygulanmaz. Yine 1/80 sayılı OKK üye ülkelerin iş piyasasına girmiş ve halen çalışmakta olanlara uygulanır. Bu nedenle, üye ülke makamlarının ilk vize vermedeki ve ilk işe girişteki yetkileri ve bununla bağlı olarak iç hukuk hükümleri bâkidir⁴⁶.

⁴³ Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes (DVAusIG) vom 18. Dezember 1990, zuletzt geändert durch Art. 14 Terrorismusbekämpfungsgesetz vom 9. 1. 2002, BGBl. I S. 361.

⁴⁴ AAH-ARB 1/80, 1.5.5.1 vd.

⁴⁵ *Yavashi*'nin işçi kavramı konusundaki görüşü için karşı. 35 nolu dipn.

⁴⁶ Bunun anlamı şudur: İlk işe girişte üye ülke makamları mes. ilk çalışma iznini 1/80 sayılı OKK'nın 6. maddesi 1. fıkrası 1. bendinde öngörülen 1 yıllık sürenin altında (örneğin 11 ay) vermeleri halinde bundan doğacak hakları engelleyebilirler. Bu durum Türk vatandaşlarına çalışma izni verilirken zorluk çıkartılması sonucunu doğurabilmektedir. Gerçekten de yukarıda

Bir Türk vatandaşına bir defa oturum izni verilmiş ise, artık 1/80 sayılı OKK hükümlerinin uygulanması için bu oturum izninin hangi gerekçe ile verildiğinin bir önemi yoktur. Bir Türk işçisi bir üye ülkede aralıksız olarak aynı işverende bir yıl süre ile çalıştığı takdirde (1/80 OKK 6. madde 1. fıkra bend 1), - önceki oturum izinleri hangi amaçla verilmiş olursa olsun⁴⁷ - ortaklık hukukundan doğan bir oturum hakkına sahip olur. Örneğin daha önceki ikamet ve çalışma izni verilmiş nedeni aile birleşimi ise ve fakat boşanma nedeniyle bu amaç ortadan kalkmış olsa bile 1/80 sayılı OKK 6. maddede öngörülen asgari şartların yerine getirilmesi halinde, kendisine ikamet ve çalışma izinleri aile birleşimi veya evlilik birliğinin sürdürülmesi amacı ortadan kalkmış olsa bile verilecektir⁴⁸. Hatta AAD'nın kararlarına göre (Günaydın ve Ertanır Kararları), Türk işçisi ikametinin üye ülkede geçici olduğunu baştan beri biliyor ve bu durumu Yabancılar Dairesine vermiş olduğu yazılı '*geri dönüş taahhüdü*' (Rückkehrzusage) ile ikrar etmiş olsa bile, daha sonra oturum izninin uzatılması müracaatında '*hakkın kötüye kullanıldığı*' gerekçesiyle kaideten bu talebe karşı konulamaz⁴⁹.

İşçinin Türk vatandaşı olup olmadığı Türk hukukuna göre belirlenir. Türk vatandaşlığı yanında üye ülke vatandaşlıklarından herhangi birisine sahip olan kişiler AAD içtihadına göre⁵⁰ Avrupa Birliği vatandaşı olarak tanımlanırlar.

2. İkamet İzni Türü

Ortaklık Hukukuna dayanan Türk vatandaşları her ne kadar diğer yabancılara kıyasla ayrıcalıklı bir konum elde etselerde bunlar, münhasıran Avrupa Birliği üyesi vatandaşlarına veya aile fertlerine tanınan Birlik İkamet İznini - aynı zamanda Avrupa Birliği üyesi bir devlet vatandaşlığına sahip olan Türk vatandaşları istisna olmak üzere - elde edemezler. Ortaklık Hukukuna dayanarak bu haklarını

anılan AHH-ARB 1.6.3. de, çalışma izni verilirken mümkün mertebe 11 ay ile sınırlandırılması tavsiye edilmektedir. Böyle bir muamelenin hukuka uygun olduğu, 1/80 sayılı OKK'nın üye devletlerin Türk işçilerinin ilk işgücü piyasasına girişteki yetkilerini sınırlandırmadığı gerekçesiyle kabul edilmektedir; bkz. HessVGH DVBl 1996, 1273=InfAuslR 1996, 483. Ancak şunu da hemen belirtmekte fayda var, bu konuda genelde Türk vatandaşlarına ayrı bir muamele yapılmamaktadır. Şu andaki hukuki duruma göre diğer bütün yabancılar gibi daimi oturum veya çalışma izni olmayan Türk vatandaşlarına günde yarım gün çalışmak koşuluyla 12 aylık sürede toplam 180 yarım veya 90 tam işgünü çalışma izinleri verilmekte ve bu durum ikamet izni alınırken pasaportlara işlenmektedir. Bu şekilde, Almanya'ya öğrenim görmek amacıyla giden ve bunun yanında part-time olarak düzenli bir işte çalışan bir Türk vatandaşı bu haklarını Alman makamlarına karşı - diğer şartları yerine getirmek şartıyla - ileri sürebilir.

47 Mesela öğrenci olarak sınırlı oturma izni (Aufenthaltsbewilligung) sahibi olan bir Türk vatandaşı da bundan yararlanabilir.

48 AAD (EuGH), Kuş-Karan, InfAuslR 1993, 41=NVwZ 1993, 258.

49 AAH-ARB, 1.6.2.

50 AAD, Rs. C-369/90, Slg. I 1992, 4239 - *Micheletti*.

ileri süren Türk vatandaşlarına – ikamet herhangi bir amaçla sınırlandırılmadığı için - oturma müsaadesi (Aufenthaltserlaubnis) şeklinde verilir. Daha önce Almanya'da başka bir ikamet izni türü ile (mes. sınırlı oturma izni [Aufenthaltsbewilligung, §§ 28, 29 AuslG]) çalışan Türk vatandaşları Ortaklık Konseyi kararlarına dayanarak kendilerine oturma müsaadesi (Aufenthaltserlaubnis) verilmesini talep edebilirler. §§ 19, 28 III AuslG'de öngörülen sınırlamalar Ortaklık Konseyi Hukuku öncelikli olarak uygulanacağından burada geçerli değildir.

IV. 1/80 sayılı OKK md. 6

1. Genel

1/80 sayılı OKK 6. madde Türkçe metni⁵¹:

⁵¹ 1/80 sayılı OKK 6. ve 7. maddelerinin Türkçe çevirisi serbest şekilde ve Almanca ve İngilizce metinler dikkate alınarak yapılmıştır; madde metinlerinin Türkçe çevirisi karşılaştırması için bkz. *Çiçekli*, MHB 1999-2000, s. 220 vd. 1/80 sayılı OKK 6. maddesinin **Almanca metni**: „Artikel 6 (1) Vorbehaltlich der Bestimmungen in Artikel 7 über den freien Zugang der Familienangehörigen zur Beschäftigung hat der türkische Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats angehört, in diesem Mitgliedstaat nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung Anspruch auf Erneuerung seiner Arbeiterlaubnis bei dem gleichen Arbeitgeber, wenn er über einen Arbeitsplatz verfügt; nach drei Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung - vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs - das Recht, sich für den gleichen Beruf bei einem Arbeitgeber seiner Wahl auf ein unter normalen Bedingungen unterbreitetes und bei den Arbeitsämtern dieses Mitgliedstaats eingetragenes anderes Stellenangebot zu bewerben; nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis. (2) Der Jahresurlaub und die Abwesenheit wegen Mutterschaft, Arbeitsunfall oder kurzer Krankheit werden den Zeiten ordnungsgemäßer Beschäftigung gleichgestellt. Die Zeiten unverschuldeter Arbeitslosigkeit, die von den zuständigen Behörden ordnungsgemäß festgestellt worden sind, sowie die Abwesenheit wegen langer Krankheit werden zwar nicht den Zeiten ordnungsgemäßer Beschäftigung gleichgestellt, berühren jedoch nicht die aufgrund der vorherigen Beschäftigungszeit erworbenen Ansprüche. (3) Die Einzelheiten der Durchführung der Absätze 1 und 2 werden durch einzelstaatliche Vorschriften festgelegt.“

İngilizce Metni ise: „Article 6 1. Subject to Article 7 on free access to employment for members of his family, a Turkish worker duly registered as belonging to the labour force of a Member State: - shall be entitled in that Member State, after one year's legal employment, to the renewal of his permit to work for the same employer, if a job is available; - shall be entitled in that Member State, after three years of legal employment and subject to the priority to be given to workers of Member States of the Community, to respond to another offer of employment, with an employer of his choice, made under normal conditions and registered with the employment services of that State, for the same occupation; - shall enjoy free access in that Member State to any paid employment of his choice, after four years of legal employment; 2. Annual holidays and absences for reasons of maternity or an accident at work or short periods of sickness shall be treated as periods of legal employment. Periods of involuntary unemployment duly certified by the relevant authorities and long absences on

“(1) Aile fertlerinin serbest olarak çalışabilmeleri hakkındaki 7. madde hükmü saklı kalmak üzere, bir üye devletin işgücü piyasasına dahil olan bir Türk işçisi bu üye devlette;

- Bir yıl yasal olarak çalıştıktan sonra, istihdam imkanının mevcut olması şartıyla aynı işverende çalışmak üzere çalışma izninin uzatılması hakkına;

- Üç yıl yasal olarak çalıştıktan sonra – Topluluk üyesi işçilere öncelik verilmesi kaydıyla - aynı meslekte kendi seçeceği bir işveren yanında, üye devletin iş bulma kuruluşlarına kaydedilmiş ve normal koşullarda yapılmış olan başka bir istihdam teklifini kabul etme hakkına;

- Dört yıllık yasal çalışmadan sonra kendisinin seçeceği herhangi bir ücretli işte çalışma hakkına sahip olur.

(2) Yıllık izin, doğum izni, iş kazası veya kısa süreli hastalıklar yasal süreli çalışma olarak sayılır. Yetkili makamlarca usulüne uygun olarak tespit edilmiş gayri ihtiyari işsizlik veya uzun süreli hastalıklar yasal çalışma kabul edilmez, ancak daha önce çalışma sonucunda kazanılmış hakları etkilemez.

(3) 1. ve 2. fıkraların uygulanması için her bir devlet ayrıntıları kendisi düzenler. “

AAD’ in yerleşmiş içtihatlarına göre, 1/80 sayılı OKK 6. madde, Avrupa Birliği ülkelerinde doğrudan uygulanır. Bu nedenle bu madde şartlarını yerine getiren Türk vatandaşları doğrudan bu hükme dayanarak üye ülkelerde çalışma ve oturma hakkına sahip olabilirler⁵².

1/80 sayılı OKK 6. madde 1. fıkrada hükmünde yer alan belirli süre ve şartlara tabi iş piyasasına girme hakkı bir Türk işçisinin entegrasyonuna katkıda bulunmayı amaçlamaktadır. Bir yıl boyunca aynı işverende yasal olarak (*ordnungsgemäß, legal*) çalıştığı takdirde, aynı işverende çalışma izninin uzatılmasını talep edebilir (1. bend). Aynı işverende üç yıl yasal olarak çalıştıktan sonra, AB üye ülke vatandaşlarına öncelik verilmesi şartıyla, aynı branş veya meslekte kendi seçeceği başka bir işveren yanında çalışmak için başvurabilir (2. bend). Ve nihayetinde dört yıl yasal olarak çalıştıktan sonra istediği alanda iş ve ücret ilişkisine girme hakkına sahiptir (3. bend).

1/80 sayılı OKK 6. madde 2. fıkrası ise, 1. fıkrada öngörülen sürelerin hesaplanmasında geçici bazı çalışmama hallerinin bu sürelere etkisini düzenlemektedir. 1/80 sayılı OKK 6. madde f. 2 b. 1’de yıllık izin, doğum nedeniyle çalışmama, iş kazası veya hastalık nedeniyle kısa süreli çalışmama ile geçen süreler düzenli

account of sickness shall not be treated as periods of legal employment, but shall not affect rights acquired as the result of the preceding period of employment. 3. The procedures for applying paragraphs 1 and 2 shall be those established under national rules. “

⁵² 30.9.1997 tarihli AAD (EuGH) Kararı - Rs C 98/96 (Ertanir) - Rn. 28 vd., InfAusIR 1997, 434, 435 vd.

çalışmaya denk tutulmuştur. Yani bu hallerde geçen süreler, sanki çalışılıyormuş gibi 1. fıkradaki sürelere eklenecektir. Buna karşın 1/80 sayılı OKK 6. madde f. 2 b. 2'de gayri ihtiyari işsizlik veya hastalık nedeniyle uzun süre çalışamama bu sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır. Ancak bu hallerde daha önce çalışarak elde edilmiş süreler muhafaza edilecektir. Kısacası, maddenin 2. fıkrası 1. bendindeki süreler, 1. fıkradaki sürelerle eklenirken, 2. bendindeki süreler 1. fıkradaki süreleri adeta dondurmaktadır. 1/80 sayılı OKK'nın 6. madde 2. fıkrasında sayılmayan diğer çalışmayı kesintiye uğratan süreler çalışılmış süre olarak görülmeyecek ve -1/80 sayılı OKK hükümlerine binaen önceden bir hak doğmamışsa- daha önce çalışılan sürelerin kaybolmasına neden olacaktır.

Buna karşın AAD'ın Nazlı-Kararına⁵³ göre, bir Türk işçisi üye devlet iş piyasasına entegre olmuş ve 1/80 sayılı OKK hükümlerine istinaden bir takım haklar elde etmişse, bu kişi iş ilişkisine geçici olarak ara verebilir⁵⁴.

1/80 sayılı OKK 6. madde 3. fıkrası bağımsız bir düzenleme içermeyip sadece üye devletlere 1. ve 2. fıkra hükümlerinin uygulanması konusunda düzenleme yapma yetkisi vermektedir. Ancak şu ana kadar bu yetki kullanılmamıştır.

2. "İşçi" kavramı

a) Genel Olarak

1/80 sayılı OKK 6. madde 1. fıkrası anlamında işçi kavramını, AAD'nun içti-hatlarına göre AB sözleşmesinin 39. maddesinde (eski 48. madde) ve 1612/98 EWG⁵⁵ sayılı Yönetmeliğin 1. maddesinde tanzim edilen Topluluk işçilerinin serbest dolaşımı hakkındaki hükümler esas alınarak yorumlanması gerekir⁵⁶. Buna göre; bir iş sözleşmesine dayanarak belirli bir süre içinde başkası için ve onun talimatlarına göre gerçek, tamamen önemsiz ve tali olmayan⁵⁷ bir uğraş

⁵³ NVwZ 2000, 1029=InfAusIR 2000,161.

⁵⁴ Karş. Tetik Kararı. Tetik kararı ve sonuçları için bkz. *Weber*, NVwZ 1997, 652 vd.

⁵⁵ 15. 10.1969, ABl. EG Nr. L 257,29.

⁵⁶ VG Münster, InfAusIR 1998, 156; VGH Kassel InfAusIR 1996, 133, 135; *Benassi*, Die aufenthaltsrechtliche Bedeutung der Assoziationsratsbeschlusses 1/80 im Lichte der neuen Rechtsprechung, InfAusIR 1995, 89, 91; *Gutmann*, Die Schranken des Aufenthaltsrechts nach dem Assoziationsratsbeschluss Nr. 1/80, ZAR 1996, 70; 71; *Dienelt*, Rdn. (Randnummer=Paragraf), 20. Karş. bu anlamda Bozkurt, Rdn. 14, 19 ve 21, Tetik, Rdn. 20 ve 28, ve Birden, Rdn. 23, ayrıca 30. Eylül 1997 tarihli C-36/96, Günaydin-Kararı, Slg. 1997, I-5143, Rdn. 21, ve C-98/96, sayılı Ertanir-Kararı, Slg. 1997, I-5179, Rdn. 21. *Yavaş* adı geçen çalışmada, „işgören“ kavramını tercih etmektedir ki, (s. 7) kanaatimizce AB Hukuku ve AD içtihatlarında yerini bulan işçi kavramı karşısında bu şekilde ayrı bir kavram tercih etmeye lüzum yoktur.

⁵⁷ Bu anlamda karşı. EuGH NJW 1983, 1249; OVG Berlin, Beschluss vom 25.9.1996 - OVG 8 S 35.96 -, InfAusIR 1997,189.

karşılığında ücret alarak çalışan⁵⁸ bir Türk vatandaşı 1/80 sayılı OKK anlamında işçi sayılır. Bu anlamda, aşağıda sayılan ve ‘tamamen önemsiz ve tali olmayan’ bir işte çalışan,

- Part-time çalışanlar ve mevsimlik işçiler ile
- Meslek eğitimi çerçevesinde yapılan çalışmalar da⁵⁹

‘işçi’ statüsünün kurulması için yeterli olabilecektir. Alman Federal İdare Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında⁶⁰, meslek eğitimi çerçevesinde yapılan çalışmaların, tamamen önemsiz ve tali olmadığı, ayrıca çalışma karşılığında verilecek ücretin sosyal sigorta hukuku anlamında asgari sınırın (Geringfügigkeitsgrenze) üzerinde olduğundan bahisle işçi statüsünün kurulduğu sonucuna varmıştır⁶¹.

İş sözleşmesi çerçevesinde edimi sunanla alan arasındaki ilişkinin milli hukuka göre hukukî vasfı önemli değildir. Aynı şekilde işçinin ücretini aldığı kaynağın özel mi yoksa kamu kuruluşu mu olduğu da önemli değildir⁶². Bu nedenle Federal Sosyal Yardım Kanununa (Bundessozialhilfegesetz) istinaden veya istihdam sağlanması önlemleri çerçevesinde kurulan iş ilişkilerini de bu kapsamda değerlendirmek gerekir, yeter ki iş ilişkisinin diğer unsurları da mevcut olsun⁶³. Ancak rehabilitasyon çerçevesinde uyuşturucu tedavisi gören ve yakın gelecekte de normal şekilde çalışamayacak olanlar açısından bu söylenenler geçerli değildir.

AAD’nın vermiş olduğu kararlar ışığında, çalışılan işin *süresi* konusunda haftalık 10 – 12 saatlik bir işin, işçi statüsünün kurulması için yeterli olacağı söylenebilir⁶⁴. Ancak şu ana kadar *sözleşme ile belirlenen asgari ücretin* ne kadar olması gerektiği hususunda herhangi bir karar verilmemiştir. Çalışılan işin süresi ve ücreti konusunda verilmiş bazı mahkeme kararları ise şu şekilde özetlenebilir:

- Der Hessische Verwaltungsgerichtshof (HessVGH, InfAusIR 1996, 133), haftalık 18 saatlik bir çalışmayı,

58 „... im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses während einer bestimmten Zeit eine tatsächliche, echte und nicht nur völlig geringfügige Tätigkeit für einen anderen nach dessen Weisung ausübt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.“ Karş. 30.1.1997 tarihli EuGH-Kararı, – Rs C-340/99-, Rn 26.

59 BVerwG 2001, 333; VGH Kassel, InfAusIR 1998, 207,211

60 BVerwG, DVBl. 2000, 220

61 OVG Münster, bu sınırın altındaki bir işte çalışma ile de ‘işçi’ unsurunun gerçekleşeceği sonucuna varmıştır. OVG Münster, 21.10.1998 -18 B 2762/97, *Benassi*, InfAusIR 1998, 473.

62 Birden kararna göre.

63 AAH-ARB 1/80, 2.2.1

64 AAH-ARB 1/80, 2.2.2

- Das Oberverwaltungsgericht Berlin (OVG Berlin, InfAusIR 1997, 189), kararında sosyal sigortalara prim ödemeksizin (unter der Geringfügigkeitsgrenze) yapılan (haftalık 7,5 saatlik temizlik firmasındaki) bir çalışmayı⁶⁵,

- Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (OVG NW, InfAusIR 1998, 156), bir üniversite öğrencisinin hastahanedeki hastabakıcı olarak aylık 80 saatlik çalışmasını,

- Yine aynı mahkeme başka bir kararında (OVG NW, InfAusIR 1999, 101), aylık 55 saatlik ve 550 DM ücretli bir part-time işi,

- Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (InfAusIR 2000, 269), çıraklık eğitimi sırasında aylık 695 DM ile 900 DM arasında ücretin alındığı bir işi,

işçi statüsünün kurulması için yeterli görmüştür.

Almanya açısından durumu ele aldığımızda, - en azından bu konuda AAD tarafından bir karar verilene kadar - kural olarak sosyal sigortalara prim ödenme sınırının (Geringfügigkeitsgrenze) işçi ücreti bakımından asgari sınır olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir⁶⁶. Şu anda (Nisan 2004) bu sınır 400 EUR'dur⁶⁷. Kısaca özetleyecek olursak, haftalık 10 ila 12 saatlik bir çalışma ile ayda en az 400 EUR kazanan bir Türk işçisi 1/80 sayılı OKK'daki işçi statüsüne dahil olmuş olur ve 6. madde 1. fıkrada öngörülen süreleri doldurduğu takdirde bu hakları ileri sürebilir⁶⁸. İş sözleşmesinin süreli olmasının bu bağlamda bir önemi yoktur.

İşçi statüsü, Türk vatandaşının Alman iş piyasasını kesin olarak terketmesi, mes. emekliliğe ayrılması veya Türkiye'ye kesin dönüş yapması veya -Bozkurt davasında olduğu gibi- tamamen ve daimi olarak iş göremez olması hallerinde sona erer. Daimi bir dönüşten bahsedebilmek için -AB vatandaşlarında olduğu gibi- ilgili kişinin altı aydan fazla bir süre üye ülkeyi terkedip ve bir daha giriş yapmaması gerekir⁶⁹. Ayrıca zorunlu askerlik hizmetinin yerine getirilmesi hususunda da § 44 f. 2 AuslG ve § 11 AufenthG/EWG⁷⁰ [veya 68/360/EWG⁷¹

⁶⁵ Buna karşın, Bayerischer Verwaltungsgericht (InfAusIR 1999, 223) bir Türk öğrenci tarafından bir yıl boyunca sadece haftanın bir gününde yapılan 3-4 saatlik bir temizlik işini, işçi statüsünün kurulması için yeterli görmemiştir.

⁶⁶ Aynı şekilde AAH-ARB 1/80, 2.2.2

⁶⁷ Bu sınır 1.4.2003 tarihinden itibaren geçerlidir. Bundan önceki dönem için (31 Mart 2003 tarihine kadar) bu sınır hem eski hem de yeni [eski Doğu Almanya] eyaletlerde çalışanlar için 325 EUR idi.

⁶⁸ VG Berlin, InfAusIR 1994, 390. Bu kararda öğrenimi yanında, bunu finanse etmek için yapılan çalışma ile işçi statüsünün kazanılacağı kabul edilmiştir. Aksi yöndeki bir karar için bkz. VGH Mannheim, InfAusIR 1997, 229,231; ayrıca karşı. *Gutmann*, die Assoziations freizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, s. 78; *Hailbronner*, Ausländerrecht, D 5.4, Rn. 18.

⁶⁹ Bu süre için bkz. 68/360/EWG sayılı AB Yönergesinin 6. madde 2. fıkrası, § 11 AB-İkamet Yönergesi (AufenthaltsG/EWG). Karşı. LSG Baden-Württemberg, A1B (Arbeit im Betrieb)

sunda da § 44 f. 2 AuslG ve § 11 AufenthG/EWG⁷⁰ [veya 68/360/EWG⁷¹ sayılı Yönergenin 6. maddesi 2. fıkrası] hükümlerinin dikkate alınması gerekir. Buna göre, bir Türk vatandaşı zorunlu askerlik hizmetini ifa ettikten sonra üç ay içinde tekrar ilgili üye ülkeye giriş yaptığı takdirde, daha önce elde ettiği hakları kaybolmayacaktır. Ancak askerlikte geçen süre 1/80 sayılı OKK 6. madde 2. fıkrası 1. bend anlamındaki sürelerden sayılmaz, yani bu süreler eklenmez. Gerektiğinde Türk vatandaşından zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmek için Türkiye’de olduğunu ve süresinde üye ülkeye tekrar giriş yaptığını ispatlaması istenebilir⁷². Ancak gönüllü olarak askerlik hizmeti yapılması halinde, bunu artık daimi bir dönüş olarak değerlendirmek gerekir.

b) Türk öğrenciler, öğretmenler ve din hizmetlilerinin durumu

Türk öğrencileri (ilköğretim, lise ve üniversite) kural olarak AB Sözleşmesinin 39. maddesi anlamında işçi sayılmazlar. Ancak kendilerine öğrenimleri yanında bir işte çalışmalarına izin verilenler, AAD içtihatlarına göre işçi tanımına girmeleri halinde, 1/80 sayılı OKK hükümlerinden yararlanabilirler⁷³. Bunun sonucu olarak da, artık ikamet hakları Ortaklık Hukukuna göre belirlenir⁷⁴. Ayrıca AAD’ın ‘Günaydın-Kararı’nda belirttiği üzere, işletme içi meslek eğitimine hizmet eden çalışmalar da (Erwerbstätigkeiten) 1/80 sayılı OKK kapsamındadır⁷⁵. Yine aynı şekilde, doktora öğrenimi için verilmiş olan sınırlı oturma izni (Aufenthaltsbewilligung) yanında haftalık 20 saatlik ek bir işte çalışma da işçi statüsünün kurulması için yeterli görülmüştür⁷⁶.

Üye ülkede bulunan dini teşkilatlarda aylık belirli bir ücret karşılığında veya Türkiye tarafından gönderilmiş olup da ücretleri de Türkiye tarafından ödenen⁷⁷,

1993, 395; 397. Mahkeme burada § 2 AEVO f. 6 ya istinaden 6 aylık süreyi kabul etmektedir; aynı şekilde *Huber*, NJW 1985, 2061, 2070; karşı görüş *Hailbronner*, D 5.4. Rdn. 30; OVG Nordrhein-Westpahlen InfAuslR 1995, 282.

⁷⁰ 31 Ocak 1980 tarihli ‘Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft’, BGBl I 116.

⁷¹ Richtlinie Nr. 68/360 des Rats der EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft, 15.10.1968 tarihli, ABl. EG Nr. L 257, 13.

⁷² Karş. 44.2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz (Federal Yabancılar Kanunu hakkında Genel Uygulama Bilgileri).

⁷³ EuGH, NJW 1983, 1249 = EZAR 811 Nr. 1; *Huber*, NVwZ 1993, 246, 247.

⁷⁴ Karş. *Renner*, Günter; Einreise und Aufenthalt ausländischer Studenten, ZAR 2001, 51 vd.

⁷⁵ Karş. Bundesverwaltungsgericht InfAuslR 2001, 61.

⁷⁶ Bundessozialgericht, InfAuslR 1999, 136; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, InfAuslR 1997, 229.

⁷⁷ Hessischer Verwaltungsgerichtshof, InfAuslR 2000, 370.

imam olarak görev yapan Türk vatandaşlarının, işgücü piyasasına dahil olmadığı veya bağımsız çalıştıkları gerekçesiyle 'işçi' statüleri kabul edilmemiştir⁷⁸. Aynı şekilde, Türkiye'den giden ve üye ülkelerde Türklerin yoğun olduğu yerlerde Türk çocuklarına Alman okullarında ders veren öğretmenlerin 'Türkiye tarafından gönderilmiş ve orada sosyal sigortalı oldukları, maaşlarının Türkiye tarafından ödenmiş ve bu yüzden üye ülke işgücü piyasasına dahil olmadıkları için'⁷⁹; özel bir dil okulunda, ders saatlerini kendisinin belirleyebildiği ve ders başına ücret alan bir Türk vatandaşı öğretmenin de 'bağımsız, serbest çalıştığı' gerekçesiyle işçi statüsü reddedilmiştir.

Aile içinde ev işlerine (mes. bakıma muhtaç kimse veya küçük çocukların bakımı gibi) yardımcı olanların yaptığı işleri kaideten Ortaklık Hukuku çerçevesinde işçi kavramı içinde değerlendirmemek gerekir⁸⁰. Zira bu tür uğraşlar – aile birliği içerisinde mevcut sıkı bağlar nedeniyle – çoğunlukla karşılığında bir ücret alınmadan yapılmaktadır. Bakım karşılığında, o kişiye beslenme ve barınma imkanlarının sağlanmasını bu anlamda 'ücret' olarak görmemek gerekir. Ancak istisnai hallerde bu tür çalışmalarda da gerçek bir iş ilişkisi söz konusu olabilir⁸¹.

3. Yasal olarak çalışma (ordnungsgemäße Beschäftigung, legal employment)

AAD'nın yerleşmiş içtihatlarına göre 6. madde 1. fıkra anlamında bir işin 'yasal' olabilmesi için ilgili Türk vatandaşının üye ülke işgücü piyasasında 'sağlam ve geçici olmayan bir pozisyonda' bulunması⁸² ve ayrıca tartışmalı olmayan bir

78 BVerwG InfAusIR 1984,71; aynı görüşte *Gutmann*, Aufenthaltsrechte türkischer Arbeitnehmer, InfAusIR 1991, 33; fakat karşıt. AAD (EuGH), Steymann-Karani, NVwZ 1990, 53.

79 Verwaltungsgericht Sigmaringen, InfAusIR 2000, 169; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg InfAusIR 2001, 314. Ancak Bavyera Eyaletinde Türk öğretmenlerin maaşları Türkiye tarafından değil de Bavyera Eyaleti tarafından ödendiği ve Almanya da sosyal sigortalı oldukları için, kanaatimce artık bu öğretmenleri Alman işgücü piyasasına dahil olarak ve işçi statüsünde görmek gerekir.

80 OVG Schleswig-Holstein, ücretsiz olarak barınma ve beslenme karşılığında, torunlarına bakan büyükannenin bu uğraşının 'işçi' statüsünde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Karar için bkz. InfAusIR 1993,164. Ancak Federla İdare Mahkemesi aksi yönde karar vermiştir, bkz BVerwG, InfAusIR 1995,223.

81 Alman Federal İdare Mahkemesine göre Yabncılar Dairesi, daha önceden ilgilinin çalışmasını ve bu şekilde Ortaklık Hukuku haklarının doğmasını, çalışma izni verirken „sadece ailenin ev işlerinde yardımcı olmak içindir' gibi düşeceği şartla engelleyebilir. Bu takdirde aile içinde yapılacak bu tür çalışmalar bir iş ilişkisi içinde olmuşsa, bu tür bir uğraş 1/80 sayılı OKK 6. madde 1. fıkra anlamında 'yasal' olmayacaktır, zira Türk vatandaşı burada çalışma iznindeki kısıtlamayı gözardı etmiş ve yasal olmayan bir davranışta bulunmuştur; karşıt. BVerwGE 98, 31= InfAusIR 1995, 265, 267.

82 "..... Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Beschäftigung ist eine gesicherte und nicht nur vorläufige Rechtsposition des Betroffenen auf dem Arbeitsmarkt des jeweiligen

ikamet iznine sahip olması gerekir⁸³. Bu anlamda üye ülkeye iltica talebinde bulunulması karşısında, iltica işlem ve başvurusunun sonuçlanana kadar o ülkede kalma imkanı veren (§ 55 I, 1 AsylVfG anlamında Aufenthaltsgestattung) geçici izinler çerçevesinde yapılan çalışmaları, işçinin pozisyonu sağlam olmadığı için, 1/80 sayılı OKK 6. madde 1. fıkra anlamındaki 'yasal çalışma' olarak görmemek gerekir⁸⁴. Bunun için özellikle çalışma izni ile ilgili şartlar (SGB⁸⁵ III, ArGV⁸⁶, ASAV⁸⁷) yerine getirilmiş ve ayrıca gerekli ruhsat ve izinlerin alınmış olması gerekir. Şu halde *bir çalışmayı, ilgili üye ülkenin ikamet ve çalışma hükümlerine aykırı olmadığı hallerde 'yasal' olarak nitelemek gerekir*. Bu noktada, Türk işçilerinin genel anlamda bir ikamet veya çalışma izni almaktan muaf olup olmadıkları önemli değildir. Bu nedenle ikamet veya çalışma izinleri alınmasına gerek olmayan hallerde, yapılması serbest olan meslekler de 1/80 sayılı 6. madde anlamında 'yasal' dır⁸⁸.

Yine aynı şekilde, bir Türk işçisi, resmi bir makamın vermiş olduğu karara itirazda bulunmuş veya buna karşı idari bir dava açmış ise *'sağlam olmayan, daimi olarak geçici'* bir pozisyonda bulunuyor demektir. Örneğin bir Türk işçisi aleyhine verilmiş olan,

- ikamet izni verilmesi veya uzatılması talebinin reddedilmesi veya
- sınırdışı edilme kararı veya
- ikamet izninin geri alındığı, iptal edildiği veya süreye tabi tutulduğu bir karar veya
- izne tabi olmayan önceki ikametinin süre bakımından sınırlandırılması yönündeki kararlar

Mitgliedstaats'; bkz. AAD (EuGH), Sevince-Karan Rdn. 30; Kuş-Karan Rdn. 12; Birden-Karan Rdn. 55.

83 *Dienelt*, Rdn. 27; AAD (EuGH), EuZW 1990, 479; Kus, EuZW 1993, 96; Bozkurt, NvWZ 1995, 1093.

84 BVerwG, 27.08.1997 tarihli ve 1 B 169.97 sayılı kararı; *Buchholz*: Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts", 402.240 § 6 AuslG 1990, Nr. 12, 1382. Lieferung des Gesamtwerkes Köln 2004

85 Sozialgesetzbuch III (Sozial Güvenlik Kanunu III)

86 Verordnung über die Arbeitsgenehmigung für ausländische Arbeitnehmer (Arbeitsgenehmigungsverordnung - ArGV) vom 17. September 1998 zuletzt geändert durch Art. 15 Schwarzarbeit-Bekämpfungs-ErleichterungsG vom 23. 7. 2002.

87 Verordnung über Ausnahmeregelungen für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis an neu einreisende ausländische Arbeitnehmer (Anwerbestoppausnahmegesetz - ASAV) vom 17. September 1998 zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 3 Nr. 9 ZuwanderungsG vom 20. 6. 2002.

88 *Hanau/Steinmeyer/Wank* § 15 Rdn. 267; *Wette*, InfAuslR 1993, 285, 287.

bu türdendir⁸⁹. Bu kararların tâliki bir etkisi vardır⁹⁰ ve davanın o kişi hakkında aleyhinde sonuçlanacağı ana kadar ikametine ve çalışmasına müsaade edilir. İşte bu esnada vukubulan çalışmalar sırasında Türk işçisinin durumu 'sağlam ve daimi' değildir. Aynı husus § 69 f. 3 AuslG anlamında kişinin ikametine 'müsaade' edildiği hallerde de geçerlidir. Bu sürede yapılacak çalışmalar 6. madde 1. fıkra anlamında "yasal çalışma" lardan sayılmaz⁹¹. Ancak daha sonra yetkili makam veya mahkemenin bu konuda olumlu bir karar vermesi halinde geçen süreler yasal çalışma hesaplanmasında dikkate alınır⁹².

Burada ortaya çıkabilecek bir başka sorun ise, şekli olarak çalışma ve ikamet iznine sahip olunmasına rağmen maddi hukuk açısından (mes. muvazaalı evlilik nedeniyle) geçersiz bir ikamet ve çalışma izni ile geçirilen sürelerin ne şekilde değerlendirileceğidir. AAD Kol-Kararında⁹³, bir Türk işçisinin kasten yapmış olduğu aldatıcı hareket ve beyanlarıyla elde edilen oturma müsaadesine (Aufenthaltserlaubnis) dayanarak elde edilen çalışma sürelerinin, 1/80 sayılı OKK 6. madde 1. fıkrada öngörülen hakların doğmasına engel teşkil edeceği sonucuna varmıştır⁹⁴. Zira kastî yanılma sonucu elde edilen bir ikamet izni hiçbir şekilde ikamet açısından sağlam bir pozisyon bahsetmez. Bu tür bir ikamet izninin her zaman için tartışma konusu yapılması ve iptal edilmesi mümkündür. Bir Türk vatandaşının Yabancılar Dairesine karşı yapmış olduğu beyan objektif olarak doğru değilse ve bu beyanın ne anlama geldiğine ikamet izni verilmesi esnasında dikkat çekilmişse böyle durumlarda kaideten 'kasti bir yanılma' olduğunu kabul etmek gerekir. Özellikle muvazaalı evliliklerde (Scheinehen) böyle *kasti bir yanılma* sözkonusudur; böyle bir fiilin ayrıca cezai açıdan bir sorumluluk doğurup doğurmayacağı 'yasallık' açıdan bir önem arz etmez. Kasti yanılma ile elde edilen ikamet izninin 'sağlam ve yasal' görülmemesinin altında yatan sebep, hukuki ve idari açıdan buna her zaman müdahale imkanı olmasıdır⁹⁵. Bu nedenle bir Türk vatandaşının kasti yanılma ile elde ettiği ikamet iznine bağlı olarak geçirilen süre hiçbir zaman 'yasal çalışma' olarak değerlendirilemez ve ayrıca 'güvenin korunması' ilkesine dayanılarak da bir talepte bulunulamaz.

Sonuç olarak şunu belirtmek gerekir ki, 1/80 sayılı OKK 6. madde 1. fıkra anlamında bir çalışmanın 'yasal' olması gerekli çalışma ve ikamet izinlerinin sadece

89 *Dienelt*, Rdn. 28.

90 Karş. § 72 AuslG

91 Ancak mahkeme lehine sonuçlandıği takdirde bu süreler sayılacaktır.

92 AAD (EuGH), EuZW 1990, 479=NvWZ 1991, 255.

93 NVwZ 1998, 50=InfAuslR 1997, 338

94 AAD Kol-Kararı, NVwZ 1998, 50=InfAuslR 1997, 338.

95 BVerwG, 17.06. 1998 tarihli I C 27.96 sayılı karar.

şekli açıdan değil, aynı zamanda maddi açıdan da yerine getirilmesine bağlıdır. Aksi takdirde Ortaklık Hukuku açısından çalışılan süreler nazara alınmaz. Kasti yanılmadan haberdar olduğunda ilgiliye nasıl bir yaptırım uygulanacağı (geriye dönük geri alma, sınır dışı veya uzatmama gibi) hususu ise Yabancılar Dairesinin insiyatifine bırakılmıştır.

4. İşgücü piyasasına dahil olma

Ortaklık Hukukuna dayanarak bir ikamet hakkı elde etmek için şartlardan birisi de, Türk işçisinin çalıştığı üye ülkenin işgücü piyasasına dahil olması gerekliliğidir. Bunun gerçekleşmesi için de işçi ya üye ülkenin sınırları içinde çalışıyor olmalı veya üye ülke ile yeterli derecede sıkı bir bağın⁹⁶, iş ilişkisinin o üye ülke ile ilişkilendirilebilmesi gerekir. AAD *Bozkurt-Kararı*⁹⁷'nda bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

'Böyle bir işçinin bir üye devletin işgücü piyasasına dahil olması herşeyden önce iş ilişkisinin o üye devletin hakimiyet alanına girip girmediğine veya bu bölge ile yeterli sıkı bir bağın mevcudiyeti, Türk vatandaşının çalıştığı, .. işin yapıldığı yer ve iş hukuku ve sosyal güvenlikle ilgili ulusal düzenlemelerin nazara alınması gerekir.'

Üye bir ülkenin işgücü piyasası ile yeterli, sıkı ve coğrafik bağlantısı olmayan işlerde (mes. uluslararası taşımacılık yapan kamyon sürücüleri⁹⁸ veya gemilerde⁹⁹ çalışan kimseler) yapılan veya esas itibarıyla bir meslek eğitimine matuf ve bir gelir amacı gütmeyen çalışmalar, mesleki açıdan o branştaki veya aynı işverendeki diğer çalışanlardan objektif olarak ayrılan kimselerin yapmış olduğu çalışmalar¹⁰⁰ ve doğası gereği sadece Türk vatandaşları tarafından icra edilebilecek ve bu yüzden diğer işçilerle bir rekabet içermeyen meslekler¹⁰¹ o üye ülkenin işgücü piyasasına dahil sayılmaz.

⁹⁶ AAD (EuGH) Birden-Kararı Rdn. 33; Günaydın-Kararı Rdn. 29; Bozkurt-Kararı Rdn. 22; Ertanır-Kararı Rdn. 39.

⁹⁷ Bozkurt davasında, bir Hollandalı şirket adına Ortadoğuya seferler yapan Türk kamyon şoförünün iş ilişkisinin üye ülke açısından lokalize edilip edilemeyeceği sözkonusu idi. Ulusal mahkemenin tespitlerine göre bu lokalize olma şartı gerçekleşmiştir ancak yine de ikamet izninin uzatılması talebi reddedilmiştir, zira Bozkurt 1/80 sayılı OKK 6. maddenin üçüncü basamağına ulaşmasına rağmen bir iş kazası nedeniyle daimi işgöremez duruma gelmiş ve bu suretle daimi olarak işgücü piyasasını terketmiştir.

⁹⁸ AAD (EuGH), NvWZ 1998, 50=InfAuslR 1997, 338.

⁹⁹ AAD Tetik-Kararı, NVwZ 1997, 677=InfAuslR 1997, 146.

¹⁰⁰ AAD Günaydın-Kararı, NVwZ 1999, 283 = EuZW 1998, 538.

¹⁰¹ AAD Ertanır-Kararı, EuZW 1998, 538=InfAuslR 1997, 440.

AB üyesi bir ülkenin işgücü piyasasına dahil olabilmesi için iş ilişkisinin o üye ülkeye lokalize edilebilmesi, yani ilişkilendirilebilmesi, yeterli ve sıkı bir bağın olması gerekir. Geri kalan unsurların varlığı objektif ölçütlere göre belirlenir. Burada çalışma veya ikamet izninin hangi amaçla düzenlendiği önemli değildir. AAD Bozkurt-Kararında¹⁰², sınır ötesi iş yapan Türk kamyon sürücülerinin üye ülkenin işgücü piyasasına dahil olup olmadığı hususunda, özellikle kişinin nerede çalıştığı, istihdam edildiğine ve bu ilişkiye hangi ülkenin iş ve sosyal güvenlik hukukunun uygulandığına bakılması gerektiğine hükmetmiştir. Bütün bu kriterlerin kontrol edilmesi neticesinde ağırlıklı olarak o üye ülkeyle bir bağ, ilişki veya o üye ülkenin hukukunun uygulandığı tespit edilebiliyorsa bu takdirde o üye ülkenin işgücü piyasasına dahil olunduğunu kabul etmek gerekir.

Bu sonuçlar ışığında, gemilerde çalışan Türk vatandaşlarının da 1/80 sayılı OKK 6. madde 1.fıkra anlamında kaideten işçi sayılacağı sonucuna varmak gerekir. Özellikle çalışılan geminin üye ülkenin bayrağını taşıması, iş ilişkisinin üye ülke hukukuna tabi, o üye ülkede gelir vergisi ödeniyor veya gelir vergisi ödeme yükümlülüğü olması veya o üye ülkenin sosyal güvenlik sistemine prim ödemesinde bulunulması hallerinde Türk vatandaşının o üye ülke ile sıkı bir bağı olduğu ve bu şekilde o üye ülkenin işgücü piyasasına dahil olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda çalışmanın tamamen, ağırlıklı olarak veya ara sıra üye ülke sınırları dışında yapılması, o üye ülkede gemi çalışanları için özel çalışma ve sosyal sigorta hukuku açısından hükümler öngörülmesi önemli değildir.

5. Süreler

a) 1/80 sayılı OKK 6. madde 1. fıkra, 1. ve 2. bend

Bir Türk işçisinin 1/80 sayılı OKK 6. maddeden doğan oturma müsaadesini uzatma hakkını kullanabilmesi için AAD Eker-Kararına¹⁰³ göre bir yıl kesintisiz tek ve aynı işverende yasal olarak çalışmış olması gerekir. Değişik işverenlerde çalışılan sürelerin toplanması ve bu şekilde 1/80 sayılı OKK 6. madde 1. fıkradaki hakların kullanılması mümkün değildir¹⁰⁴. Bir yıllık süre dolmadan işverenin değiştirilmesi halinde daha önce çalışılmış süreler kaybedilmiş olur ve bu sürenin yeni işverende baştan doldurulması gerekir. Ancak böyle bir durumda, Yabancılar Dairesinin ikamet iznini bir süre ile sınırlandırma girişimi, kanaatimce hukuka uygun değildir. Zira böyle bir durumda herşeyden önce, yeni bir iş bulmuş ve hala geçerli bir çalışma izni olan Türk vatandaşına ayrımcılık yapılmış olur ve bu da

¹⁰² NVwZ 1995, 1093=InfAuslR 1995, 261.

¹⁰³ AAD (EuGH), NVwZ 1997, 1108=InfAuslR 1997, 336.

¹⁰⁴ *Hanau/Steinmeyer/Wank*, 15 Rdn. 275; AAD (EuGH), Eker-Karan Rdn. 30; Eroğlu-Karan Rdn. 14. Karşı görüşte SG Bremen InfAuslR 1983, 144 ve ayrıca 'Rundschreiben des Minsiteriums des Inneren und für Sport des Landes Rheinland-Pfalz, InfAuslR 1993, 259.

Katma Protokolün 37. maddesindeki ayrımcılık yapmama ilkesine (Diskriminierungsverbot) aykırılık teşkil eder¹⁰⁵. İkinci olarak, bir Türk vatandaşının 1/80 sayılı OKK 6- madde 1. fıkrası 1. cümleden doğabilecek bir muntazar hakkı (Rechtsantwarschaft) varsa, bunun ikamet izninin uzatılmasında dikkate alınması gerekir. Yine bu muntazar hakka nail olma süresi ne kadar kısa ise, Türk vatandaşının o üye ülkede ikamet etmedeki menfaati daha ağır basacaktır. Kısacası bütün bu menfaat dengelerinin, böyle bir uygulama yapılırken gözden irak tutulmaması gerekir.

Üç yıllık süre dolmadan, işverenin değiştirilip sonra tekrar evvelki işverene dönülmesi halinde de çalışma ile geçen süreler aynı şekilde hükmünü kaybeder¹⁰⁶. Yabancılar Dairesinin işveren değiştirmeye onay vermiş olması da hukuki açıdan bir anlam ifade ve hukuki sonuçta bir değişiklik teşkil etmez, zira 1/80 sayılı OKK 6. madde 1. fıkrası hükmünün metnine, amacına ve sistematiğine göre Türk işçilerine işvereni değiştirme hakkı verilmiş değildir. Böyle bir hak en erken – aynı meslek veya branşla sınırlı olarak – üç yıl boyunca tek ve aynı işverende kesintisiz çalışma sonunda bahşedilmiştir.

b) 1/80 sayılı OKK 6. madde 1. fıkrası 3. bend

6. maddenin 1. fıkrası 3. bendine göre, bir Türk işçisi, *dört yıllık yasal çalışmadan sonra kendisinin seçeceği herhangi bir ücretli işte çalışma hakkına sahip olur*. Bu durumda bir üye ülkenin işgücü piyasasında kesintisiz olarak dört yıldan fazla çalışan bir Türk işçisi kendi isteğiyle, yani tek taraflı olarak iş akdini feshetmek suretiyle, halen çalıştığı işi bırakıp yeni bir iş arayabilecek, dilediği yer ve işverenin yanında çalışabilecektir¹⁰⁷. Eski işini bıraktıktan sonra yeni bir iş bulamayan Türk işçisine, AAD'nın görüşüne göre, yeni iş bulması için kendisine o üye ülkede '*uygun bir süre*' verilir.

İş arayan bir Türk işçisinin ikamet hakkı, ancak kendisini yetkili iş kurumuna derhal işsiz olarak bildirmiş ve öngörülen yasal süreler içinde iş bulma imkanı sürdüğü müddetçe devam eder. Ortaklık hukukundan doğan ikamet izninin devam etmesi bu şartların yerine getirilmesine bağlıdır, aksi takdirde Türk işçisinin kesin olarak üye ülkenin işgücü piyasasını terkettiği sonucuna varılabilir¹⁰⁸. Bu

¹⁰⁵ *Gutmann*; europarechtliches Diskriminierungsverbot und Aufenthaltsrecht, NVwZ 2000, 281, 282. Katma Protokolün 37. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yapmama ilkesi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Dienelt*, die Aufenthaltsrechtliche Bedeutung des Diskriminierungsverbots nach Art. 37 des Zusatzprotokolls, NVwZ 2003, 54;.

¹⁰⁶ AAD (EuGH), InfAuslR 1994, 385=NvWZ 1995, 53.

¹⁰⁷ AAD (EuGH) Tetik-Kararı, InfAuslR 1997, 146. Bu görüş AAD Ergat-Kararında bir kez daha tasdik edilmiştir.

¹⁰⁸ Karş. *Gutmann*, ZAR 1996, 70, 73.

anlamda Yabancılar Dairesi Türk işçilerinden bu şartları yerine getirdiklerine dair belge sunmalarını isteyebilir.

İş arama için 'uygun süreden' ne anlaşılması gerektiği konusunda kanuni bir düzenleme olmadığından, bunun belirlenmesi Ortaklık Anlaşmasının 12. maddesinde öngörülen hedefler doğrultusunda yapılmalıdır. AAD Tetik-Kararında¹⁰⁹, Antonissen-Kararına¹¹⁰ atıfta bulunarak, bu konuda Avrupa Birliği üye ülke vatandaşları için AB Sözleşmesinin 39. ve 40. madde çerçevesinde geliştirilen ilkelere mümkün olduğunca Türk işçilerinin iş aramalarında da uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Her ne kadar bu konuda Topluluk Hukukunda da açık bir düzenleme yoksada, AAD'ın 'Antonissen' ve 'Belçikaya karşı Komisyon' kararlarına göre, 1/80 sayılı OKK'ya da aktarılabilecek aşağıdaki objektif kriterleri uygulamak gerekir¹¹¹:

- Türk işçisine ilk önce iş aramak amacıyla üç aylık bir ikamet izni verilmelidir. Bu süre içinde, işçinin o üye ülkede kalmasına müsaade edilir ve gerektiğinde oturma müsaadesi (Aufenthaltserlaubnis) süreli olarak uzatılır¹¹².

- Bu süre herhangi bir iş bulunamadan geçirildiği takdirde, artık iş aramanın sona erdirildiği ve üye ülke iş piyasasının terkedildiği sonucu çıkartılabilir. Ancak geçen her süre açısından otomatik olarak böyle bir sonuca varılmamalıdır.

Bu son durumda Türk işçisinin oturumu ancak kendisinin yetkili iş bulma kurumunda iş aramaya devam ettiğini ve iş bulma şansının varolduğunu ispatlaması halinde devam edebilir. Bunun ispatlanması halinde oturumun kaideten bir üç ay daha uzatılması gerekir. Ancak bunun ispatı, özellikle işsiz olarak geçen süreler fazla ise, sıkı şartlara tabi kılınmalıdır. Kural olarak 6 ay sonunda, en geç bir yıl sonra bir iş bulunmadığı takdirde artık bir iş bulma şansının olmadığını kabul etmek gerekir.

Yukarıda açıklanan hususlar mahfuz kalmak üzere, işsizlik sırasında Türk işçisinin nerede kaldığı önemli değildir. Ancak Türk işçisinin hangi haklı gerekçe ile üye ülkeyi terkettiğini ispatlaması gerekir. Haklı gerekçe olarak mes. akraba ziyareti, tatil, kendini geliştirme kurslarına katılma veya haklı şahsi sebepler sayılabilir. Buna karşın Türk işçisinin kısa bir süreliğine üye ülke dışında geçici olarak veya önemsiz bir işte çalışmak için bulunmadığı anlaşılırsa, bu takdirde ilgili üye

¹⁰⁹ NVwZ 1997, 677=InfAuslR 1997, 146.

¹¹⁰ AAD (EuGH), InfAuslR 1991, 151=EuZW 1991, 351.

¹¹¹ AHH-ARB 1/80, 2.6.3

¹¹² Dienelt, Rdn. 59.

ülkenin iş piyasasını kesin olarak terkettiği ve bu suretle 1/80 sayılı OKK haklarının sona erdiğini kabul etmek gerekir.

c) Sürelerin Hesaplanması ve Kesilmesi (1/80 sayılı OKK 6. madde 2. fıkra)

i) Genel Olarak

6. maddenin 2. fıkrası, 1. fıkradaki sürelerin hesaplanmasında çalışmanın çeşitli nedenlerle kesintiye uğraması halinde bunun çalışma sürelerine olan etkilerini düzenlemiştir. Ancak burada 1. bend ve 2. bende göre olan sürelerin kesilmesi arasında bir ayırım yapmak gerekir. 1. bende göre, kısa süreli çalışmama hallerinin (yıllık izin, doğum izni, iş kazası veya kısa süreli hastalanmalar) yasal çalışma sayılması ve bu nedenle sürelerin hesaplanmasında dikkate alınması gerekir. Buna karşın 2. bend, hali hazırda çalışılmış sürelerin gayri ihtiyari işsizlik veya uzun süreli hastalık hallerinde kaybolmamasını garanti altına almaktadır. Çocuk iznini (Erziehungsurlaub) de bu sürelerden saymak gerekir¹¹³. Bu ikinci bentte aslolan çalışabilme yeteneğinin devam etmesidir.

6. maddenin 2. fıkrasında sayılmayan diğer çalışmama hallerinin kaideten daha önce kazanılmış hakları sona erdirici bir etkisi vardır¹¹⁴. Çalışma yeteneğini tamamen kaybeden veya işgöremez duruma gelen Türk vatandaşları işçi statüsünü kaybederler ve 1. fıkraya göre kazanılan hakların muhafazası için 1/80 sayılı OKK 6. madde 2. fıkraya dayanamazlar. Bu kişilerin işgöremez duruma geldikleri andan itibaren bu süre, 6. madde 2. fıkra anlamında 'uzun süreli hastalık' olarak nitelendirilemez.

1/80 sayılı OKK, 6. maddedeki sürelerin nasıl hesaplanacağı konusunda bir hüküm içermemektedir. Bu nedenle Almanya açısından burada § 187 BGB vd. hükümlerine göre bu sürelerin hesaplanması gerekir.

ii) Kısa süreli çalışmama halleri

1/80 sayılı OKK 6. madde 2. fıkra 1. bende göre kısa süreli çalışmama halleri, (yıllık izin, doğum izni, iş kazası veya kısa süreli hastalanmalar) yasal çalışma sayılır ve 1. fıkra anlamındaki sürelerin hesaplanmasında dikkate alınır. Alman Federal İdare Mahkemesinin yerleşmiş içtihadına göre 6. madde 2. fıkra Türk işçileri lehine gerçek çalışmama hallerinin sonuçlarını düzenlemektedir. Bu anlamda bir Türk vatandaşının, 1/80 sayılı OKK 6. madde 1. fıkra şartlarını haiz olmadığı ve bu yüzden kanunen çalışmamadan doğan haller bu fıkra dışındadır.

¹¹³ AAH-ARB 1/80, 2.7.1. Şu halde 3 yıl boyunca çocuk izni alan bir Türk vatandaşının daha önce çalışarak kazandığı süre ve hakları muhafaza edilecek, kaybolmayacaktır.

¹¹⁴ Bunun tek istisnasının, 6. madde 1. fıkrası 3. cümlesindeki dört yıllık süre sonunda bir Türk işçinin iş sözleşmesini kendisinin feshederek yeni bir iş aramaya başlaması gösterilebilir.

Alman Federal Çalışma Kurumunun (Bundesanstalt für Arbeit) 24.11.1980 tarihli tebliğine göre (Rundschreiben, ANBA 1981, 2 [3])¹¹⁵ üç aya kadar olan hastalık süreleri, daha önceki sürelerle tesir etmez ve hesaplamada nazara alınır.

iii) Gayri ihtiyari işsizlik ve uzun süreli hastalıklar

6. madde 2. fıkra 2. bendin lafzından anlaşıldığı kadarıyla gayri ihtiyari işsizlik¹¹⁶ ve uzun süreli hastalıklar ancak 6. maddenin 1. fıkrası 1. bendindeki ilk süreye, yani 1 yıllık süreye ulaşıldıktan veya bu süre aşıldıktan sonra dikkate alınacaktır. Bir Türk işçisinin gayri ihtiyari olarak işsiz kalıp kalmadığının tespiti, § 144 SGB III'e göre yapılmalıdır¹¹⁷. Şu halde, gayri ihtiyari işsiz kalmanın kabul edilebilmesi için, işten çıkartılmada işçinin kendisinin bir kusurunun olmaması gerekir. § 144 f. 1 Nr. 2 ve 3 SGB III'de öngörüldüğü şekilde teklif edilen işi veya bir meslek kursuna katılmayı kabul etmeme halinde, 1/80 sayılı OKK 6. madde 2. fıkra 2. bend anlamında bir 'gayri ihtiyari işsizlik' sözkonusu olmaz. Yani bu durumda, Türk vatandaşı daha önce kazandığı hakları kaybedecektir¹¹⁸. Bir Türk vatandaşı iş bulma kurumuna işsiz olarak müracaatta bulunmuş ve iş arıyorsa (§ 119 SGB III anlamında), kendine bu süreç içinde işsizlik parası (Arbeitslosengeld) veya işsizlik yardımı (Arbeitslosenhilfe) ödendiği müddetçe daha önce kazanılmış sürelerin korunduğunu kabul etmek gerekir. Uzun süreli işsizlik hallerinde ise, 68/360/EWG sayılı AB Yönergesinin 7. maddesi ve AAD'ın *Tetik-Karani*¹¹⁹ ışığında 2 yıldan fazla süren bir işsizlik süresinin – Türk vatandaşının 1/80 sayılı OKK hükümleri çerçevesinde [dört yıl sonunda] herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın işgücü piyasasına girme hakkı elde etmesi halinde – daha önce kazanılmış haklara bir hanel getirmeyeceği söylenebilir¹²⁰.

iv) Tutukluluk ve Mahkumiyette geçen süreler

Bu hususta AAD'ın Nazlı-Kararında¹²¹ belirttiği gibi, *beraat veya cezanın tecil edilmesi ile sonuçlanan tutuklanma (Untersuchungshaft)* hallerinde bu durum

¹¹⁵ Tebliğ metni için bkz. *Huber*, Handbuch AuslR und AsylR, E 402 I

¹¹⁶ Almanca metinde '*unverschuldeter Arbeitslosigkeit*', İngilizce metinde '*involuntary unemployment*' olarak geçen bu tabiri, İngilizce metindekine uygun olarak gayri ihtiyari işsizlik olarak çevirmek daha uygun olsa gerek, zira Almanca metindeki ifade kusuru çağrıştırmaktadır. Almanca metin açısından karşı. *Gutmann*, ZAR 1996, 70, 72.

¹¹⁷ VG Berlin, InfAuslR 1994, 310; *Dienelt* Rdn. 48.

¹¹⁸ Aynı görüşte *Huber*, Handbuch AuslR und AsylR, B 402, Art. 6 ARB 1/80 Rdn. 55.

¹¹⁹ AAD (EuGH), NVwZ 1995, 1093=InfAuslR 1995, 261.

¹²⁰ Karşı. *Gutmann*, Anm. Zur Rechtssache Tetik, InfAuslR 1997, 149; *Weber*, Anm. Zur Rechtssache Nazlı, ZAR 2000, 134.

¹²¹ AAD (EuGH), InfAuslR 2000, 161=EuGRZ 2000, 50. AAD kararında aynen şunları belirtmiştir: '(42) *Denn die vorübergehende Abwesenheit aufgrund einer solchen Haft stellt die*

1/80 sayılı OKK'dan doğan hakları sona erdirmez, yeter ki hapisten çıktıktan sonra uygun bir süre içinde tekrar iş bulunmuş olsun. 'Uygun süre' hususunda yukarıda açıklanan noktalar yanında, hapisane hayatı ile bağlantılı olabilecek özel durumlar da dikkate alınmalıdır.

Buna karşın, bir *mahkumiyet kararı neticesinde* hapisanede yatılması halinde bunun 1/80 sayılı OKK'dan doğan haklara nasıl tesir edeceği AAD tarafından karara bağlanmamıştır. Ancak bu konuda da kanaatimce yine 68/360/EWG sayılı AB Yönergesinden yararlanılabilir¹²². Bu Yönergenin 6. maddesine göre, üye ülke dışında geçirilen birbirini takip eden altı aydan fazla bir süre, ikamet izninden doğan hakların kaybına sebep olmaktadır. Türk işçileri için de mahkumiyet kararı neticesinde hapisanede geçirilecek süre açısından bu altı aylık süre esas olarak alınabilir. Altı aydan az süren mahkumiyet neticesinde hapisanede geçirilen süreler, 1/80 sayılı OKK'dan doğan hakların kaybına neden olmayacaktır.

Cezanın açık veya kapalı bir cezaevinde çektiriliyor olmasının bir önemi yoktur. Bir Türk vatandaşı, dışarı çıkma hakkına (Freigänger) sahip olsa ve iş akdi benzeri bir ilişki sözkonusu olsa bile, çalıştığı iş bir bütün olarak değerlendirildiğinde bir ceza veya tutukevi tedbiri sözkonusu ise kural olarak iş piyasasına dahil bir işçi olarak kabul edilemez. Ancak Türk işçisinin açık bir cezaevinde gerçekten bir iş ilişkisi içinde bulunması ve bu ilişkinin büyük oranda bir iş sözleşmesi unsurlarını taşıması durumunda, işçilik sıfatının varlığı kabul edilebilir¹²³.

v) 1/80 sayılı OKK 7. madde

Türkçe metin¹²⁴:

weitere Teilnahme des Betroffenen am Erwerbsleben keineswegs in Frage, wie im übrigen das Ausgangsverfahren zeigt, aus dem sich ergibt, daß der Kläger nach seiner Haftentlassung eine Arbeit gesucht und tatsächlich wieder eine feste Anstellung gefunden hat.

¹²² Aslında bu hüküm, AB Vatandaşlarının üye ülkeyi ve işgücü piyasasını kendi iradesi ile terketmelerine bir sonuç bağlamaktadır. Bir mahkumiyet halinde ise, zorunlu olarak o ülkenin işgücü piyasası terk edilmiş olmaktadır. Ayrıca AB Vatandaşları, terk ettikleri bu üye ülkeye ve işgücüne tekrardan herhangi bir engelle karşılaşmadan girebilmektedirler. Türk vatandaşları için ise böyle bir hak sözkonusu değildir. Ancak burada, menfaatler dengesi ve AB vatandaşlarına öncelik verilmesi ilkesi gereğince, bu altı aylık sürenin Türk vatandaşları içinde geçerli olacağı söylenebilir, aynı görüşte bkz. *Dienelt* Rdn. 62.

¹²³ Karş. AAD Birden-Kararı, NVwZ 1999, 1099=InfAuslR 1999, 6.

¹²⁴ Almanca metin: "Artikel 7 Die Familienangehörigen eines dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats angehörenden türkischen Arbeitnehmers, die die Genehmigung erhalten haben, zu ihm zu ziehen, - haben vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs das Recht, sich auf jedes Stellenangebot zu bewerben, wenn sie dort seit mindestens drei Jahren ihren ordnungsgemäßen Wohnsitz haben, - haben freien Zugang zu jeder von ihnen gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis, wenn sie dort seit mindestens fünf Jahren ihren ordnungsgemäßen Wohnsitz haben. Die Kinder türkischer Arbeitnehmer, die im Aufnahmeland eine

“Bir üye ülkenin işgücü piyasasına dahil olan Türk işçisinin kendi yanına getirmek için izin aldığı aile üyeleri,

- Üç yıl yasal olarak orada ikamet etmiş olmaları halinde, -üye ülke işçilerinin öncelik hakları saklı kalmak üzere – her işe başvurma hakkına,

- Beş yıl yasal olarak orada ikamet ettikleri takdirde istedikleri her işte çalışabilme hakkına sahiptir.

İlgili üye ülkede bir mesleki eğitimi tamamlayan Türk işçilerinin çocukları, ebeveynin en az üç yıl o üye ülkede yasal olarak çalışmış olması şartıyla, o üye ülkede ikamet sürelerine bakılmaksızın her işe müracaat edebilirler.”

1. Genel

1/80 sayılı OKK 7. maddesi, üye ülkenin işgücü piyasasına dahil olan Türk işçisinin aile fertlerinin çalışma izinlerini düzenlemektedir. Bu aile fertlerine, 7. maddenin 1. cümlesine göre, ikamet sürelerine bağlı olarak iş piyasasına serbest girme hakkı tanınmıştır. 2. cümlede ise, üye ülkede bir meslek eğitiminin tamamlanması halinde ikamet sürelerine bakılmaksızın o üye ülkede iş piyasasına serbestçe girme hakkı tanınmaktadır¹²⁵.

1/80 sayılı OKK 7. madde üye ülkede yaşayan Türk işçisinin aile fertlerinin birlikte olmasına imkan vermekte ve bu şekilde aile birliğinin korunmasına hizmet etmektedir. Bu amaçla işçinin aile fertlerinin konumu kendilerine daha sonra çalışma imkanı verilmesiyle güçlendirilmiştir. 7. maddenin 1. cümlesine göre; bir üye ülkenin işgücü piyasasına dahil olan Türk işçisinin kendi yanına getirmek için izin aldığı aile üyeleri, üç yıl yasal olarak orada ikamet etmiş olmaları halinde -üye ülke işçilerin öncelik hakları saklı kalmak üzere – her işe başvurma hakkına sahiptirler. Ayrıca bu aile üyelerinin beş yıl orada ikamet etmeleri halinde istedikleri işe

Berufsausbildung abgeschlossen haben, können sich unabhängig von der Dauer ihres Aufenthalts in dem betreffenden Mitgliedstaat dort auf jedes Stellengebot bewerben, sofern ein Elternteil in dem betreffenden Mitgliedstaat seit mindestens drei Jahren ordnungsgemäß beschäftigt war.”

İngilizce Metin: „**Article 7** The members of the family of a Turkish worker duly registered as belonging to the labour force of a Member State, who have been authorized to join him: - shall be entitled-subject to the priority to be given to workers of Member States of the Community – to respond to any offer of employment after they have been legally resident for at least three years in that Member State; - shall enjoy free access to any paid employment of their choice provided they have been legally resident there for at least five years. Children of Turkish workers who have completed a course of vocational training in the host country may respond to any offer of employment there, irrespective of the length of time they have been resident in that Member State, provided one of their parents has been legally employed in the Member State concerned for at least three years.”

¹²⁵ *Tischbirek*; AusIR-AP, A.11.2. Rdn 36; karşı. VGH Baden-Württemberg, NVwZ-RR 2001, 134=InfAusIR 2000, 476.

– herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın – başvurma hakları vardır. Buradaki süreler gene § 187 BGB vd. hükümlerine göre belirlenir. Maddenin 2. cümlesi ise ilgili üye ülkede bir mesleki eğitimi tamamlayan Türk işçilerinin çocuklarının, ebeveynin en az üç yıl o üye ülkede yasal olarak çalışmış olması halinde o üye ülkede ikamet sürelerine bakılmaksızın her işe müracaat edebileceğini düzenlemektedir.

6. maddede belirtilen esaslar 1/80 sayılı OKK 7. madde için de geçerlidir¹²⁶. Bu anlamda 7. maddede geçen ‘işçi’, ‘işgücü piyasasına dahil olma’ ve ‘yasal çalışma’ kavramları aynen 6. maddede olduğu gibi yorumlanmalıdır. Bunun haricinde:

- 1/80 sayılı OKK’nın 7. maddesi 1. ve 2. cümlelerinin doğrudan uygulanma kabiliyeti vardır ve bu şartları yerine getiren Türk vatandaşları doğrudan bu haklara dayanarak çalışma izinlerinin uzatılması talebinde bulunabilirler. Bu hükümler şartları taşıyan Türk vatandaşlarına ilgili üye ülkede kanundan doğan bir ikamet ve çalışma izni verilmesini temin etmektedir ki, burada çalışma veya ikamet izni verilmesi açıklayıcı niteliktedir¹²⁷.

- 7. maddedeki çalışma hakkı, aynı 6. maddede olduğu gibi ikamet iznini de mündemiçtir¹²⁸.

- Aile üyeleri, - 7. maddede belirtilen süreler dolmadan - iş piyasasına girmekle ve çalışmaya başlamakla 7. maddeye müstenit çalışma ve ikamet haklarından mahrum olmazlar¹²⁹, aksi takdirde mes. bir Türk işçisinin eşinin yalnızca kendi çalışması nedeniyle Ortaklık Hukukundan doğan haklarını kullanabileceğini ve fakat 7. maddeden doğan haklarını kullanamayacağını kabul etmek AAD içtihatları ile uyumsuzdur¹³⁰.

- 1/80 sayılı OKK’nın 6. ve 7. maddeleri kumulatif olarak, yani birlikte uygulanabilir. 6. madde 1. fıkranın şartları yerine gelmişse, aile üyesi 7. maddeden bağımsız olarak bir çalışma ve ikamet izni elde edebilir¹³¹. 7. maddenin 1. cümle-

¹²⁶ AAD (EuGH) Eroğlu-Kararı, NVwZ 1995, 53=InfAuslR 1994, 385.

¹²⁷ Karş. AAD Eyüp-Kararı, NVwZ 2000, Beilage Nr. 12, 142=InfAuslR 2000, 329.

¹²⁸ *Hanau/Steinmeyer/Wank*, 15 Rdn. 291; *Gutmann*, InfAuslR 1991, 33, 34; *Huber*, NVwZ 1991, 242, 243; AAD (EuGH), Eroğlu-Kararı Rdn. 20.

¹²⁹ Çalışmaya başlamakla artık aile üyelerinin 7. madde değil de ancak 6. maddeye dayanarak artık hak elde edeceklerini kabul etmek demektir. Bu noktada aile üyeleri açısından 7. madde 6. maddeye nazaran daha avantajlı bir düzenleme içermektedir.

¹³⁰ *Dienelt*, Rdn. 71; AAD (EuGH) Eyüp-Kararı, InfAuslR 2000, 329, 330; Eroğlu-Kararı Rdn. 22. Karş. VGH Baden-Württemberg InfAuslR 2000, 476.

¹³¹ AAD (EuGH) Eroğlu-Kararı, NVwZ 1995, 53=InfAuslR 1994, 385.

si, 6. maddenin 1. fıkrasının uygulanmasını önleyen özel bir düzenleme teşkil etmemektedir¹³².

2. 1/80 sayılı OKK 7. madde 1. cümle

a) Aile fertleri kavramı

Türk vatandaşlarının kendi yanına getirdiği 'aile fertleri' kavramı ve bu daireye kimlerin dahil olduğu hususunda 1/80 sayılı OKK'da herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu tanıma kimlerin dahil olduğu AAD tarafından da açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu noktadaki tanım eksikliği karşısında 'aile fertleri'nin (Familienangehörige, member of the family) tanımı da AB Hukuku çerçevesinde yapılması gerekir. Aile fertleri kavramının belirlenebilmesi için bu nedenle 1612/68/EWG sayılı AB Yönetmeliğinin¹³³ 11. maddesine bakmak gerekir¹³⁴. Bu anlamda eşler, 21 yaşın altındaki çocuklar ve kendilerine nafaka ödeniyorsa¹³⁵ 21 yaşın üzerindeki çocukları 1/80 sayılı OKK 7. madde 1. cümle anlamında 'aile üyesi' olarak görmek gerekir¹³⁶. Türk işçisinin fiili olarak birlikte yaşadığı kimselerin 'eş' olarak kabul edilemeyeceğini AAD bir kararında¹³⁷, AB'nin ilgili yönetmeliğindeki, 'eş' lafzının bir evlilik akdine dayanması gerektiğinden bahisle belirtmiştir.

b) Yanına getirmek için izin alınması

7. maddenin 1. cümlesi bir Türk işçisinin "*kendi yanına getirmek için izin aldığı*"¹³⁸ aile fertlerinin işe girmelerini tanzim etmektedir. Bu şartı, aile birliğinin ve beraberliğinin temini amacıyla iç hukuk kuralları gereğince (§§ 17 AusG vd.) üye ülkede yaşayan Türk işçilerinin kendi yanına getirdiği ve ikamet izni alan Türk işçileri yerine getirebilir. Zira, bu hüküm kendi başına bağımsız olarak ayrı bir 'yanına alma' (Nachzugsrecht) teşkil etmemektedir. AAD'ın *Kadıman-Kararı*¹³⁹ belirttiği gibi, 1/80 sayılı OKK 7. madde 1. cümlesinden yararlan-

132 61/80 sayılı OKK 6. madde ile 7. madde arasındaki ilişki için bkz. VGH Baden-Württemberg, NVwZ-RR 2001, 134=InfAuslR 2000, 476; ayrıca AHH-ARB 3.2

133 Verordnung Nr. 1612/68 des Rats der EWG über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, 15 Oktober 1968, ABI EG Nr. L 257, s.2.

134 *Yavaş*, adı geçen eser, s. 6 vd.

135 Kendilerine nafaka ödenen aile üyesi olan kimse, verilen nafakanın asgari gelir düzeyinin altında olması nedeniyle sosyal yardım talebinde bulunulması da durumda bir değişiklik yapmayacaktır, AAD bu hususu Lebon-Kararı'nda belirtmiştir, bkz. EuGHE 1987, 2832.

136 *Gutmann*, Gemeinschaftskommentar zum Ausländerrecht, Stand 1998, IX-1 Art. 7 ARB 1/80, Rdn. 51; *Dienelt*, Rdn. 73.

137 EuGHE 1986, 1283 zu Art. 10 Abs. 1 VO 1612/68/EWG

138 Yanına getirmek için izin alma 'normal' halleri yanında, üye ülkede çalışan bir Türk işçisinin o üye ülkede doğan çocuğunu da 7. madde 1. cümle kapsamında değerlendirmek gerekir.

139 AAD (EuGH) Kadıman-Kararı, NVwZ 1997, 1104=InfAuslR 1997, 281.

bilmek için, aile üyelerinin üye ülkede çalışan Türk işçisinin yanına gelmek için izin alması gerekir. Bu ilk iznin verilip verilmemesi üye ülkenin insiyatifindedir. Bu nedenle başka amaçla (mes. meslek eğitimi veya öğrenim amacıyla) üye ülkedeki ailesinin yanına gelen ve bu meslek eğitimi esnasında diğer aile fertlerinin yanında kalan kişiler bu hükümden yararlanamayacaktır¹⁴⁰.

c) Yasal ikamet

Ne zaman 'yasal' olarak bir ikamet kurulmuş sayılacağı sorusu – 6. madde 1. fıkrada olduğu gibi – milli hukuka göre belirlenir. Birkaç defalığına verilen bir turist veya ziyaretçi vizesi ile ikamet kurulmuş kabul edilemez. AAD'ın 'Kadıman-Kararı' nda belirttiği üzere bu hüküm, aile üyesinin Türk işçisi nezdindeki ikametinin kesintisiz olarak üç veya beş yıllık birbiri ile bağlantılı bir sürede muhafaza etmesi gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır. Ancak yine AAD' a göre bu üç veya beş yıllık kesintisiz sürelerin hesaplanmasında haklı nedenlerden ötürü birlikte ikamet edilmemesi halinde bu sürelerin birlikte yaşanan süreler olarak sayılması gerekir. Burada özellikle; yapılan tatiller, anavatanda akraba ziyaretleri veya pasaportun kaybedilmesi, kaza veya hastalık gibi nedenlerle 6 aydan az olan zorunlu üye ülke dışında kalmalar bu ikamet sürelerinden sayılmalıdır¹⁴¹. Ayrıca yine AAD'a göre, aile üyesinin geçerli bir ikamet izni olmadan ve fakat Yabancılar Dairesinin ikameti sona erdirecek herhangi bir tedbire müracaat etmeksizin daha sonra tekrar ikamet izni verilmesi halinde geçirilen süreler de bu ikamet sürelerinden sayılmalıdır¹⁴².

Yabancılar Dairesi 7. madde 1. cümlesinde doğan hakkın talep edilmesi durumunda, öngörülen sürelerde aile fertlerinin gerçekten birlikte yaşadığının ispatlanmasını isteyebilir. AAD kararlarına göre istisnai hallerde aile üyelerinin ayrı yaşamalarını haklı kılabilecek sebepler olabilir. Örneğin aile üyesi, çalıştığı veya meslek eğitimi gördüğü yer ile evi arasında uzak bir mesafe olması durumunda ayrı bir mesken tutmaya zorlanmış olabilir. Ayrı mesken tutmanın haklılığını aile fertlerinin ispatlaması gerekir. Ancak AAD'a göre kanuna karşı hileyi önlemek amacıyla bu noktada sıkı şartlar aranmalıdır.

3. 1/80 sayılı OKK 7. madde 2. cümle

7. maddenin 2. cümlesi Türk işçilerinin çocuklarına, üye ülkede bir meslek eğitimini bitirmeleri halinde ikamet sürelerine bakılmaksızın ve üye ülkeye geliş

¹⁴⁰ Ancak bu kişiler meslek eğitimi veya öğrenimlerini bitirdikleri takdirde, 7. maddenin 2. cümlesinden faydalanabileceklerdir. Karş. BayVGH M, InfAuslR 1998, 154, 155 müt Anm. *Ritstieg*.

¹⁴¹ AAD (EuGH) Kadıman-Kararı, aynı görüş Eyüp-Kararı ile tasdiklenmiştir, InfAuslR 2000, 329, 331.

¹⁴² AAD (EuGH), Ergat-Kararı InfAuslR 2000, 217, 218.

amaçlarından bağımsız olarak istedikleri işe başvurma hakkı tanımaktadır. Eroğlu-Kararında¹⁴³ belirtildiği üzere 1. cümleden farklı olarak Türk işçisinin çocuğuna ikamet izni verilmesi için önceki ikamet nedenleri dikkate alınmaz. Bunun anlamı, bu hükümden sadece aile birleşimi yoluyla üye ülkeye gelip ikametleri esnasında bir meslek eğitimini bitirmiş Türk işçi çocukları değil aynı zamanda yasal olarak o üye ülkede ikamet eden bütün Türk çocukları yararlanabilirler. Çocuğun yaşı ile ilgili herhangi bir düzenleme olmadığı için çocuğun yaşı bu konuda talepte bulunmasına engel teşkil etmez¹⁴⁴. Ancak bunun için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir:

- Üye ülkede bulunan Türk işçi çocuğu üye ülkeye yaptığı yasal girişten sonra bir meslek eğitimini bitirmeli,

- Ebeveynlerden birisinin geçmişte en azından üç yıl o ülkede yasal olarak çalışmış veya çalışıyor olması.

AAD'ın içtihatlarına göre 2. cümlede Türk işçilerinin çocuklarına tanınmış olan istediği işe müracaat etme hakkı zorunlu olarak kendilerine bir ikamet izni verilmesini de gerekli kılar. 'Meslek Eğitimi' kavramını oldukça geniş yorumlamak gerekir. Bu anlamda bütün meslek kazandırıcı eğitim kollarını - çıraklıktan üniversite ve master öğrenimine kadar - 'meslek eğitimi' olarak görmek gerekir¹⁴⁵. Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz verdiği bir kararında¹⁴⁶, bir Türk öğrencisinin Türkiye'de hukuk öğrenimini tamamladıktan sonra, Almanya da 2 semesterde alınan Master derecesini (Magistergrad) 1/80 sayılı OKK 7. madde 2. cümle anlamında 'meslek eğitimi' için yeterli görmüştür.

Akman kararında¹⁴⁷ belirtildiği üzere, en az üç yıl üye ülkede çalışmış olma şartının gerçekleşmesi için çocuğun ilgili ülkede iş hayatına gireceği sırada ebeveynin halen o ülkede çalışıyor veya ikamet ediyor olması aranmaz¹⁴⁸. Ayrıca,

¹⁴³ NVwZ 1995, 53=InfAuslR 1994, 385.

¹⁴⁴ Bkz. Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, InfAuslR 1999, 385.

¹⁴⁵ AAD (Eroğlu), C-355/93, Eroğlu-Kararı. Ayrıca BVwVG, in *Buchholz*, Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts" 1213. Lieferung des Gesamtwerks, Köln 1999, Assoziationsrecht, 451.901. Nr. 14; *Hanau/Steinmeyer/Wank*, 15 Rdn. 291. Ancak, zorunlu öğretim içindeki okullardan (Almanya açısından Grundschule, Hauptschule, Realschule ve Gymnasium vb.) mezuniyet, 'meslek eğitimi' olarak değerlendirilemez.

¹⁴⁶ InfAuslR 1999, 385.

¹⁴⁷ AAD (EuGH), NVwZ 1999, 281.

¹⁴⁸ Olayı örnekleyecek olursak: Anne-babası ile Türkiye'ye kesin dönüş yapan bir Türk vatandaşı, daha sonra üniversite öğrenimi görmek için Almanya'ya gelse ve burada üniversite öğrenimini tamamladığı takdirde, önceden anne-babasının en az üç yıl burada çalışmış olmaları halinde, 1/80 sayılı OKK 7. madde 2. cümle hükmünce istediği işe başvurma hakkına sahiptir.

Türk ebeveynin sonradan Alman vatandaşlığına geçmiş olması da bu hakkın ileri sürülmesine engel teşkil etmez¹⁴⁹.

C. Sonuç

1. Türkiye ile Avrupa Birliği (eski adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu) arasında imzalanan Ankara Anlaşması, Katma Protokol ve bunlara dayanarak oluşturulan Ortaklık Konseyinin Türk işçilerinin çalışma haklarını düzenlemek amacıyla çıkartmış olduğu kararlar (OKK), - çalışma konumuz açısından 1/80 sayılı OKK - Avrupa Adalet Divanının içtihatları sayesinde aynı zamanda ikamet hakkı için de hukukî bir temel oluşturmaktadır.

2. AAD'nin içtihatları ile oluşan bu ikamet ve çalışma hakkı sayesinde, Türk vatandaşları yaşadıkları üye ülkelerdeki diğer yabancılarla kıyaslandığında bir takım imtiyazlar elde etmişlerdir. Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşlarının sahip olduğu haklarla kıyaslandığında bunların gerisinde kalmakla birlikte – başka bir çalışma konusu olabilecek – özellikle 1/80 sayılı OKK'nın ilgili maddelerindeki ayrımcılık yapmama ve işgücü piyasasına girmede yeni kısıtlamalar getirmeme yasakları da AAD tarafından Türk işçileri lehine karara bağlandığında, bu hakların küçümsenmeyecek hatta üye ülke vatandaşlarının hakları ile telahuk ettiği söylenebilir.

3. 1/80 sayılı OKK ile elde edilen çalışma ve buna bağlı olarak ikamet hakları mutlak niteliktedir ve öncelikle uygulanır; yani şartlar gerçekleşmekle bu haklar kendiliğinden doğacaktır. Üye ülkelerin iç hukuklarındaki bunun aksini öngören düzenlemeleri dikkate alınmaz.

4. 1/80 sayılı OKK'dan doğan hakların yoğun şekilde kullanılmaya başlanmasıyla, üye ülkelerin vize ve çalışma izni verme konusundaki yetkilerini, 1/80 sayılı OKK'daki hakların doğmasını engellemek amacıyla, daha ihtiyatlı kullanacakları gözardı edilmemelidir. Zira üye ülkelere ilk girişteki düzenlemeler üye ülkelerin münhasır yetkisine girmektedir.

¹⁴⁹ Bkz. Sozialgericht Hamburg, InfAusR 2000, 88.