



AB’de Türk Şirketlerinin Yerleşme Özgürlüğünün Hukuki Temeli

Etem Kara*

Öz

Şirketlerin Yerleşme özgürlüğü, Kurucu Anlaşmanın 49 (Eski 43) ve 54’üncü (Eski 48) maddelerinde ifadesini bulan yerleşme özgürlüğü ilkesi ile de güvence altına alınmıştır. Söz konusu maddeler gerçek ve tüzel kişilere yerleşme özgürlüğünü bahşetmekte, ABAD kararlarıyla da bu haklara açıklık getirerek Birlik şirketleri tanımlamaktadır. Daily Mail, Centros, Überseering, Inspire Art, Sevic ve Cartesio kararlarıyla ABAD; içe göçler ile dışa göçleri ayırmış, üye ülkelerin yerleşme özgürlüğünü sınırlama yetkisi, daha çok dışa göçler açısından kabul etmiştir. İçe göçler açısından ise üye ülkelerin müdahale yetkisi, kamu yararı temelinde sınırlı olarak kabul etmiş ve bu temelde yapılacak düzenlemelerin de Gebhart testi ölçülerini karşılaması gerektiğini ortaya koymuştur. Aday bir ülke olarak Türkiye, şirketler hukukunu Birlik hukukuyla uyumlaştırmıştır. Ayrıca Überseering kararıyla ATAD, “yerleşme özgürlüğünün geçiş döneminden itibaren doğrudan uygulanacağını, bu özgürlüğünün kullanılmasının bir anlaşmaya veya ikincil bir düzenlemeye bağlı olmadığını” açıkça ortaya koymuştur. Türkiye ise geçiş dönemini tamamlamıştır.

Anahtar Kelimeler: Yerleşme özgürlüğü, içe göçler, dışa göçler, Gebhart testi, şirketlerin sınıraşan hareketliliği.

Legal Foundations of Turkish Companies’ Freedom of Establishment in EU

Abstract

The principle of freedom of establishment, as a part of the EC Treaty is s laid down in Article 49 (ex 43) and 54 (ex 48). Those articles grant free movement of establishment to natural and legal persons, and state how “a company” or “a firm” is to be defined under Community law. In Cases of The European Court of Justice’s rulings on the Daily Mail, Centros, Überseering, Inspire Art, Sevic and Cartesio, distinction between the “emigra-

* Yrd. Doç. Dr., Kıbrıs Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lefkoşa/KKTC, etemkara@kara.av.tr

tion” and “immigration” of the companies were empahsized and restriction by national measures on emigration was mainly accepted. However, restrictions on immigrations by national law is subject to more scrutiny, and depends on meeting the Gebhard test. Turkey, as a candidate country, harmonised its own company law with the Community Law. ECJ, with its Überseering ruling, had clearly expressed that freedom of establishment have been directly applicable as the transitional period had come to an end. It is no longer necessary for Member States to adopt a convention or secondary regulation in order to exercise the right of establishment. Turkey also completed transitional period.

Keywords: Freedom of establishment, immigrations, emigrations, Gebhard test, corporate mobility.

Kısaltmalar

AB	: Avrupa Birliği
ABA	: Avrupa Birliği Anlaşması
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
Ank.A	: Ankara Anlaşması
AT.	: Avrupa Topluluğu
ATA	: Avrupa Topluluğu Anlaşması
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Dir.	: Direktif
Dpn.	: Dipnot
EC	: European Economic Community
ECJ	: European Court of Justice
E.C.R.	: European Court Reports
Ed.	: Editör
Eds.	: Editörler
EEC	: European Communities
pp.	: Pages
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfalar
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu

Giriş

ABAD'ın geçmiş yıllar içinde; “Daily Mail¹”, “Centros²”, “Überseering³”, “Inspire Art⁴”, “Sevic⁵ ve Cartesio⁶” davalarında verdiği kararlarla AB şirketler hukuku şekillenmiş, üye ülkeler de şirketlerin AB çapında özgürce dolaşımını sağlamaya ve iç hukuklarını da içe göçleri temin edecek şekilde düzenlemeye zorlamıştır. Bu gelişmeler doğrultusunda başta Almanya olmak üzere, üye ülkeler, şirketler hukukunda reforma gitmiş bulunmaktadırlar. ABAD kararlarının yerleşme özgürlüğünü ne olduğu ortaya koyması, ikincil düzenlemeler de bu özgürlüğün sınırlamayacağına ilişkin istikrarını sürdürmesi Ankara Anlaşması ve Katma Protokol bağlamında Türkiye için de bir anlam ifade etmektedir.

Ayrıca Türkiye, şirketler hukukunda reforma gitmiş bulunmakta ve içe göçlerle ilgili düzenlemeleriyle de üye ülke şirketlerinin yerleşme özgürlüğünü tanımış bulunmaktadır. Bu ise, karşılıklılık esasının benimsenmesi gereken bir konuda, Türk şirketlerinin hukuki durumunu, aynı şekilde AB şirketlerinin sahip olduğu yerleşme özgürlüğünden yararlanıp yararlanamayacağını değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bu nedenle çalışmamızda ABAD kararlarının Türk Hukuk sistemi ile ilgisine de yer verilecek, Birlik hukuku ile Türk hukuku ilişkisi incelenerek AB'de Türk şirketlerinin yerleşme özgürlüğünün hukuki temeli ortaya konulmaya çalışılacak, böylelikle de Türk şirketlerinin de yerleşme özgürlüğünün, bir başka deyişle sınıraşan hareketliliğinin sağlanmasının kolaylaştırılmasına hizmet etme gayesi güdülecektir. Bu yapılırken, Roma Anlaşması, Ankara Anlaşması, Katma Protokol ve ABAD kararları bir bütün olarak değerlendirilerek Türk şirketlerinin yerleşme özgürlüğünün hukuki temeli ortaya konulmaya çalışılacak; Avrupa Birliği'nde şirketlerin yerleşme özgürlüğü konusunun Türk şirketlerini de kapsayıp kapsamayacağı ve Türk şirketlerinin de yerleşme özgürlüğünden yararlanıp yararlanamayacağı sorusuna cevap bulunmaya çalışılacaktır.

I. Türkiye AB İlişkileri

12 Eylül 1963 tarihinde imzalanan Ankara Anlaşması ile birlikte, Türkiye ve AET arasındaki ilişkiler farklı bir boyut kazanmıştır. Avrupa Topluluğu ile ilişkilerin hukuki çerçevesini belirleyerek nihai hedefi ortaya koyan ve üye olmayan bir ülkenin vatandaşlarının serbest dolaşım hakkını düzenleyen tek anlaşma olan Ankara Anlaşması'nda⁷, üç dönem öngörülmüştür. Bunlar; hazırlık dönemi, ge-

- 1 Kara, Etem: “Avrupa Birliği'nde Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği”, Ankara 2014, Bölüm II, I, A, 1.
- 2 Kara, Bölüm II, I, A, 2.
- 3 Kara, Bölüm II, I, A, 3.
- 4 Kara, Bölüm II, I, A, 4.
- 5 Kara, Bölüm II, I, A, 5.
- 6 Kara, Bölüm II, I, A, 6.
- 7 Bozkurt, Enver/Özcan, Mehmet/Köktaş, Arif: *Avrupa Birliği Hukuku*, 5.Bası, Ankara, 2011, s. 373.

çiş dönemi ve son dönemdir. Bu dönemlerden geçiş dönemini üstlenebilecek alt yapıya sahip olunmasını amaçlayan, Türkiye'ye on yıla kadar uzatma hakkı vermekle birlikte ilke olarak beş yıl olması öngörülen hazırlık dönemi; 1968 yılında Türkiye'nin süreyi uzatmak istemediğini bildirmesi ve Ankara Anlaşması'nda belirlendiği şekilde "Geçiş dönemine" girmek için gerekli görüşmelerin yapılmasını talep etmesi neticesinde, 23 Kasım 1970'de imzalanan ve 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe giren Katma Protokol ile nihayete erdirilmiş ve böylece hazırlık dönemi tamamlanmıştır⁸. Hazırlık dönemini sona erdiren 1 Ocak 1973 yürürlük tarihli Katma Protokol, aynı zamanda geçiş dönemini de başlatmıştır. Akit taraflarca, karşılıklı anlaşmalarla getirilecek gecikmeler dışında, bu dönemin 12 yıldan daha fazla sürmemesi öngörülmüştür. Ancak bu sürecin gecikmesine neden olacak her türlü kararın, Türkiye ile Birlik arasında gümrük birliğinin makul bir sürede kurulmasına hiçbir şekilde engellememesi gerektiği kararlaştırılmıştır⁹. Bu dönemde Roma Anlaşması'nın hükümleri esas alınarak, içerisinde malların, hizmetlerin, sermayenin ve kişilerin ortak bir rekabet düzeni çerçevesinde serbestçe dolaşabileceği bir "ekonomik alan" yaratılması ve de gümrük birliğinin gerçekleştirilmesi öngörülmüştür¹⁰. Özellikle şirketlerin yerleşme özgürlüğü temelinde sınıraşan hareketliliği konusu ile sıkı bir bağı olan yerleşme hakkının sağlanması da bu dönemde gerçekleştirilmesi gereken hedefler arasında yer almış (Ank.A m.13), Katma Protokol'un 41. maddesine göre de tarafların hizmetlerin serbest dolaşımına ve yerleşme hakkına ilişkin yeni kısıtlamalar getirmeleri de yasaklanmıştır¹¹. Ayrıca mevzuat ve ekonomi politikalarının uyumlaştırılması, bu dönemin de gündem maddesi olmuştur (Ank.A m.16 ve 17). Ancak geçiş süreci beklendiği gibi gelişmemiş, Türkiye-AT ilişkileri 12 Eylül 1980 darbesiyle birlikte dondurulmuştur.

16 Eylül 1986 tarihinde, Türkiye-AET Ortaklık Konseyi'nin toplanmasıyla dondurulmuş olan ilişkiler yeniden canlanmaya başlamış ve Türkiye, 14 Nisan 1987 tarihinde Topluluğa tam üyelik için başvuruda bulunmuştur. Avrupa Komisyonu'nun 1989 yılında hazırladığı Görüş Raporunda¹², Türkiye'nin esas itibarıyla üyeliğe ehil olduğu, ancak Topluluğun kendi iç pazarını tamamlamadan önce yeni bir üyenin kabul edilemeyeceği ve bu nedenle de üyeliğe ilişkin verilecek kararın ertelenmesinin uygun olacağı sonucuna varılmıştır. 1990'ların başından itibaren canlanmaya başlayan ilişkilerde, 6 Mart 1995 tarihli ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (OKK) ile gümrük birliğinin tam olarak kurulması aşamasına gelinmiş¹³ ve bu karar ile de 1 Ocak 1996'dan itibaren Türkiye ile AT arasında

8 Günüşür, Haluk: *Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri*, Ankara, 2008, s. 31.

9 Bozkurt/Özcan/Köktaş, s. 376.

10 Özen, Çınar ve Yazgan, Hatice, "*Zor yada Zoraki Aday: Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Tam Üyelik Süreci*", Türkiye-AB İlişkileri, Avrupa'nın Genişlemesi, Müzakere Süreci ve Batılılaşma Sorunsalı (Eds. Ertan Efeğil ve Mehmet Seyfettin Erol), Ankara, 2007, s. 235.

11 Bozkurt/Özcan/Köktaş, s. 389.

12 Karar metni için bkz. http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/okk_tur.pdf, 13.03.2014.

13 Karar metni için bkz. http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/okk_tur.pdf, 13.03.2014.

gümrük birliği işlemeye başlamıştır¹⁴. Böylelikle Türkiye, 22 yıl süren geçiş dönemini sonlandırarak, tam üyelik sürecinde son döneme girmiştir¹⁵.

Geçiş döneminin tamamlanmasıyla birlikte Türkiye, AB tarafından 1996 yılından itibaren başlatılmış bulunan yeni genişleme sürecine, kendisinin de dâhil olma isteğini ortaya koymuştur. 10-11 Aralık 1999 tarihlerinde Helsinki’de gerçekleştirilen AB Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesinde Türkiye, bu isteğine yanıt almış ve diğer aday ülkelerle birlikte eşit şartlarda, Avrupa Birliği’ne aday ülke olarak kabul edilmiştir¹⁶. Helsinki’de Türkiye’nin aday ülke ilan edilmesiyle birlikte¹⁷, üyelik bakımından gerekli olan reformları gerçekleştirilmesine yönelik olarak bir “Katılım Öncesi Strateji” geliştirmesi¹⁸, AB müktesebatının üstlenilmesine ilişkin olarak bir ulusal program hazırlaması gibi hususlar da öngörülmüştür¹⁹. Zirvede, AB Komisyonu’ndan, üstlenilmesi gereken AB mevzuatına ilişkin bir çalışma yapması ve katılım öncesi sağlanacak olan tüm mali yardımların koordinasyonuna ilişkin bir çerçeve hazırlaması da talep edilmiştir²⁰. Bu doğrultuda Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanarak AB Konseyince onaylanan ve Türkiye’nin, AB müktesebatına uyum yükümlülükleri dahil olmak üzere Kopenhag kriterlerine uyum çerçevesinde²¹, kısa ve orta vadeli öncelikleri ve de sağla-

14 Kabaaloğlu, Haluk: “*The Custom Union: A Final Step Before Turkey’s Accession To The European Union?*”, Marmara Journal of European Studies, Volume: 6, No: 1, 1998, s. 115; Türkiye, Andorra ve San Mariona gibi kıyas kabul edilemeyecek ülkeler dışında, üyelik müzakerelerini yürüten gümrük birliğine üye tek ülkedir. Kabaaloğlu, Haluk: “*Turkey-EU Customs Union: Problems and Prospects*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 2, 2010, s. 48.

15 Ankara Anlaşması’na göre gümrük birliği sürecinin tamamlanması, Türkiye açısından Topluğa katılımdan önceki son safhayı oluşturmaktadır. Kabaaloğlu, “*Turkey’s Accession To The European Union?*”, s. 113.

16 Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Türkiye’nin üyeliğinin AB’ye Muhtemel Etkileri, Kasım 2004, s.5.

17 1997 yılındaki Luxemburg Zirvesinde AB üyeleri, Türkiye’yi Aday ülke olarak kabul etmemiştir. EFEGİL, Ertan: “*17 Aralık Kararı’na İlişkin Sürecin Analizi*”, Türkiye-AB İlişkileri, Avrupa’nın Genişlemesi, Müzakere Süreci ve Batılılaşma Sorunsalı (Eds. Ertan Efeğil ve Mehmet Seyfettin Erol), Ankara, 2007, ss. 179-232.

18 Türkiye’nin katılım öncesi ekonomik programı için bkz. http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/2_turkiye_ab_iliskileri/2_2_adaylik_sureci/2_2_4_katirim_onesi_ekonomik_program/katirim_onesi_ekonomik_program_2001.pdf , 13.03.2012.

19 Türkiye’nin 2001, 2003 ve 2008 yılı ulusal programları için bkz. <http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46225&l=1> , 13.03.2012.

20 Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Türkiye’nin üyeliğinin AB’ye Muhtemel Etkileri, Kasım 2004, s.6

21 Kopenhag kriterleri, Avrupa Birliği’ne aday olan bir ülkenin tam üyeliğe kabulü için gerçekleştirilmesi gereken ekonomik ve siyasi kriterleri ifade etmektedir. 1993 yılında Kopenhag’da yapılan Avrupa Konseyi toplantısında belirlenen kriterlerinin hayata geçirilmesi, Avrupa Birliği’ne aday ülkelerin tam üye olabilmelerinin ön şartlarını teşkil etmektedir. Söz konusu kriterler siyasi, ekonomik ve Birlik mevzuatının benimsenmesi olmak üzere üç grupta to-

nacak mali yardımları içeren Katılım Ortaklığı Belgesi, 24 Mart 2001 tarihinde resmi gazetede yayımlanmıştır²². Katılım Ortaklığı Belgesine paralel olarak, AB müktesebatına uyum sağlanması için mevzuatımızda yapılacak değişikliklerin ve yeni düzenlemelerin, uyum için gerekli insani ve finansal kaynakların, AB müktesebatının üstlenilmesi için gerekli olan idari kapasitenin geliştirilmesinin, kısa ve orta vadeli öncelikler takviminin yer aldığı “AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı (Ulusal Program)²³”, 19 Mart 2001 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilmiştir²⁴.

Helsinki’de Türkiye’nin aday ülke ilan edilmiş olması, müzakerelerin hemen başlamasına yol açmaması ve bunun için Avrupa Birliği Komisyonu’nun “Kopenhag siyasi kriterlerinin yerine getirildiğine kanaat getirilmesi ve görüşmelerin başlamasının tavsiye edilmesi” nedeniyle Türkiye, bu koşulların yerine getirilmesine odaklanmıştır²⁵. Bu nedenle müzakerelere başlamak için gerekli ön şartların karşılanması ve siyasi kriterlerin yerine getirilmesi için birçok uyum yasasını meclisten geçirmiştir. Bu çabaların sonucunda, Helsinki’den sonra önemli bir dönüm noktası daha yaşanmış ve 17 Aralık 2004 tarihli Brüksel Zirvesi’nde, Türkiye’nin siyasi kriterleri yeteri ölçüde karşıladığı belirtilerek, 3 Ekim 2005’te müzakerelere başlanması kararı alınmıştır. 3 Ekim 2005 tarihinde Lüksemburg’da yapılan Hükümetlerarası Konferansta da Türkiye resmen AB’ye katılım müzakerelerine başlatılmış ve aynı gün içinde de Türkiye için Müzakere Çerçeve Belgesi yayımlanmıştır²⁶. Böylece Türkiye, AB’ye tam üyelik yolunda önemli bir aşamaya gelmiş ve geline bu aşama, her ne kadar tam üyelik konusunda siyasi faktörler de etkili olsa, Türkiye için son derece değerlidir. Nihayetinde bir hukuki birlik olarak AB’nin temelini Kurucu Anlaşma oluşturması ve üye ülkelerin bu anlaşma hükümlerine uygun davranıp davranmadığının denetiminin de ABAD’a ait olması nedeniyle Türkiye’ye düşen²⁷,

-
- planabilir. Kopenhag kriterleri için bkz. http://www.europarl.europa.eu/enlargement/ec/pdf/cop_en.pdf, 16.08.2014. Ayrıca Kopenhag kriterleri ve Türkiye’nin uyum süreci ile ilgili bilgi için bkz. Morgil, Orhan: “*Kopenhag Ekonomik Kriterleri ve Türkiye’nin Uyum Süreci*”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi (Prof. Dr. Ahmet Gökdere’ye Armağan), Cilt: 5, No: 2, 2006, s. 92.
- 22 Katılım Ortaklığı Belgesi metni için bkz. http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/Kob/Turkiye_Kat_Ort_Belg_2001.pdf, 16.03.2013.
- 23 19 Mart 2001 Tarihli AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı için bkz. <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=195&l=1>, 16.09.2015.
- 24 Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, *Türkiye’nin üyeliğinin AB’ye Muhtemel Etkileri*, Kasım 2004, <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/uyelik/etki/olasi.pdf>, 16.08.2015, s. 6.
- 25 Efeğil, s. 179.
- 26 Müzakere çerçeve belgesi ve ilgili diğer belgeler için bkz. http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/MuzakereCerçevesi/Muzakere_Cerçevesi_2005.pdf, 18.03.2012.
- 27 Ankara Anlaşması’nın 25. Maddesinin ilk iki fıkrasında “*Her Akit Taraf, Anlaşma’nın uygulama ve yorumu ile ilgili ve Türkiye’yi veya Topluluğu, Topluluk üyesi bir ülkeyi ilgilendiren her anlaşmazlığı Ortaklık Konseyine getirebilir. Ortaklık Konseyi Anlaşmazlığı karar yolu*

diğer değişkenlere takılmaksızın kendi üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmeye odaklanmaktadır²⁸.

II. Abad Kararlarının Türk Hukuk Sistemi İle İlgisi

Türkiye, Ankara Anlaşması'nın imzalanmasıyla başlayan ve bu anlaşma çerçevesinde devam eden AB'ye tam üyelik sürecinde, son aşamada olup tam üyelik müzakerelerini yürüten bir ülkedir. Bu sürecin aday ülkelere getirdiği en önemli yükümlülük, AB müktesatının üstlenilmesi ve kabul edilmesidir. Şüphesiz şirketler hukuku da, bu müktesabatın kabulünde tartışılması gereken önemli bir başlıktır. Ayrıca, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı” hükmü düzenleme altına alınmıştır. Bu hüküm gereğince Ankara Anlaşması'nın iç hukukumuzun bir parçası olduğunu ileri sürmenin önünde, bir engel bulunmamaktadır²⁹. Tarafların Roma Anlaşması hükümlerinden esinleneceği hüküm altına

ile çözebilir; keza, anlaşmazlığı Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na ve mevcut herhangi bir başka yargı merciine götürmeyi kararlaştırabileceği” düzenleme altına alınmıştır. Burada uyumsuzluğun yargıya taşınması Konsey'in bir karar almasını gerektirmekte, ancak bugüne değin bu yol işletilmemiş bulunmakta ve de bunun işletilmesi de kimsenin kendi aleyhine sonuç yaratacak bir hususa yanaşmayacağı gerçeği karşısında zor görünmektedir. Buna karşın ABAD, bu boşluğu doldurmuş, Türkiye-AT Ortaklığının bir organı olmamasına rağmen, aralıksız olarak ortaklık ilişkisinin sorunları ile uğraşmıştır. Divan, Topluluğun uluslararası antlaşmalarının Topluluk bakımından Roma Anlaşmasının 234. maddesi anlamında bir “organ tasarrufu” teşkil ettiğini ve bu nedenle Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmekte ve bunları Topluluk hukuku kapsamında yorumlamaktadır. Nitekim bu yonde de bir çok kararı bulunmakta ve 30 Eylül 1987 tarihli Demirel kararı da bunlardan sadece birini teşkil etmektedir. Can, Hac: “*Avrupa Toplulukları Adalet Divanının “Kurz” Kararı*”, AÜHFD, Cilt: 52, Sayı :4, 2003, s. 274.

- 28 Türkiye’de Ankara Anlaşması’nın 28. maddesini, “Sonraki bir üyeliğin bağlayıcı bir ön aşaması olarak” görmektedir. Buna karşın Birlik tarafı ise bu hükmü, bütün yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde üyelik imkânının değerlendirilmesine olanak verdiği görüşündedir. Özen ve Yazgan, s. 236; Arat’ta aynı yönde düşünmektedir. Arat, Tuğrul: *Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 1, 1995, s. 589; Buna karşın Can, Ankara Anlaşmasının 28. maddesi ile Türkiye’nin gereken şartları yerine getirmesiyle birlikte otomatik olarak üyeliğin gerçekleşeceği sonucuna varılmasının zor olduğunu ve bu hükmünde hukuki yönden bağlayıcılığının da oldukça zayıf olduğunu düşünmektedir. Ancak 28. madde, “tarafların ortaklığa sadık kalma yani dürüst davranma yükümlülüğünü” düzenleyen 7. madde ile birlikte değerlendirildiğinde, koşulların yerine getirilmesi halinde üyeliğe karşı çıkmanın yolunu kapatacağını ve üyeliğe kabul açısından hukuki bağlayıcılık taşıyacağını ifade etmekte; aksine hareketin ise Anlaşma’nın 28 ile 7. maddesinin açıkca ihlali anlamına geleceğinin belirtmektedir. Can, Hac: “*Türkiye’nin Avrupa Birliği ile Bütünleşme Sorunları*”, Türkiye-AB İlişkileri, Avrupa’nın Genişlemesi, Müzakere Süreci ve Batılılaşma Sorunsalı (Eds. Ertan Efeğil/ Mehmet Seyfettin Erol), Ankara, 2007, s. 287-290.

- 29 Ekşi, Nuray: *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, 3. Bası, İstanbul, 2011, s.153.

alınması karşısında, Ankara Anlaşması'na ve özellikle, onun yerleşme özgürlüğüne ilişkin hükümlerine Roma Anlaşması hükümlerinden bağımsız bir şekilde anlam verme olanağı yoktur. Roma Anlaşması'nda yer alan yerleşme özgürlüğünün ne ifade ettiği ve bunun içeriğinin ne olduğu hususunu ABAD'ın belirlemesi nedeniyle de Ankara Anlaşması'nda yer bulan yerleşme özgürlüğüne ilişkin hükümleri, ABAD kararlarının belirlediği çerçevenin dışına çıkarma olanağı bulunmamaktadır. Nitekim ABAD da kararlarında, Roma Anlaşması hükümlerini ölçü normu olarak kullanılmıştır. Dahası, anlaşmada yer bulan yerleşme özgürlüğü hükümlerine, ikincil düzenlemelerin dahi aykırı olamayacağı ve de yerleşme özgürlüğü hükümlerinin en başından itibaren, her hangi bir düzenlemeye ihtiyaç duymaksızın, doğrudan uygulama alanı bulacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu sonuç Ankara Anlaşması ve onun yerleşme özgürlüğüyle ilgili hükümleri için de bir anlam ifade etmesi gerekmekte, Türk vatandaşlarının ve Türk şirketlerinin de yerleşmesi özgürlüğü (hakkı), hiçbir düzenlemeye ihtiyaç duymaksızın en başından itibaren mevcut olmasını gerekli kılmaktadır. Kaldı ki Birlik hukuku, üye ülkelerin kendi ulusal hukuklarının ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu gibi³⁰, ulusal hukuklar karşısında da önceliğe³¹, doğrudan uygulanma ve doğrudan etki doğurma niteliğine sahip bulunmakta³², Ankara Anlaşma ile Katma Protokol'de Birlik hukukunun birincil düzenlemeleri içinde yer almaktadır.

III. AB Müzakere Sürecinde Şirketler Hukuku Başlığı

Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin 2008 tarihli Ulusal Programda (Ulusal Program), Türkiye'nin Avrupa Birliğine katılım sürecinde, kısa ve orta vadede gerçekleştirilmesi öngörülen çalışmalar içinde, Şirketler hukuku başlığı da yer almaktadır. Programda, AB şirketler hukuku müktesebatına uyum için yeni Türk Ticaret Kanunu'nun kabul edilmesi ve böylece AB şirketler hukuku düzenlemelerine uyum sağlanması, öncelikli bir hedef olarak ortaya konulmuştur³³. Nitekim genel yenilenme ihtiyacının yanında AB müktesebatına

30 Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Günuğur, Haluk: *Avrupa Birliği'nin Hukuk Düzeni*, Ankara, 2007, s. 5-9.

31 Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Günuğur, Haluk: *Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri*, Ankara, 2008, s. 64-70.

32 Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Günuğur, *Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri*, s. 42-62.

33 Örneğin, 68/151/AET sayılı ve 9 Mart 1968 tarihli Birinci Konsey Yönergesi (Antlaşma'nın 58'inci maddesinin ikinci paragrafındaki anlamıyla şirketlerden talep edilen güvencelerin Birlik çapında eşdeğer kılınması amacıyla bu tür güvencelerin uyumlaştırılmasına ilişkin); 2003/58/AT sayılı ve 15 Temmuz 2003 tarihli Yönerge (Belirli tip şirketlerin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin); 77/91/AET sayılı ve 13 Aralık 1976 tarihli İkinci Konsey Yönergesi (58. Maddenin ikinci paragrafı anlamında şirket ilgililerinin korunması bakımından eşdeğer güvence sağlanmasına ilişkin); 78/855/AET sayılı ve 9 Ekim 1978 tarihli Üçüncü Konsey Yönergesi (Halka açık sınırlı sorumlu şirketlerin birleşmelerine ilişkin); 82/891/AET sayılı ve 17 Aralık 1982 tarihli Altıncı Konsey Yönergesi (Halka açık sınırlı sorumlu şirketlerin bölün-

uyumda, yeni TTK'nın kabul edilmesinde etkin bir neden oluşturmuş ve yapılan düzenlemeler de bu doğrultuda olmuştur³⁴. Ancak Şirketler hukukuna ilişkin AB müktesabatının ikincil düzenlemelerine uyum sağlanırken³⁵, bu düzenlemelerin dayanağı olan birincil düzenlemelerin dışlanamayacağı ve bu bakımdan da uyumun, ABAD'ın Kurucu Anlaşma'nın (eski 43) 49 ile (eski 48) 54. maddesi çerçevesinde verdiği kararları da evleviyetle kapsamaması gerektiği açıktır. Kaldı ki şirketlerin yerleşme özgürlüğü temelinde sınıraşan hareketliliğinin dayanağını da teşkil eden Kurucu Anlaşma'nın, ABAD tarafından yorumlanan bu hükümleri, ikincil düzenlemeler ve ulusal hukuklar karşısında da öncelikle uygulama alanı bulmaktadır. Bu da konunun, Türk Şirketler Hukuku açısından önemini ortaya koymaktadır.

IV. Anlaşmalar ve Kararlar Çerçevesinde Türk Şirketlerinin Yerleşme Özgürlüğünün Hukuki Temeli

Bu başlık altında her iki ihtimalde değerlendirmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda esas olarak Roma Anlaşması, Ankara Anlaşması, Katma Protokol ve ABAD kararları çerçevesinde yerleşme özgürlüğünün en başından itibaren Türk şirketleri için kabulüyle hareket edilecek olmakla birlikte; bunun yanında yerleşme özgürlüğü güvencesi dışında, ABAD kararları sonrasında üye ülkelerin şirketler hukuku düzenlemelerini geldiği nokta itibarıyla Türk şirketlerinin sınıraşan hareketliliği de tartışılacaktır.

mesine ilişkin); 89/667/AET sayılı ve 21 Aralık 1989 tarihli Onikinci Konsey Yönergesi (Tek kişilik şirketlere ilişkin); 78/660/AET sayılı ve 25 Temmuz 1978 Dördüncü Konsey Yönergesi (Belirli tip şirketlerin senelik hesaplarına ilişkin); 83/349/AET ve 13 Haziran 1983 tarihli Yedinci Konsey Yönergesi (Belirli tip şirketlerin konsolide mali tablolarına ilişkin); 2006/43/AT ve 17 Mayıs 2006 tarihli Yönerge (Senelik hesapların ve konsolide mali tabloların denetimine ilişkin); 2007/36/AT sayılı ve 11 Temmuz 2007 tarihli Yönerge (Borsaya kayıtlı Şirket hissedarlarının bazı haklarının korunmasına ilişkin) ; 1606/2002 sayılı ve 19 Temmuz 2002 tarihli Tüzük (uluslararası muhasebe standartlarının uygulanmasına ilişkin) gibi düzenlemelere uyum sağlamak hedeflenmiştir.

- 34 Örneğin tek kişilik şirketlere ilişkin Yeni TTK düzenlemesi, Tek kişilik şirketler hakkında 89/667/AET sayılı ve 21 Aralık 1989 tarihli Onikinci Konsey Yönergesi'ne uyum gereğininin ve hedefinin bir sonucudur.
- 35 İkincil düzenlemeler tüzük, yönerge ve kararlardan oluşmaktadır. Bunlardan Birlik tüzükleri, Birlik hukukunun tüm üye ülkelerde aynı şekilde uygulanmasını sağlamayı hedeflediğinden, tüm üye ülkeleri bağlamakta ve doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip bulunmaktadır. Birlik mevzuatının tekleştirilmesine değil de üye ülke hukuklarının birbirine uygun şekilde yakınlaştırarak uyumlaştırmayı hedefleyen yönergeler ise, yöneldiği hedefler açısından bağlayıcılık taşımaktadır. Ama yöneldiği hedeflere ulaşmak için uygulanacak yöntemlere ilişkin tercih ise üye ülkelere bırakılmakta ve üye ülkeler için takdir alanı yaratması hasebiyle de ulusal hukuk düzenlerindeki çerçeve kanunlara benzemektedirler. Güneş, Ahmet M.: *“Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi”*, AÜHFD, Cilt:58, Sayı:2, 2009, ss. 283-284.

A. Roma Anlaşması, Ankara Anlaşması, Katma Protokol ve ABAD Kararları Çerçevesinde Yerleşme Özgürlüğünün En Başından İtibaren Türk Şirketleri İçin de Kabulü Halinde

AB'de şirketlerin yerleşme özgürlüğü, bir başka deyişle sınıraşan hareketliliği konusu ile ilgili gelişmeler Türk hukukunu ve Türk şirketlerini de etkilemekte³⁶, ABAD kararlarıyla açıklığa kavuşturulan yerleşme özgürlüğü güvencesi kapsamına Türk şirketleri de girmektedir³⁷.

1. Genel Olarak Türk Vatandaşları Açısından Mevcut Durum

Türk hukuku açısından da Türk şirketlerinin yerleşme özgürlüğü günceldir. Türkiye ile AET arasında ortaklığı kuran Ankara Anlaşması'nda, geçiş döneminin, birlikte öngörülecek istisnalar haricinde, 12 yılı geçemeyeceği ve bu istisnaların da gümrük birliğinin makul sürede kurulup tamamlanmasına engel olamayacağı öngörülmüştür (Ank. A. m. 4)³⁸. Roma Anlaşmasının (eski) 2. maddesinde, Topluluğun görevinin ortak bir pazarın kurulması ve ekonomik politikaların yaklaştırılması olduğu belirtilmiş; bu amaç doğrultusunda gösterilecek faaliyetleri düzenleyen (eski) 3. madde de kişilerin, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımının sağlanması da sayılmıştır. Ankara Anlaşması'nda da gümrük birliği (m.10), yerleşme serbestisi üzerindeki sınırlamaların kaldırılması (m.13), işçilerin (m.12) ve hizmetlerin serbest dolaşımı hususunda (m. 14) paralel bir düzenlemeler bulunmaktadır³⁹. Yine Ankara Anlaşması'nın 13. maddesinde "*Taraflar, yerleşme serbestliği kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için, Topluluğu kuran Antlaşma'nın 52⁴⁰ ilâ 56. (dâhil) maddeleri ile 58. maddesinden* ⁴¹ *esinlenmek-*

36 Konunun Türkiye için güncel olmadığı görüşü için. bkz. Eroğlu, Muzaffer : "*Avrupa'da Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği Konusundaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi ve Konunun Türk Hukukundaki Yeri*", Maltepe Hukuk Fakültesi Dergisi", Ekim 2008/2, ss.179-206 (Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği), s. 180.

37 Groenendijk, Kees and Luiten, Maaik: *AB'de Türk Vatandaşlarının Hakları*, İstanbul 2011, s. 11-12.

38 Aynı şekilde Türkiye ile imzalanan Katma protokolde de bu süre, 12 yıl olarak öngörülmüştür. Roma Anlaşması'nda ise üye ülkelerin ortak pazara geçişinde benzer bir süre öngörülmüş ve geçiş süresi 12 yıl olarak belirlenmiştir (Roma m.8).

39 Ayrıca Roma Anlaşması ile Ankara Anlaşması'nın başlangıç bölümleri de oldukça benzerdir. Kabaalioğlu, Haluk: "*Turkey and European Union Converging or Drifting Apart*", Marmara Journal of European Studies, Volume: 7, No:1-2, 1999 , s.114.

40 Roma Anlaşması'nın ilk haliyle 52. madde (yeni 49) şu şekildedir: "*Bir üye ülke uyruklarının bir başka üye ülke topraklarında yerleşme özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar geçiş dönemi boyunca aşağıdaki hükümler çerçevesinde aşamalı olarak kaldırılır. Bu, bir üye ülke topraklarına yerleşmiş diğer bir üye ülke uyruklarının kuracakları acenteler, şubeler veya bağlı kuruluşlara uygulanan kısıtlamaları da kapsar. Bu yerleme özgürlüğü, sermayeye ilişkin bölümün hükümleri çerçevesinde, yerleşilen ülke mevzuatının kendi vatandaşları için belirlediği şartlarda serbest çalışmayı sağlamayı ve bunları icra etmeyi, teşebbüsler ve özellikle de 58. Madenin 2. paragrafına göre şirketler kurma ve faaliyetlerini sürdürme hakkını kapsar*".

41 Roma Anlaşması'nın ilk haliyle 58. madde (yeni 54) şu şekildedir: "*Bir üye ülke mevzuatına*

te uyuşmuş” olduklarını düzenlemiştir. Katma Protokol’ün 41. maddesinde ise “*Akit Taraflar, aralarında, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar. Ortaklık Konseyi, Ortaklık Anlaşması’nın 13. ve 14. maddelerinde yer alan ilkelere uygun olarak, Akit Taraflar’ın yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimindeki kısıtlamaları aralarında gitgide kaldırmalarında uygulanacak sıra, süre ve usulleri tespit eder. Ortaklık Konseyi, söz konusu sıra, süre ve usulleri, çeşitli faaliyet dalları için bu alanlarda Topluluğun daha önce koyduğu hükümleri ve Türkiye’nin ekonomik ve sosyal alanlardaki özel durumunu göz önüne alarak, tespit eder. Üretim ve alışverişlerin gelişmesine özellikle katkıda bulunan faaliyetlere öncelik verileceği*” düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca Roma Anlaşması’yla paralel şekilde (m. 7), Ankara Anlaşması’nda (m. 9) ve Katma protokolde (m. 58) de uyruklu temeline her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır.

Ankara Anlaşması’nın 22/3. maddesinde “*geçiş döneminin başlaması ile birlikte, ortaklık rejiminin gerçekleşmesi yolunda, Akit tarafların bir ortak davranışının gerekli görüldüğü taktir de, anlaşma bunun için gerekli davranış yetkisini öngörmese bile, Ortaklık Konseyi’nin uygun kararları alacağı*” düzenlenmiştir⁴². Ayrıca “*Her akit taraf, anlaşmanın uygulama ve yorumu ile ve Türkiye’yi veya Topluluk üyesi bir ülkeyi ilgilendiren her anlaşmazlığı Ortaklık Konseyine getirebilir. Ortaklık Konseyi anlaşmazlığı karar yolu ile çözebilir; keza anlaşmazlığı Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’na ve mevcut herhangi bir başka yargı merciine götürmeyi kararlaştırabilir. Taraflardan her biri, kararın veya hükmün yerine getirilmesinin gerektirdiği tedbirleri almakla yükümlü olduğu (Ank. A. m. 25)*” düzenleme altına alınmıştır. Bu hükümlerden sıkıntılı olarak görülecek olan, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin düzenlemedir (Ank. A. m. 22). Buna göre uyuşmazlık ya Konsey tarafından karara bağlanacak ya da yargıya taşınacak olup her iki durumda da etkin özne, Konsey olarak öngörülmüştür. Buna göre uyuşmazlığın yargıya taşınması için de, Konsey’in bir karar alması gerekmektedir. Konsey’in yapısı ve karar alma biçimi hesaba katıldığında, bu yapının uyuşmazlıkları çözmesinin veya yargıya taşınmasının çok zor olacağı aşikardır. Madde düzenlemesinden de muhtemel uyuşmazlıkların ABAD’a götürülüp götürülemeye-

göre kurulmuş ve kayıtlı merkezleri, idare merkezleri veya başlıca iş merkezi Topluluk içinde bulunan şirketler; işbu bölüm hükümlerinin uygulanmasında üye ülke uyruğu gerçek kişiler gibi muamele görürler. “Şirketler ya da firmalar” tabirinden kooperatifler dahil olmak üzere medeni kanun ya da ticaret kanunu uyarınca kurulmuş şirketler ya da firmalar ile kâr amacı gütmeyenler hariç olmak üzere kamu hukuku ya da özel hukuk hükümlerine tabi diğer tüzel kişiler anlaşılır”.

- 42 Ortaklık Konseyini, bir yandan Türkiye hükümetinden üyeler, öte yandan Birlik üyesi ülkelerin Hükümetlerinden, konseyinden ve komisyonundan üyeler meydana getirir. Ortaklık Konseyi üyeleri, iç tüzüğün öngördüğü şartlara kendilerini temsil ettirebilirler. Ortaklık Konsey’i, kararlarını oy birliği ile alır (m.23).

ceği, Ankara Anlaşması ile Avrupa müktesabatı arasındaki bağlantıya ilişkin bir sonuçta da çıkmamaktadır. Bununla birlikte Birlik tarafından yapılan anlaşmalar, Birliği bağlamakta ve doğrudan uygulanma özelliğine sahip bulunmaktadır⁴³. Bu sorunlarla ilgili olarak ilk defa Haegeman kararıyla ABAD⁴⁴, Konsey'in Birliği ilgilendiren konularda yaptığı bir anlaşmanın Birlik hukuk sisteminin bir parçasını oluşturduğunu ve bu anlaşmaların yorumu ile ilgili de ön karar verme yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir⁴⁵. İşte Türkiye açısından sıkıntılı olabilecek ve ciddi de risk yaratabilecek olan bu sorun ABAD tarafından çözülmüş, Ankara Anlaşmasının ve Katma Protokol'ün Avrupa müktesabatının bir parçası olduğuna hükmedilmiştir⁴⁶. Bu hüküm doğrultusunda da Ankara Anlaşması'ndan ve Katma Protokol'den kaynaklanan birçok uyumsuzluk çözüme bağlanmaya başlanmış; bu çerçevede, yerleşme özgürlüğüyle ilgili "Savaş"⁴⁷ kararıyla başlayan süreç, "Tüm ve Darı"⁴⁸ kararıyla güçlenmiş ve "Soysal"⁴⁹ kararıyla ise yeni bir aşamaya gelinmiştir⁵⁰. Bu davalarda ABAD, Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarih itibariyle vize uygulamayan bir ülkenin daha sonra bu yola başvurmayaacağı, aksi durumun "aralarında, yerleşme hakkına ve hizmetlerin serbest dolaşımına yeni kısıtlamalar koymak" anlamına geleceği ve bunun da Katma Protokol'ün 41. maddesinde yer alan "Geriye dönük kötüleştirme yasağı (the Standstill Clause)" ilkesine aykırılık teşkil edeceği hükme bağlamıştır⁵¹. Ayrıca Soysal kararında

43 Özkan, Işıl : "Türk Vatandaşlarının Avrupa Ülkelerinde Giriş Hakkı ve Vize Sorunu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 420.

44 Case 181/73 R. & V. Haegeman v Belgian State, ECR [1974] p. 00449.

45 Ozkan, "Türk Vatandaşlarının Avrupa Ülkelerinde Giriş Hakkı ve Vize Sorunu", s. 423.

46 Türkiye ve Türk vatandaşlarının haklarıyla ilgili ilk karar, Demirel kararıdır. Case 12/86 Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd, ECR [1987] p. 03719; Bu yönde birçok karar bulunduğu ve Demirel kararının sadece bunlardan birisini oluşturduğuna dair açıklama için bkz. Can, "Kurz Kararı", s. 274.

47 Katma Prokol'ün 41/1 hükmünün yerleşme özgürlüğü bakımından doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olduğunun kabul edildiği ilk karar, Savaş kararıdır. Case C-37/98 The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas, ECR [2000], p. I-02927.

48 Tüm ve Darı kararında, Katma Prokol'ün 41/1 maddesinin sağladığı yerleşme özgürlüğünden (ve hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanılmasının) ilk girişte de geçerli olduğu ve bu nedenle Protokol'ün yürürlük tarihi itibariyle vize uygulamayan ülkelerin daha sonra vize uygulamayacağına karar verilmiştir. Case C-16/05 Veli Tum, Mehmet Dari v Secretary of State for the Home Department, ECR [2007], p. I-07415.

49 Soysal Kararında, Tüm ve Darı karardan daha ileri gidilerek, Schengen vizesinin Türkler için yeni bir sınırlama ve bu nedenle Katma Protokol'ün 41/1 maddesine aykırılık teşkil edeceğine karar verilmiştir. C-288/06 Mehmet Soysal and Ibrahim Savatli v Bundesrepublik Deutschland, ECR, [2009], p. I-01031.

50 Bu kararlarla ilgili açıklamalar için bkz. Pinar, Hamdi: "Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Y: 2009, Sayı: 1-2, ss. 77-83.

51 Geriye Dönük Kötüleştirme Yasağı (The Standstill Clause), belirli eylemlerden kaçınmak için

ABAD, Schengen vizesinin de bu paralelde 41/1. maddeye aykırılık teşkil edeceğine hükmetmiş ve böylelikle, konuyu daha ileri bir aşamaya taşımıştır⁵². Daha sonra verilen Toprak kararında ise geriye dönük kötüleştirme yasağının⁵³, ulaşılan düzeyden gerilememeyi de içerdiğine karar verilmiştir⁵⁴.

2. ABAD'ın Türk Vatandaşları Lehine Verdiği Kararların Türk Şirketlerine Etkisi

ABAD'ın yukarıda ifade ettiğimiz Türk vatandaşları ile ilgili olan kararları, Roma Anlaşması'nın yerleşme özgürlüğüyle ilgili hükümleri mucibince Türk şirketlerini de kapsayacaktır⁵⁵. Dolayısıyla, Türk vatandaşlarının yerleşme özgürlüğüyle ilgili bu kararlar, şirketlerin de gerçek kişiler gibi muameleye tabi tutulması ilkesi gereğince, Türk şirketleri için de geçerli olacak ve kararlara da bu bağlamda bakılması gerekecektir.

net, kesin ve koşulsuz olan yasal yükümlülüktür. Vogeili, Wolfgang: "AB Ülkelerine Vizesiz Giriş: Mevcut Durum", <http://www.ytb.gov.tr/Files/Document/WolfgangVoegeli-TR.pdf>, s.4, 20.06.2012; Ayrıca geriye kötüleştirme yasağı ilkesinin altında bir Türk vatandaşının bir haktan yararlanmasının sınırının, bir üye ülke vatandaşının bir haktan ne kadar faydalaniyorsa o kadar olduğunu ABAD içtihatlarıyla ortaya konulmuştur. İdriz/Tezcan, Narin and Slot, Piet Jan: "Free Movement of Person Between Turkey and The EU: The Hidden Potential of Article 41 (1) of The Additional Protocol", EU and Turkey: Bridging The Differences (Eds. H. Kabaalioglu, A. Ott and A. Tatham), İstanbul 2011, s.75.

- 52 Bu kararla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. Köktaş, Arif: "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Soysal ve Savatlı Kararı: Türk Vatandaşları AB Ülkelerine Giriste Vize Almalı mı?", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 5, Sayı: 19, 2009, ss. 23-38.
- 53 C-300/09 and C-301/09 Staatssecretaris van Justitie v F. Toprak and I. Oguz, European Court Reports 2010 Page I-12845.
- 54 Buna göre, Katma Protokol'ün yürürlüğe girmesinden sonra Türk vatandaşları için şartlarını iyileştiren bir üye ülke, Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği şartlara geri dönemeyecektir. Vogeili, s. 6.
- 55 Ankara Anlaşmasınının 13. maddesinin ifadesi şu şekildedir: "*Akit Taraflar, yerleşme özgürlüğü kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için, Topluluğu kuran Antlaşma'nın 52 ilâ 56. (Dahil) maddeleri ile 58. maddesinden esinlenmekte uyumuşlardır*". Ankara Anlaşması'nda, Roma Anlaşması'nın yerleşme özgürlüğüne ilişkin hükümlerine açıkça atıf yapılması karşısında, hem şirketler hem de gerçek kişiler açısından -Roma Anlaşması'nda olduğu gibi- ayrıntılı düzenlemeye gerek bulunmamaktadır. Nitekim Roma Anlaşması'nın atıf yapılan maddelerinde, şirketlerin yerleşme özgürlüğü de açıkça düzenlenmektedir. Ayrıca yapılan atıf karşısında, Ankara Anlaşması ile Katma Protokol'de yer alan yerleşme özgürlüğü hükümlerine, Roma Anlaşması hükümlerinden bağımsız bir anlam verme olanağı da bulunmamaktadır. Kaldı ki Ankara Anlaşması'nın 13. maddesinde gerçek kişiler ifadesine yer verilmemesine ve sadece yerleşme özgürlüğü ifadesine yer verilmesine rağmen ABAD, Türk vatandaşlarının yerleşme özgürlüğünü kabul etmiş ve bu yönde kararlar vermiştir. Bu nedenle şirketler ibaresine yer verilmediği bahsiyle Türk şirketlerinin sınıraşan hareketliliğinin ve yerleşme özgürlüğünün tanınmaması olanaklı olmayacaktır. Özellikle atıf yapılan 52 (yeni 49) ile 58. maddeler (yeni 54) karşısında da aksi sonuca ulaşılamaz.

3. Katma Protokol'ün Roma Anlaşması ve Ankara Anlaşması ile Bir Bütün Olarak Değerlendirilmesi Gereği

ABAD son yıllarda verdiği çok önemli olan bu kararlarda, Katma Protokol'ün 41/1 maddesinin Türk vatandaşlarına sağladığı yerleşme özgürlüğünün, ilk girdiğinde de geçerli olduğunu kabul etmiş ve böylelikle vize uygulaması, yerleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. Ancak kararlarda göze çarpan husus, anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte vize uygulaması bulunmayan ülkelerin anlaşma şartlarını ağırlaştıramayacağı yönündedir⁵⁶. Buna göre o dönem için Birlik üyesi olan ülkelerin vize uygulaması bulunmamakta⁵⁷, bu anlamda da gerçek kişiler için belirli işler bakımından serbest dolaşımın ve yerleşme hakkının tanındığı sonucuna varılabilmektedir. Bu kararın şirketleri de kapsadığı hususunda⁵⁸, Roma Anlaşması'nın (eski 52) 49 ve (eski 58) 54. maddeleri anlamında bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu kararlar ışığında şirketler açısından, o tarihte ülkelerin benimsediği anlayışa ve buna göre yapılan düzenlemelere göre, Türk şirketlerinin yerleşme hakkının söz konusu olamayacağı iddia edilebilir. Bu konuya ilişkin üye ülke hukuklarının bir önem arz etmemesi ve buna Roma Anlaşması hükümlerinin ölçü normu olarak kullanılarak konunun temelini oluşturulması karşısında, bu nevi iddiaların bir anlamı olmayacağı açıktır. Esasında bu durum, Türk vatandaşlarının serbest dolaşımını ve yerleşme özgürlüğünü kabul etmekle birlikte, yine bir şekilde bu durumu ulusal hukuka bağlayan ABAD'ın eleştirisi için kullanmak gerekir. Nitekim ABAD, (eski) 43 ve (eski) 48. maddeyi ölçü normu olarak kullanmış, ulusal hukuklar bir yana, ikincil düzenlemelerin dahi bu ölçüye aykırı olamayacağını belirtmiştir. Ancak bu istikrarlı tutumunu, uyumsuzluğun tarafının Türk vatandaşlarının olduğu hallerde değiştirmesi ve bir şekilde konuyla ilgili ulusal hukuklara gönderme yapması kabul edilemez.

Bununla birlikte Ankara Anlaşması'nın serbest dolaşım ile yerleşme hakkını düzenleyen konularda, Roma Anlaşması'ndan esinleneceği düzenleme altına alınmıştır. Her iki anlaşmada geçiş süreci olarak 12 yıl öngörülmüştür. Bu anlamda, anlaşmalarla gerçekleştirmek istenen hedeflere, bu süre zarfında ulaşılmak istenmekte olduğunu ve bu süreç içinde de temel ilkelerin uygulanmasının amaçlandığını belirtmekte bir sakınca bulunmamaktadır. Kaldı ki dört temel ilkede, öncelikle gerçekleştirilmesi gereken hedefler arasında sayılmaktadır⁵⁹. Nitekim

56 Kararın bu yönü, 1973 öncesi üye olup Türkiye'ye vize uygulamayan ülkeler ile bu tarih sonrası üye olan ülkeler arasında üye ülkeler arasında farklı yaklaşımlara yol açmıştır. Groenendijk, Kees and Guild, Elspeth: Visa Policy of Member States and The EU Towards Turkish Nationals After Soysal, Revised and Updated Second Edition, İstanbul 2011, pp. 27-40.

57 Köktaş, s. 34.

58 Özkan, Işıl: "Avrupa Birliği'nde Hizmet Edimi Serbestisi Bağlamında Avukatların Serbest Dolaşımı", TBB Dergisi, Sayı: 60, 2005, s. 59.

59 Bu anlamda Ankara Anlaşması ile Roma Anlaşması'nın başlangıç bölümlerinden birkaç cümle alınmakla yetinilmeyeceği, Roma Anlaşması'nda belirlenen ilkeler ile hedeflerin de paylaşıldığı, nihai olarak tam üyeliğin amaçlandığı açıktır. Kabaalioğlu, "Converging or Drifting Apart", s.115.

Überseering kararında ABAD, yerleşme özgürlüğünün geçiş sürecinde de doğrudan uygulanacağını ve bu özgürlüğün kullanılmasının da Roma Anlaşması'nın (eski) 293. maddesine göre yapılacak bir konvansiyona bağlı olmadığına karar vermiştir. Oysa üye ülke hükümetleri (Almanya, İspanya ve İtalya), şirketlerin idare merkezini taşınmasına ilişkin Kurucu Anlaşma'nın (eski) 293. maddesine göre imzalanmış bir konvansiyon olmadığı ve (eski) 44. madde uyarınca birçok şirketler hukuku yönergesi çıkarılmasına rağmen, bu konuya ilişkin bir yönergenin bulunmadığı argümanını kullanmışlardır. ABAD ise Kurucu Anlaşma'nın (eski) 293. maddesine dayalı olarak davalı şirket ile Alman, İspanyol ve İtalyan hükümetlerinin argümanlarını reddederek işe başlamış⁶⁰; (eski) 293. madde hükmünün bu nevi sorunların çözümü için üye ülkelere bir fırsat sunmakta olduğunu, bu yönlü bir konvansiyonun kabulünün yerleşme özgürlüğünün kullanılmasını kolaylaştıracağını, ancak bu özgürlüğün kullanılmasının bir konvansiyonun kabulüne bağlı olmadığını ifade etmiştir⁶¹. Ayrıca ABAD, (eski) 43. ve (eski) 48. maddenin bahsettiği yerleşme özgürlüğünün, geçiş periyodu sona erene kadar da doğrudan uygulama alanı bulduğunu, bu özgürlükten yararlanılmasının bir konvansiyonun kabulüne tabi tutulamayacağını ve bu özgürlüğü sınırlamaya dönük hiçbir argümanın da haklı bir yanının bulunamayacağını, açıkça ifade etmiştir⁶².

4. Überseering Kararının Türk Vatandaşları ve Şirketleri Açısından Önemi

Überseering kararında vurgulanan hususlar, Ankara Anlaşması ve Katma protokol için de anlam ifade etmektedir. Ankara Anlaşması'na ve Katma Protokol'e esin kaynağı olan hükümler temelinde verilen bu karar bağlamında, başkaca bir anlaşmaya veya karara bağlı olmaksızın, geçiş süreci olarak öngörülen dönemde dahi Türk şirketlerinin yerleşme hakkının doğrudan tanınması ve uygulanmasının gerektiği açıktır. Anlaşmanın yapıldığı siyasi, ekonomik ve hukuki koşullar birlikte değerlendirildiğinde de aksi sonucu çıkartmak zor görünmektedir. Kaldı ki o dönem için Avrupa ikinci dünya savaşının sonuçlarıyla yüzleşmekte ve iş gücü açığıyla uğraşmakta olduğundan, bugün için sorun olarak görülen serbest dolaşımın ve diğer temel ilkelerin uygulanmasının, o dönem için istenen ve öncelikle gerçekleştirilmeye çalışılan bir durum olduğu anlaşılmaktadır. Anlaşmanın imzalandığı dönem itibarıyla Topluluğu oluşturan üye ülkelerin Türkiye ile ilgili bir vize uygulaması da bulunmamaktadır⁶³. Kurucu anlaşmalarda bu temel ilkelerin uygulanmasını sınırlayan veya şarta bağlayan bir husus da bulunmamakta, aksine bu temel ilkelerin uygulanmasını teşvik eden hükümler bulunmaktadır.

60 Kara, Bölüm II, A, 3.

61 Überseering Case, para. 54, 55.

62 Überseering Case, para. 60.

63 Köktaş, s.35 ; Karluk, S.Rıdvan: Avrupa Birliği ve Türkiye, 9.Bası, İstanbul 2007, s.503.

Nitekim Übersering kararında da vurgulanan, bu temel ilkelerden yerleşme serbestisinin geçiş döneminde dahi doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olduğu, bu özgürlüğün uygulanmasının bir konvansiyonun veya ikincil bir düzenlemenin kabulüne bağlı olmadığı hususudur. Ankara Anlaşması ve Katma Protokol ile Roma Anlaşmasının aynı geçiş sürecini öngörmesi, tarafların Roma Anlaşması hükümlerinin esin kaynağı olduğu hususunda anlaşmaları karşısında; yerleşme özgürlüğünün Türk şirketleri için de, geçiş döneminden itibaren uygulanması gerekeceği açıktır. Kaldı ki Türkiye, geçiş dönemini tamamlayarak son döneme girmiştir. Dolayısıyla, Türk şirketlerinin de yerleşme özgürlüğü en başından itibaren mevcut olduğunun kabulü gerekir.

5. Übersering Kararı ve Geriye dönük kötüleştirme Yasağı (the Standstill Clause)

Übersering kararında yerleşme özgürlüğünün geçiş döneminde dahi doğrudan uygulanacağına, bu özgürlükten yararlanmak için başkaca bir düzenlemeye gerek bulunmadığı açıklıkla ifade edilmektedir. Türkiye, geçiş dönemini tamamlayarak son döneme girmiştir. Oysa ki, ABAD'ın Türk vatandaşları ile ilgili verdiği kararlarda tedirginlikle bu durum hatırlatılmıştır. Ancak uyuşmazlık, o dönem itibarıyla üye olan ülkelerin uygulamaları temel alınarak çözülmüş ve daha sonra üye olan ülkelerin durumu ise tartışmaya yol açacak şekilde cevapsız bırakılmıştır. Bu da sorunun, o dönem itibarıyla üye olan ülkelerin Türkiye'ye vize uygulamaması nedeniyle dar anlamda ve bu ülkelerle çözülmüş gibi algılanmasına⁶⁴, yeni katılan ülkeler konusunun ise tartışmaya açık olarak değerlendirilmesine yol açmıştır. Oysa ki Ankara Anlaşması'nın 1. maddesinde de belirtildiği üzere, AET ile Türkiye arasında ortaklık o tarih itibarıyla kurulmuştur. Buna göre Türkiye'nin sözleşme tarafı üye ülkeler değil, bizzatihi tüzel bir kişiliği bulunan Birlik'tir. Birliğe yeni katılan üye ülkelerin gerekçe gösterilerek şartların ağırlaştırılması, öncelikle dürüstlük kuralıyla bağdaşmamakta ve bizzatihi "geriye

64 Topluluğu oluşturan ülkeler, 5 Ekim 1980'den itibaren Türk vatandaşlarından vize istemeye başlamış ve bunun öncülüğünü ise Almanya yapmıştır. Almanya'yı ise 1982'de, Fransa ve Benelüks ülkeleri takip etmiştir. Kabaalioglu, Haluk: *"Turkey-EU Customs Union: Problems and Prospects"*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 2, 2010, ss.47-57 (Turkey-EU Customs Union),s.51; Diğer üye ülkeler, Danimarka 1 Mayıs 1981, İngiltere 23 Haziran 1989; İrlanda 19 Kasım 1989, İtalya 3 Eylül 1990, Portekiz 24 Haziran 1991, İspanya ise 1 Ekim 1991 tarihinden sonra Türk vatandaşlarına vize uygulamaya başlamıştır. Buna karşın Yunanistan, 1981 yılında üye ülke sıfatını kazanmış olmasına rağmen, 24 Nisan 1965 tarihinden itibaren Türkiye'ye vize uygulamaktadır Karluk, s.503; Oysa bu ülkelerden İtalya ile 1951, Almanya ile 1953, Hollanda ile 1953, Finlandiya ile 1954, Fransa ile 1956, İrlanda ile 1955, Belçika ile 1956, İngiltere ile 1960 ve Romanya ile 1968 tarihli karşılıklı vize anlaşmaları bulunmaktadır. Tüm bu anlaşmalar ise karşılıklı vizesiz dolaşım hakkını içermektedir. Groenendijk and Guild, *Turkish Nationals After Soysal*, s. 22.

dönük kötüleştirme yasağı (the Standstill Clause)” kapsamına girmektedir⁶⁵. O dönem itibariyle taraflar için bir sorun teşkil etmeyen, aksine yarar teşkil etmenin yanında anlaşmayla ulaşılabilecek hedeflerin gerçekleşmesinde en temel ilke olan ve o dönem itibariyle Türkiye’ye vize uygulaması olmaması hasebiyle hukuki çözümü de gerektirmeyen hususların⁶⁶, değişen koşullarla birlikte, hakkın kullanımına engel teşkil edecek şekilde, ekonomik veya siyasi mülahazalarla çözüme kavuşturulması gereken bir problem olarak öne sürülmesi⁶⁷, hukuki gerçekliğe ve yükümlülüğe bir etki etmeyecektir. Aksi durum, Ankara Anlaşması’nın 7. maddesinde dayanak bulan “sadakat ve dürüst davranma yükümlülüğünün” ihlali anlamına gelmekte⁶⁸, bizzatihi geriye dönük kötüleştirme yasağı (the Standstill Clause)” ihlal edilmiş olmaktadır.

- 65 Katma Protokol’ün 41. maddesinin “*Akit Taraflar, aralarında, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar*” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, yeni kısıtlamalar getirmeme yükümlülüğü AB ile Türkiye’ye aittir. Çünkü akit taraflar Türkiye ile AB’dir. Sonrasında Birliğe yeni katılan üyelerin gerekçe edilerek geriye dönük kötüleştirilmeye gidilmesi, Ankara Anlaşması’nın 7. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Nitekim sadakat ve dürüstlük davranma yükümlülüğünü düzenleyen 7. maddenin ifadesi kesindir: “*Akit Taraflar, bu Anlaşma’dan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlayıcı her türlü genel ve özel tedbirleri alırlar. Taraflar, Anlaşma hedeflerinin gerçekleştirilmesini tehlikeye düşürülebilecek her türlü tedbirden sakınırlar.*” Maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere Birlik, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için her türlü önlem almakla yükümlüdür. Bu sonuçla Birliğin her ihtimalde yükümlülüklerini yerine getirmediği ve 7. maddeyi ihlal ettiği, böylelikle de kendi kusurun sonuçlarını Türkiye’ye yüklediği açıktır.
- 66 Ayrıca Ankara Anlaşması ile Katma Protokol’ün metni incelendiğinde görüleceği, yerleşme özgürlüğünün kural olarak kabul edildiği ve bunun üzerindeki mevcut sınırlamaların da ortadan kaldırılmasına odaklanıldığı görülmektedir. O dönem ise vize uygulaması bulunmamakta, olmayan bir sınırlamanın da kaldırılmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki yerleşme özgürlüğü Kurucu Anlaşma’da, “*sermayeye ilişkin Bölümde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, iş kurulan ülke mevzuatının kendi uyrukları için belirlediği koşullarda, bağımsız çalışan kişi olarak faaliyete başlama ve sürdürme ve özellikle 54. maddenin 2. fıkrasında tanımlanan şirketler olmak üzere teşebbüs kurma ve yönetme hakkını kapsadığı*” ifade edilmiştir (m. 49). Bu anlamda yerleşme özgürlüğü, vize muafiyetinden çok daha öte ve çok daha fazla hakları içerir. Çoğun içinde azında var olacağı, tarafların da sınırlamaların tamamıyla kaldırılmasına odaklandığı ve mevcut serbestiye de hiçbir şekilde sınırlama getirmemeyi kararlaştırmaları karşısında, ABAD’ın bu tutumu, Ankara Anlaşması’nın 7. maddesi ile Katma Protokol’ün 41. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Kaldı ki Katma Protokol’ün 41. maddesi, mevcut durumun hiçbir şekilde gerisine düşmemeyi ve mevcut serbestilerin üzerine de her nedenle olursa olsun sınırlama koymamayı içerir.
- 67 Türkiye’nin AB üyeliğine hukuk dışı faktörlerin içinde en büyük engeli, kendi büyüklüğü oluşturmaktadır. Bu durum “*too big and too underdeveloped*”, yani çok büyük ve çok az gelişmiş olarak ifade edilmektedir. Türkiye’nin üyelik sürecindeki özel nedenler hakkında bilgi için bkz. Arıkan, Harun and Vassallo, Francesca: “*Turkey’s EU Membership: Implications For The Future Direction of The EU Integration Process*”, European Union and Turkey: Reflections on the Prospects for Membership (Eds. Nanette Neuwahl and Haluk Kabaaloğlu), İstanbul 2006, s.74-79.
- 68 Ankara Anlaşmasının 7. Maddesinin ifadesi şu şekildedir: “*Akit Taraflar, bu Anlaşma’dan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlayıcı her türlü genel ve özel tedbirleri alırlar. Taraflar, Anlaşma hedeflerinin gerçekleştirilmesini tehlikeye düşürülebilecek her türlü tedbirden sakınırlar*”.

6. Sevic Kararının Türk Vatandaşları ve Şirketleri Açısından Önemi

Sevic kararında ABAD, sadece ulusal düzenlemelerin değil, sınır ötesi birleşmelere ilişkin ikincil düzenlemelerin dahi yerleşme özgürlüğüne aykırı olmayacağını ve bu özgürlükten yararlanılmasına bir ön şart oluşturamayacağını açıkça ifade etmiştir. Bunun sonucu olarak yerleşme özgürlüğünün kapsamı yargı eliyle genişletilmiş, böylelikle tüzük ve yönerge gibi ikincil düzenlemelerin de yerleşme özgürlüğüyle uyumlu olmak zorunda olduğu ortaya konulmuştur⁶⁹. Bunun sonucu olarak, temel özgürlüklere işlerlik kazandırma ve onları somutlaştırma amacıyla çıkarılan ikincil düzenlemeler⁷⁰, ABAD tarafından değerlendirilebilecek ve Kurucu Anlaşma'nın yerleşme özgürlüğüne ilişkin hükümleriyle geliştiği ölçüde de iptal edilecektir. Dolayısıyla Überseering kararı yanında Sevic kararında ortaya konulan ölçülerde Katma Protokol, Roma Anlaşması ve Ankara Anlaşması ile bir bütün olarak Türk vatandaşları ve Türk şirketleri için de bir anlam ifade etmekte, ikincil düzenlemelerle var olan haklarının/özgürlüklerinin sınırlanmasına engel teşkil etmektedir.

7. Üye Ülkelerin İç Hukuk Düzenlemelerini Hukuka Uygun Hale Getirmemelerinin Muhtemel Nedeni

Süreç içinde verilen kararlarla oluşan lehte gelişmeler, Türkiye için Birlik düzeyinde önemli bir kazanım teşkil etmektedir. Ancak bu davalar, üye ülke tutumlarının otomatik olarak değişmesine ve bu kararlar gereğince de iç hukuklarında düzenleme yapmalarına yetmemektedir. Hali hazırda üye ülkeler, ABAD kararlarına aykırı tutumunu sürdürmekte ve üye ülke otoriteleri de ABAD kararları doğrultusunda düzenleme yapmaya yanaşmamaktadırlar⁷¹. Dahası Türkiye, aday bir ülke olarak üyeliğe kabul öncesinde, vizeye tabi tutulan tek ülkedir⁷². ABAD kararlarının da ortaya koyduğu üzere, bu durum açıkça hukuka aykırı olup yerleşme özgürlüğünün sınırlanması niteliğindedir. Üye ülkelerin bu tutumun temelinde yatan esas, yerleşme özgürlüğü temelli çıkan davaların az sayıda olması ve mevcut davaların da kendileri için bir külfet teşkil etmemesidir. O halde Türkiye açısından yapılması gereken, hukuka uymamayı üye ülkeler için külfetli hale getirmektedir. Bunun içinde dava sayısının artırılması⁷³, mümkün olduğun-

69 Papadopoulos, Thomas: "The Visible Hand of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive", The 8th International Conference for Young Scholars at ESSCA, 2010, http://www.essca.fr/WISH/PaperRoom/Paper%20Thomas_Papadopoulos.pdf, 15.04.2011 (The Visible Hand of EU Fundamental Freedoms), s. 7

70 İkincil hukuk düzenlemeleriyle ilgili geniş açıklama için bkz. Göçmen, İlke: "Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerinin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkisi", Ankara 2008, ss. 33-39

71 Vogeli, s. 1.

72 Stiglmayer, Alexandra: "Visa-Free Travel for Turkey: In Everybody's Interest", Turkish Policy Quarterly, Volume: 11, No:1, s. 99.

73 Demirbulak, Selçuk: *Avrupa Birliği Hukuku ve Haklarımız*, Ankara, 2011, s. 104.

ca Türk vatandaşlarının/şirketlerinin yerleşme hakkına ilişkin ihlallerin, yargıya taşınmasının sağlanmasıdır⁷⁴. Böylelikle hukuki mücadeleye Türk vatandaşlarının/şirketlerinin de katılması sağlanacak ve üye ülkeler için hukuka uymamanın maliyeti katlanılmaz hale gelecektir. Bir an için bu yolun çok külfetli olduğu akla getirilebilir. Ancak, yıllardır çözülemeyen, yakın zamanda da çözülmesi zor görünen ve siyasi arenaya taşınması halinde de mevcut hukuki statünün gerisine düşme riski taşıyan bir konuda⁷⁵, çok daha etkili olan bu yolun külfetli olduğunu iddia etmek oldukça güçtür. Kaldı ki Türk vatandaşlarının/şirketlerinin yerleşme özgürlüğünün sağlanması halinde, Türkiye'nin AB'ye üyeliğinin önündeki engeller ve bu engellerin temelinde yatan etkenler de ortadan kalkacaktır. Böylece Türkiye, 1963 yılından itibaren hedeflediği üyeliğe bir adım daha yaklaşacak ve üyeliğin kapılarını da güçlü bir şekilde aralayacaktır. Hatırlatmakta fayda görüyoruz ki, bu yönlü açılacak ihlal davasında, ihlali belirleyen tespit kararının üye ülkeler açısından etkisini artırmak için, konusu bir para tutarının ödenmesi olan bir davanın da açılması daha doğru bir yol olacaktır⁷⁶. Bu noktada Birlik hukukunun üstünlüğü ve doğrudanlığı ilkesi çerçevesinde, özellikle Türk vatandaşları lehine verilen ABAD kararları emsal alınarak⁷⁷, bizatihi o ülkede tazminat veya tam yargı davası açma yoluna gidilerek sürecin başlatılması çok daha etkili olabilecektir. Bu yolla, ulusal hukuklar karşısında Birlik hukukunun üstünlüğü ve iç hukuk normlarının da tepesinde olması nedeniyle, ABAD kararlarına uyulmaması; bizatihi üye ülke idareleri veya idari fonksiyonlarını ifa eden yetkili organları, kendi hukuklarına uymamanın müeyyideleriyle karşı karşıya gelecektir.

B. ABAD Kararları Çerçevesinde Üye Ülkelerin Şirketler Hukuku Karşısında Türk Şirketlerinin Yerleşme Özgürlüğü

Bugün itibariyle AB ülkelerinde idare merkezi anlayışı terkedilmeye başlanmış, ABAD'ın içe göçlerle ilgili verdiği kararlar doğrultusunda da iç hukuk düzenlemelerini uyumlu hale getirmek durumunda kalmış bulunmaktadır. İdare

74 Ankara Anlaşması'nın ve Katma Protokol'ün uygulanması; yetkili herhangi bir aktörün ek tedbir almasını gerektirmemekte, tartışmaya yer bırakmayacak şekilde açık ve kesin hükümler içermekte, ABAD kararları ile de böyle anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle de doğrudan etkiye sahip bulunmaktadır. Van Gend davasından başlayarak geliştirilen doğrudan etki kriterine ilişkin açıklamalar için bkz. Vogeili, s. 3-4.

75 Überseering kararında da belirtildiği üzere, yerleşme özgürlüğünün uygulanması geçiş sürecinden itibaren uygulama alanı bulmakta, bu özgürlüğün uygulanması da bir anlaşmaya veya ikincil bir karara bağlı bulunmamaktadır. Bu nedenle bu hakkın siyasi pazarlık konusu yapılmaması gerekir.

76 Tekinalp/Tekinalp/Atamer/Oder/Oder/Okutan: Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000, 269.

77 Birlik hukukunun, özellikle Kurucu Anlaşma ile teminat altına alınan yerleşme özgürlüğünün neyi ifade ettiğini belirleme yetkisi ABAD'a aittir. Yargı sistemi içinde de ABAD, hiyerarşinin tepesinde. Akgül, Akgül, Mehmet Emin: Avrupa Birliği Adalet Divanının Yargı Yetkisi, Ankara 2008, s. 108, s. 108.

merkezi teorisinin kurucu ve öncüsü olan Almanya örneği bunun için oldukça da çarpıcıdır. Nitekim Türk şirketler hukukunda da AB şirketler hukukuna uyum amacıyla düzenlemeye gidilmiş, büyük ölçüde de AB şirketler hukukuna içe göçler açısından uyum sağlanmıştır. Bu anlamda irtibat bürosu kurma, acenta ve şube yoluyla faaliyette bulunma, merkezi yurtdışında olan şirketlerin Türkiye'de hakim şirket olabilmesi seçenekleri bunların örneklerini oluşturmaktadır. Bu düzenlemelerin AB üyesi ülke şirketleriyle, bir başka deyişle AB şirketleriyle sınırlı olmaması karşısında; sadece üye ülke şirketleri değil, AB üyesi olmayan ülke şirketleri de bunlardan faydalanabilmekte, örneğin Kocaeli'de kurdukları irtibat bürolarıyla veya şubelerle faaliyette bulunmakta, zaman zaman bu durum irtibat bürosuyla ilgili düzenlemelerin kanuni amacını da aşabilmektedir. İçe göçlerle ilgili üye ülke şirketler hukuku düzenlemelerinin Türk hukukuyla paralellik arz etmesi karşısında, Türk şirketleri de bu yönüyle de yerleşme özgürlüğünden yararlanabilecek ve AB'de sınıraşan faaliyetlerde bulunabilecektir.

Buna karşın Türk şirketlerinin AB yerleşme özgürlüğünün bulunmadığı, her şekilde tartışmayı hak eden bir düşünce olacaktır. Ancak bu halde, AB şirketlerinin yerleşme özgürlüğü ve buna ilişkin olarak içe göçlerle ilgili yapılan yeni TTK düzenlemeleri AB şirketleri lehine tek taraflı yapılmış olacaktır. Karşılıklılık esası yerine, tek taraflı olarak AB şirketlerinin yerleşme özgürlüğünün tanımakla yetinilmesi ise Türkiye'nin hem kendi şirketlerini hem de ekonomik kamu düzenini tehlikeye atmasına yol açacaktır. Böyle bir sonuç karşısında da mevcut TTK'nın içe göçlerle ilgili hükümlerinin yürürlüğünün üye oluncaya kadar ertelenmesi gündeme gelebilecektir. Nihayetinde tek taraflı olarak, AB şirketleri lehine kendi şirketleri ve ekonomik kamu düzeni aleyhine bir durum yaratması Türkiye'den beklenemeyecektir.

Sonuç

AB'de şirketler hukukundaki, özellikle şirketlerin yerleşme özgürlüğü temelinde sınıraşan hareketliliği konusu ile ilgili gelişmeler Türk hukukunu ve Türk şirketlerini de etkilemekte, ABAD kararlarıyla açıklığa kavuşturulan yerleşme özgürlüğü güvencesi Türk şirketleri için de bir anlam ifade etmektedir. Nihayetinde ABAD, ilk defa Haegeman kararıyla ortaya koyduğu esas Demirel kararında da tekrarlanmış, Birliği ilgilendiren konularda yapılan anlaşmaların Birlik hukuk sisteminin bir parçasını oluşturduğunu ve bu anlaşmaların yorumu ile ilgili de ön karar verme yetkisinin kendisinde olduğunu ifade etmiştir. Böylece Ankara Anlaşmasının ve Katma Protokol'ün de Avrupa müktesebatının bir parçası olduğu, Birlik hukukunda da birincil düzenlemeler içinde yer aldığı hususu netleşmiştir. Ankara Anlaşması ve Katma Protokol ile Roma Anlaşması'nın aynı geçiş sürecini öngörmesi, yerleşme özgürlüğü konusunda da benzer düzenlemelere yer vermesi, tarafların da Roma Anlaşması hükümlerinin esin kaynağı olduğu hususunda anlaşmaları karşısında; yerleşme özgürlüğünün Türk şirketleri içinde, geçiş döneminden itibaren uygulanmasının ve Türk şirketlerinin de yerleşme özgürlüğünün, bir başka deyişle sınıraşan şirket hareketliliğinin bir parçası olduğunun kabulü gerekir. Kaldı ki Sevic kararında ABAD, yerleşme özgürlüğünün kullanılmasının ikincil bir düzenlemeyi gerektirmediği gibi, bir ön koşul da oluşturamayacağını ifade etmiştir. Yine Übersering kararında ABAD, dört temel ilkedeki yerleşme özgürlüğünün, geçiş döneminde dahi doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olduğunu, bu özgürlüğün uygulanmasının bir konvansiyonun veya ikincil bir düzenlemenin kabulüne bağlı olmadığı hususunu özellikle vurgulamıştır. Türkiye ise geçiş dönemini tamamlayarak son döneme girmiş bir ülkedir. Ayrıca Kurucu Anlaşmanın 49 ve 54. maddeleri mucibince, şirketlerin gerçek kişilerle aynı muameleye tabi tutulması zorunluluğu karşısında, ABAD'ın Türk vatandaşlarıyla ilgili kararları, Türk şirketleri için de geçerli olacak ve şirketlerin sınıraşan hareketliliğinin bir parçası olarak, Türk şirketlerinin de yerleşme özgürlüğüne temel olacaktır. Kaldı ki yerleşme özgürlüğünün ne olduğunu söyleme yetkisinin ABAD'a ait olması ve tarafların Roma Anlaşması hükümlerinden esinleneceğinin kararlaştırılması gerçeği karşısında, Ankara Anlaşması ile Katma Protokol'de düzenleme altına alınan yerleşme özgürlüğü hükümlerine, başkaca bir anlam verme olanağı bulunmamaktadır.

Bunun yanında Türk şirketlerinin AB'de yerleşme özgürlüğünün bulunmadığı düşüncesi de dikkate alınmalı, uygulama da ciddiyetle değerlendirilmez. Unutulmamalıdır ki bu düşüncenin kabulü halinde veya bu yönde AB uygulamaları karşısında, AB şirketlerinin yerleşme özgürlüğü ve buna ilişkin olarak içe göçlerle ilgili yapılan yeni TTK düzenlemeleri, AB şirketleri lehine verilmiş tek taraflı tavizler olarak kalacaktır. Karşılıklılık esasını yerine, tek taraflı olarak AB şirketlerinin yerleşme özgürlüğünün tanınması ise Türkiye'nin hem kendi

şirketlerini hem de ekonomik kamu düzenini tehlikeye atmasına yol açacak, bu durum ise özgür ve bağımsız bir ül-ke için kabul edilebilir olmayacak, ivedilikle durumunun düzeltilmesi için de TTK'nın içe göçlerle ilgili hükümlerinin yürürlüğünün ertelenmesi gerekecektir. Ama her şekilde AB dışındaki ülke şirketlerinin kapsam dışına çıkartılması ve karşılıklı anlaşma olmadığı sürece de hiç bir şekilde TTK'nın içe göçlerle ilgili hükümlerinden yararlandırılmaması gerektiği de açıktır. Nihayetinde tek taraflı olarak ne AB şirketleri ne de AB dışındaki ülke şirketleri lehine, Türk şirketleri ve ekonomik kamu düzeni aleyhine bir durum yaratması Türkiye'den beklenemeyecektir. Kaldı ki özgür ve bağımsız bir ülke olarak Türkiye'nin de tek taraflı tavizler verme konusunda hiç bir şekilde hevesli olmaması gerekir.

Kaynakça

Akgül, Mehmet Emin, *Avrupa Birliği Adalet Divanının Yargı Yetkisi*, Ankara, 2008.

Arat, Tuğrul, “Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 44, sayı 1, 1995.

Arıkan, Harun-Vassallo, Francesca, “ Turkey’s EU Membership: Implications For The Future Direction of The EU Integration Process”, *European Union and Turkey: Reflections on the Prospects for Membership* eds. Nanette Neuwahl and Haluk Kabaalioglu, İstanbul, 2006.

Bozkurt, Enver-Özcan, Mehmet-Köktaş, Arif, *Avrupa Birliği Hukuku*, 5.bs., Ankara, 2011.

Can, Hacı, “Avrupa Toplulukları Adalet Divanının “Kurz” Kararı”, *AÜHFD*, cilt 52, sayı 4, 2003.

_____, “Türkiye’nin Avrupa Birliği ile Bütünleşme Sorunları”, *Türkiye-AB İlişkileri, Avrupa’nın Genişlemesi, Müzakere Süreci ve Batılılaştırma Sorunsalı*, eds. Ertan Efeğil, Mehmet Seyfettin Erol, Ankara, 2007.

Demirbulak, Selçuk, *Avrupa Birliği Hukuku ve Haklarımız*, Ankara, 2011.

Efeğil, Ertan, “17 Aralık Kararı’na İlişkin Sürecin Analizi”, *Türkiye-AB İlişkileri, Avrupa’nın Genişlemesi, Müzakere Süreci ve Batılılaştırma Sorunsalı*, eds. Ertan Efeğil, Mehmet Seyfettin Erol, Ankara, 2007.

Ekşi, Nuray, *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, 3. bs., İstanbul, 2011.

Eroğlu, Muzaffer, “Avrupa’da Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği Konusundaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi ve Konunun Türk Hukukundaki Yeri”, (*Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği*), *Maltepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ekim 2008/2.

Göçmen, İlke, *Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerinin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkisi*, Ankara, 2008.

Groenendijk, Kees- Guild, Elspeth, *Visa Policy of Member States and The EU Towards Turkish Nationals After Soysal*, revised and updated second ed., İstanbul, 2011.

Groenendijk, Kees-Luiten, Maaike, *AB’de Türk Vatandaşlarının Hakları*, İstanbul, 2011.

Güneş, Ahmet M., “Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi”, *AÜHFD*, cilt 58, sayı 2, 2009.

Günüğur, Haluk, *Avrupa Birliği’nin Hukuk Düzeni*, Ankara, 2007.

_____, *Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri*, Ankara, 2008.

İdriz/Tezcan, Narin-Slot, Piet Jan, “Free Movement of Person Between Turkey and The EU: The Hidden Potential of Article 41 (1) of The Additional Protocol”, *EU and Turkey: Bridging The Differences*, eds. H. Kabaalioglu, A. Ott and A. Tatham, İstanbul, 2011.

Kabaalioglu, Haluk, “The Custom Union: A Final Step Before Turkey’s Accession To The European Union?”, *Marmara Journal of European Studies*, vol. 6, no. 1, 1998.

_____, “Turkey-EU Customs Union: Problems and Preospects”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, cilt 12, sayı 2, 2010.

_____, “Turkey and European Union Converging or Drifting Apart”, *Marmara Journal of European Studies*, vol. 7, no. 1-2, 1999.

Kara, Etem, *Avrupa Birliği’nde Şirketlerin Sınırşan Hareketliliği*, Ankara, 2014.

Karlık, S.Rıdvan, *Avrupa Birliği ve Türkiye*, 9. bs., İstanbul, 2007.

Köktaş, Arif, “Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın Soysal ve Savatlı Kararı: Türk Vatandaşları AB Ülkelerine Giriste Vize Almalı mı?”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, cilt 5, sayı 19, 2009.

Morgil, Orhan, “Kopenhag Ekonomik Kriterleri ve Türkiye’nin Uyum Süreci”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi (Prof. Dr. Ahmet Gökdere’ye Armağan)*, cilt 5, no. 2, 2006.

Özen, Çınar-Yazgan, Hatice, “Zor yada Zoraki Aday: Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne Tam Üyelik Süreci”, *Türkiye-AB İlişkileri, Avrupa’nın Genişlemesi, Müzakere Süreci ve Batılılaşma Sorunsalı*, eds. Ertan Efeğil, Mehmet Seyfettin Erol, Ankara, 2007.

Özkan, Işıl, “Avrupa Birliği’nde Hizmet Edimi Serbestisi Bağlamında Avukatların Serbest Dolaşımı”, *TBB Dergisi*, sayı 60, 2005.

_____, “Türk Vatandaşlarının Avrupa Ülkelerinde Giriş Hakkı ve Vize Sorunu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 9, özel sayı, 2007.

Papadopoulos, Thomas, “The Visible Hand of EU Fundamental Freedom: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive”, *The 8th International Conference for Young Scholars at ESSCA*, 2010, http://www.essca.fr/WISH/PaperRoom/Paper%20Thomas_Papadopoulos.pdf, 15.04.2011 (The Visible Hand of EU Fundamental Freedoms).

Pınar, Hamdi, “Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt XIII, sayı

1-2, 2009.

Stiglmyer, Alexandra, “Visa- Free Travel for Turkey: In Everybody’s Interest”, *Turkish Policy Quarterly*, vol. 11, no. 1.

Tekinalp/Tekinalp/Atamer/Oder/Oder/Okutan, *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul, 2000.

Vogeili, Wolfgang, “AB Ülkelerine Vizesiz Giriş: Mevcut Durum”, <http://www.ytb.gov.tr/Files/Document/WolfgangVoegeli-TR.pdf>, s.4, 20.07.2013.