

## AVRUPA BİRLİĞİNDE İŞGÖRENLERİN SERBEST DOLAŞIMI ve TÜRK TABİİYETİNDEKİLER<sup>1</sup>

Dr. Mahmut YAVAŞI\*

### GİRİŞ

Ortak Pazarın oluşması, gelişmesi ve süreklilik arz etmesi üretim faktörlerinin<sup>2</sup> ve üretim faktörleri kullanılarak meydana getirilen mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının başarısına bağlıdır. Bu bağlamda, işgörenlerin serbest dolaşımı Ortak (İşgücü)<sup>3</sup> Pazarını oluşturabilmenin bir gereği olarak görülme-lidir. İşgörenlerin serbest dolaşımındaki temel amaç; işgörenlerin çeşitli iş piyasaları arasında yer değiştirebilmelerine olanak sağlamaktır<sup>4</sup>.



Roma Antlaşmalarının 1958'de yürürlüğe girmesinden itibaren, Avrupa Topluluğu'nun temel ilkelerinden biri, işgörenlerin<sup>5</sup> serbest dolaşımıdır. Serbest dolaşım; Üye Devletlerin tabiiyetlerindeki işgörenler arasında uyrukluğa dayalı tüm ayırıcı muamelelerin kaldırılmasını gerektirmektedir. Türkiye-AT ilişkilerinin esas alındığı hukuki metinlerde de Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarının da "serbest dolaşım hakkı" kapsamına alınması öngörülmektedir. Ayrıca; göçmen işgörenler ve bakmakla yükümlü oldukları yakınları, AET Antlaşması'nın 51. maddesi<sup>6</sup> gereğince sosyal yardım,

\* Kırıkkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi.

1 Bu çalışma, yazarın Avrupa Birliği Hukuku konusunda hazırlamakta olduğu kitabın "İşgörenlerin Serbest Dolaşımı" başlıklı bölümünün makale haline getirilmiş şeklidir. Yayıncı bu çalışmayı yayınlamakla, makalenin yazar tarafından belirtilen kitapta kullanılmasına izin vermiş bulunmaktadır.

2 Bilinebileceği üzere üretim faktörleri: 1- Doğal kaynaklar, 2- İşgücü/emek, 3- Sermaye ve 4- Girişimci unsurlarından oluşmaktadır.

3 AT dikkate alınarak "işgücü" şöyle tanımlanabilir. İşgücü AT'nun emek arzı kapasitesini insan sayısı yönünden gösteren bir kavram olup, Avrupa Topluluğundaki nüfusun üretici durumda bulunan kısmı demektir. Genel olarak çalışma çağındaki nüfus miktarından çalışma istek ve yeteneğinde olmayanların çıkarılması ile bulunur.

4 Çalışma ekonomisi literatüründe "Coğrafi İşgücü Hareketliliği" olarak tanımlanan yer değiştirme nedenleri için genel olarak *bnkz* Zaim S., 1997, *Çalışma Ekonomisi*, ss. 57-60, Filiz Kitabevi; Berberoğlu C.N., 1995, *Çalışma Ekonomisi*, ss. 98-100, Ant Matbaacılık - Yayıncılık.

5 "İşgören" ifadesi özenle seçilmiş bir isimdir. İşgörenlerin serbest dolaşımını kapsayan Türkçe literatürde daha ziyade "işçi" ismi kullanılmakta olmakla beraber, "işçi" ismi kanaatimizce yetersiz bir ifadedir. Metin içerisinde genel kabul gördüğü şekliyle "işçi" isminin yetersizliği irdelenecektir.

6 Madde 51

mesleki eğitim ve vergi ile sosyal haklar konusunda eşit muamele görme hakkına sahiptir. Bununla birlikte, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığının haklı kıldığı kısıtlamalar mevcuttur.

## 2. Amaç ve Yasal Dayanak

Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile AT arasındaki hukuki ilişkinin birincil kaynağı olan, Ankara Antlaşması (AA) olarak da nitelendirilen "Ortaklık Anlaşması" (OA) ve bu anlaşmanın uygulanmasına dair ek antlaşma niteliğindeki "Katma Protokol" (KP) Türk uyruklu işgörenlerin Avrupa Topluluğunda serbest dolaşımı konusunda bir takım hakların verilmesini öngörmektedir. Verilecek bu hakların çerçevesini belirleme görevi Ortaklık Konseyine (OK) verilmiştir<sup>7</sup>. Ortaklık Konseyinin vermiş olduğu 2/76, 1/80 ve 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararları (OKK), Türk işgörenlerin serbest dolaşımı konusunda uygulamanın ne şekilde olacağına dair ikincil kaynaklar olarak nitelendirilir. Türkiye Cumhuriyeti ile AT arasındaki hukuki münasebetin birincil ve ikincil kaynakları ve bu kaynaklara dayanılarak yapılan uygulamaların ATAD tarafından nasıl değerlendirildiğini de burada inceleyeceğiz.

AT'da işgörelere tanınan serbest dolaşım hakkı, başlangıçta yalnızca potansiyel işgörelere ve onların aile bireylerine tanınan bir hak olarak değerlendirilmiştir. Bu sayede, aktif işgörelere Topluluğun herhangi bir yerindeki eksik olan işgücünü tamamlayabilir ve/veya daha fazla ücret alabilme imkanına kavuşabilirdi. Dolayısıyla, işgörelere serbest dolaşım hakkı başlangıçta Topluluğun ekonomik amaçlarını gerçekleştirmek için kullanılan bir araç olarak görülmüş olup, serbest dolaşım hakkı kendi başına bir amaç olmadığı söylenebilir.

Başlangıçta Topluluğun ekonomik amacını gerçekleştirmede kullanılan bir araç olarak görülen işgörelere serbest dolaşım hakkı, zamanla sosyal bir boyut kazan-

---

Konsey, Komisyonun önerisi üzerine, oybirliği ile karar alarak, işçilerin serbest dolaşımını sağlamak amacıyla sosyal güvenlik alanında gerekli tedbirleri alır. Bu amaçla göçmen işçilere ve bakmakla yükümlü oldukları kişilere:

- (a) sosyal yardıma hak kazanılması, bu hakkın korunması ve bu yardım miktarının hesaplanması için çeşitli ülkelerin mevzuatındaki bütün sürelerin birleştirilmesine,
- (b) Üye Devletlerin topraklarında yerleşik kişilere ödemelerde bulunulmasına, imkan verecek düzenlemeler yapar.

7 Ankara Antlaşması 12 Eylül 1963 tarihinde imzalanmış ve 1 Aralık 1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Katma Protokol 23 Ekim 1970 tarihinde imzalanmış ve 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dava No. C-12/86, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd* [1987] ECR 3919 davasında ATAD, Ortaklık Anlaşmalarının Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu teyit etmiştir. Ayrıca bkz. Dava No. C-192/89 *Sevince v Staatssecretaris van Justitie* [1990] ECR I-3461.

mıştır. 1612/68 numaralı İşgörenlerin Topluluk İçerisinde Serbest Dolaşımı Tüzüğü'nün<sup>8</sup> dibacesinde:-

Serbest dolaşım işgörenler ve aileleri için temel bir haktır; Topluluk içerisinde işgörenlerin hareketliliği, işgörene yaşam standartlarını, çalışma şartlarını ve sosyal yaşantılarını geliştirmede kullanılan yöntemlerden biri olmalıdır ve Üye Devletlerin ekonomik ihtiyaçlarını gidermeye yardımcı olmalıdır.

Böylece, serbest dolaşım hakkı sosyal sonuçları hedefleyen bir amaç haline getirilmiş oldu. Başlangıçta yalnızca ekonomik olarak aktif olan işgörene tanınan serbest dolaşım hakkı, 1990 yılında öğrenciler, emekliler ve bağımlı olmayanlar olmak üzere üç gruba daha tanınmıştır. Başlangıçta Topluluğun ekonomik hedeflerini gerçekleştirmede kullanılan bir araç olan serbest dolaşım hakkı, Avrupa Tek Senedi ile kendi başına Topluluğun sosyal boyutunun bir amacı haline getirilmiştir.

1992 yılında yürürlüğe giren Avrupa Birliği Antlaşmasının 8. maddesi ile tesis edilen Avrupa vatandaşlığı olgusu sayesinde, Üye Devletlerden herhangi birinin uyruğunda olan kişiler, Avrupa vatandaşı olmanın vermiş olduğu serbest dolaşım ve yerleşim haklarından -mevzuatın açıkça kısıtlamaması halinde- serbestçe yararlanabilmektedirler. Avrupa vatandaşlığı olgusu kişilere yalnızca ekonomik haklar vermekte, vatandaş olmanın gereği olarak politik ve sosyal statü de vermektedir.

Ankara Antlaşmasının 12. maddesine göre, Türk uyruklu işgörenlerin AT içerisinde serbest dolaşımı hakkında esin alınması gerektiği konusunda anlaşmaya varılan AET Antlaşmasının 48. maddesi, işgörenlerin Topluluk içinde serbest dolaşımı konusundaki birincil yasal dayanakların en önemlisidir. Anılan maddenin metni şu şekildedir:-

1. İşçilerin Topluluk içindeki serbest dolaşımı en geç geçiş döneminin sonunda sağlanmış olur<sup>9</sup>.

8 Council Regulation 1612/68 of 15 October 1968 on Freedom of Movement of Workers within the Community. OJ Sp. Ed., 1968 (II), s. 475. Bahsi geçen Yönetmelik en son 1992 yılında 2434/92 numaralı Yönetmelikle değiştirilmiş olup, OJ 1992, L 245/1'de yayınlanmıştır.

9 Madde numarası 39 olarak değiştirilmiştir. Ankara Antlaşmasını tamamlayıcı nitelikteki Katma Protokolün 36. maddesine göre Türkiye ile Topluluk üyesi Devletler arasında işçilerin serbest dolaşımı, Ortaklık Anlaşması'nın 12. maddesinde yer alan ilkelere uygun şekilde, Anlaşmanın yürürlüğe girişinden sonraki on ikinci yılın sonu ile yirmi ikinci yılın sonu arasında kademeli olarak gerçekleştirilmiş olmalıydı.

Ankara Antlaşmasının 12. maddesi de bir "geçiş süresi" öngörmektedir. Ankara Antlaşmasının yürürlüğe girdikten sonraki 12. yılın sonu ile 22. yılın sonu arasında kademeli geçiş süresi tamamlanacaktı. Başka bir deyişle, Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşı olan işgörenler için 01 Aralık 1976 – 01 Aralık 1986 tarihleri arasında geçiş süreci tamamlanmış olmalıydı. Serbest dolaşımın ilk 2 kademesinin esasları, daha sonra 2/76 ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarıyla tespit edilmiştir.

2. Bu serbest dolaşım, Üye Devletler işçileri arasında istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları konusunda, uyruklu esasına dayalı her tür ayırımcılığın kaldırılmasını gerektirir<sup>10</sup>.
3. Serbest dolaşım, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı sebebiyle haklı görülebilecek sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla:
  - (a) fiilen yapılmış iş tekliflerini kabul etme;
  - (b) bu amaçla Üye Devletlerin toprakları içinde serbestçe dolaşma;
  - (c) Üye Devletlerin birinde o devlet uyruklarının istihdamını düzenleyen yasa, tüzük ve idari düzenlemelere uygun olarak herhangi bir iş yapmak amacıyla oturma;
  - (d) bir Üye Devlette bir işte çalıştıktan sonra, Komisyonca hazırlanacak uygulama yönetmelikleri vasıtasıyla belirlenecek düzenlemelere uyarak o Üye Devlet topraklarında bulunma, hakkını içerir.
4. Bu Madde hükümleri kamu hizmetlerindeki istihdama uygulanmaz.

AET Antlaşmasının 48. maddesinin doğrudan bağlayıcı olduğuna, aşağıda 1612/68 sayılı Tüzüğün inceleneceği bölümde ele alınacak olan **Commission v French Republic**<sup>11</sup> davasında karar verilmiştir. Kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan ve "devlet organı" da olmayan Uluslararası Bisiklet Federasyonunun, dünya bisiklet şampiyonasında yarışta hızı belirleyen ilk yarışçı ile yarışı tamamlayan son yarışçının aynı tâbiyette olmasını öngören kuralının 48. madde ile bağdaşır olmadığına ve Uluslararası Bisiklet Federasyonunun madde kapsamı dışında olmadığına hükmetmesi,<sup>12</sup> doğrudan bağlayıcı olan 48. maddenin yalnızca dikey olarak değil, yatay olarak da doğrudan bağlayıcı olduğuna delalet eder.

Görülebileceği üzere 48. madde, Antlaşmanın 7. maddesinde<sup>13</sup> belirtilen genel prensiplerden "uyrukluğa dayalı bütün ayırımcılıklar yasaklanmalıdır" şeklindeki hüküm, işgörenlere özgün olarak düzenlenen kurallar içermektedir.

10 AET Antlaşmasının 48(2). maddesindeki bu hükmün benzeri Katma Protokolün 37. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir.

Katma Protokol Madde 37.

"Her Üye Devlet, Toplulukta çalışan Türk uyruklu işçilere, çalışma şartları ve ücret bakımından, Topluluk üyesi diğer devletler uyruklu işçilere göre uyrukluktan ötürü herhangi bir farklı işleme yer vermeyen bir rejim tanır." 1/80 sayılı OKK'nun 10. ve 11. maddelerine göre, Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşı bir işgörene ve işgörenin aile bireylerine ücret ve diğer çalışma şartları bakımından eşit muamele edilmelidir. Benzer şekilde, 3/80 sayılı OKK'nın 3(1). maddesinde belirtilen "eşit muamele" prensibinin doğrudan bağlayıcı olduğuna karar verilmiştir. *Bknz.* Dava No. 262/96, **Sema Sürül v Bundesanstalt für Arbeit** [1963] ECR I-2685.

11 Dava No. 167/73, [1974] ECR 359, [1974] 2 CMLR 216.

12 *Bknz.* Dava No. 36/74, **Walrave and Koch v Association Union Cycliste Internationale** [1974] ECR 1405; [1975] 1 CMLR 320.

13 Madde numarası 6. madde olarak değiştirilmiştir.

Yukarıda metni verilen 48(3)(d). madde ve 49. maddeyle,<sup>14</sup> Komisyona verilen uygulama yönetmelikleri hazırlama görevi sonucunda aşağıdaki ikincil yasal dayanaklar oluşturulmuştur.

- (a) 68/360 sayılı Topluluk İçinde Üye Ülke İşgörenlerinin ve Aile Bireylerinin Seyahat ve İkametlerinin Sınırlandırılmasının Kaldırılması Hakkındaki Konsey Yönergesi<sup>15</sup>.
- (b) 1612/68 sayılı İşgörenlerin Topluluk İçerisinde Serbest Dolaşımı Konusundaki Konsey Tüzüğü<sup>16</sup>.
- (c) 1251/70 sayılı Üye Devlette İş İlişkisinin Sona Ermesinden Sonra İkamet Etme Konusundaki Komisyon Tüzüğü<sup>17</sup>.
- (d) Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği ve Kamu Sağlığı Nedeniyle Getirilebilecek Kısıtlamalar Konusundaki 64/221 sayılı Konsey Yönergesi<sup>18</sup>.

Yukarıda belirtilen ikincil kaynaklar, AET Antlaşmasıyla tanınan hakların kapsamı ve uygulanmasına ilişkin detaylı hükümlere yer vermektedir. İkincil kaynaklar aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir. Bu incelemeyi yapmadan önce, kimlerin 48. maddeden yararlanabileceğinin belirlenmesi gerekir. Metin içerisinde "işçi" ifadesi yerine bilinçli olarak genellikle "işgören" ifadesi kullanılmaya çalışılmaktadır. Aşağıda, 48. madde kapsamına kimlerin dahil olabileceğini inceledikten sonra, umulur ki, "işçi" ifadesinden çok daha geniş bir kapsamı olan "işgören" ifadesini özellikle kullanmamızın sebebi anlaşılır olacaktır.

#### 14 Madde 49

Konsey, bu Antlaşma yürürlüğe girer girmez Komisyonun önerisi üzerine, Avrupa Parlamentosu ile işbirliği yaparak, Ekonomik ve Sosyal Komiteye de danıştıktan sonra nitelikli çoğunlukla yukarıdaki Maddede tanımlandığı şekilde işçilerin serbest dolaşımını aşamalı olarak gerçekleştirmek için direktif veya tüzükler vasıtasıyla özellikle:

- (a) ulusal istihdam idareleri arasında sıkı bir işbirliği sağlayarak;
- (b) ister Üye Devletler arasında daha önce akdedilen Antlaşmalardan, ister ulusal mevzuattan kaynaklansın, işçilerin dolaşımlarının serbestleştirilmesine engel teşkil edebilecek idari uygulama ve usullerle işe alınma sürelerini sistemli ve aşamalı bir biçimde ortadan kaldırarak;
- (c) serbestçe iş seçme konusunda diğer Üye Devlet işçilerine ilgili devlet işçilerine konulandan farklı şartlar getiren, Üye Devletler arasında daha önce yapılan Antlaşmaların veya iç mevzuatın öngördüğü tüm süre ve diğer kısıtlamaları sistemli ve aşamalı bir şekilde ortadan kaldırarak;
- (d) muhtelif bölge ve sanayi dallarında istihdam düzeyi ve yaşam standardını ciddi tehlikelerden uzak tutacak şartlarda iş teklifleri ile iş taleplerini karşılaştırmaya ve aralarındaki dengeyi sağlamayı kolaylaştırmaya yönelik uygun mekanizmaları kurarak, gerekli tedbirleri alır.

15 OJ No. L 257, 19.10.1968. Bu çalışmada; Yönerge ve Direktif kelimeleri birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmaktadır.

16 Council Regulation 1612/68 of 15 October 1968 on Freedom of Movement of Workers within the Community. OJ Sp. Ed., 1968 (II), s. 475. Bahsi geçen Yönetmelik en son 1992 yılında 2434/92 numaralı Yönetmelikle değiştirilmiş olup, OJ 1992, L 245/1'de yayınlanmıştır.

17 OJ No. L 142/24, 30.6.1970; OJ, English Special Edition 1970 (II), s. 402

18 OJ No. L 56, 5.4.1964.

Türkiye ile Topluluk Üyesi Devletler arasında işçilerin serbest dolaşımının kademeli olarak gerçekleşmesine değin, Ortaklık Konseyi, Türk uyruklu işgörenlerin her üye devlette çalışmalarını kolaylaştırmak amacıyla, bu işgörenlerin serbestçe meslek ve yer değiştirmelerinden ortaya çıkan bütün sorunları ve özellikle çalışma ve oturma izinlerinin uzatılmasını inceleyebilir. Bu amaçla, Ortaklık Konseyi Üye Devletlere tavsiyelerde bulunabilir<sup>19</sup>. AT'na üye olan devletlerin vatandaşlarını diğer ülkelere karşı *kayırmayı* teşvik eden<sup>20</sup> "işgörenlerin serbest dolaşım hakkının" Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları için de geçerli olması öngörülmekle birlikte, hedeflere ulaşılamamaktadır. Ortaklık Konseyinin vermiş olduğu 2/76, 1/80 ve 3/80 sayılı kararlar, Türk işgörenlerin serbest dolaşımı konusunda uygulamanın ne şekilde olacağına dair ikincil kaynaklar olarak nitelendirilir. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının serbest dolaşımı konusundaki öngörüler henüz uygulanabilir haklar haline gelmediği gibi, öngörülerin aksine, yeni kısıtlamaların söz konusu olabileceği aşağıda incelenecektir.

### 3. İşgören ve İşgörenin Aile Bireyleri

İşgörenlerin serbest dolaşım hakkı, esas itibarıyla bağımsız ve bağımlı olmak üzere iki gruba ayrılır. İşgörenler, kendi adına çalışanlar, hizmet arz edenler veya sunulan hizmetten yararlananlar, öğrenciler, emekliler veya bağımlı olmayanlar serbest dolaşım hakkından münferiden yararlanırlar. Münferiden serbest dolaşım hakkına sahip olanların aile bireylerine tanınan serbest dolaşım hakkı ise bağımlı bir hak olarak değerlendirilir<sup>21</sup>.

AET Antlaşmasının 48. maddesi ve 48. maddenin uygulanmasına ilişkin ikincil kaynaklar, işgörelere ve onların aile bireylerine serbest dolaşım hakkı ve serbest dolaşım hakkına bağlı olan diğer birtakım hakları vermektedir. Dolayısıyla, öncelikli olarak "işgören" ve "işgörenin aile bireyleri" kavramlarının incelenmesi gerekir.

19 Katma Protokol 38. madde. AT'na üye ülkelerde ikamet eden işgörenlerinizin Ankara Anlaşması, Katma Protokol ve 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının serbest dolaşım ile ilgili hükümlerine dayanarak ulusal mahkemelerde açtıkları davalar ATAD'a intikal ettirilmiş ve Divan günümüze kadar bu konuda bir çok davada karar almıştır. Divan Kararlarında Ortaklık Anlaşması, Katma Protokol ve Ortaklık Konseyi Kararlarının AB Hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğu ve *uygulanmaları için ilave tedbir gerektirmeyecek kadar açık ve kesin olan* hükümlerin üye ülkelerde doğrudan uygulanır etkiye sahip olduğunu hükme bağlamıştır.

20 *Bknz.* Hailbronner K. ve Polakiewicz J., 1992, *Non-EC Nationals in the European Community: The Need for A Coordinated Approach*, 3 Duke Journal of Comparative and International Law, s. 49.

21 Aşağıda değinilecek olan Dava No. 267/83, *Diatta v Land Berlin* [1985] ECR 567; [1986] 2 CMLR 164 davasında ATAD işgörenin aile bireylerinin kişisel olarak oturma hakkına sahip olmadığını belirtmiştir. Anılan davanın insan hakları açısından eleştirisi için *bknz.* Weiler J., 1992, *Thou Shalt not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-Community Nationals – a Critique*, 65 European Journal of International Law,

### 3.1 İşgören Kime Denir?

AT Antlaşması'nın yukarıda bahsi geçen 48. ve müteakip maddelerinde yasal dayanak olarak belirtilen Tüzük ve Yönergelerde "işçi" ifadesi kullanılmakla beraber, ilgili mevzuatta ifadenin tanımı yapılmamaktadır. Böylece "işgören" ismini tanımlamak vazifesi, aşağıda görüleceği üzere, ATAD tarafından yerine getirilmiştir.

ATAD'nın konuyla ilgili kararlarına geçmeden önce, Türkçe'de ve Türk Hukukunda işgören kavramını inceleyelim. Türk Dil Kurumu tarafından yayımlanan Türkçe Sözlük "İşçi" ismini "Başkasının yararına bedenini, kafa gücünü veya el uzluğunu kullanarak ücretle çalışan kimse" olarak tanımlansa da, pratikte daha ziyade "sadece bedeni emeğini" başkaları yararına kullanan kişiler işçi olarak nitelenmektedirler.

"İşçi" isminin hukuki tanımlamaları Türk Dil Kurumunun tanımına paralellik göstermektedir. Örneğin 1475 sayılı İş Kanununun 1. maddesinin ilk fıkrasına göre "Bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişiye işçi denir." 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 2. maddesinde sigortalı sayılacak kişiler tanımlanırken, yukarıda belirtilen İş Kanununun 1. maddesine benzer bir tanımlama yapılmaktadır. Benzer tanımlamalar Deniz İş Kanununun 1. maddesinde "gemi adamı" ve Basın İş Kanununun yine 1. maddesinde "gazeteci" tanımı yapılırken verilmektedir.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 2./I, II maddesi ise "... bedenen çalışmayı konu alan ...çalışanların da, bu kanunun (2821 sayılı Sendikalar Kanununun) uygulanmasında işçi sayılmaları kabul edilmiş bulunmaktadır" demektedir.

Gerek hukuki tanım gerekse lügat manası işçiyi "iktisadi açıdan" ele alıp tanımlama yaparken, yapılan işin bedenen ya da fikren, yahut bedenen ve fikren olması açısından bir ayırım yapmamaktadır. Kanaatimizce "işçi" ismi bu kadar geniş manada değildir. "İşgören" deyimi ise işi yapanı ekonomik açıdan değil personel yönetimi bilimi açısından ele alıp, işi yapanı yapılan işin "bedenen ya da fikren, yahut bedenen ve fikren olmasını" kapsayan bir ifadedir.

Türkçe'de ve Türk Hukukunda işçinin tanımını yaptıktan sonra Avrupa Birliği açısından "işçi" isminin neyi ifade ettiğine bakalım. Daha önce belirtildiği üzere AET Antlaşmasının pek çok yerinde "işçi" isminden bahsedilmekte ise de, bunun bir tanımı Antlaşmada yapılmamaktadır. Bununla birlikte, AB Hukukunun ikincil kaynaklarından ve ATAD kararlarından genel olarak "işçi" ismiyle bedenen veya fikren hizmet ifa ettiğine bakılmaksızın çalışan bir kişinin ifade edildiği anlaşılmaktadır. Bu genel tanımlamadan sonra, ATAD kararları doğrultusunda ayrıntıya girmek gereklidir.

**Levin v Staatssecretaries van Justitie**<sup>22</sup> davasında ATAD "işgören" isminin ulusal hükümlere göre tanımlanamayacağını ve bunun bir Topluluk kavramı olduğunu be-

22 Dava No. 53/81, [1982] ECR 1035; [1982] 2 CMLR 454.

lirterek, **Lawrie-Blum v Land Baden-Wurtemberg**<sup>23</sup> davasında işgöreni 'birine, belirli bir süre için ve onun idaresinde belirli bir ücret karşılığı hizmet veren kişi olarak tanımlanmıştır. **Bestur**<sup>24</sup> davasında işçi kavramının yalnızca halen çalışmakta olan işçiyi kapsamadığı, işini kaybetmiş olmakla beraber, yeniden çalışabilme kapasitesinde olan işçiyi de kapsadığını belirtmiştir<sup>25</sup>. Yukarıda belirtilen **Levin** davasında karar verilmiştir. Anılan davada ATAD:-

'... işçi kavramının gerçek ve etkili bir işi kapsadığını, şeklen/görünüşte veya önemsiz bir iş olmaması kaydıyla, kısmi süreli hizmet akdiyle<sup>26</sup> çalışanları da kapsar. ...

diyerek kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanların AB Hukukuna göre işçi sayılması gerektiğini belirtmiştir. Kısmi süreli hizmet akdi ile çalışan işçiler, yaşamlarını idame ettirebilmek için daha fazla paraya ihtiyaç duyabilirler. Bu durum, **Kempf v Staatss ecr etarisvan Justitie**<sup>27</sup> davasında değerlendirilmiştir. Anılan davada:-

Bir Alman olan Bay Kempf 1981-1982 yıllarında Hollanda'da kısmi süreli hizmet akdi ile müzik öğretmeni olarak çalışmıştı. Bu süre zarfında Hollanda'dan hastalık ve genel mali destek almıştı. 1981 yılının Kasım ayında oturma izni almak için Hollanda makamlarına yaptığı müracaat, kendisinin "kayırlı bir AT vatandaşı" olmadığı, kazancının geçimini sağlamaya yetmediği gerekçesiyle reddedildi.

Bay Kempf, red gerekçesinin dayanaktan yoksun olduğunu Hollanda mahkemelerinde ileri sürdü. Hollanda Mahkemesi, Bay Kempf gibi kısmi süreli hizmet akdi ile çalışan, kazancı geçimine yetmeyen ve geçimini sağlayabilmek için kendisinin yeterli kaynağı olmayan birinin Topluluk hukukuna göre işçi sayılıp sayılmadığını ATAD'na sordu.

ATAD, Bay Kempf'in Topluluk hukukuna göre işçi sayılması gerektiğini belirtti.

**Levin** davasında belirtilen "gerçek iş" kavramı **Steymann v Staatssecretaris van Justice**<sup>28</sup> davasında ATAD, dini bir grubun üyesi olarak davacının mesleği, onun

23 Dava No. 66/85, [1987] 3 CMLR 389; [1986] ECR 2121.

24 Dava No. 75/63, **Hoekstra (née Unger) v Bestur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten** [1964] ECR 177; [1964] CMLR 546.

25 Bununla birlikte, gönüllü olarak işten ayrılan ve uzun bir süre başka bir iş bulamayan, ekonomik bir faaliyete katılmayan, bir kişi işçi olma sıfatını yitirebilir. Bu durum için *Bknz. Williams v Dutch Secretary of State* [1977] 1 CMLR 669.

26 Kısmi süreli çalışma" ifadesinin hemen başlangıçta kısa bir analizi gerekir. İş Kanununun 61. maddesi haftalık çalışma saatinin en çok 45 saat olduğunu ve bu sürenin haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacağını belirtmektedir. Bu itibarla, İş Kanunumuz "kısmi süreli hizmet akdi ile çalışmaya" genel olarak imkan tanımamaktadır. Nitekim, İş Kanununun 14. maddesinde yer alan kıdem tazminatına ilişkin hükümler "kısmi süreli" çalışma çalışanların kıdem tazminatlarını hesaplamada boşluklar taşımaktadır. *Bknz. TİSK, 1999, Çalışma Hayatında Esneklik*, Yayın No. 190. ss. 44-45.

İş Kanunumuzda açıkça kısmi süreli çalışmadan bahsedilmemekte, Yargıtay da konu hakkında çelişkili kararlar vermektedir. Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi için *bknz. Onaran Yüksel M., 2000, s. 55.*

Bununla birlikte, 2547 sayılı YÖK Yasasının Çalışma Esasları başlıklı 36. maddesinde belirli şartları yerine getiren doçent ve profesörlerin *kısmi süreli* olarak çalışabileceklerini belirtmektedir.

27 Dava No. 139/85, [1987] 1 CMLR 764; [1986] ECR 1741.

28 Dava No. 196/87, [1988] ECR 6159; [1989] 1 CMLR 449.









daha çok gelire sahip olması ile kimin münferit, kimin bağımlı hakka sahip olacağı arasında doğrudan bir ilişki kurmak her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin Avrupa Birliği Hukuku literatürüne "ekmek parası" ifadesinin girmesine neden olan **Gül**<sup>41</sup> davasında Birleşik Krallıklar vatandaşı ile evli olan ve yaşamlarını Almanya'da devam ettiren Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti uyruklu bir doktor, ailesinde ekmek parasını karısının kazandığını, kendisinin karısının bağımlısı olduğunu ileri sürdü. Kocanın geliri karısının gelirinden önemli miktarda fazla olmasına rağmen ATAD kocanın karısının bağımlısı olduğuna, ekmek parasını kadının kazandığına hükmetti.

Yukarıda metni verilen 1612/68 sayılı Tüzüğün 10(1) maddesinde geçen kavramlar ilk bakışta tereddüde yer vermeyecek kadar açık ve anlaşılır görünmekte ise de, aşağıda görüleceği üzere, kavramların ATAD tarafından ne şekilde yorumlandığının incelenmesinde yarar görülmektedir<sup>42</sup>..

#### 4. Üye Ülkeye Giriş ve Oturma Hakkı: 68/360 sayılı Yönerge

İşgörenlerin, potansiyel işgörenlerin ve onların aile bireyleri ile onlara bağımlı olanların bir Üye Devletten çalışmak veya iş aramak üzere diğer bir Üye Devlete giriş yapabilmesi ve orada ikamet edebilmesi için detaylı kurallara, AET Antlaşmasının 49. maddesiyle Konseye verilen yetkiye dayanılarak çıkarılan, 68/360 sayılı Yönergede<sup>43</sup> yer verilmektedir. Aşağıda 68/360 sayılı Yönergeyle konulan kurallar ve uygulamada karşılaşılan sorunların çözüm yolları incelenecektir.

##### 4.1. Üye Ülkelere Giriş Hakkı

AET Antlaşmasının 49. maddesine dayandırılarak çıkarılan 68/360 sayılı Yönerge, serbest dolaşım hakkının pratikte uygulanabilmesi için 48. maddenin lafzına ve ruhuna paralel hükümler içermektedir. Yönergenin 1. maddesi Üye Devletlerin tabiiyetlerindeki işgörenlerin ve onların aile bireylerinin,<sup>44</sup> Üye Devletler arasında serbest dolaşımına ve Üye Devletlerden herhangi birinde ikamet etmesine engel olan kısıtlamaların kaldırılmasını gerektiğini belirtmektedir.

68/360 sayılı Yönergenin 2. ve 3. maddeleri uyarınca, Topluluğa Üye Ülkelerin vatandaşları kendi ülkelerinden, işgören olarak bir başka Üye Devlette faaliyette bulunmak üzere ayrılma hakkına sahiptirler. Çalışmak amacıyla gidilen Üye Devlete giriş yapabilmek için giriş vizesi alınmasına gerek bulunmamaktadır. Topluluk vatandaşla-

41 *Ibid.* Dava No. 131/85, **Gül v. Regierungspräsident Düsseldorf** [1986] ECR 1573; [1987] 1 CMLR 501 davası.

42 "Bağımlı olma" kavramına yukarıda metin içerisinde değinildiğinden tekrar incelenmeyecektir.

43 Üye Devlet Vatandaşı Olan İşgörenlerin ve Aile Bireylerinin Topluluk İçinde Dolaşım ve İkametleri Önündeki Engellerin Kaldırılmasına İlişkin 15 Ekim 1968 tarihli Konsey Direktifi. (68/360/EEC)

44 Yukarıda kısaca 1612/68 sayılı Tüzüğün 10(1). maddesine göre "aile" tanımı ve aile bireylerinin kimler olduğu belirtilmiştir. Aşağıda 1612/68 sayılı Tüzük incelenecektir. İncelemekte olduğumuz "İşgörenin Üye Ülkeye Giriş Hakkı" başlığı altında geçen 'aile' ve 'aile bireyi' gibi kavramlar 1612/68 sayılı Tüzükte belirtildiği kapsamdan kullanılmaktadır.





sinde yetkili polis merkezine kayıtlarını yaptırmaları zorunluluğuydu. Bu zorunluluğu yerine getirmemenin cezası üç aya kadar hapis cezası veya 80,000 İtalyan Lireline kadar para cezası veya sınır dışı edilmektir. ATAD, yapılması öngörülen işlemin yapılmaması durumunda verilen ceza ile yapılmayan işlem arasında adil bir bağ olmadığına, cezanın suçla orantılı olmadığına karar verdi<sup>49</sup>.

Kısaca özetleyecek olursak, Üye Devletlerin vatandaşları üzerlerinde herhangi geçerli bir kimlik kartı veya pasaport olması şartıyla, herhangi bir üye devlete o devletin vatandaşıymış gibi girme hakkına sahiptir. Bununla birlikte, aşağıda incelenecek olan 64/221 sayılı Direktifle uygulamasının çerçevesi belirlenleştirilen 48(3). maddede belirtilen kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı kısıtlamalarının varlığı unutulmamalıdır.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşı olan işgörenlerin yukarıda incelenen "vatandaşı olduğu üye ülkeden ayrılıp, çalışmak istediği üye devlete gitme hakkı" bulunmamaktadır.

#### 4.2. Üye Ülkelerde Oturma Hakkı

68/360 sayılı Direktifin 6(1). maddesi, Direktifin 1. maddesinde belirtilen işgören ve işgörenlerin aile bireylerine Üye Devletlerin ilgili Üye Devlette yasal olarak oturma hakkına sahip olduğunu gösterir, beş yılda bir kendiliğinden yenilenen oturma izni belgesini, hiçbir bedel ödenmeksizin vermesi gerektiğini belirtir. Üç aydan fazla, bir yıldan daha az bir süre için geçici olarak çalışmak üzere herhangi bir Üye Devlete giden işgörelere çalışacakları süre ile sınırlı geçici oturma belgesi verilmelidir<sup>50</sup>. Bununla birlikte; üç aydan daha kısa sürede tamamlanacak işler ve üç aya kadar olan mevsimlik işler için işgörenlerin oturma izni almalarına gerek yoktur<sup>51</sup>. Oturma izni verilen Üye Devletten birbirini takip eden altı aylık bir süre için veya askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek için ayrılmak, oturma izninin geçerliliğini etkilemez<sup>52</sup>.

İster beş yılda bir kendiliğinden yenilenen oturma izni olsun, isterse geçici oturma izni olsun, işgörelere oturma izni belgesinin verilebilmesi için; (1) işgörenin ilgili Üye Devlete giriş yaptığına dair bir belgenin ve (2) işgörenin bir işverenle hizmet akdi yaptığını veya hizmet akdi yapmak üzere ilgili Üye Devlete giriş yaptığını gösterir bir belgenin sunulması gereklidir<sup>53</sup>.

İşgörenin aile bireylerine oturma izni belgesi verilebilmesi için ise (1) aile bireyinin ilgili Üye Devlete giriş yaptığına ilişkin, (2) işgörenle olan hısımlık veya akrabalık ba-

49 Ayrıca bkz. Dava No. 118/75, *Watson and Belmann* [1976] ECR 1185; [1976] 552.

50 68/360 sayılı Yönergenin 6(3). maddesi.

51 68/360 sayılı Yönergenin 8. maddesi.

52 68/360 sayılı Yönergenin 6(2). maddesi.

53 68/360 sayılı Yönergenin 4(3)(a) ve (b) maddeleri.

ğını gösterir ve şayet söz konusu kişiler işgörene bağımlı iseler (3) işgörene bağımlı olduğunu veya işgörene evlilik bağı olmadan birlikte yaşadığını belirten belgelerin yetkili makamlara sunulması gereklidir<sup>54</sup>. Sunulması öngörülen bu belgeler, ilgililerin vatandaşı olduğu Üye Devletlerin yetkili makamlarınca düzenlenmelidir. İşgörenin Avrupa Topluluğuna üye olmayan devletlerin vatandaşları olan aile bireylerine, öngörülen diğer şartların yerine getirilmesi halinde, işgörene verilen süre kadar oturma izni verilir.

Yukarıda yer verilen **Roger** davasında varılan sonuçtan yola çıkarak, oturma hakkından yararlanabilecek vasıftaki bir işgörenin fiilen göçmen olarak herhangi bir Üye Devlette çalışması durumunda, resmi makamlarca düzenlenen oturma izni olmadan da Üye Devletlerde oturabileceğini söylemek mümkündür.

İşsizlik konusuna kısmen 68/360 sayılı Direktifin 7. maddesinin 1. paragrafında yer verilmektedir. İşgörenin çalışma arzusu ve isteğinde olmasına rağmen, kendi isteği dışındaki iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle geçici süre ile iş göremez durumuna gelmesi veya çalışmak istemesine rağmen iş bulamaması, ilgili işgörenin oturma izninin doğrudan iptal edilmesi sonucunu doğurmaz<sup>55</sup>. Bununla birlikte; oturma izninin ilk yenilenmesi sırasında, Direktifte 5 yıl olarak belirtilen oturma izni süresi, 12 aydan daha kısa bir süre olmamak üzere kısıtlandırılabilir. Bu nevi bir kısıtlamaya gidilebilmesi için, ilgili işgörenin oturma izninin yenilenmesi gerektiği tarihten önceki en az birbirini takip eden 12 ay boyunca, iş aramasına rağmen iş bulamaması nedeniyle işsiz statüsünde bulunması gereklidir<sup>56</sup>. İş olanağı olmasına rağmen çalışma arzu ve isteğinde olmayan potansiyel göçmen işgörenin sınır dışı edilmesi olasıdır.

68/360 sayılı Yönergenin 5. maddesi ise oturma ve çalışma haklarından yararlanabilmek için, öngörülen formalitelerin yerine getirilmesinden başka bir şartın aranmaması gerektiği belirtilmektedir. 68/360 sayılı Yönergenin 10. maddesi, kamu politikası, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçesiyle yabancı uyrukluların dolaşım ve ikametlerine ilişkin özel tedbirlerin eşgüdümü ile ilgili 64/221 sayılı Yönerge ile paralel hükümler içermektedir. Başka bir deyişle, kamu politikası, kamu güvenliği ve kamu sağlığı dışındaki hiçbir gerekçe ile 68/360 sayılı Yönergenin tanıdığı olduğu, AET Antlaşmasında zaten mevcut olan, hakların uygulanması kısıtlanamaz. Bununla birlikte, Üye Devletler çeşitli gerekçeleri ileri sürerek işgörenlere ve onların aile bireylerine tanınan hakları kısıtlama ve ilave şartlar öne sürme yoluna gitmiştir. Kimi zaman ise, kazanılmış olan hakların çeşitli nedenlerle kaybedildiği öne sürülmüştür.

54 68/360 sayılı Yönergenin 4(3)(c), (d) ve (e) maddeleri.

55 68/360 sayılı Yönergenin 7(1). maddesi.

56 68/360 sayılı Yönergenin 7(2). maddesi.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşı olup, Üye Devletlerin birinde çalışma izni hamiline oturma izninin verilmesi için, 1/80 sayılı OKK'nın 6. maddesinde belirtilen çalışma süresi koşullarının yerine getirilmiş olması gerekir<sup>57</sup>.

#### 4.3. Oturma Hakkının Kaybedilmesi

Mahdut süreli oturma izni, oturma izni verilmesinden güdülen amacın gerçekleşmesi ile sona erer. Sınırlı olmayan bir süre için verilen oturma izni ise, iki durumda kaybedilir. (1) Yukarıda değinildiği üzere, askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek üzere oturma izni verilen Üye Ülkeden ayrılmak hariç olmak üzere, oturma izni verilen Üye Ülkeden birbirini takip eden altı aydan daha fazla bir süre için ayrılmak ve (2) oturma hakkına sahip olan kişinin işini kaybetmesi üzerine yeni bir işe girmek için arzulu olmaması, iş aramaması durumunda oturma izni iptal edilebilir. Kişinin çalışmak arzu ve isteğinde olup olmadığına karar vermek her zaman kolay değildir. Bu nedenle, gönüllü olarak işsiz kalmayı tercih edenlerin oturma izinlerinin iptal edilmemesi için, zorunlu olarak işsiz kaldığını ilgili makamlara ispatlamalıdır. İşsizliğin yüksek oranda olduğu bir ülkede, iş bulma ihtimali düşük olan, iş bulma kurumuna kayıtlı olması, kişinin iradesi dışındaki nedenlerle işsiz kaldığını ispatlayabilir.

İşgörenin aile bireylerine ve işgörenlere bağımlı olanlara tanınan serbest dolaşım hakkı, bağımsız olarak serbest dolaşım hakkına sahip olanın bu haktan yararlandığı sürece varlığını muhafaza eder. Kendi adına serbest dolaşım hakkına sahip olan bir işgören, kendisine bağımlı olanların serbest dolaşımı kısıtlayıcı bir eylemde bulunması nedeniyle serbest dolaşım hakkını kaybetmesi durumunda, göçmen olarak bulunduğu Üye Devlette çalışma ve oturma gibi haklarını kaybetmez. Bununla birlikte, bağımlı olarak serbest dolaşım hakkına sahip olan bir kişinin göçmen olarak bulunduğu ülkedeki çalışma ve oturma gibi hakları, münferiden serbest dolaşım hakkından yararlanan işgörenin bu hakkı kaybetmesi, kendi isteğiyle serbest dolaşım hakkından vazgeçmesi ve bağımlı hakka sahip olanlara hukuki ilişkisinin sona ermesi üzerine sona erer.

Serbest dolaşım hakkına münferiden sahip olan işgörenin aile bireylerinin bağımlı hakları, ilgili işgörenin ölümü bağımsız haklar haline gelebilir. Bu bağlamda bağımlı bir hakkın bağımsız bir hak olabilmesi için, vefat eden işgören nedeniyle bağımlı hakka sahip olanların ölüm anına kadar ilgili Üye Devletten oturma iznini almış olması veya ara vermeksizin ilgili Üye Devlette en az iki yıl oturmuş olması esastır. Belirtilen iki yıllık oturma süresi, işgörenin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle vefatında aranmadığı gibi, eşlerden geriye kalanın daha önce ilgili devletin vatandaşı olması fakat evlilik nedeniyle vatandaşlıktan çıkmış olduğu durumunda da aranmaz<sup>58</sup>.

57 Bknz. Dava No. C-192/89 *Sevinç v Staatssecretaris van Justitie* [1990] ECR I-3461 ve Dava No. C-237/91, *Kazim Kus v Landeshauptstadt Wiesbaden* [1992] ECR I-6781.

58 1251/70 sayılı Tüzüğün 3. maddesi ve 75/34 sayılı Yönerge.

## 5. Serbest Dolaşım Hakkı: 1612/68 sayılı Tüzük

AET Antlaşmasının 49. maddesine dayanılarak çıkarılan 1612/68 sayılı Tüzük, AET Antlaşmasının 48(2). ve 48(3)(a) ve (b). maddelerinin uygulamaya geçirilebilmesi için çıkarılmış bulunmaktadır. Tüzüğün dibacesinde 'işgörenlerin serbest dolaşımını sağlama amacının gerçekleştirilebilmesinin, giriş ve oturma haklarının yanında, işgörenin uyrukluğuna dayalı olarak işe girme, ücret ve çalışma koşullarıyla ilgili diğer bütün engellerin ortadan kaldırılmasına bağlı olduğu' belirtilmektedir.

İşgörenlerin serbest dolaşım hakkından tam olarak özgürce ve onurluca yararlanabilmesi için, işgörenlerin aktif çalışma yaşamları sürecinde göçmen işgören olarak buldukları Üye Devlette, ilgili Üye Devletin uyruğundaki işgörenlerin tabi olduğu bütün uygulamalara hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin tabi olması gerekir. İşgörenlerin serbest dolaşımına mani olan tüm engellerin ve özellikle işgörenlerin aile bireyleriyle bir arada olma hakkı ve işgörenin bulunduğu Üye Devlete işgörenin aile bireylerinin de gidebilmesine engel olan tüm engellerin de kaldırılması gerekir<sup>59</sup>. Aşağıda değinilecek olan ATAD kararlarında, Tüzüğün dibacesindeki bu hükümlerin karar almada sıklıkla ve ısrarla dikkate alındığı görülecektir.

1612/68 sayılı Tüzüğün dibacesindeki bu genel amaçlar doğrultusunda hükümler içeren Birinci Kısımın başlığı 'İstihdam ve İşgörenlerin Aileleri'dir. 12 maddeden oluşan Birinci Kısımın Birinci Ayırımı 'İşe Giriş Yeterliliği', İkinci Ayırımı 'İstihdam ve Muamele Eşitliği' ve Üçüncü Ayırımı 'İşgörenlerin Aileleri' başlıklarını taşımaktadır. Tüzüğün geri kalan kısımları açık olan iş pozisyonlarının doldurulmasını koordine edecek mekanizmaların ve kurumların kurulmasına dair detaylı hükümler içermektedir. Aşağıda 1612/68 sayılı Tüzüğün Birinci Kısım, Kısım içerisinde yer alan ayırım başlıkları dikkate alınarak incelenecektir.

### 5.1. İşe Giriş Hakkı

1612/68 sayılı Tüzüğün 1(1). maddesi uyarınca, herhangi bir Üye Devletin uyruğundaki herhangi bir kişi, nerede ikamet ediyorsa etsin, herhangi bir başka Üye Devlette, ilgili Üye Devletin kanun, tüzük veya idari hükümlerine tabi işgören olarak çalışma hakkına sahiptir ve istihdam edildiği sürece kendisine göçmen işgören olarak bulunduğu Üye Devletin uyruğundaki işgörelere uygulanan muameleler, herhangi bir ayrımcılık yapılmadan uygulanmalıdır. Açık olan iş pozisyonuna başvurmada, işe girmede Üye Devletlerin vatandaşları arasında herhangi bir öncelik sıralaması olmalıdır<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> 1612/68 sayılı Tüzüğün dibacesinde de bu fikirler belirtilmektedir.

<sup>60</sup> Bknz. 1612/68 sayılı Tüzüğün 1(2). maddesi.

Herhangi bir Üye Devlet, kendi vatandaşı olmayan diğer Üye Devletlerin vatandaşı olan potansiyel işgörenlerin açık olan iş pozisyonlarına başvurusunu kısıtlayıcı veya açık olan iş pozisyonları için kimlere iş teklifinde bulunabileceği konusunda kısıtlama yapmamalıdır<sup>61</sup>. Benzer şekilde, herhangi bir Üye Devlet hudutları dahilinde ikamet etmeyen kişilerin, kendi ülkesinde istihdam edilmesini engelleyebilecek nitelikteki, işe başvuru için mutad olandan farklı işe başvuru yolları belirleyemeyeceği gibi, iş ilanlarının nerelerde yayınlanacağı konusunda da kısıtlama yapamaz<sup>62</sup>. 1612/68 sayılı Tüzüğün 4. maddesine göre; herhangi bir Üye Devlet, ister sayı olarak olsun, isterse oran olarak olsun, herhangi bir sektörde çalışabilecek diğer Üye Devlet uyruklularının miktarını kısıtlayamaz.

Yukarıda AET Antlaşmasınının 48. maddesinin doğrudan bağlayıcılığını incelerken atıfta bulunduğumuz **Commission v French Republic**<sup>63</sup> davası, 1612/68 sayılı Tüzüğün 4. maddesinin uygulamada rastlanılabilecek kısıtlamalar örnek teşkil etmesi açısından önemlidir. Anılan davanın konusunu şu şekilde özetleyebiliriz:-

Fransız Deniz Taşımacılığı Kanununa (*Code du Travail Maritime*) göre, gemi mürettebatının yaklaşık 3'te 1'inin Fransız vatandaşı olması öngörülmekteydi. Topluluk hukukuna aykırı olarak değerlendirildiğinden bu hükmün süresi içerisinde değiştirilmemiş olması nedeniyle, Komisyon Fransa aleyhine ATAD nezdinde dava açmıştır.

Fransa hükümeti yaptığı savunmada, sözlü olarak denizcilikle ilgili birimlere Topluluk vatandaşlarının Fransız vatandaşı olarak değerlendirilmeleri için talimat verdiklerini, böylece Topluluk hukukunun ihlal edilmediğini ileri sürdü.

ATAD; "48. maddenin doğrudan bağlayıcı olduğuna, bu nedenle bütün Üye Devletlerin hukuk sistemlerinin üstünde olduğuna ve bu hükümlerle çatışma halinde olan bütün ulusal hükümleri geçersiz hale getirdiğine" karar verdi.

Üye Devletler kendi vatandaşı olmayan diğer Üye Devletlerin vatandaşı olan işe başvuruculara, kendi vatandaşlarına sağlamakta olduğu yardımları sağlamalıdır<sup>64</sup>.

1612/68 sayılı Tüzüğün 3(1). maddesi, belirli işleri yapabilmek için, göçmen işgören olarak çalışılacak Üye Devletin resmi dilinin bilmesinin gerekli olduğu şartının konulabileceğine yer vermektedir. ATAD "yabancı dil bilgisi yeterliliği şartı" konusunu **Groener v Minister for Education**<sup>65</sup> davasında şu şekilde değerlendirmiştir:-

Hollanda vatandaşı olan Bayan Groener yarı zamanlı sanat öğretmeni olarak İrlanda'da devlete ait bir meslek edindirme kolejinde çalışmaktaydı. İki yıl sonra tam zamanlı olarak anılan kolejde çalışmak için başvurdu. Her ne kadar tam zamanlı olarak çalışabilmesi için onaya sunuldu ise de, sözlü olarak yapılan İrlanda dil yeterliliği sınavında yeterli görülmediği

61 *Bknz.* 1612/68 sayılı Tüzüğün 3(1). maddesi.

62 *Bknz.* 1612/68 sayılı Tüzüğün 3(2). maddesi.

63 Dava No. 167/73, [1974] ECR 359, [1974] 2 CMLR 216.

64 *Bknz.* 1612/68 sayılı Tüzüğün 5. maddesi.

65 Dava No. 379/87, [1989] ECR 3967; [1990] 1 CMLR 401.

gereğesiyle atanması yapılmadı. Dersler İrlanda dilinde verilmemekteyse de, tam zamanlı olarak atanabilmek için gerek İrlanda vatandaşları, gerekse diğer Üye Devletlerin vatandaşları olsun, herkesin "yeterlilik testini" geçmesi şartı vardı.

Bayan Groener bu "yeterlilik" şartının Roma Antlaşmasının 48. maddesine ve 1612/68 sayılı Tüzüğün 3. maddesine aykırı olduğunu ileri sürdü.

ATAD kendisine sunulan belgeleri inceleyerek "devlete ait meslek edindirme kolejlerinde sanat derslerinin yalnızca İngilizce olarak verilmesi nedeniyle, Bayan Groener'in mesleğini icra edebilmesi için İrlanda dilini bilmesine gerek olmadığına" karar verdi.

Anlaşılabileceği üzere, ilk bakışta dolaylı ayrımcılık gibi görünen "yabancı dil bilgisi yeterliliği şartı" her zaman için yasadışı bulunmayabilir. Önemli olan husus, bir mesleğin icra edilebilmesi için "dil bilgisi yeterliliği şartının" olmazsa olmaz bir şart olup olmadığıdır. Örneğin, Yunanca'ya çeviri yapacak herhangi bir Üye Devlet vatandaşının muhakkak Yunanca bilmesinin olmazsa olmaz bir şart olduğu gibi.

Diğer bir Üye Devletin uyruğundaki bir kişiyi işe almak için, uyrukluğa dayalı bir ayrımcılığa yol açabilecek sağlık raporu, eğitim seviyesi veya diğer herhangi bir şart ileri sürülemez. Açık olan iş pozisyonuna başvuracaklar için farklı farklı yeterlilik şartı aranamaz. Şu kadar ki; işin teklif edildiği sırada açıkça belirtilmiş olması şartıyla, diğer Üye Devletlerin vatandaşlarının mesleki yeterlilik testinden geçmeleri istenebilir<sup>66</sup>.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşı işgörenlerin Üye Devletlerdeki açık olan bir iş pozisyonuna başvurabilmesinde herhangi bir öncelik veya eşitlik bulunmamaktadır. Öncelik, Üye Devletlerin vatandaşlarına tanınır. Şayet, açık olan iş pozisyonu öncelikliler arasından doldurulamazsa, üye devletteki işsiz Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına iş pozisyonları öncelikli olarak duyurulur<sup>67</sup>. 1/80 sayılı OKK'nın 6. maddesine göre:-<sup>68</sup>

Bir üye ülkenin işgücü piyasasına *yasal kurallara uygun* olarak giren bir Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşı;

1 yıllık yasal çalışmadan sonra *aynı işveren* nezdinde çalışma izninin süresini uzatabilir;

3 yıllık yasal çalışmadan sonra *aynı iş kolundaki* açık işlere başvurabilir;

4 yıllık yasal çalışmadan sonra bulunduğu üye ülkede *herhangi bir* ücretli işe serbestçe başvurabilir.

Yıllık izinler, analık, iş kazası veya kısa süreli hastalık nedenleriyle işe ara verilen çalışma süreleri, yasal çalışma süresine dahil değildir. Elde olmayan nedenlerle ça-

<sup>66</sup> Bknz. 1612/68 sayılı Tüzüğün 6(1) ve (2). maddeleri.

<sup>67</sup> 1/80 sayılı OKK'nın 8. maddesine göre, bir üye ülkenin İş ve İşçi Bulma büroları, bir istihdam açığının kendi vatandaşları ile karşılayamadıkları takdirde, AB üyesi olmayan diğer ülkeler vatandaşlarına çağrıda bulunmadan önce o ülkede işsiz olarak kayıtlı Türk işçilerine öncelik vereceklerdir.

<sup>68</sup> 1/80 sayılı OKK'nın 6., 7. ve 13. maddelerinin doğrudan bağlayıcı olduğu Dava No. C-192/89 *Sévince v Staatssecretaris van Justitie* [1990] ECR I-3461 davasında belirtilmiştir.

İşmaya uzun süre ara verme yasal çalışma süresine dahil edilmez, ama mezkur işgörenin kazanılmış hakları da etkilenmez.

Bir üye ülkede yasal olarak 4 yıl çalıştıktan sonra aynı ülkede başka bir işe girmek için kendi isteğiyle işinden ayrılan, ancak hemen başka bir iş bulamayan Türk tabiiyetindeki bir işgörene, iş ve işçi bulma bürosuna kayıtlı olmak şartıyla, o üye ülkede yeni bir iş bulması için ulusal mahkemenin tayin edeceği makul bir süre ikamet etme hakkı tanınır<sup>69</sup>.

Görülebileceği üzere; Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşları açık iş pozisyonlarına başvuru konusunda bir takım sınırlamalara tabi tutulmaktadır. 1/80 sayılı OKK'nun 7. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşı işgörenle birlikte oturmaya hak kazanan aile bireyleri:-

- o üye ülkede en az 3 yıllık yasal olarak ikametten sonra, AB üyesi ülke vatandaşlarının öncelik hakkı bulunmak kaydıyla, her türlü işe başvurma hakkına,
- en az 5 yıllık yasal ikametten sonra ise diledikleri her türlü ücretli işe serbestçe girme hakkına sahiptirler.
- işgörenin ya da eşinin bir üye ülkede en az 3 yıl yasal çalışması varsa, o ülkede mesleki eğitim görmüş çocukları her türlü açık işe başvurabilirler.

Türk tabiiyetindeki bir işgörenin eşinin 1/80 sayılı OKK'nın 7. maddesindeki haklardan yararlanabilmesi için eşiyile en az 3 yıl bir arada kesintisiz ikamet etmesi gerekir. Ancak, mücbir sebeplerle eşinden 6 ayı geçmeyen süre ayrı geçirmek zorunda kalmak hak kaybına yol açmaz<sup>70</sup>. Türk tabiiyetindeki bir işgörenin üye ülkede mesleki eğitimini tamamlamış çocuğunun, o ülkede herhangi bir işe başvurabilmesi için anne ve babasının o ülkede vaktiyle 3 yıl ikamet etmiş olması yeterlidir. Çocuğun iş başvurusunu yaptığı tarihte anne veya babasının hala o üye ülkede bulunması gerekmez<sup>71</sup>.

Görülebileceği üzere; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan bir işgörenin eşi ve bağımlılarının işgörene bağımlı olan hakları da Üye Devlet tabiiyetindeki bir işgörenin eşi ve bağımlıları ile aynı değildir.

## 5.2. Muamele Eşitliği

Diğer bir Üye Devletin vatandaşı olan bir işgören, emeğini sunmak için bulunduğu Üye Devlette ilgili Üye Devletin işgörenlerinin tabi olduğu muamelelere hiçbir ayırım gözetilmeksizin tabi olmalıdır. Uyrukluk dikkate alınarak, özellikle çalışma koşullarında, işin icrası sürecinde, ücretlendirmede, işten çıkarmada, işsiz kalma sürecinde,

<sup>69</sup> Bknz. Dava No. C-171/95, **Tetik** [1997] ECR I-329.

<sup>70</sup> Bknz. Dava No. C-351/95 **Kadiman** [1997] ECR I-2133.

<sup>71</sup> Bknz. Dava No. C-210/97 **Akman** [1998] ECR I-7519.

yeniden işe girmede hiçbir ayrımcılık yapılmamalıdır<sup>72</sup>. ATAD kararlarını dikkate aldığımızda, 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(1). maddesinin doğrudan ve dolaylı olan bütün ayrımcılıkları kapsadığını söylemek mümkündür.

Kimi zaman uyrukluk dikkate alınmamış olsa da, ayrımcılık yapmaya imkan sağlayan uygulamalara rastlamak mümkündür. Uyrukluluğu dikkate almadan yapılan ayrımcılıklara dolaylı ayrımcılık denilmektedir. Doğrudan yapılan ayrımcılıkların tespit edilmesi oldukça kolayken, dolaylı olarak yapılan ayrımcılıkların neler olabileceğini ATAD kararlarına atıfta bulunarak örneklendirmek yerinde olacaktır. İşyerindeki kide-min hesaplanmasında askerlikte geçen sürenin hesaba katılması dolaylı ayrımcılığa sebebiyet verebilir. Çünkü; kimi Üye Devletlerde askerlik yapma yükümlülüğü bulunmayabileceği gibi, askerlik süreleri de birbirlerinden farklı olabilir. Dolayısıyla, örneğin bir İtalyan vatandaşının Almanya'da çalışması halinde, Alman kanunlarına göre askerlik yapmayacağından, Almanya'da iş güvencesini belirlerken askerlikte geçen sürenin dikkate alınması, İtalyan vatandaşının aleyhine olacağından dolaylı ayrımcılık söz konusu olabilecektir<sup>73</sup>.

Bir kişinin ikamet ettiği mahalden ayrılarak, çalışmak üzere bir başka yere taşınması halinde, ödenen yolluk miktarı dolaylı ayrımcılığa konu olabilir. **Sotgiu v Deutsche Bundespost**<sup>74</sup> davası bu duruma örnek olarak gösterilir. Alman Posta İdaresinin Almanya'daki daimi ikametgahından ayrılarak Almanya'daki bir başka yere çalışmak üzere gidenlere ödenen yolluğu arttırması davanın konusudur. Söz konusu artış, ilk işe başladıklarında kanuni ikametgahı Almanya dışında olan işgörenlere ödenmedi. İtalyan vatandaşı olan Sotgui, ödememe işleminin Üye Devletler işgörenleri arasında istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları konusunda, uyrukluk esasına dayalı bir ayrımcılık olduğunu ileri sürdü. ATAD; Sotgui'yi haklı bularak, bu gibi durumların dolaylı olarak Roma Antlaşmasının 48. maddesi ve 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(1). maddesiyle yasaklanan uyrukluluğa dayalı ayrımcılık yapmaya yol açabileceğini belirtti.

1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2). maddesi ise, Üye Devletlerin herhangi birinde emeğini arz eden herhangi bir Üye Devletin vatandaşının sahip olması gereken sosyal ve vergi avantajlarının, ilgili Üye Devletin vatandaşlarından işgören olarak faaliyette bulunanların sahip olduğu sosyal ve vergi avantajlarından farklı olmamasını öngörmektedir.

AET Antlaşmasının 48(2). ve 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(1). maddesiyle yasaklanan uyrukluluğa dayalı ayrımcılık yapmama prensibi, Katma Protokolün 37. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir. Katma Protokol Madde 37, "Her Üye Devlet, Top-

72 Bknz. 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(1). maddesi.

73 Bu konuda bknz. Dava No. 15/69, **Württembergische Milchverwertung-Südmilch-AG v Salvatore Ugliola** [1970] ECR 363; [1969] CMLR 194.

74 Dava No. 152/73, [1974] ECR 153.

lulukta çalışan Türk uyruklu işçilere, çalışma şartları ve ücret bakımından, Topluluk üyesi diğer devletler uyruklu işçilere göre uyrukluktan ötürü herhangi bir farklı işleme yer vermeyen bir rejim tanır." 1/80 sayılı OKK'nın 10. ve 11. maddelerine göre, Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşı bir işgörene ve işgörenin aile bireylerine ücret ve diğer çalışma şartları bakımından eşit muamele edilmelidir. Benzer şekilde, 3/80 sayılı OKK'nın 3(1). maddesinde belirtilen "eşit muamele" prensibinin doğrudan bağlayıcı olduğuna karar verilmiştir<sup>75</sup>.

### 5.3. Sosyal ve Vergi Avantajları

Yukarıda metni verilen 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2). maddesinin öngördüğü 'sosyal yardımlar ve vergi uygulamalarında eşitlik' prensibi ilk bakışta kuşkuya yer vermeyecek kadar açık bir öngörüm olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte, ATAD'nın aşağıda değinilecek olan kararlarından, 'sosyal yardım' ve 'vergi uygulamaları' kavramlarının kapsamlarının oldukça geniş bir şekilde yorumlandığı görülecektir.

#### 5.3.1. Sosyal Hak ve Yardımlar

1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2). maddesinde belirtilen haklardan kimlerin yararlanaacağı konusunda ilk başlarda ATAD oldukça dar bir kapsam belirlemiştir. Örneğin **Michel S. v Fonds National de Reclassement Handicapés**<sup>76</sup> davasında ATAD bu haklardan yalnızca işgörenlerin yararlanabileceğini, aile bireylerinin bu haklardan yararlanamayacağını belirtmiştir. Aşağıda görüleceği üzere, daha sonra bu haklardan yararlanacakların kapsamı genişletilmiştir.

Bu bağlamda, demiryolları tarafından belirli şartlara haiz, işgören dışındaki diğer kişilere de verilen indirimli seyahat etme kartlarının 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2). maddesinin kapsamında olabileceğini belirtmek ilk bakışta şaşırtıcı olabilir. **Fiorini v Société Nationale des Chemins de Fer Français (SNCF)**<sup>77</sup> davasının konusu indirimli seyahat etme kartlarıdır. Davada belirtilen olaylar ve ATAD'nın değerlendirmesi özetle şu şekildedir:

Fransa'da yaşamakta olan, İtalyan vatandaşı kocası Fransa'da çalıştığı sırada vefat eden, bir İtalyan vatandaşı olan, Bayan Fiorini Fransız demiryollarının kalabalık ailelerin ebeveynlerine vermiş olduğu indirimli seyahat etme kartını almak için başvurmuştu. Bayan Fiorini'nin başvurusu Fransız vatandaşı olmadığı gerekçesiyle reddedildi. Bunun üzerine Bayan Fiorini 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2). maddesini dayanak göstererek, kendisine ayırmacılık yapıldığı gerekçesiyle işlemin iptali için yargı yoluna gitti.

Yerel Fransız mahkemesi 7(2). maddenin yalnızca hizmet akdi ile çalışanları ve çalışma yaşamıyla ilgili olduğu gerekçesiyle Bayan Fiorini'nin talebini reddetti. Paris Temyiz Mahkemesinin konu hakkında ön karar vermesi için ATAD'na başvurması üzerine ATAD:-

<sup>75</sup> Bknz. Dava No. 262/96, **Sema Sürül v Bundesanstalt für Arbeit** [1963] ECR I-2685.

<sup>76</sup> Dava No. C-213/90, [1973] ECR 457.

<sup>77</sup> Dava No. 32/75, [1975] ECR 1085.

Her ne kadar 7(1). maddenin belirli hükümleri hizmet sözleşmesinden kaynaklanan işlemlerle ilgili ise de, 7(1). maddenin bazı hükümlerinin hizmet sözleşmesiyle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. 7(2). madde hizmet sözleşmesine dayalı olup olmadığına bakılmaksızın bütün sosyal ve vergi avantajlarını kapsamaktadır. Üstelik bu haklardan, bu haklardan yararlanma hakkına sahip olan işgörenin vefatından sonra, geriye kalan aile bireyleri de yararlanırlar. Çünkü; işgörenin ölümü anında aile bireylerinin Topluluk hukukuna göre (1251/70 sayılı Tüzüğe göre) Fransa'da yaşama hakkına sahiptirler. Bu nedenle; aile bireyleri 7(2). madde uyarınca 'sosyal avantajlardan' yararlanma hakkına sahiptirler.

Dolayısıyla, 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2). maddesiyle işgörelere tanınmış olan sosyal avantajlar, ister hizmet sözleşmesiyle ilgili olsun isterse olmasın, işgörenin aile bireyleri tarafından da kullanılabilir<sup>78</sup>.

Bununla birlikte, bu haklardan yararlanabilmek için yararlanılmak istenilen hakkın doğrudan veya dolaylı olarak işgörelere bir avantaj sağlaması gereklidir. **Centre Public de l'Aide Sociale de Courcelles v Lebon**<sup>79</sup> davasında ATAD:-

Bununla birlikte, 1612/68 sayılı Tüzüğün 10. maddesi kapsamında işgörenin aile bireyleri, işgörelere 1612/68 sayılı Tüzükle 7. maddesiyle sağlanan eşit muamele hakkından yalnızca dolaylı olarak yararlanabilir.

Üye Ülkelerden birinde nüfus artışını teşvik için devlet tarafından finanse edilen bir kurum tarafından, yeni doğan çocuk için uygun görülmesi haline ödünç olarak para verilmesi 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2). maddenin kapsamına girer. **Reina v Landes-kreditbank Baden-Württemberg**<sup>80</sup> davasını bu konuda örnek olarak verebiliriz. Dava konusu olaylar şu şekildedir:-

Almanya'da yaşamakta olan İtalyan karı-kocadan, koca orada işgören olarak Almanya'da çalışmakta iken yeni doğan çocuğu için devlet tarafından finanse edilen davalı bankadan ödünç para almak istedi. Alman kanunlarına göre ödünç para yalnızca Almanya'da yaşayan Alman vatandaşlarına verilmekteydi. Bu nedenle, banka Almanya'da yaşamakta olan İtalyan vatandaşına talep ettiği ödünç parayı vermedi.

Banka sözü geçen paranın 'sosyal bir hak' olmadığını, nüfus artışını teşvik etmek için kullanılan politik amaçlı bir araç olduğunu ve ödemenin talebe bağlı -ihtiyari- olduğunu ileri sürerek, Tüzüğün 7(2). maddesi kapsamına girmeyeceğini iddia etti. Banka ayrıca, kendi ülkesine geri dönen işgörelere parayı geri tahsil etmenin politik zorlukları olmasından bahsederek, yabancı işgörelere ödünç para vermenin haklı sebeplere dayandığını ileri sürdü. Bunun üzerine ATAD:-

Ödünç para talebinde bulunabilmenin ön şartlarının (1) işgören olmak ve (2) Almanya'da ikamet etmek olması nedeniyle, söz konusu ödünç paranın 7(2). madde kapsamına giren 'sosyal avantaj' olduğuna ve sosyal avantajın yalnızca hak olarak verilen yardımları değil aynı zamanda ihtiyari olarak verilen yardımları da kapsadığını belirtti.

78 Bu konuda ayrıca bkz. Dava No. **Inzirillo v Caisse d'Allocations Familiales de l'Arondissement de Lyon** [1976] ECR 2057; [1978] 3 CMLR 596.

79 Dava No. 316/85, [1989] CMLR 337, paragraf 12.

80 Dava No. 65/81, [1982] ECR; [1982] 1 CMLR 744.

İşgörenin aile bireylerine sosyal sigorta kapsamı dışında ödenen yaşlılık aylığı,<sup>81</sup> emekli bir işgörenin özürsüz çocuğu için yapılan yardım,<sup>82</sup> doğum yardımı,<sup>83</sup> işgörenin çocuğunun yurtdışında okuması için yapılan yardım<sup>84</sup> gibi herhangi bir Üye Devletin kendi vatandaşlarına yaptığı sosyal yardımlar hiçbir ayırımcılık yapılmaksızın diğer Üye Devletlerin işgören vatandaşlarına da aynen yapılmalıdır.

Yukarıda yapılan değerlendirmelerden anlaşılması olacağı üzere; sosyal güvenlik konusunda yapılan yardımlardan ayırım gözetilmeksizin istifade edebilmek için, ilginin muhakkak ki ya işgören statüsünde bulunması<sup>85</sup> ya da *yasal olarak ilgili üye devlette oturma hakkına sahip olan* işgörenin aile bireyleri statüsünde bulunması gereklidir. Başka bir deyişle, iş bulmak amacıyla geçici süreli oturma iznine sahip olan işgörenler, eşit sosyal haklardan yararlanamazlar<sup>86</sup>.

### 5.3.2 .Vergi Avantajları

Her ne kadar göçmen işgörenler 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2). maddesi hükmü gereği, misafir olarak buldukları üye devletin vatandaşları ile aynı vergi avantajlarına sahip olmaları gerekiyor ise de, uygulamada çeşitli gerekçelerle bu prensibin geçerli olmadığı durumlarla karşılaşmak mümkündür. **Finanzamt Köln-Altstadt v Schumacker**<sup>87</sup> davası bu konuda örnek gösterilebilir. Davanın konusu özetle şu şekildedir:-

Kanuni ikametgahı Belçika'da bulunan ve Belçika vatandaşı olan Bay Schumacker Almanya'da işgören olarak çalışmaktaydı. Alman vergi kanunlarına göre Almanya'da ikamet etmeyen işgörenler, belirli vergi avantajlarından istifade edememekteydi. Bay Schumacker bu durumun 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2). maddesini gerekçe göstererek ayırımcılık olduğunu ileri sürdü.

Konu hakkındaki ATAD'nın kararında, 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2). maddesi hükmünün ihlal edilip edilmediği özetle şu ifadelerle dile getirilmiştir:-

İkametgahı esas alarak işgörene sağlanan vergi avantajları, şayet işgörenin kazancının tamamının veya büyük bir kısmının işgörenin ikametgahının bulunduğu kendi ülkesinden elde

81 Bknz. Dava No. 261/83, **Castelli v Office National des Pensions pour Travailleurs Salariés** (ONPTS) [1984] ECR 3199; [1987] 1 CMLR 465.

82 Bknz. Dava No. 310/91, **Schmid v Belgium** [1995] ECR-I-3011; [1995] 2 CMLR 803.

83 Bknz. Dava No. 111/91, **Commission v Luxembourg** [1993] ECR I-817; [1994] 2 CMLR 781.

84 Bknz. Dava No. 235/87, **Matteucci v Communauté Française de Belgique** [1988] ECR 5589; [1989] 1 CMLR 357.

85 İşgören sıfatının kazanılmasıyla birlikte bu nevi haklardan yararlanılmaya başlanır. Haklardan yararlanabilmek için ilgili üye devlette belirli bir süre bulunma gibi bir şart AT hukukuyla genel olarak bağdaşmaz. Bu konuda bknz. Dava No. C-299/01, **Commission v Luxembourg**, 20 Haziran 2002, henüz yayınlanmadı. ATAD'nın İnternet sitesinden karara ulaşılabilir.

86 Bknz. Dava No. 316/85, **Centre Public de l'Aide Sociale de Courcelles v Lebon** [1989] CMLR 337.

87 Dava No. C 279/93, [1995] ECR I-225.

ediyorsa (ve kazancın tamamı kendi ülkesinde vergilendiriliyor ise), ilgili üye devletin yetkili mercileri ilgili işgörenin toplam vergi matrahını, kişisel ve ailevi durumunu dikkate alarak daha kolay belirleyebilir. Bu durumda, ikametgah esasına göre sağlanan vergi avantajlarını içeren bir vergi rejimi kabul edilebilir. Bu durumda, ikametgahı ilgili üye devlette bulunan vergi mükellefleri ile ikametgahı ilgili üye devlette bulunmayan vergi mükellefleri karşılaştırmaz.

Ayrımcılığın söz konusu olabilmesi için, karşılaştırılabilir birden fazla duruma farklı farklı kuralların uygulanması veya farklı farklı durumlara aynı kuralların uygulanması gerekir.

Görülmekte olan Schumacker davasında olduğu gibi, işgörenin kazancının tamamını veya en az %90'ını diğer bir üye devletten elde ediyor ise ve ikametgahının bulunduğu üye devlet ilgilinin (ikametgahın bulunduğu üye devlette vergiye tabi gelirin bulunmaması nedeniyle) kişisel ve ailevi durumunu değerlendiremeyecek durumda ise, Almanya'da olduğu gibi bir vergi rejimi ayrımcılığa neden olabilir ve AT hukukuna aykırı olur.

İşgörenin ödemiş olduğu sağlık ve hayat sigortası primlerinin ödenmesi gereken gelir vergisinden mahsup edilmesi, her ne kadar dolaylı bir ayrımcılık ise de, vergi sisteminin istikrarının devamı açısından 7(2). madde kapsamında bir ayrımcılık değildir<sup>88</sup>.

Görülebileceği üzere; işgörenlerin 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2). maddesi hükmü gereği, misafir olarak buldukları üye devletin vatandaşları ile aynı vergi avantajlarına sahip olmaları prensibi, rasyonel gerekçelerle ihlal edilebilir. Başka bir deyişle, bu prensip mutlak bir prensip olmayıp, uygulanmamasının gerektiği tatminkar bir şekilde ispatlanabilirse, istisnaları vardır.

### 5.3.3. İşgörene Tanınan Diğer Haklar

1612/68 sayılı Tüzüğün 7(3). maddesine göre; göçmen işgörenler göçmen olarak buldukları üye devlet vatandaşlarının tabi olduğu şartlarla, bir mesleğe yönelik kısa süreli, çıraklık eğitim merkezleri gibi merkezlere kaydolma ve yeniden eğitimleri için kurslara katılma hakkına sahiptirler.

1612/68 sayılı Tüzüğün 7(3). maddesinin kapsamı **Brown v Secretary of State for Scotland**<sup>89</sup> ve **Lair v Universität Hannover**<sup>90</sup> davalarında ATAD tarafından yorumlanmıştır. Davaların konusu ve ATAD'nın yorumu özetle şu şekildedir:-

Biri Fransız diğeri İngiliz olmak üzere çifte vatandaşlığa sahip olan Brown İngiltere'de bulunan Cambridge Üniversitesinde mühendislik, Fransız vatandaşı olan Lair ise Hannover Üniversitesinde dilbilim okumaya hak kazanmaları nedeniyle ilgili devletlerden burs talep etmek-

<sup>88</sup> Bknz. Dava No. C - 204/90, **Bachmann v Belgium** [1992] ECR I-249. Gelir vergisinden mahsup edilen sigorta primlerini, sigorta şirketlerinden alınacak vergilerin karşılayacağı öngörülmektedir. Gelir vergisinden sigorta primleri mahsup edilen işgörenin sigortalı olduğu şirket bir başka üye devlette bulunursa, dolaylı ayrımcılık söz konusu olabilir.

<sup>89</sup> Dava No. 197/86, [1988] 3 CMLR 403.

<sup>90</sup> Dava No. 39/86, [1988] 3 CMLR 4545.

teydiler. İskoçya'da bulunan Ferranti firması eğitimine başlamadan önce Brown'a eğitim burs vermeye, üniversiteye hazırlanması amacıyla Brown'u istihdam etmeye başladı. Brown firmada yaklaşık sekiz ay çalıştıktan sonra eğitimine başladı. Lair eğitiminden önce Almanya'da aralıklı olmak üzere beş yıldan daha fazla süre işgören olarak çalışmıştı. Lair çalışmasına iradesi dışındaki nedenler dolayı aralıklar vermek zorunda kalmıştı. Her ikisinin burs başvurusunun da reddedilmesi üzerine, konuyu yargıya intikal ettirdiler.

ATAD her iki eğitiminde 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(3). maddesi kapsamında "bir mesleğe yönelik eğitim" olarak değerlendirilemeyeceğini, bursa başvuru talebinin kabul edilebilmesi için daha önceki işi ile eğitimi göreceği bilim dalı arasında bir bağlantı olması gerektiğini belirtti. ATAD ayrıca Brown'un işgören olarak nitelendirilemeyeceğini, işgören olarak nitelendirilebilmek için bir başka ülkeye gitmekteki esas amacın çalışmak olduğunu, Brown'un durumunun buna uymadığını, amacının eğitiminden önce tecrübe kazanmak olduğunu belirtti. Lair'in ise işgören kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, istemi dışında işine ara vermesinin onun işgören olma sıfatını yitirmeyeceğine ve burs alma hakkının olduğunu belirtti.

1612/68 sayılı Tüzüğün 7(3). maddesinin tanıdığı bu haklar ve bu haklardan yararlanıldığı sürece sağlanan mali olanaklar, genel olarak yukarıda incelenen "sosyal haklar" kapsamında değerlendirilir. Anılan madde, işgörelere daha üst seviyedeki ve genel amaçlı eğitim kurumlarına ilgili üye devlet vatandaşlarıyla aynı şartla katılma hakkını tanımaz. Bununla birlikte, bir mesleğe hazırlamak veya ticaret yapmak için gerekli olan eğitimi almaya yönelik eğitimler, genel amaçlı eğitim programlarını kapsasa dahi 7(3). maddedeki "bir mesleğe yönelik eğitim" kapsamında değerlendirilebilir<sup>91</sup>. Hatta, hiçbir yasal düzenleme bir mesleği veya ticareti icra etmek için üniversite eğitimi şart koşmazsa dahi, genel amaçlı olmayan, bir mesleği icra etmeye hazırlayan üniversite eğitimi dahi "bir mesleğe yönelik eğitim" olarak değerlendirilebilir<sup>92</sup>.

1612/68 sayılı Tüzüğün 8. maddesine göre, göçmen işgören bulunduğu ülkenin sendikalar mevzuatına göre, ilgili üye devletin vatandaşı olan işgören gibi sendikaya üye olma, oy kullanma, temsilci olma ve sendika yöneticisi olma gibi hakların tamamına ayırım gözetilmeden sahip olmalıdır. Bununla birlikte, göçmen işgörelere kamu hukukuna göre kurulan ve kamu hukukuyla tesis edilen sendikal bir kadroda görev almaktan men edilebilirler.

1612/68 sayılı Tüzüğün 9. maddesine göre, göçmen işgören bulunduğu ülkenin vatandaşı olan işgörelere sahip olduğu konut edinme hakkına sahiptir. Bu hak, konutun mülkiyetini edinme hakkını da kapsar ve aksine bir ulusal hüküm AT hukukuna aykırıdır<sup>93</sup>.

91 Bknz. Dava No. 293/83, *Gravier v City of Liège* [1985] ECR 593; [1985] 3 CMLR 1.

92 Bknz. Dava No. 24/86, *Blaizot v University of Liège* [1988] ECR 379; [1989] 1 CMLR 57.

93 Bknz. Dava No. 305/87, *Commission v Greece* [1992] ECR 1461.

#### 5.3.4. İşgörenin Eşine ve Çocuklarına Tanınan Eğitim Hakkı

1612/68 sayılı Tüzüğün 7(3). maddesinde belirtilen kısa süreli çıraklık eğitim merkezlerine veya bir mesleğe yönelik yetiştirme kurslarına katılma haklarından, 1612/68 sayılı Tüzüğün 12. maddesi hükmü uyarınca işgörenin çocukları da, ilgili üye devlet vatandaşı işgörenin çocuklarıyla aynı şartlarda yararlanır.

1612/68 sayılı Tüzüğün 12. maddesi her ne kadar yalnızca "çocuktan" bahsetmekte ise de, aşağıda görüleceği üzere; eğitim hakkından "eş" in de yararlanması mümkündür. Bu nevi eğitim kurumlarına katılma hakkı geniş olarak yorumlanmalıdır. **Casagrande v Landeshauptstadt München**<sup>94</sup> davasında ATAD 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(3). maddesinde geçen "eğitim kurumlarına katılma hakkı" ifadesinin, yalnızca bu nevi kurumlara girip eğitim alma hakkını kapsamadığını, "katılım ve eğitim için gerekli olan" diğer unsurları da kapsadığını bildirmiştir. Diğer unsurlar kavramına, örneğin, bahsi geçen davada olduğu gibi, burs olanakları da girmektedir.

Ulusal mevzuata göre çıraklık eğitim merkezlerine veya bir mesleğe yönelik kurslara katılmanın bir gereği olarak, eğitim görenlerin masraflarının devlet tarafından karşılanmak üzere yurt dışına gönderilmesi öngörülmekte ve ilgili üye devletin vatandaşları bu imkandan yararlandırılmakta ise, diğer üye devletlerin uyuğunda olan işgören ve işgörene bağımlı olanlar da yurtdışına eğitim amaçlı gönderilme hakkından yararlandırılmalıdır<sup>95</sup>.

Göçmen işgörenin ölümü veya emekli olması veya kendi ülkesine geri dönmesi hallerinde, işgörenin çocukları devlet okullarından hiçbir ayırıma tabi tutulmadan yararlanma hakkına sahip olmalıdır<sup>96</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere 1612/68 sayılı Tüzüğün 12. maddesi, yalnızca çocuğun eğitim hakkından bahsetmekteyse de, işgörenin eşinin de eğitim hakkından yararlanması olanaklıdır. Eşin eğitim hakkından yararlanabilmesi için 1612/68 sayılı Tüzüğü ileri sürmesi mümkün olmamakla birlikte, dolaşım hakkına sahip olan işgörenin eşi olmasından kaynaklanan "kayırlan AT vatandaşı" olması sıfatıyla doğmaktadır<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Dava No. 9/74, [1974] ECR 773; [1974] 2 CMLR 423.

<sup>95</sup> Bknz. Dava No. 308/89, **Di Leo v Land Berlin** [1990] ECR I-4185. Gerektiğinde yurtdışında eğitim görme hakkına işgörenler de sahiptir. Bu konuda bknz. Dava No. 235/87, **Matteucci v Communa-uté Française de Belgique** [1988] ECR 5589; [1989] 1 CMLR 357.

<sup>96</sup> Bknz. Dava No. 42/87, **Commission v Belgium (Re Higher Education Funding )** [1989] 1 CMLR 457 ve Dava No. 390/87, **Moritz v Netherlands Minister for Education** [1989] ECR 726; 1990] 2 CMLR 305. İşgörenin ülkesine geri dönmesi halinde öğrenimine devam etmekte olan çocuğunun eğitiminin aksamaması ve bir bütünlük içerisinde sürdürülebilmesi için bu hakkın tanındığı, eğitimin tamamlanması üzerine çocuğun "işgörenin çocuğu" olma vasfını kaybedebileceği ileri sürülmektedir. Bu konuda bknz. Steiner J. ve Woods L., 1996, **Textbook on EC Law**, s. 270, Blackstone Press.

<sup>97</sup> AET Antlaşmasının 7. maddesi kişinin statüsüne bakmaksızın, ayırcılık yapmayı yasaklamaktadır. Kayırlan eşin AET Antlaşmasının 7. maddesinden kaynaklanan eğitim hakkı için bknz. Dava No.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşı bir işgörenin bir Üye Devlette yasal olarak ikamet eden işgörenle birlikte oturan çocukları genel eğitim, çıraklık ve mesleki eğitim bakımından o üye ülkenin tabiiyetindeki çocuklarla eşit muamele hakkına sahiptir.

## 6. İş İlişisinin Sona Ermesinden Sonra Üye Devlette İkamet Etme Hakkı: 1251/70 sayılı Komisyon Tüzüğü

Yukarıda belirtildiği üzere; AET Antlaşmasının 48(3)(d). maddesi "bir Üye Devlette bir işte çalıştıktan sonra, Komisyonca hazırlanacak uygulama yönetmelikleri vasıtasıyla belirlenecek düzenlemelere uyarak o Üye Devlet topraklarında bulunma" hakkını içermektedir. Bu hakkın ne şekilde kullanılacağı 1251/70 sayılı Komisyon Tüzüğü ile belirlenmiştir.

Kimlerin bir Üye Devlette daimi olarak bulunma hakkına sahip olacağı 1251/70 sayılı Tüzüğün 2. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre:-

- (a) çalışmış olduğu Üye Devletin kanunlarında belirtilen yaşlılık aylığı almaya hak kazanma yaşına erişen, en az on iki ay ilgili üye devlette işgören olarak çalışan ve ara vermeksizin en az üç yıl çalışmış olduğu Üye Devlette oturan işgörenler;
- (b) ara vermeksizin çalışmış olduğu ülkede iki yıldan daha fazla süre oturan, çalışmasına daimi olarak işgöremez duruma gelmesi nedeniyle son veren işgörenler. Şayet işgöremez duruma işgörene işgörenin çalışmış olduğu Üye Devletin ilgili kurumunca emeklilik maaşı bağlanmasına yol açan iş kazası veya meslek hastalığı neden olmuşsa, işgörenin Üye Devlette oturma süresi konusunda hiçbir şart ileri sürülemez;
- (c) üç yıl sürekli çalışma ve oturma süresinden sonra, bir başka ülkede işgören olarak çalışan ve ikametgahını ilk Üye Devlette bulunduran ve kural olarak her gün veya en az haftada bir ilk Üye Devlete geri dönen işgörenler,

Üye Devletlerde daimi olarak oturma hakkına sahiptirler. 1251/70 sayılı Tüzüğün 2(2). maddesi hükmü gereği, yukarıda (c) maddesinde belirtilenlerden öngörülen süreyi bu şekilde tamamlayanların (a) ve (b) maddelerinde belirtilen haklara ikametgahının bulunduğu ülkede açısından sahip olurlar. Ayrıca, yukarıdaki (a) maddesinde belirtilen oturma süresi ve çalışma süresi hakkındaki kıstaslar ile (b) maddesinde belirtilen oturma süresi hakkındaki kıstas, işgörenin eşinin herhangi bir Üye Devletin vatandaşı olması veya evlilik nedeniyle vatandaşlık hakkını kaybetmesi durumunda aranmaz.

1251/70 sayılı Tüzüğün 3. maddesine göre, 1251/70 sayılı Tüzüğün 1. maddesinde 1612/68 sayılı Tüzüğün 10. maddesine yapılan atıfa göre tanımlanan aile bireyleri<sup>98</sup>, işgörenle birlikte işgörenin çalıştığı ülkede veya ikametgahının bulunduğu üye

152/82, *Forcheri v Belgium* [1983] ECR 2323; [1984] 1 CMLR 334 ve Dava No. 293/83, *Gravier v City of Liège* [1985] ECR 593; [1985] 3 CMLR 1.

<sup>98</sup> Anılan maddeye göre aile bireyleri:-

ülkede oturmaları halinde, işgörenin daimi olarak 1251/70 sayılı Tüzüğün 2. maddesine göre oturma hakkına sahip olması üzerine, aile bireyleri de daimi olarak oturma hakkına kavuşur. Bu hak, işgörenin vefatından sonra da devam eder.

Şayet işgören daimi oturma hakkını elde etmeden önce, halen çalışmaya devam ederken vefat ederse, aile bireyleri aşağıdaki şartlarla daimi oturma hakkını elde eder.

- ölümü nedeniyle çalışma yaşamı sona eren işgören, ölümünden önce çalışmış olduğu Üye Ülkede en az iki yıl oturduysa; veya
- işgören iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle vefat ettiyse; veya
- geride kalan eş ikametgahın bulunduğu üye devletin vatandaşıysa veya o devletin vatandaşı olma hakkını vefat eden işgörenle evlenmesi nedeniyle kaybettiyse,

aile bireyleri daimi olarak oturma hakkını elde eder<sup>99</sup>. Toplam olarak yılda üç ayı aşmamak üzere geçici olarak işgörenin çalıştığı ülkeden ayrılması 1251/70 sayılı Tüzüğün 2(1). ve 3(2). maddelerinde belirtilen ikamet etme süresini etkilemez<sup>100</sup>. Daimi olarak oturma hakkından yararlanabilmek için, ilgili işgören veya ilgili işgörenin aile bireyleri, bu haktan yararlandığını, bu hakkın elde edildiği tarihten itibaren iki yıl içinde kullanılmalıdır. Bu iki yıllık süre içerisinde ülkeden ayrılmak bu hakkın kullanılmayacağına delil olmaz. İki yıllık süre içerisinde istenildiği anda daimi olarak oturma hakkından yararlanılabilir. Bu haktan yararlanabilmek için hiçbir formaliteyi yerine getirmeye gerek yoktur.

### 7. İşgörenin veya Eşinin Usul ve Fürûnun Bağlı Hakları

Şayet işgörenlerin serbest dolaşım hakkından yaralanan göçmen işgörenin eşinin bağımlıları AT vatandaşı değilse, AT vatandaşı olmayan eşin AT vatandaşı eşinden ayrı yaşaması veya boşanması halinde karşılaşılabilecek sorunlara benzer sorunların ortaya çıkması oldukça muhtemeldir.

Evlilik müessesesi sürecinde dünyaya gelen çocuklar ve işgörene bağımlı olanlar konusunda ortaya bir sorun çıkmaz. Çünkü; evlilik müessesesi sona erse dahi bunların aile bireyi olma sıfatları sona ermez.

### 8. İşgörenlerin Serbest Dolaşım Hakkının Genel Sınırları

İşgörenlerin serbest dolaşım hakkı, AET Antlaşmasının 48(3). maddesi hükmü gereği kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı sebebiyle haklı görülebilecek

- işgörenin eşi;
- 21 yaşından küçük, işgörene veya işgörenin eşine bağımlı olması şartıyla işgörenin veya işgörenin eşinin çocukları, torunları ve diğer fûrû;
- işgörene veya işgörenin eşine bağımlı olması şartıyla işgörenin veya işgörenin eşinin ebeveynleri, büyük ebeveynleri ve diğer usul.

<sup>99</sup> 1251/70 sayılı Tüzüğün 3(2). maddesi hükmü gereği olarak.

<sup>100</sup> 1251/70 sayılı Tüzüğün 4. maddesi.

sınırlamalara tabidir. AET Antlaşmasının 48(3). maddesinde zikredilen "kamu düzeni", "kamu güvenliği" ve "kamu sağlığı" kavramlarının uygulanmasına ilişkin detaylara , "Kamu politikası, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçesiyle yabancı uyrukluların dolaşım ve ikametlerine ilişkin özel tedbirlerin eşgüdümü ile ilgili 25 Şubat 1964 tarihli Konsey Direktifi'nde" (64/221/EEC)<sup>101</sup> yer verilmiştir.

İşgörenlerin serbest dolaşımının kısıtlanması hususunda hemen başlangıçta belirtilmesi gereken en önemli husus, herhangi bir üye devletin kişilerin serbest dolaşımını kısıtlama yoluna giderken kişinin temel hak ve hürriyetlerine saygı göstermesi gerektiğidir<sup>102</sup>.

64/221 sayılı Direktifin detaylarına geçmeden önce, AET Antlaşmasının 48(4). maddesinde de zikredilen "kamu" kavramının açıklığa kavuşturulması gereklidir.

### 8.1. Kamu Hizmetindeki İstihdam Kısıtlaması

AET Antlaşmasının 48(4). maddesi, yukarıda detaylı olarak incelenen işgörenlerin serbest dolaşımını düzenleyen AET Antlaşmasının 48. maddesinin, kamu hizmetindeki istihdamda uygulanmayacağını belirtmektedir. Başka bir deyişle, her hangi bir üye devlet, bir başka üye devletin vatandaşı olduğu gerekçesiyle herhangi bir üye devlet vatandaşının serbest dolaşım hakkını kısıtlayabilir.

İlk bakışta oldukça sarih olduğu görülebilen "kamu hizmeti" kavramının kapsamının ilk görüldüğü kadar açık ve seçik olmadığını aşağıda inceleyeceğiz. Bununla birlikte, hemen belirtilmelidir ki; hangi niteliklerin bir müesseseyi kamu hizmeti veren bir işletme statüsüne dahil ettiğini belirleme yetkisinin yalnızca Üye Devletlere ait olmadığını belirtmek gerekir. ATAD kamu hizmetine nelerin girebileceğini belirleme yetkisine sahiptir. Daha basit bir anlatımla, herhangi bir Üye Devletin "bu işletme kamu hizmeti yerine getiriyor" demesi, söz konusu işletmenin mutlaka kamu hizmeti veren bir işletme olduğu ve işletmedeki işgörenlerin kamu görevlisi olduğu anlamına gelmez.

101 AET Antlaşmasının 56(2). maddesinde dayandırılarak çıkarılan 64/221 sayılı Direktif, 1963-64, OJ Special Edition 117'de yayımlanmıştır. Hatırlanabileceği üzere, 56(2). madde kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı alanlarında koordinasyonun sağlanabilmesi için Direktif çıkarılmasına cevaz vermektedir. Direktifin dibacesinde her ne kadar 48. maddeden açıkça söz edilmeyip, yalnızca 56. maddeden bahsedilmekte ise de, Direktifin 48. maddede bahsedilen gerçek kişileri de kapsadığı konusunda tereddüt yoktur.

102 Dava No. 36/75, *Rutili v French Minister of the Interior* [1975] ECR 1219; [1976] 1 CMLR 140 davasında ATAD, Avrupa İnsan Hakları Bildirisinin (1953) 8-11 maddeleri ile tanınan hakların kısıtlanabilmesi için öngörülen "demokratik bir toplumun korunması için gerekli olması şartı" prensibine benzetmiştir. Bu konuda daha fazla bilgi için bknz. Hall S., 1991, *The ECHR and Public Policy Exceptions to the Free Movement of Workers under the EEC Treaty*, 16 European Law Review, 466. Ayrıca ATAD'nın Dava No. C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE v Dimotiki Etaria Plioforissis* [1991] ECR I-2925; [1994] 4 CMLR 540 davasındaki kararına bakınız.

Yukarıda incelenen **Sotgiu**<sup>103</sup> davasında ATAD "kamu hizmeti" kavramını da değerlendirdi. Hatırlanabileceği üzere; Alman Posta İdaresinin yollukları arttırmasının davaya konu olmasında ATAD her ne kadar "kamu hizmetinde istihdam" ifadesini tanımlayıp açıklığa kavuşturmadıysa da, Üye Devletlerin 48(4). maddedeki istisnayı ne şekilde uygulayabileceği konusuna açıklık getirmiştir. ATAD kararın 4. paragrafında özetle:-

"Üye Devletlerin ilk işe giriş aşamasında uyrukluğuz göz önüne alarak 48(4). maddeyi dikkate alarak kısıtlama yapabileceğini, işe girdikten sonra uyrukluğuz dikkate alınarak ücret ve diğzer çalışma koşullarında farklılaştırma yapamayacağını" belirtmiştir.

Bir işgöreni, ister özel hukuktan kaynaklansın ister kamu hukukundan kaynaklansın, işçi, memur veya kamu görevlisi olarak nitelemek, söz konusu işgörenin kamu hizmetinde istihdam edildiğinin emaresi olamaz<sup>104</sup>. Benzer şekilde, sosyal veya ekonomik hedeflere ulaşmayı Devletin amaçları arasına koyarak, bu hedeflere ulaşmak için kamu hukuku çerçevesinde düzenlemeler ve faaliyetler yapmak, her zaman için kamu hizmetinin gereği olarak değerlendirilmeyebilir ve 48(4). madde kapsamına girilmeyebilir.

Kamu hizmeti istisnasının uygulanabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. İşgörenin yaptığı işin dayanağı kamu hukuku olmalıdır ve işgörenin yaptığı işin devletin genel çıkarlarının korunması için olmazsa olmaz bir iş mahiyetinde olmalıdır<sup>105</sup>. **Commission v Belgium (Public Employees)**<sup>106</sup> davasında ATAD Antlaşmanın 48(4). maddesini ele almıştır. Şöyle ki:-

Belçika kanunlarına göre, mahalli idareler ve kamu kurumlarında çalışabilmek için Belçika vatandaşı olmak gerekiydi. Bu nevi iş pozisyonları arasında vasıfsız demiryolu işgöreni, hastane hemşiresi, mimar ve gece bekçiliği gibi iş pozisyonları bulunmaktaydı. Bu bağlamda, işgörenin yerine getirdiği fonksiyonun önemi yoktu.

Komisyon, kendisine AET Antlaşmasının 169. maddesiyle verilen yetkiye dayanarak, AET Antlaşmasının 48(4). maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle Belçika aleyhine ATAD nezrinde dava açtı. Yapılan incelemelerden sonra ATAD verdiği kararın 10. ve 11. paragraflarında özetle şunları vurgulamış bulunmaktadır:-

103 Dava No. 152/73, [1974] ECR 153.

104 Bu konuda bkz. Dava No. 75/63, **Hoekstra (née Unger) v Bestur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten** [1964] ECR 177; [1964] CMLR 546.

105 Bu konuda bkz. Dava No. 66/85, **Lawrie-Blum v Land Baden-Wurttemberg** [1987] 3 CMLR 389; [1986] ECR 2121, paragraf 27. Ayrıca bkz. O'Keeffe D., 1992, **Judicial Interpretation of the Public Service Exception to the Free Movement of Workers** içinde Curtin D. ve O'Keeffe D (der.), **Constitutional Adjudication in European Community and National Law**, ss. 89-96, Butterworths.

106 Dava No. 149/79, [1980] ECR 3881; [1981] 2 CMLR 413.

... 48(4). maddenin, kamu hukukuyla verilen yetkiyi doğrudan veya dolaylı olarak kullanmayı gerektiren, devletin veya kamu kurumlarının genel çıkarlarını doğrudan veya dolaylı olarak gözetmeyi gerektiren iş pozisyonlarını kapsamaktadır. ..."107

Dolayısıyla, bahsi geçen iş pozisyonlarda çalışmak isteyen diğer üye ülkelerin vatandaşları olan işgörenlerin serbest dolaşım hakkı 48(4). madde kapsamında sınırlandırılmaz.

AET Antlaşmasının 48(4). maddesiyle öngörülen, işgörenlerin serbest dolaşım hakkının kısıtlanmasının çok sınırlı bir kapsamı olduğunu, yargı organları içerisinde yer alan hakimlik ve savcılık görevlerini ifa eden iş pozisyonları ile silahlı kuvvetler, polis teşkilatı ve istihbarat teşkilatları, vergiyle ilgili kurumlar gibi teşkilatlardaki üst seviyedeki iş pozisyonlarını kapsadığını belirtmek gerekir. Kamu sağlığı için faaliyette bulunan kurumlarda, Devlet okullarında, kamu kurumlarında askeri amaçlı olmayan araştırmalarda ve Devletin ticari faaliyetlerini düzenleyen kurumlardaki iş pozisyonları 48(4). madde kapsamında değerlendirilemez<sup>108</sup>. 48(4). maddeyle öngörülen kısıtlamanın "Avrupa Birliği Vatandaşlığı" olgusunun gelişip yerleşmesiyle birlikte önemini kaybedeceği söylenebilir.

"Kamu" kavramının ne anlama geldiğini ve kamu hizmeti kısıtlamasının hangi durumlarda uygulanabileceğine dair ipuçlarını inceledikten sonra, şimdi de AET Antlaşmasının 48(3). maddesinde geçen "kamu güvenliği" ve "kamu sağlığı" kavramlarının ne anlama geldiği konusunda önemli bir tereddüdün olmaması gerektiğini varsayarak, "kamu güvenliği" kavramıyla neyin ifade edilmeye çalışıldığını inceleyelim.

## 8.2. "Kamu Düzeni" ve "Kişisel Eylem" Kavramları

Kamu düzeni kavramı Topluluk kurumlarının denetimine tabi olmakla birlikte, kavramın ne şekilde tanımlanacağını Üye Devletler belirler ve tanımlar arasında farklılıklar olabilir<sup>109</sup>. Bununla birlikte, kamu düzeni sınırlamasını ileri sürerek serbest dolaşım hakkının kısıtlanabilmesi için, kamu düzenini bozabilecek tehdidin gerçek ve ciddi nitelikte olması gerekir. Ayrıca, muhtemel olan kamu düzenini bozma riski ile serbest dolaşım hakkının kısıtlanması arasında bir oranlılık olmalıdır. Başka bir deyişle, serbest dolaşım hakkını kısıtlamaya girmeden önce, diğer bütün tedbirlerin değerlendirilmiş olması ve diğer tedbirlerle risk giderilemiyor ise "kamu düzeni" kısıtlaması yo-

107 Devlet hastanelerinde yalnızca Fransız tabiiyetinde olanların çalışabileceklerini öngören Fransız kanununun 48(4). maddeyi ihlal ettiği konusunda *bknz.* Dava No. 307/84, **Commission v France (Re French Nurses)** [1986] ECR 1725; [1971] 3 CMLR 555.

108 *Bknz.* 1988 yılında OJ No. C 72/2'de yayınlanan Komisyon Bildirisi. Ayrıca *bknz.* Watson P., 1993, **Free Movement of Workers: a One way Ticket?**, 22 *Industrial Law Journal*, s. 68.

109 *Bknz.* Dava No. 41/74, **Van Duyn v Home Office** [1974] ECR 1337; [1975] 1 CMLR 1.

luna gidilmelidir<sup>110</sup>. Toplumun temel prensiplerinden birini ciddi şekilde tehdit eden bir risk gerçek ve yeterince ciddi bir risk olarak değerlendirilir<sup>111</sup>.

64/221 sayılı Direktife göre kamu düzeni kısıtlaması içerisinde yer almayacak hususlar şunlardır:-

- iktisadi nedenlere dayanan tedbirler,<sup>112</sup>
- daha önce giyilen hüküm nedeniyle bir kişinin serbest dolaşım hakkı, kamu düzeni ileri sürülerek kısıtlanamaz,<sup>113</sup>
- misafir ülkeye giriş yapmak isteyen kimlik kartının veya pasaportun geçerlilik süresinin dolması ve ilgilinin oturma izni edinmemesi ilgilinin sınır dışı edilmesi için yeterli değildir.<sup>114</sup>

64/221 sayılı Direktifin 3(1). maddesi hükmü gereği kamu düzenini, kamu sağlığını ve kamu güvenliğini öne sürerek bir kişinin serbest dolaşım hakkını kısıtlayabilmek için, kısıtlamaya yol açan "eylemin bizzat ilgili şahıs tarafından" yerine getirilmiş olması gerekir. İngilizce literatürde "*personal conduct*" olarak geçen "kişisel eylem" kavramının "kamu düzeni kavramıyla" birlikte değerlendirilmesine aşağıda yer verilmektedir.

Kamu düzeni ve kamu güvenliği kısıtlamalarının uygulanabilmesi için, bireyin yapmış olduğu eylemin kanun dışı olması şart değildir. İlgili üye devletin mezkur eylemi "sosyal olarak" zararlı olarak tanımlaması, kısıtlamanın uygulanması için yeterlidir.

ATAD *Van Duyn v Home Office*<sup>115</sup> davasında bir kişinin bir gruba veya organizasyona devam eden üyeliğinin "kişisel eylem" kapsamında değerlendirilebileceğini, geçmişteki üyeliğin ise genellikle bir kişinin "kişisel eylemini" değerlendirirken dikkate alınamayacağını belirtmiştir.

110 *Bknz* Dava No. 36/75, *Rutili v French Minister of the Interior* [1975] ECR 1219; [1976] 1 CMLR 140.

111 *Bknz* Dava No. 30/77, *R v Bouchereau* [1977] ECR 1999; [1977] 2 CMLR 800.

112 64/221 sayılı Direktifin 2(2). maddesi. Herhangi bir ülke ekonomik bir sebebi, örneğin yüksek oranda işsizliği ileri sürerek, işgörenlerin serbest dolaşım hakkını kısıtlayamaz.

113 64/221 sayılı Direktifin 3(2). maddesi. Aşağıda ATAD kararları ışığında incelenecektir.

114 64/221 sayılı Direktifin 3(3). maddesi. Yukarıda metin içerisinde incelendiği üzere, oturma hakkı oturma izni belgesinin verilmiş olmasına bağlı değildir. Oturma izni belgesi yalnızca oturma iznine sahip olduğunu ispatlayan bir vesikadır. Bu konuda *bknz.* Dava No. 48/75, *Procureur du Roi v Royer* [1976] ECR 497; [1976] 2 CMLR 619. Benzer prensibin kimlik kartları ve pasaportlar için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Bu konuda *bknz.* Dava No. 118/75, *Watson and Belmann* [1976] ECR 1185. Bununla birlikte, herhangi bir üye devlet idari işlemlerin yerine getirilmemesi üzerine orantılı olmak şartıyla ceza verme yetkisine sahip ise de, idari işlemleri zamanında veya hiçbir şekilde yerine getirmemesi, sınır dışı etmek için yeterli bir sebep değildir.

115 Dava No. 41/74, [1974] ECR 1337; [1975] 1 CMLR 1.





kararda ATAD, herhangi bir eylem dolayısıyla bireyin serbest dolaşım hakkının kısıtlanabilmesi için, söz konusu eylemin toplumun sosyal yaşantısına zarar verebilecek boyutta ciddi olması gerektiğini vurguladı.

1/80 sayılı OKK'nın 14. maddesi, Türk tabiiyetindeki işgörenlerin sahip oldukları hakların kamu yararı, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedenleriyle kısıtlanabileceğini belirtmektedir. 1/80 sayılı OKK'nın 14. maddesi ATAD tarafından **Nazlı**<sup>120</sup>davasında değerlendirilmiştir. Davaya konu olaylar ve ATAD'nın değerlendirmesi şu şekildedir:-

Almanya'da, 1979-1989 yılları arasında, aynı işveren yanında çalışmış ve bir suç nedeniyle Aralık/1992'den Ocak/1994'e kadar tutuklu kalmış ve çarptırıldığı 1 yıl 9 aylık hapis cezası tecil edilmiş olan Türk tabiiyetindeki Ömer NAZLI'nın ve iki çocuğunun oturma izinlerinin uzatılması talebinin reddedilmesi ve kendisi ile çocuklarının sınır dışı edilmelerine karar verilmesi üzerine, konu ATAD'na intikal ettirilmiştir.

ATAD'nın değerlendirmesi, bu konuda daha önce Üye Devletlerin vatandaşları için yaptığı değerlendirmeye paralellik göstermektedir. Şöyle ki:-

Üye ülkede, yasal ve kesintisiz olarak 4 yıldan fazla çalışmış olan bir Türk uyruklunun, tutuklanmasının ve çarptırıldığı cezanın infazı nedeniyle bir süre iş piyasasından uzak kalmasının, 1/80 sayılı OKK'nın 6(1). maddesi hükmüne göre kazandığı "çalışma" ve buna bağlı olarak "ikamet hakkı"na halel getirmeyeceğini;

üye ülkede, 1/80 sayılı OKK'na göre çalışma ve ikamet hakkına sahip olan bir Türk uyruklunun, bu haklarının 1/80 sayılı OKK'nın 14. maddesine göre, ancak, "kamu yararı", "kamu güvenliği" ve "kamu sağlığı" gerekçesiyle sınırlandırabileceği; bu nedenle, kendisinin, yabancılar üzerinde caydırıcı etki sağlamak amacıyla sınır dışı edilemeyeceğini

hükme bağlayarak, sınır dışı edilme konusunda Türk vatandaşlarına uygulanan kriterlerin Topluluk vatandaşlarına uygulanan kıstaslara paralel olması gerektiğini ortaya koymuştur.

### 8.3. Kamu Sağlığı

64/211 sayılı Direktifin 4(1). maddesi hükmü uyarınca, Direktife eklenen kamu sağlığını tehlikeye sokabilecek Dünya Sağlık Örgütü Tarafından karantina altına alınması gerektiği bildirilen, bulaşma riski oldukça yüksek olan tüberküloz, frengi gibi hastalıklar ile ilaç bağımlılığı ve zihinsel bozukluklar gibi ve tedavisi oldukça zor veya mümkün olmayan hastalıklara yakalananlara kamu sağlığı kısıtlaması ileri sürülerek oturma izni verilmeyebilir. Bununla birlikte, bu nevi hastalıklara herhangi bir üye devlete giriş yaptıktan ve oturma izni aldıktan sonra yakalananların oturma hakları kısıtlanamayacağı gibi, kamu sağlığı kısıtlamasını ileri sürerek oturma izinlerinin yenilenmesi talebini reddetmek mümkün değildir<sup>121</sup>.

120 Dava No. C-340/97, 340/97, **Nazlı v Stadt Nürnberg** [2000] ECR I-0000.

121 64/221 sayılı Direktifin 4(2). maddesi.

#### 8.4. Kamu Güvenliği

AET Antlaşmasının 48(3). maddesinde bahsi geçen "kamu güvenliği" gerekçe gösterilerek bir kişinin dolaşım hakkını sınırlandırabilmek için, mezkur kişinin toplumdaki huzur (barış) ortamını veya güvenlik ortamını zedeleyecek bir suç işlemiş olması gerekir. Şayet işlenen suç toplumun huzur ve güvenliğini bozar nitelikte değilse, serbest dolaşım hakkı kısıtlanamaz.

***Bonsignore v Oberstadtdirektor of the City of Cologne***<sup>122</sup> davası hem yukarıda incelenen "kişisel eylem" kavramına ilave bir örnek olması, hem de "kamu güvenliği" kısıtlamasına örnek olması bakımından önemlidir. Almanya'da yaşamakta olan İtalyan işgören Bonsignore, Alman Ateşli Silahlar Kanununu ihlal ederek Almanya'ya bir tabanca götürdü ve mezkur silahla kazaen kardeşini vurdu. Yargılama sonunda kardeşini kazaen vurması nedeniyle hüküm giymezken, Ateşli Silahlar Kanununa muhalefet etmesi nedeniyle sınır dışı edilmesine hükmedildi. Olay hakkında ön karar vermesi için ATAD'na başvuruda Alman yetkilileri Bay Bonsignore'nın sınır dışı edilmesinin gerekçesini, diğer göçmenlerin de benzer suçu işlememesi için alınan genel bir tedbir olarak ileri sürdüler. ATAD bu iddiayı reddederek, kişisel eylem kavramının mezkur şahsın toplum güvenliğini bozma riskini kapsayacağını, genel bir tedbir olarak kamu güvenliği ileri sürülerek mezkur şahsın sınır dışı edilemeyeceğini belirtti.

#### 8.5. Kısıtlamaları Uygulama Prosedürü

64/221 sayılı Direktifin 3(4). maddesi hükmü uyarınca, bir kişiye ait kimlik kartının veya pasaportun geçerlilik süresinin dolması veya bunları elinde bulunduranların uyrukluklarının şüphe duyuluyor ise, kimliği ispatlayıcı bu nevi belgeleri tanzim eden ülkeler, hiçbir formaliteyi öne sürmeden, bu nevi belgeleri ellerinde bulunduranları ülkesine kabul etmelidir.

64/221 sayılı Direktifin 5. maddesi ilk oturma izni taleplerinin, başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçmemek üzere, en kısa sürede değerlendirilmesi gerektiğini ve izin talebinin kabulü veya reddi konusunda karar verilmesi gerektiğini, karar verme sürecinde geçici oturma izni verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Öngörülen bu altı aylık sürede oturma izni istenilen üye devlet ilgili şahsın geldiği üye devletten polis ve adli sicil kayıtlarını isteyebilir.

64/221 sayılı Direktifin 6. ve 7. maddelerine göre başvurusu reddedilenlere ve sınır dışı edilmesine karar verilenlere, şayet devlet güvenliğini tehlikeye sokmayacaksa, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı kısıtlamaları gerekçesiyle başvurularının reddedildiğinin veya sınır dışı edilmelerine karar verildiğinin resmen bildirilmesi

<sup>122</sup> Bknz. Dava No. 67/74, [1975] ECR 297; [1975] 2 CMLR 246.

gerektiğini öngörmektedir<sup>123</sup>. Resmi bildirimde ülkeyi terk etmesi için ilgili şahsa, acil olmayan durumlarda, ilgili şahsa henüz oturma izni verilmemiş ise en az on beş gün, diğer durumlarda en az bir ay süre verilmelidir. Yukarıda incelenen **Adoui and Cornuaille** davasında, sınır dışı edilme gerekçesinin sınır dışı edilen kişinin menfaatlerini koruyabilecek kadar detaylı olması gerektiği belirtilmiştir.

İlk oturma izni talebi reddedilenlerin, oturma izni yenilenmeyenlerin ve sınır dışı edilme işlemlerinde izlenmesi gereken süreç 64/221 sayılı Direktifin 8. ve 9. maddelerinde belirtilmiş olup, her iki madde, yukarıda 68/360 sayılı Konsey Tüzüğü ile detaylı olarak düzenlenen 'giriş hakkı' kapsamında incelenen ve aşağıda "işgörenlerin serbest dolaşımının kısıtlanması süreci" açısından incelenecek olan **Prowreur du Roi v Royer**<sup>124</sup> davasında ATAD tarafından değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeye geçmeden önce, 64/221 sayılı Direktifin 8. ve 9. maddelerine burada yer verilmelidir. 64/221 sayılı Direktifin 8. maddesine göre, Üye Devletlerin vatandaşlarından herhangi bir gerçek kişinin herhangi bir üye devlete girişine veya (ilk kez) oturma izni belgesi tanzim edilmesi talebinin reddine veya oturma izni belgesinin süresinin uzatılması talebinin reddine veya sınır dışı edilmesine dair kararlarda, ilgili üye devletin kendi vatandaşlarına uyguladığı prosedürü uygulaması gerektiği belirtilmektedir.

64/221 sayılı Direktifin 9(1). maddesine göre, talebi reddedilen kişiye şayet mahkemeye başvuru hakkı tanınmamış ise, veya başvuru hakkı olmakla beraber, yapılan başvuru sonucunda yalnızca hukuka uygunluk açısından hüküm verilmesi öngörülmekte ise, veya mahkemeye başvurmanın sonucunda çıkacak karar daha önce idarece alınan kararı değiştirmeyecek mahiyette ise, acil durumlar hariç, oturma izni süresinin uzatılmasına veya oturma iznine sahip bir kişinin sınır dışı edilmesine dair karar, ilgili idarece alınmaz. İlgili idarenin yukarıda belirtilen konularda karar alabilmesi için, ev sahibi devletin yetkili makamlarının konu hakkında görüşünü ilgili idareye bildirmesi gerekir. Yetkili makam görüşünü bildirinceye kadar, ilgili şahıs savunma hakkını, adli yardım ve ev sahibi ülke hukukunun tanıdığı vekil tayin etme haklarından yararlanır.

64/221 sayılı Direktifin 9(1). maddesinin 2. paragrafına göre, yetkili makam olarak bahsedilen makam, daha önce ilgili şahıs hakkında karar vermiş olan idare ile aynı kurum olmamalıdır.

64/221 sayılı Direktifin 9(2). maddesine göre, bir kişinin ilk kez oturma izni talebinin red edilmesi veya oturma izni verilmeden önce ilgili kişinin ülkeyi terk etmesine karar verilmesi durumunda, karar 1. paragrafta görüşünü bildirmesi öngörülen yetkili

123 Yukarıda dipnotlarda atıf yapılan **Rutili** davasında ATAD, karar vermeye yetkili makamın kararının gerekçesinin detaylı ve eksiksiz olması gerektiğini vurgulamıştır.

124 Dava No. 48/75, [1976] ECR 497; [1975] 2 CMLR 619.

makamca değerlendirilir. Bu değerlendirme sürecinde, ilgili şahısa ulusal güvenliği tehlikeye sokmayacaksa, savunmasını kişisel olarak sunma imkanı verilir.

64/221 sayılı Direktifin 8. ve 9. maddelerinin kapsamını belirttikten sonra, **Prow-reur du Roi v Royer** davasında ATAD'na yapılan başvurunun kapsamını inceleyelim. Ön karar başvurusunda, ilk oturma izninin verilmemesi veya oturma izninin yenilenmemesi durumunda konuya ilişkin kararın hemen uygulanıp uygulanmayacağı ve konuya ilişkin kararın iç hukuk yollarının tükenmesinden sonra mı uygulanacağı soruldu. ATAD'nın değerlendirmesi, **Rutili v French Minister of the Interior**<sup>125</sup> davasındaki değerlendirmeyle paralellik göstermekte olup, özetle şu şekildedir.

"... 64/221 sayılı Direktifin 8. maddesinde belirtilen yaptırımların uygulanabilmesi için, ilgili kişiye, karara itirazları çözmekle yetkili olan organlara başvurarak, itiraz etme hakkını kullanabileceği bir süre verilmelidir. Şayet Üye Devletler bir kişi hakkında idarece verilen serbest dolaşımı kısıtlayan kararı derhal uygularlarsa, 64/221 sayılı Direktifin 9. maddesiyle teminat altına alınan itiraz hakkının kullanımı göstermelik olmaktan öteye gidemez. ..."

Serbest dolaşım hakkı idarece verilen kararlarla kısıtlanan birey, savunma yapma hakkını kullandıktan sonra, davanın sonuçlanmasına kadar ilgili üye devlette bulunma hakkına sahip değildir. Başka bir deyişle, 64/221 sayılı Direktifin 8. ve 9. maddeleri serbest dolaşım hakkı kısıtlanan işgörene karara itiraz etme hakkı verirken, itirazın sonuçlanmasına kadar mezkur işgörenin ilgili üye devlette bulunmasına dayanak vermemektedir<sup>126</sup>. Aynı kararda, ATAD idarece verilen kararlar, yetkili makamın görüşü alınmadan serbest dolaşım hakkının kısıtlandığı "acil durumun" varlığına adli makamların değil, idari makamların karar vereceğini belirtmiştir.

64/221 sayılı Direktifin 9(1). maddesinde geçen "yetkili makamın görüşü" kavramının kapsamı **R v Secretary of State for the Home Department (ex parte Mario Santillo)**<sup>127</sup> ATAD tarafından değerlendirilmiş bulunmaktadır. Davanın konusu özetle şu şöyledir:-

İtalya vatandaşı olan Bay Santillo, Birleşik Krallıklarda işlemiş olduğu bir takım suçlar nedeniyle sekiz yıl hapis ile tazyikine hükmedilmiş olup, mahkumiyetin sonunda sınır dışı edilmesi tavsiye edilmişti. İçişleri Bakanlığının sınır dışı etme kararından yaklaşık sekiz yıl sonra, Bay Santillo bu karara karşı itiraz hakkını kullanma yoluna gitti. Ulusal mahkemelerde yargılama sürecinde iki konu hakkında AET Antlaşmasınının 177. maddesine göre ATAD'na başvurma gereksinimi duyuldu. (1) Daha önce "mahkumiyetinin sonunda sınır dışı edilmesi tavsiyesinde bulunan mahkemenin bu tavsiyesinin 64/221 sayılı Direktifin 9(1). maddesinde belirtilen "yetkili makamın görüşü" olarak nitelenip nitelenmeyeceği ve (2) şayet nitelendirilebilirse, aradan süre geçtikten sonra İçişleri Bakanlığının bu tavsiye dayanarak vermiş olduğu sınır dışı etme kararının 9(1). maddede belirtilen "görüş olarak nitelendirilip, nitelendirilemeyeceğidir."

125 Dava No. 36/75, [1975] ECR 1219; [1976] 1 CMLR 140.

126 Bknz. Dava No. 98/79, **Pecasting v Belgium** [1980] ECR 691; [1980] 3 CMLR 685.

127 Dava No. 131/79, [1980] ECR 1585; [1980] 2 CMLR 308.

ATAD'nın yorumlaması şu şekilde olmuştur:-

"... hüküm veren mahkemenin tavsiyesinin 9(1). maddede belirtilen "görüş" olarak nitelendirilemeyeceğini, bununla birlikte; idarenin karar vermesine dayanak olarak gösterilen bütün faktörlerin yetkili makama sunulması halinde, şayet yetkili makam ilgili şahıs hakkında görüşünü bildirdiği anda yeterince sağlıklı bilgiye sahipse, dikkate alacağı yeni faktörler yoksa ve hem idare hem de ilgili şahıs yetkili makamın görüşünün gerekçesini takdir edecek durumda, mahkemenin sınır dışı etme tavsiyesine itibar edilebilir..."

Anlaşılabileceği üzere; yetkili makamca sınır dışı edilme tavsiyesinin yapıldığı anda halen sınır dışı edilme gerekçeleri varlığını devam ettiriyorsa, daha önce yargı organınca yapılan sınır dışı etme tavsiyesi ile yetkili makamca görüş bildirme anına kadar yeni gelişmeler olmamış ise, yargı organlarının tavsiyesi yetkili makamın görüşüne dayanak olabilir.

Sınır dışı edilen bir kişi aradan bir süre geçtikten sonra, sınır dışı edilme gerekçelerinin ortadan kalktığını ileri sürerek, ilgili üye devletten yeniden oturma izni talep hakkına sahiptir. Üye devlet yapılan yeni başvuruyu değerlendirmelidir<sup>128</sup>.

## 9. Sonuç

Avrupa Topluluğu'nun temel ilkelerinden biri, işgörenlerin serbest dolaşımıdır. İşgörenlerin serbest dolaşımı hakkından tam olarak yararlanabilmek için, uyruklu dolaşımıyla istihdam, kazanç ve diğer çalışma koşullarına ilişkin tüm ayırıcı muamelelerin kaldırılmasını gerektirmektedir.

İşgörenlerin serbest dolaşım hakkı başlangıçta Topluluğun ekonomik amaçlarını gerçekleştirmek için kullanılan bir araç olarak görülmüş olup, daha sonraları serbest dolaşım hakkı sosyal sonuçları hedefleyen bir amaç haline getirilmiştir.

İşgörenlerin serbest dolaşımı; kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığının haklı kıldığı kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla; fiilen sunulan iş tekliflerini kabul etme, Üye Devlet ülkelerinde bu amaçla serbest dolaşım, ulusal işgörenlerin istihdamını düzenleyen yasal ve idari hükümlere uygun olarak bir iş tutmak amacıyla Üye Devletlerden birinde oturma gibi hakları kapsamaktadır. İşgörene tanınan serbest dolaşım hakkından işgörenin aile bireyleri de, bağımlı olarak yararlanır.

Ankara Antlaşması Topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası olup, Ankara Antlaşması ve Katma Protokolün serbest dolaşıma ilişkin hükümlerinin niyet beyanı mahiyetinde ve program belirleyici nitelikte olması, doğrudan uygulanabilirliği mümkün kılacak açıklık ve kesinlikte olmaması nedeniyle Türk işgörenlerin serbest dolaşım hakkından yararlanmaları mümkün değildir.

128 Bknz. Dava Numaraları 115-116/81, *Adoui and Cornuaille v Belgium* [1982] ECR 1665; [1982] 3 CMLR 631.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 48. maddesi "herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. ..." hükmüne yer vermektedir. Ancak, yabancıların çalışma hakkı, Anayasanın 16. maddesine uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir. Türkiye'de bir çok mesleğin icrasında Türk vatandaşı olma şartı aranmaktadır. Bununla birlikte, yabancılar izin almak koşuluyla, belirli mesleklerde çalışabilmektedirler. Bir gün Türkiye Cumhuriyeti Devleti AB'ne üye olursa, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı kısıtlamalarında kalan bütün işlere yabancılar çalışma izni almadan başvurup, çalışabileceklerdir. Ayrıca, bir işin icrası için aranan Türk vatandaşlığı şartının Türk mevzuatında yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

## Referanslar

1. 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı.
2. 1251/70 sayılı Üye Devlette İş İlişkisinin Sona Ermesinden Sonra İkamet Etme Konusundaki Komisyon Tüzüğü, OJ No. L 142/24.
3. 1612/68 sayılı İşgörenlerin Topluluk İçerisinde Serbest Dolaşımı Konusundaki Konsey Tüzüğü ile yapılmıştır, OJ 1992, L 245/1.
4. 2/76 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı.
5. 2547 sayılı YÖK Yasası.
6. 3/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı.
7. 64/221 sayılı Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği ve Kamu Sağlığı Nedeniyle Getirilebilecek Kısıtlamalar Konusundaki Konsey Yönergesi, OJ No. L 56, 5.4.1964.
8. 68/360 sayılı Topluluk İçinde Üye Ülke İşgörenlerinin ve Aile Bireylerinin Seyahat ve İkametlerinin Sınırlandırılmasının Kaldırılması Hakkındaki Konsey Yönergesi, OJ No. L 257.
9. 68/360 sayılı Üye Devlet Vatandaşı Olan İşgörenlerin ve Aile Bireylerinin Topluluk İçinde Dolaşım ve İkametleri Önündeki Engellerin Kaldırılmasına İlişkin 15 Ekim 1968 tarihli Konsey Direktifi.
10. Alexander W., 1992, **Free Movement of Non-EC Nationals: A Review of Case-Law of the Court of Justice**, European Journal of International Law, Vol. 13, No.1.
11. Ankara (Ortaklık) Antlaşması.
12. Aral B., 2000, **The Case of Free Movement For Workers Between Turkey and the European Union**, Turkish Yearbook of International Relations, sayı XXVII, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi.
13. Arnall A., 1990, **The General Principles of Law and the Individual**, Leicester University Press.
14. Berberoğlu C.N., 1995, **Çalışma Ekonomisi**, Ant Matbaacılık - Yayıncılık.
15. Council Regulation 1612/68 of 15 October 1968 on Freedom of Movement of Workers within the Community. OJ Sp. Ed., 1968 (II), s. 475.
16. Craig P. ve Búrca de G., 1997, **EC Law: Text, Cases & Materials**, Clarendon Press.
17. Dava No. 67/74, **Bonsignore v Oberstadtdirektor of the City of Cologne** [1975] ECR 297; [1975] 2 CMLR 246.
18. Dava No. C 279/93, **Finanzamt Köln-Altstadt v Schumacker** [1995] ECR I-225.
19. Dava No. C-210/97 **Akman** [1998] ECR I-7519.
20. Dava No. 111/91, **Commission v Luxembourg** [1993] ECR I-817; [1994] 2 CMLR 781.
21. Dava No. 118/75, **Watson and Belmann** [1976] ECR 1185; [1976] 552.
22. Dava No. 131/85, **Gül v Regierungs-präsident Düsseldorf** [1986] ECR 1573; [1987] 1 CMLR 501.
23. Dava No. 139/85, **Kempf v Staatss ecr etarisvan Justitie** [1987] 1 CMLR 764; [1986] ECR 1741.
24. Dava No. 149/79, **Commission v Belgium (Public Employees)** [1980] ECR 3881; [1981] 2 CMLR 413.

25. Dava No. 15/69, *Württembergische Milchverwertung-Südmilch-AG v Salvatore Ugliola* [1970] ECR 363; [1969] CMLR 194.
26. Dava No. 152/73, *Sotgiu v Deutsche Bundespos* [1974] ECR 153.
27. Dava No. 152/82, *Forcheri v Belgium* [1983] ECR 2323; [1984] 1 CMLR 334.
28. Dava No. 167/73, *Commission v French Republic* [1974] ECR 359, [1974] 2 CMLR 216.
29. Dava No. 196/87, *Steymann v Staatssecretaris van Justice* [1988] ECR 6159; [1989] 1 CMLR 449.
30. Dava No. 197/86, *Brown v Secretary of State for Scotland* [1988] 3 CMLR 403.
31. Dava No. 224/84, *Johnston v Cheif Constable of the RUC* [1986] ECR 1651; [1986] 3 CMLR 240.
32. Dava No. 235/87, *Matteucci v Communauté Française de Belgique* [1988] ECR 5589; [1989] 1 CMLR 357.
33. Dava No. 24/86, *Blaizot v University of Liège* [1988] ECR 379; [1989] 1 CMLR 57.
34. Dava No. 249/86, *Commission ve Germany (Re Housing Conditions)* [1989] ECR 1263; [1990] 3 CMLR 540.
35. Dava No. 261/83, *Castelli v Office National des Pensions pour Travailleurs Salariés (ONPTS)* [1984] ECR 3199; [1987] 1 CMLR 465.
36. Dava No. 262/96, *Sema Sürül v Bundesanstalt für Arbeit* [1963] ECR I-2685.
37. Dava No. 267/83, *Diatta v Land Berlin* [1985] ECR 567; [1986] 2 CMLR 164.
38. Dava No. 293/83, *Gravier v City of Liège* [1985] ECR 593; [1985] 3 CMLR 1.
39. Dava No. 30/77, *R v Bouchereau* [1977] ECR 1999; [1977] 2 CMLR 800.
40. Dava No. 305/87, *Commission v Greece* [1992] ECR 1461.
41. Dava No. 307/84, *Commission v France (Re French Nurses)* [1986] ECR 1725; [1971] 3 CMLR 555.
42. Dava No. 308/89, *Di Leo v Land Berlin* [1990] ECR I-4185.
43. Dava No. 310/91, *Schmid v Belgium* [1995] ECR-I-3011; [1995] 2 CMLR 803.
44. Dava No. 316/85, *Centre Public de l'Aide Sociale de Courcelles v Lebon* [1989] CMLR 337.
45. Dava No. 32/75, *Fiorini v Société Nationale des Chemins de Fer Français (SNCF)* [1975] ECR 1085.
46. Dava No. 344/87, *Betray v Staatssecretaris van Justice* [1991] 1 CMLR 459.
47. Dava No. 36/74, *Walrave and Koch v Association Union Cycliste Internationale* [1974] ECR 1405; [1975] 1 CMLR 320.
48. Dava No. 36/75, *Rutili v French Minister of the Interior* [1975] ECR 1219; [1976] 1 CMLR 140.
49. Dava No. 370/90, *R v Immigration Appeal Tribunal, and Singh ex parte Secretary of State for Home Office* [1992] 3 CMLR 358.
50. Dava No. 379/87, *Groener v Minister for Education* [1989] ECR 3967; [1990] 1 CMLR 401.
51. Dava No. 39/86, *Lair v Universität Hannover* [1988] 3 CMLR 4545.

52. Dava No. 390/87, **Moritz v Netherlands Minister for Education** [1989] ECR 726; 1990] 2 CMLR 305.
53. Dava No. 41/74, **Van Duyn v Home Office** [1974] ECR 1337; [1975] 1 CMLR 1.
54. Dava No. 42/87, **Commission v Belgium (Re Higher Education Funding )** [1989] 1 CMLR 457.
55. Dava No. 48/75, **Procureur du Roi v Royer** [1976] ECR 497; [1976] 2 CMLR 619.
56. Dava No. 53/81, **Levin v Staatssecretaries van Justitie** [1982] ECR 1035; [1982] 2 CMLR 454.
57. Dava No. 59/85, **Netherlands v Reed** [1985] ECR 1283; [1987] 2 CMLR 448.
58. Dava No. 63/76, **Inzirillo v Caisse d'Allocations Familiales de l'Arrondissement de Lyon** [1976] ECR 2057; [1978] 3 CMLR 596.
59. Dava No. 65/81, **Reina v Landeskreditbank Baden-Württemberg** [1982] ECR; [1982] 1 CMLR 744.
60. Dava No. 66/85, **Lawrie-Blum v Land Baden-Wurtemberg** [1987] 3 CMLR 389; [1986] ECR 2121.
61. Dava No. 75/63, **Hoekstra (née Unger) v Bestur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten** [1964] ECR 177; [1964] CMLR 546.
62. Dava No. 9/74, **Casagrande v Landeshauptstadt München** [1974] ECR 773; [1974] 2 CMLR 423.
63. Dava No. 98/79, **Pecasting v Belgium** [1980] ECR 691; [1980] 3 CMLR 685.
64. Dava No. C-12/86, **Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd** [1987] ECR 3919.
65. Dava No. C-171/95, **Tetik** [1997] ECR I-329.
66. Dava No. C-192/89 **Sevince v Staatssecretaris van Justitie** [1990] ECR I-3461.
67. Dava No. C-204/90, **Bachmann v Belgium** [1992] ECR I-249.
68. Dava No. C-213/90, **Michel S. v Fonds National de Reclassement Handicapés** 1973] ECR 457.
69. Dava No. C-237/91, **Kazim Kus v Landeshauptstadt Wiesbaden** [1992] ECR I-6781.
70. Dava No. C-260/89, **Elliniki Radiophonia Tileorassi AE v Dimotiki Etaria Pliroforissis** [1991] ECR I-2925; [1994] 4 CMLR 540.
71. Dava No. C-265/88, **Lothar Messner** [1989] 4209; [1991] 2 CMLR 545.
72. Dava No. C-292/89, **R v Immigration Appeal Tribunal ex parte Antonissen** [1991] ECR I-745; [1991] 2 CMLR 373.
73. Dava No. C-299/01, **Commission v Luxembourg**, 20 Haziran 2002, henüz yayınlanmadı.
74. Dava No. C-340/97, 340/97, **Nazli v Stadt Nürnberg** [2000] ECR I-0000.
75. Dava No. C-351/95 **Kadiman** [1997] ECR I-2133.
76. Dava No. **R v Secretary of State for the Home Department ex parte Sandhu** 2 CMLR 553.
77. Dava Numaraları 115-116/81, **Adoui and Cornuaille v Belgium** [1982] ECR 1665; [1982] 3 CMLR 631.
78. Hailbronner K. ve Polakiewicz J., 1992, **Non-EC Nationals in the European Community: The Need for A Coordinated Approach**, 3 Duke Journal of Comparative and International Law.
79. Hall S., 1991, **The ECHR and Public Policy Exceptions to the Free Movement of Workers under the EEC Treaty**, 16 European Law Review.

80. Katma Protokol.
81. O'Keeffe D., 1992, *Judicial Interpretation of the Public Service Exception to the Free Movement of Workers* içinde Curtin D. ve O'Keeffe D (der.), *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, ss. 89-96, Butterworths.
82. Onaran Yüksel M., 2000, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği*, Beta.
83. Steiner J. ve Woods L., 1996, *Textbook on EC Law*, Blackstone Press.
84. TİSK, 1999, *Çalışma Hayatında Esneklik*, Yayın No. 190.
85. Watson P., 1993, *Free Movement of Workers: a One way Ticket?*, 22 Industrial Law Journal.
86. Weiler J., 1992, *Thou Shalt not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-Community Nationals – a Critique*, 65 European Journal of International Law,
87. Yavaş M., 1997, *The Rights of Turkish Workers within the EU*, Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye Dergisi, sayı 27.
88. Zaim S., 1997, *Çalışma Ekonomisi*, Filiz Kitabevi.