

AVRUPA TOPLULUĞU ADALET DİVANI KARARLARI DOĞRULTUSUNDA ÇALIŞANLARIN SERBEST DOLAŞIMI

A. Işıl KARAKAŞ*

Roma andlaşmasının 48'den 51'e kadar olan maddeleri çalışanların serbest dolaşımını düzenlemektedir. Bu maddeler doğrultusunda kişilerin serbest dolaşımının temeli aynen malların serbest dolaşımında olduğu gibi tamamen ekonomiktir. Kişiler, burada birey olarak değil, birer üretim faktörü olarak ele alınmaktadır. Ancak kişilerin serbest dolaşımı devletler açısından sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Devlet gerekli sosyal şartları hazırlamakla yükümlü olmaktadır. Ayrıca çalışanın yanında ailesinin de sosyal güvenceye sahip olması gerekmektedir. Bu güçlüklerin yanında ülkelerinde belli bir işsizlik olan devletler diğer üye devlet vatandaşlarını güçlkle kabul etmektedirler. Bunun dışında çeşitli baskı grupları da hükümetin kişilerin serbest dolaşımını kısıtlaması doğrultusunda hareket etmektedirler.

Bu doğrultuda kişilerin serbest dolaşımı meselesi devlet egemenliğinin can alıcı noktasını oluşturmaktadır. Bu durum gözönüne alınarak çalışanların serbest dolaşımının devlet tarafından kısıtlanabileceği bazı haller Roma andlaşmasında düzenlenmiştir.

Madde 48/3'de bu haller Kamu düzeni, Kamu güvenliği ve Kamu sağlığı olarak sayılmıştır.

Aynı kısıtlama halleri 52, 56 ve 59. maddelerde de görülmektedir.

Topluluk hukukunun temel normlarından olan vatandaşlar ve üye devletlerden ülkeye gelen yabancılar arasında eşitliği sağlamak kuralı «kamu düzeni» adına bozulabilmektedir. Temel bir uluslararası hukuk kuralı olan «devlet kendi vatandaşını sınırdışı edemez» kuralı topluluktaki eşitlik ilkesi sonucu diğer üye devlet vatandaşlarına da uygulanması gerekirken, devletlerin kişilerin serbest dolaşımına getirdikleri bu

*) İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Araştırma görevlisi.

çekince sonucu, Topluluk üyesi devlet vatandaşı çalışanlarını bu kıstasa dayanarak ülkelerinden çıkarabilmektedirler. «Kamu düzeni» çekincesine dayanarak ülkeye giriş, oturma izni verilmesi veya yenilenmesi engellenmekte veya kişi sınırdışı edilebilmektedir.

Roma andlaşmasının dışında, 64/221 sayılı yönerge (direktif) ile 48/3'de yer alan kamu düzeni, kamu sağlığı ve kamu güvenliği çekinceleri düzenlenmiştir.

Burada önemli olan nokta, yönerge (direktif)'nin 3. maddesinde yer almaktadır. Buna göre kamu düzeni veya kamu güvenliğine dayanarak alınacak tedbirlerde olayda söz konusu kişinin «*kişisel davranışı*» temel alınmalıdır. Ayrıca herhangi bir ceza mahkumiyeti sınırdışı edilmeyi geçerli kılmamaktadır¹.

Ancak 64/221 sayılı yönerge (direktif) genel bir topluluk «kamu düzeni» kavramı getirmemektedir.

Dolayısıyla ülke içinde yabancıların durumunun düzenlenmesi devletin kendi egemenlik hakları içinde kalmaktadır. Devletler kamu düzeni konusunda kendi egemenliklerini korumakta ve bu alanda yabancı çalışanlarla ilgili gerekli düzenlemeleri yapmaktadırlar. Ancak bu kavram Divan'ın içtihatları ile sınırlanmış ve kişilerin serbest dolaşımının sınırlama nedenlerinden en önemlisi olan bu kavramın çerçevesi içtihatlarla belirlenmiştir.

I) Çalışanların Serbest Dolaşımında «Kamu Düzeni» Kavramının İçeriği

«Kamu Düzeni» kavramının içeriğinin saptanması prensip olarak üye devletlere bırakılmıştır. Ancak devletler bu yetkilerini serbest dolaşımı sınırlamak amacıyla kullanamazlar. Devlet yetkinin sahibi olmakla birlikte yetkinin kullanımında bazı sınırlar vardır. Esas olan serbest dolaşımdır. Divanda içtihatlarıyla kamu düzeninin çerçevesini çizmiştir.

1 -- Kamu Düzeni Kavramının Sınırları

Kamu düzeni kavramı zaman ve yer olarak değişebilen elastik bir kavramı olmakla birlikte Divan tarafından her zaman dar yoruma tabi tutulmuştur. Böylece esas olan kişilerin serbest dolaşımı ilkesinin, devletlerce kamu düzeni kıstasının kullanılmasıyla zedelenmesinin önü-

1) J.O., 4 Avril 1964 Directive du Conseil du 25.2.1964 No: 64/221, s. 850 - 853/64.

ne geçilmiştir. Divan Roma andlaşması yanında 64/221 sayılı direktifi de yorumlayarak karara varmıştır.

4 Aralık 1974 tarihli *Van Duyn c/Home Office*² davasında sorun; Hollanda vatandaşı Van Duyn'un, tehlikeli olarak nitelendirilen ancak yasaklanmamış olan «Eglise de Scientologie» adlı kurumda sekreterlik yapmak amacıyla İngiltere'ye girmesinin engellenmiş olması dolayısıyla ortaya çıkmıştır.

Divan öncelikle 48. maddenin doğrudan uygulanır nitelikte olduğunu ifade etmiştir.

Burada ikinci önemli nokta Divan'ın, topluluk anlamında, kamu düzeni kavramının dar olarak yorumlanması gerektiğini söylemesidir. Kavramın içeriği üye devletlerce tek taraflı olarak topluluk kurumlarının denetimi dışında, belirlenemez.

Ancak, kamu düzeni kavramına başvurmayı gerektirecek özel durumlar bir ülkeden diğerine ve zamana göre değiştiğinden, burada yetkili ulusal mercilere andlaşmanın sınırları içinde, bir takdir yetkisinin tanınması gerekmektedir³.

Karardaki önemli bir diğer nokta da kamu düzeninin korunmasında getirilen düzenlemenin mutlaka kanunla olması gerekmediğidir. Faaliyetleri toplumsal açıdan tehlikeli olarak nitelendirilen kurumlar için yetkili merciler idari tedbirler alabilirler⁴.

27 Ekim 1977 tarihli *Regina c/P. Bouchereau*⁵ davasında Divan Kamu düzeni kavramının çerçevesini çizmiştir. İngiliz mahkemesinin 177. madde yoluyla Divan önüne getirdiği davada kamu düzeni geniş anlamda ele alınmıştır. Olayda kanunu ihlâl etmenin kamu düzenini bozduğu gerekçesiyle, ücretli olarak bir işte çalışan bir Fransız vatandaşının sınırdışı edilmesi söz konusudur. Ancak, Divan, kanunun ihlâli dolayısıyla, söz konusu kişinin mahkûm olmasının kamu düzenini bozmaya yeterli olmayacağını, ancak «toplumun temel bir çıkarını etkileyen gerçek ve yeterli derecede ciddi bir tehditin varlığı»⁶ durumunda ulusal mercilerin bu kavrama başvurabileceklerini ortaya koymuştur.

18 Mayıs 1982 tarihli *Adoui ve Cornuaille c/Etat Belge*⁷ davasında

2) Aff. 41/74. Rec. 1974, s. 1337.

3) İbid. Parag. 18.

4) İbid. Parag. 19.

5) Affaire 30/77, Rec. 1977, s. 1999.

6) İbid. Parag. 35.

7) Affaire 115 et 116/81. Rec. 1982, s. 1665.

sorun kanunla yasaklanmamış ancak kamu düzenini ihlâl edebilecek nitelikte bulunan fahişelik dolayısıyla ortaya çıkmıştır. Belçika kanunlarına göre fahişelik suç sayılmamaktadır. Ancak bu faaliyeti gösteren Fransız vatandaşları Adoui ve Cornuaille kamu düzenini bozdukları gerekçesiyle sınırdışı edilmek istenmişlerdir.

Divan kararında, topluluk üyesi ülke vatandaşları arasında ayırım yapılmaması ilkesinden hareket etmiştir.

Bir devletin 48 ve 56. maddelerde yer alan kamu düzeni çekincesine dayanarak üye devlet vatandaşlarının ülkeden çıkartılmasının veya ülkeye girişlerinin engellenmesinin; aynı davranış nedeniyle kendi vatandaşlarına bastırıcı tedbirler veya bununla mücadele etmeye yönelik gerçek ve fiili tedbirler almıyorsa, mümkün olamayacağını belirtmiştir⁸.

Ayrıca, daha önce ülke sınırları dışına çıkartılmış bir kimse, söz konusu ülkeye yeniden girip oturma izni isteyebilir. Altını çizmek gerekir ki, bir üye devlet vatandaşı iş aramak amacıyla geldiği diğer bir üye devletten oturma izni isteyebilir. Uygun bir sürenin sonunda böyle bir talep ilgili devletin yetkili mercileri tarafından, sınırdışı edilme kararının alınmasında etken olan, ilgili kişinin koşullarındaki maddi değişiklikler özellikle dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁹.

8 Nisan 1976 tarihli Royer¹⁰ kararında ise Divan üye devlet ülkesine giriş ve burada kalmanın topluluk hukukunun uygulama alanına giren herkese andlaşma tarafından doğrudan kendilerine verilmiş bir hak olduğunu belirtmekte ve bununla ilgili formalitelerin kişi tarafından yerine getirilmemesinin devletin kamu düzeni ve güvenliğinin ihlâli sayılmayacağını ilave etmektedir. Bu formalitelerin yerine getirilmemiş olması ülke dışına çıkartma, geçici tutuklama gibi yaptırımlar uygulanmasını haklı kılmaz¹¹.

Ülkeden uzaklaştırma kararı, gecikmesinde sakınca olan haller dışında ancak topluluk hukukunca korunan kişiye sağlanan başvuru yolları kullanıldıktan sonra uygulanabilir¹².

28 Ekim 1975 tarihli ünlü Roland Rutuli c/Ministre de l'intérieur¹³ davasında Divan «kamu düzeni» kavramının dar anlamda anlaşılması gerektiğini ve bu kavramın içeriğinin topluluk kurumlarının denetimi

8) İbid. Parag. 9.

9) İbid. Parag. 12.

10) Affaire 48/75, Rec. 1976, s. 497.

11) Parag. 50 - 51.

12) Parag. 62.

13) Affaire 36/75 Rec. 1975, s. 1219.

dışında devletler tarafından tek taraflı olarak belirlenemeyeceğini¹⁴ bir kere daha belirtmiştir.

Serbest dolaşıma getirilebilecek kısıtlamalar ancak kişinin orada bulunmasının veya davranışlarının kamu düzeni için ciddi ve gerçek bir tehdit oluşturması durumunda getirilebilir¹⁵.

64/221 sayılı direktif'in 3. maddesinin de belirttiği gibi devletçe dikkate alınması gereken nokta topluluk hukukunca korunan kişinin bireysel durumudur, genellemeler yoluyla takdir yetkisi kullanılamaz¹⁶.

Kamu düzeni çekincesi sendikal hakların kullanılmasına ilişkin olarak hiçbir halde kullanılamaz¹⁷.

Divan, burada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8, 9, 10, 11. maddelerine atıf yaparak garanti edilen haklara kamu düzeni ve güvenliği gerekleri uğruna getirilecek kısıtlamaların «demokratik bir toplumda zorunlu olduğu ölçüde» çerçevesini aşamayacaklarını belirtmiştir¹⁸.

Bu bağlamda, serbest dolaşım açısından kararın en önemli noktası, yetkili mercilerin ekonomik ve sosyal hakların kullanılmasına müdahalede kamu düzeni kavramına başvurmayacaklarını kesin olarak ortaya koymasıdır. Sendikal haklar Divanında atıf yaptığı gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle de garanti altına alınmıştır.

2 — Divan İçtihatlarından Çıkarılabilecek Genel Sonuçlar

Kişilerin serbest dolaşımına getirilen sınırlama nedenlerinden en önemlisi olan kamu düzeni kavramı Divan tarafından defalarca ele alınmış bir kavramdır. Bu konudaki içtihatlara baktığımızda genel olarak şu sonuçları çıkarabiliriz.

a) Ayırım yapılmaması ilkesi: (Van Duyn, Adoui et Cornuaille)

Divan ayırım yapılmaması ilkesinin mutlak olarak uygulanması yönünde kararlar vermiştir. Sınırdışı edilmeye ilişkin kararlarda ise Divan orantılılık ilkesini uygulayarak işlenen suç ve yaptırım arasında bir denge kurma yoluna gitmiştir.

14) İbid. Parag. 27.

15) Parag. 28.

16) Parag. 29.

17) Parag. 31.

18) Parag. 32.

b) Alınacak tedbirler ilgili kişinin bireysel davranışı üzerine alınmalıdır. Kollektif nitelikteki tedbirlerin hiçbir dayanağı olamaz.

c) İlgili kişi halen mevcut bir tehdit oluşturmamalıdır. Kişilerin daha önce işlediği suçlar mevcut durumu etkilemez.

d) Devlet kamu düzeni kavramına ancak, «toplumun temel bir çıkarını etkileyen gerçek ve yeterli deerce ciddi bir tehdidin varlığı» halinde başvurulabilir. Ayrıca, kamu düzeni kavramı devlet tarafından tek taraflı olarak topluluk kurumlarının denetimi dışında belirlenemez.

e) Rutuli kararı ile devletin kamu düzeni kavramına başvurarak sendikal hakları kısıtlayamayacağı ifade edilerek, sendikal haklar garanti altına alınmıştır.

II) Avrupa Topluluğunda Çalışanların Serbest Dolaşımı

Roma andlaşmasının 48'den 51'e kadar olan maddeleri çalışanların serbest dolaşımının gerçekleştirilmesine yöneliktir. Çalışanların serbest dolaşımının gerçekleştirilmesinde üç önemli nokta üzerinde durmak gerekir.

a) Sunulan işlere girmede engellerin kaldırılması:

Topluluğa üye devletlerde açık bulunan işlere başvurup, girebilme olanağının üye devlet vatandaşlarına tanınmasını içermektedir.

b) Ayırım yapılmaması ilkesi :

Roma andlaşmasının 7. maddesine dayanmaktadır. Bu madde vatandaşlık temelinde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Ülke vatandaşları ve üye devlet vatandaşları arasında davranışta eşitlik sağlama yöneltir.

c) Sosyal politikalar oluşturmanın gerekliliği:

Emek diğer üretim faktörlerinden daha farklı bir düzenlemeye tabi tutulmalıdır. Emekteki insan unsuru dolayısıyla toplulukta dolaşan üye devlet vatandaşı işçilere özel bir sosyal güvenlik uygulaması gerekmektedir. Ancak topluluğun sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemeleri ve bu konudaki divan kararları birçok çalışmaya konu olacak nitelikte olduğundan bu konuya burada değinilmeyecektir.

1 — Temel İlkeler

Toplulukta çalışanların serbest dolaşımı Roma andlaşmasının ilgili

maddeleri yanında Konsey'in 15 Ekim 1968 tarihli 1612/68 sayılı Tüzüğü (réglement) ile düzenlenmiştir.

Roma andlaşmasının 48. maddesi uyarınca üye devlet vatandaşları arasında iş, ücret ve diğer çalışma şartlarına ilişkin olarak vatandaşlık temeline dayanan tüm ayrımların kaldırılması temel ilkedir. Bunun dışında serbest dolaşım hakkı; a) Sunulan işlere girme, b) Bu amaçla üye devletlerin ülkeleri üzerinde serbestçe yer değiştirme, c) Bir iş görmek amacıyla üye devletlerden birinde kalma, d) Bir iş sahibi olduktan sonra söz konusu üye devlette yerleşme, hakkını içermektedir.

Ancak madde 48/4 uyarınca, «kamu idarelerindeki işler» bu hükümlerin uygulama alanı dışında bırakılmıştır.

a) Sunulan işlere serbestçe girme hakkı ve eşitlik ilkesi

Öncelikle hatırlanması gereken Divan'ın Van Duyn¹⁹ kararıdır. Divan bu kararında 48. maddenin «doğrudan uygulanır», nitelikte olduğunu belirtmiştir. Herhangi bir topluluk tasarrufuna gerek olmadan 48. madde üye devletler ve vatandaşlar için hak ve borçlar doğurmaktadır.

Bu durumda üye devlet vatandaşları bu konuda herhangi bir düzenlemeye gerek olmadan başka bir üye devlette sunulan işlere girebilirler. Ancak bu hakkın gerçekleşmesi her şeyden önce vatandaşlık temelinde ayrımlara neden olacak ulusal düzenlemelerin kaldırılmasına bağlıdır.

Bu durum bazı kategori işlerin sadece vatandaşlara ayrılması veya belli bir oranın hasredilmesi şeklinde ortaya çıkabilir.

Bu konuda Divan'ın 4 Nisan 1974 tarihli, Commission des Communautés européennes c/République Française²⁰ kararı örnek olarak verilebilir.

Divan kararında kişilerin serbest dolaşımının topluluğun temellerinden olduğunu ve iş, ücret ve diğer çalışma şartları bakımından üye devlet işçileri arasında ayırım yapılmaması gerektiğini, bu yasağın mutlak niteliği sonucu her devletin diğer devlet vatandaşlarına işe girmeye eşitlik sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir²¹.

Ayırım yasağı ve bunun ortadan kaldırılmasındaki temel amaç so-

19) Bkz. Supra, not: 2.

20) Affaire 167/73, Rec. 1974, s. 359.

21) İbid. Parag. 43.

nucu işe giriş ve diğer çalışma şartlarındaki eşitliğe getirilmiş engel ikincil bir öneme sahip olsa bile kesinlikle yasaktır²².

Olayda sözkonusu olan Fransız Deniz İş Kanunu bu tip bir engel taşımaktadır. Bu durumda Divan Fransa'nın 48. madde doğrultusundaki yükümlülüklerini yerine getirmediğine karar vermiştir.

b) Ayrım Yapılmaması İlkesi

48. Madde'nin temelini ayırım yapılmaması ilkesi oluşturmaktadır. Sunulan işlere serbestçe girebilme hakkı da doğrudan doğruya ayırım yapılmaması ilkesine bağlanmaktadır. Bunun dışında eşit davranma ilkesi de bu kavramın içinde yer almaktadır.

48. Madde doğrultusunda ise «iş, ücret ve diğer çalışma şartlarında» ayırım yapılmaması söz konusudur. Ülkede kalma ve sosyal güvenlikle ilgili herhangi bir düzenleme burada yer almadığından bunlar özel düzenlemelere konu olmuşlardır²³.

1612 sayılı 1968 tarihli tüzük (réglement) bireysel ve toplu iş hukukunu kapsamakta ve işe girişten itibaren eşit davranma ilkesini getirmektedir. Tüzükte sendikal haklarda unutulmamıştır. 312/76 sayılı diğer bir tüzük de sendika yönetimine katılma ve idari görev alabilme hakkını ilave etmiştir.

Divanda konuya ilişkin olarak önüne gelen davalarda Roma anlaşması ile birlikte, özellikle 1612/68 sayılı tüzüğü yorumlayıp uygulamıştır. Burada önemli olan eşit davranma ilkesinin Divan tarafından yorumlanmasıdır. Divan bu ilkeyi vatandaşlara tanınan tüm sosyal hakların diğer üye devlet vatandaşı çalışanlara da tanınması olarak yorumlamakta ve ayırım yasağını sistematik olarak tüm çalışma şartlarını kapsayacak şekilde genişletmektedir.

Divan'ın, 30 Eylül 1975 tarihli Cristini c/Société Nationale des Chemins de fer Français²⁴ kararına göre eşit davranma ilkesi, tüm sosyal ve mali hakların, iş sözleşmesine bağlı olmaksızın, tanınmasını kapsamaktadır²⁵. Olayda söz konusu olan kalabalık ailelere verilen SNCF indirim kartının çalışan eş'in ölümünden sonra da ailesine verilmesine karşılık, bu ayrıcalıktan İtalyan vatandaşı davacının yararlandırılma-

22) İbid.

23) Bu konuların kapsam dışı tutulduğu daha önce belirtilmişti.

24) Affaire 32/75, Rec. 1975, s. 1085.

25) İbid. Parag. 13.

ması çalışanların serbest dolaşımına ilişkin topluluk düzenlemesinin amaç ve ruhuna ters düşmektedir²⁶

13 Şubat 1985 tarihli Gravier c/Ville de Liège²⁷ kararında ise Belçika'nın mesleki formasyon sağlayan eğitimde kendi vatandaşı öğrencilerden almamakla birlikte, yabancı öğrencilerden aldığı bir cins harcı (minerval) Roma Andlaşmasının 7. maddesi uyarınca «vatandaşlık temelinde ayırım yapılmaması» ilkesine aykırı bulmuştur.

Divan 17 Nisan 1986 tarihli Reed²⁸ kararında Roma andlaşmasının 7. maddesinin çalışanların topluluk içinde serbest dolaşımına ilişkin olarak özel ifadesini bulduğunu belirtmiştir.

2 — Serbest dolaşımın sınırları ve istisnası

İşe serbestçe girme hakkı ve eşit davranma ilkesi mutlak nitelikte değildir, birtakım sınırları ve istisnası vardır.

a) Serbest dolaşımın sınırları

Serbest dolaşımın sınırlarından ilki faaliyetin ekonomik niteliği ile ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹.

Divan soruna spor faaliyetleri ile ilgili olarak eğilmiştir. Ekonomik nitelikte olmayan faaliyetler (spor bunlardan biri sayılabilir) doğal olarak andlaşmanın uygulama alanı dışında kalmaktadır.

Ancak, Divan, bisiklet sporuna ilişkin olarak önüne gelen 12 Aralık 1974 tarihli, 36/74 Walrave³⁰ davasında spor faaliyetlerinin Roma andlaşmasının 2. maddesi doğrultusunda bir ekonomik faaliyet oluşturdıkları ölçüde topluluk hukukunun uygulama alanı içinde olduklarına karar vermiştir. Ayrıca, profesyonel veya yarı profesyonel olarak spor faaliyetlerini ücretli olarak sürdüren kişiler tüm üye devletlerde topluluk hukukunun kendilerine tanıdığı haklardan yararlanabilirler.

Divan, 14 Temmuz 1976 tarihli «Dona»³¹ kararında, profesyonel bir kulübün yabancı oyuncu sınırlaması getirmesini aykırı bulmakla birlikte, bunun istisnasının milli takımlar olabileceğini belirtmiştir. Bu

26) İbid. Parag. 16.

27) Affaire 293/83 Rec. 1985, s. 593.

28) Affaire 59/85 (Henüz yayınlanmamıştır).

29) Boulouis, Chevallier, Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes, Tome 2, Dalloz, 1983, s. 90.

30) Ibid.

31) Affaire 13/76, Rec. 1976, s. 1333.

durumda milli takımlara yabancı oyuncu alınmaması veya bunun sınırlandırılması topluluk hukukuna aykırı düşmemektedir.

İkinci bir sorun olarak üye devletlerin ulusal hukuklarındaki farklılıklar gösterilebilir. Üye devletlerin ulusal hukukları arasında tam bir uyum söz konusu olmadığından bir devletten diğerine değişen farklı uygulamalar, uyumsuzluklar görülebilir³².

28 Haziran 1978 tarihli Kenny kararında Divan 7 ve 48. maddelerin bundan doğan farklı davranışları kapsamadığı sonucuna varmıştır. Ancak bu farklı davranışlar ulusal hukukun uygulama alanı içine giren herkese objektif kriterler uyarınca ve vatandaşlık unsuru dikkate alınmadan söz konusu olmalıdır³³.

Serbest dolaşımın diğer bir sınırını da 3. devletlerin vatandaşları oluşturmaktadır. Doğal olarak kişilerin serbest dolaşımı topluluk üyesi devletlerin vatandaşları için söz konusudur. Ancak Toplulukla aralarında ortaklık anlaşması olan 3. devlet bakımından sorun daha çapraşık görünmektedir.

Divan 30 Eylül 1987 tarihli Meryem Demirel C/Ville de Schwü- bisch Gmünd³⁴ davasında Topluluk ile Türkiye arasındaki ortaklık anlaşmasını yorumlayarak Türk vatandaşlarının serbest dolaşım hakkının olmadığı sonucuna varmıştır.

Divan kararında serbest dolaşımın gerçekleştirilmesinde Ortaklık Konseyinin yetkili olduğunu ve bu konuda alınan 19 Eylül 1980 tarihli 1/80 no'lu tek kararın işe giriş şartlarında yeni sınırlamalar getirilmemesi olduğunu³⁵ belirttikten sonra, Ortaklık anlaşmasının 12 ve Katma Protokol'ün 36. maddelerinin incelenmesi sonucu bu metinlerin esasen program hüküm niteliğinde olduğunu ve hükümlerinin işçilerin serbest dolaşımını doğrudan sağlayacak nitelikte yeteri kadar kesin ve kayıtsız olmadıklarını³⁶ karara bağlamıştır.

Bu durumda Ortaklık anlaşmasının 7 ve 12., Katma Protokol'ün 36. maddeleri üye devletlerde doğrudan uygulanabilir nitelikte topluluk hukuku kuralları değildirler.

Divan, ayrıca, «temel haklara saygıyı gözetmekle yükümlü olduğunu, bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi-

32) Boulouis, Chevallier, op. cit. s. 91.

33) Affaire 1/78, Rec. 1978, s. 1489.

34) (Henüz yayınlanmamıştır). Affaire 12/86.

35) İbid. Parag. 21, 22.

36) İbid. Parag. 23.

ne uygunluk denetimi yapmanın kendi yetkisi dışında olduğuna»³⁷ karar vermiştir.

Bu durumda Demirel'in Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvuru hakkı her zaman saklı olmakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın söz konusu Alman yasasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. maddesine aykırılığını tesbit etmesi durumunda, bu karar bireysel düzeyde olduğundan ve topluluk hukukuna hiçbir etkisi olmadığından Türk işçilerinin serbest dolaşımına bir katkısı olması düşünülemez.

Görüldüğü gibi, Divan Türkiye - Avrupa Topluluğu arasındaki ortaklık anlaşmasını yorumlayarak Türk işçilerinin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanır nitelikte olmadığına karar verirken, daha önce malların serbest dolaşımına ilişkin olarak yorumladığı ve olumlu sonuca vardığı Yunanistan ve Portekiz'in ortaklık anlaşmalarına ilişkin içtihatlarından³⁸ tamamen ayrı bir karara varmıştır. Malların serbest dolaşımına ilişkin hükümleri doğrudan uygulanabilir nitelikte bulmak, ancak kişilere ilişkin hükümleri bu nitelikte bulmamanın gerisinde hukukiden ziyade siyasal nitelikte bir kararın yattığını söylemek yanlış olmasa gerek.

b) Serbest dolaşımın istisnası

48. maddenin 4. fıkrası serbest dolaşıma özel bir istisna getirmektedir. Buna göre kamu idarelerindeki işlere 48. madde hükümleri uygulanmayacaktır.

Ancak, Divan içtihatlarıyla bu istisnaya tüm kamu idarelerini kapsayacak şekilde genel bir anlam verilemeyeceği açığa çıkmıştır.

Divan 17 Aralık 1980 tarihli Commission c/Belgique³⁹ kararında söz konusu istisnanın doğrudan veya dolaylı olarak kamu gücünün kullanılmasında ve devletin genel çıkarlarının korunması amacıyla yönelik işlevlerde⁴⁰ söz konusu olacağını belirtmiştir.

48/4'ün getirdiği kamu idaresi kavramının topluluk içinde yorumunun ve uygulamasının tekdüze olması gerektiğinden somut olaylarda ortaya çıkan takdire ve sınırlamaya ilişkin sorunlarda bu kriterlerin varlığı aranmalıdır⁴¹.

37) İbid. Parag. 28.

38) Affaire Haegeman, 30.4.1974 ve Aff. Kupferberg, 26.10.1982.

39) Affaire 149/79, Rec. 1980, s. 3881.

40) İbid. Parag. 10.

41) İbid. Parag. 12.

Divan daha sonraki kararlarında da kamu idaresindeki işin niteliğinde kamu gücünün kullanılması ve devletin genel çıkarlarının korunması amacına yönelik olması kriterlerini arayarak söz konusu davanın 48/4'e dahil olup olmadığını araştırmıştır⁴².

Divan yorumunda 48/4'de yeralan kelimelerin çok ötesine giderek dinamik yorum yöntemini sürdürmüştür. Amaç serbest dolaşımın gerçekleştirilmesinde engellerin ortadan kaldırılmasıdır.

Sonuç

Çalışanların serbest dolaşımı Roma andlaşmasının yanında topluluk yasamasınca da düzenlenmiş ancak bu konuda esas atılım Divan kararları ile olmuştur.

Divan uyguladığı dinamik yorum yöntemiyle serbest dolaşımı Topluluğun temellerinden biri olarak kabul ederek her zaman geniş, sınırlama nedenlerini ise dar yoruma tabi tutmuştur.

Ülke içinde yabancıların durumunun düzenlenmesi devletin temel egemenlik haklarından iken Divan'ın özellikle kamu düzeni kavramına getirdiği sınırlayıcı çerçeve ile bu hak önemli ölçüde aşınmıştır.

Genel olarak, serbest dolaşım ile ilgili Divan kararlarında temel nokta serbest dolaşımında engellerin kaldırılması ve bu alanda kişiye sağlanan hakların vatandaşlık temelinde ayırım yapılmadan tanınmasıdır. Bu alandaki sınırlamaları ve 48/4'ün istisnasını Divan dar yorumlayarak serbest dolaşım hakkının zedelenmemesini sağlamıştır. Esas olan serbest dolaşım hakkının zedelenmemesini sağlamıştır. Esas olan serbest dolaşım hakkının zedelenmemesini sağlamıştır. Esas olan serbest dolaşım hakkının zedelenmemesini sağlamıştır.

Bunun gerçekleştirilmesinde Divan içtihatlarıyla serbest dolaşımın devletler tarafından kısıtlanmasını engelleyerek, topluluk hukukunun diğer alanlarında da olduğu gibi bütünleşmenin temel unsuru olduğunu bir kez daha kanıtlamıştır.

42) Ör. Affaire 66/85, 13. Temmuz 1986 tarihli Lawrie Blum c/ Land Baden-Württemberg Kararı (Henüz Yayınlanmamıştır) Affaire 225/85, 16 Haziran 1987 tarihli Commission c/İtalie kararı (Henüz Yayınlanmamıştır).