

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE SERBEST DOLAŞIM

I. MALLARIN SERBEST DOLAŞIMI

- ☺ Malların serbest dolaşımı dediğimizde, buna ilişkin olarak Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma 'da (ABİHA) özel düzenlemeler yer almaktadır.
- ☺ Malların serbest dolaşımı kapsamında dikkatimizi çeken ilk düzenleme gümrük vergileri ve bu gümrük vergilerine eş etkili vergilerin diğer adıyla harçların kaldırılmasıdır. Bu sayede mallar özgürce AB içerisinde dolaşabilir.
- ☺ Bu kapsamda denilmiştir ki birlik üye devletlerarasında ithalat ve ihracatta gümrük vergilerinin ve bunlara eş etkili vergilerin (Eş etkili vergi: İsmi gümrük vergisi olmamasına ve başka isimle anılmasına ve alınmasına rağmen gümrük vergisiyle aynı etkideki ve benzer nitelikteki vergidir.) tamamını yasaklamıştır.
- ☺ Malların serbest dolaşımında dikkatimizi çeken bir diğer nokta sadece dolaşıma giren malın üye devletlerde üretilmiş olması gerekmektedir.
- ☺ Bunu bir örnekle açıklayacak olursak, bir mal Almanya'da üretiliyor. Almanya'da üretilen mal herhangi bir gümrük vergisine ve eş etkili vergiye tabi olmaksızın Fransa'ya girebiliyor. Aynı şey, Fransa'ya usulüne göre girmiş bir Tunus malı için de geçerlidir. Fransa'ya usulüne göre gelmiş bir Tunus malı Fransa'dan Almanya'ya geçerken yine herhangi bir gümrük vergisine ve eş etkili vergiye tabi olmaksızın içeri girebiliyor.
- ☺ Dolayısıyla aslında 3.ülkelere ilişkin malların da serbest dolaşımı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ama doğrudan doğruya değil, yani AB ülkelerinden herhangi birine girerken gümrük vergisi ve eş etkili vergi alınır, bundan sonra diğer AB ülkelerine geçerken o vergi alınmaz.
- ☺ Alınan gümrük vergisi ve eş etkili vergi alan devlete değil doğrudan doğruya AB'nin kasasına intikal eder.
- ☺ Gümrük vergisinin tespitinde bir sorun olmamakla birlikte eş etkili verginin ne olduğu (kapsamı) konusunda üye devletlerarasında anlaşmazlık ve uyuşmazlık yaşanmıştır. Yaşanan bu anlaşmazlıklar ve uyuşmazlıklar Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) önüne gelmiştir.
- ☺ ABAD' da bu hususta eş etkili vergi kavramının muğlak olduğunu belirtmekle birlikte eş etkili vergi konusunda bir tanım yapmıştır. Bu tanım aynen şöyledir:
- ☺ Herhangi bir devletin yararına tahsil edilmediklerinde, ayrımcı veya koruyucu olmadıklarında ve vergilenen ürün yurt içinde imal edilen bir ürün ile rekabet etmediğinde bile ne kadar küçük olursa olsun, adı ve yöntemi ne olursa olsun sınırdan geçmeleri nedeniyle yurt içi veya yabancı mallar üzerine tek taraflı olarak konulan mali ödenti eş etkili vergidir.
- ☺ Burada dikkat edilmesi gereken yegâne husus sınırdan geçmesi nedeniyle gümrük vergisi dışında üzerinden herhangi bir para talep ediliyor olup olmadığıdır.
- ☺ Bu tanım ile eş etkili vergiyi olabildiğince geniş yorumlamıştır bu sayede üye devletlerin başka isimlerle vergi alımını engellemektedir.
- ☺ Başka bir durum, yine ABİHA 'da düzenlenmiştir. Bu da iç vergileri yasaklamaktadır.
- ☺ İçeriye girmiş herhangi bir mal, başka bir isim altında vergilendirilmeye tabi tutulabilir. İşte AB bunu da yasaklamaktadır. İlgili düzenleme de şöyle denilmektedir:
- ☺ Bir mal, içeriye girdikten sonra hiçbir şekilde iç vergilendirilmeye tabi tutulamaz.
- ☺ Bu iç vergilendirilmeden kastedilen şudur: Fransa'dan gelen otomobil ile Almanya'nın kendisinin ürettiği otomobil arasında içeriye girdikten sonra herhangi bir şekilde vergi alınmaya çalışılırsa bunun yasak olduğunu belirtiyor.
- ☺ Peki, bu yasak nasıl bir yasaktır?
- ☺ Şöyle ki, kendi içerisinde ikiye ayrılır:
 - Doğrudan ayrımcı vergiler
 - Dolaylı ayrımcı vergiler
- ☺ Doğrudan ayrımcı vergilerde, yabancı mal yerli mal karşısında açık bir şekilde dezavantajlı konuma düşürülür.
- ☺ Örneğin içeride üretilen mala herhangi bir vergi koyulmaksızın dışarıdan gelen bir mal iç vergilendirilmeye tabi tutulur.
- ☺ Dolaylı ayrımcı vergilerde ise, yabancı mal ile yerli mal arasında herhangi bir ayırım gözetilmediği şeklinde bir görüntü oluşturulur. Ancak hükmün esası ayrımcılığa dayanır.

- ☺ Örneğin 1600 motor gücüne sahip bir araçlardan 3.000 TL vergi alınmasını 1400 motor gücüne sahip araçlardan ise vergi alınmamasını öngören bir hükmü ele alalım. Burada yerli yabancı ayrımı gözetmediği için herhangi bir ayırım yok gibi gözükmektedir. Ancak detaylı bir incelemeye tabi tutulduğunda Almanya’da 1600 motor gücüne sahip aracın üretilmediği anlaşılmaktadır.
- ☺ Bu iki yasaktan sonra gelen 3.yasak ise miktar kısıtlamaları ve miktar kısıtlamalarına eş etkili tedbirler de yasaktır.
- ☺ Miktar kısıtlaması genellikle kota anlamına gelir. Miktar kısıtlaması yasağından kastedilen herhangi bir kotanın getirilemeyeceğidir.
- ☺ ABİHA.m.34-35 miktar kısıtlaması ve miktar kısıtlamasına eş etkili tedbirlerden bahseder.
- ☺ Miktar kısıtlamasına eş etkili tedbir de muğlak bir tabirdir ve yine bu kavrama bir tanım getiren organ ABAD ’dır.
- ☺ **DASSONVILLE** kararında ABAD şöyle bir tanımlama yapmıştır:
- ☺ Üye devletler tarafından uygulanan ve topluluk içi ticareti doğrudan veya dolaylı hâlihazırda veya potansiyel olarak etkilemeye uygun tüm ticari kurallar miktar kısıtlamasına eş etkili tedbirdir.
- ☺ ABAD ’ın miktar kısıtlamasına eş etkili tedbiri bu kadar geniş yorumlaması birtakım problemleri de beraberinde getirmiştir çünkü bazı ticari kurallar gerçekten sadece ayrımcılık yapmak amacıyla değil, pazarı korumak, kendi ekonomisini korumak veya arkeolojik sanatsal değerleri korumak amacıyla da getirilmiş olabilir.
- ☺ Peki, ABAD miktar kısıtlamasına eş etkili tedbiri neden bu kadar geniş yorumlamıştır?

(1974 – DASSONVILLE KARARI)

- ☺ ABAD iç pazarı kurulmasını sağlamak adına bu kadar geniş yorumlamıştır.
- ☺ Bu kadar geniş yorumlamasına rağmen yine de miktar kısıtlamasına eş etkili tedbirden kastedilen anlaşılamamaktadır.
- ☺ Aslında miktar kısıtlamasına eş etkili tedbirden kastedilen, üye devletlerin bazen yabancı ürünler ile yerli ürünler arasında fark yaratacak birtakım ticari kurallar getirmesidir.
- ☺ Örneğin DAIKIN marka klimaların Fransa’ya girebilmesi için ön koşul olarak bu klimaların acente kurması gerektiği söyleniyor.
- ☺ Şimdi burada AB’nde iç pazar mantığı ile yorumlarsak bu uygulama miktar kısıtlamasına eş etkili tedbirdir. Bu uygulamayı kendi ülkesinde bulunan mallar için ön koşul olarak getirse dahi iç malın dış mala nazaran bu kuralı yerine getirmesi daha kolaydır.
- ☺ Veyahut yedek parça hizmetini de ön koşul olarak öne sürmesi buna örnek gösterilebilir.
- ☺ Özel ödeme koşulları öngörmesi de buna örnek gösterilebilir.
- ☺ Miktar kısıtlamasına eş etkili tedbirler de kendi içerisinde ikiye ayrılır:
 - Doğrudan ayrımcı tedbirler
 - Dolaylı ayrımcı tedbirler
- ☺ Doğrudan ayrımcı tedbirler, vergi hususunda söylendiği gibi bakıldığı zaman yerli ve yabancı ürüne ilişkin getirilen kural arasında net bir fark olup dışarıdan getirilen mal dezavantajlı konuma girmiş ise buna doğrudan ayrımcı tedbirler denir.
- ☺ Eğer ilk anda bakıldığında, iki ürün arasında herhangi bir fark yaratmayacak ticari bir kural gibi görünüp ama aslında dışarıdan gelen malı dezavantajlı konuma düşürüyor ise buna da dolaylı ayrımcı tedbirler denir.
- ☺ Doğrudan ayrımcı tedbirlerin tespitinde herhangi bir sorun yoktur.
- ☺ Dolaylı ayrımcı tedbirlerin tespitinde ise temel kıstas şudur, getirilen kural hem yerli ürüne hem de yabancı ürüne getirilmiştir ancak klima örneğinde olduğu gibi bu kural yerli ürüne kıyasla yabancı ürün için daha büyük bir külfet teşkil etmesi halinde dolaylı ayrımcı tedbirler söz konusudur.
- ☺ Ancak söylemiş olduğumuz bu yasağa ilişkin olarak ABİHA ’da öngörülmüş bir istisna düzenlemesi vardır.

(ABİHA.m.36)

- ☺ Az önce söylenilen yasağa ilişkin hükümler eğer kamu ahlakı, kamu düzeni, kamu güvenliği, kişi ve hayvan sağlığının korunması veya bitkiler, sanat, tarih ve arkeolojik değerler olan ulusal servetlerin veya ticari ve sınai mülkiyetin korunması amacıyla getirilmiş bir düzenleme ise yasak sayılmaz.
- ☺ Bu hüküm tahdidi bir hükümdür.
- ☺ Tahdidi: Sınırlı sayıda, sayımı yapılmış ve genişletilemez
- ☺ Tadadi: Yorumu açık ve genişletilebilir

- ☺ Bu hükmün doğrultusunda uyuşmazlık halinde kuralı getiren üye devlet m.36'daki sebeplerden herhangi biri veya birilerini gerekçe göstererek kuralı getirdiğini ve getirdiği kural ve korumak istediği menfaatin orantılı olduğunu ispat etmek zorundadır.
- ☺ Buna örnek olarak, iki hayat kadınının Belçika'da yaşamak istemesinin ele alındığı davada Belçika, kamu ahlakı nedeniyle bu iki hayat kadınının ülkeye girişine izin vermemiş ancak bu yasağın divana taşınması üzerine divan bu yasağı koyamayacağını, çünkü Belçika'da da devletin izin verdiği hayat kadınlarının çalıştığı evler olması nedeniyle bu yasağın orantılı olmadığını belirtmiştir.

07.03.2017

- ☺ Daha önce de belirtildiği üzere bizim için en önemli kurum ABAD'dır; çünkü malların serbest dolaşımı kapsamında getirilen yasakların kapsamı muğlaktır.
- ☺ İlgili maddelerden de mahiyeti anlaşılmadığı için bunların mahiyeti üye devletlerarasında çıkan uyuşmazlık sonucunda oluşan davada ABAD'ın verdiği karara göre onun yorumlamasına bakılarak netlik kazanmaktadır.
- ☺ Şimdi bu minvalde divanın bu konulara olan yaklaşımını inceleyelim:
- ☺ Gümrük vergisinden ne anlaşılmaması gerektiği hususunda uyuşmazlık yoktur ancak gümrük vergisine eş etkili vergi denildiği zaman ne anlaşılmaması gerektiği muğlaktır.
- ☺ Gümrük vergisine eş etkili vergiden ne anlaşılmaması gerektiği Statiscal Levy Davası'nda açıklanmıştır.
- ☺ Herhangi bir devletin yararına tahsil edilmediklerinde, ayrımcı veya koruyucu olmadıklarında ve vergilenen ürün yurt içinde imal edilen bir ürün ile rekabet etmediğinde bile ne kadar küçük olursa olsun, adı ve yöntemi ne olursa olsun dışarıdan gelen malı sadece sınırdan geçmeleri nedeniyle yurt içi veya yabancı mallar üzerine tek taraflı olarak konulan mali ödenti eş etkili vergidir.
- ☺ Bu tanımda dikkatimizi çekmesi gereken iki husus vardır:
 - Adı ve yöntemi ne olursa olsun
 - Sınırdan geçmesi nedeniyle tek taraflı alınan mali ödenti
- ☺ Bu noktada "sınır" kavramından ne anlaşılmaması gerektiği tartışma konusu olmuştur.
- ☺ Bir kesim demektedir ki burada sınır kavramından kastedilen ulusal sınırlardır, diğer kesim ise bölgesel sınırların da yasağa dâhil olduğunu söylemektedir.
- ☺ Şimdi bu hususu ve malların serbest dolaşımına ilişkin diğer yasaklar hususunda divanın önüne gelen davaları ve divanın bu husustaki tutumunu inceleyelim.
- ☺ **Örnek Dava 1:** Almanya'dan Fransa'nın deniz aşırı bölgesi olan Réunion'a ithal edilen bir ürün var ve Almanya'dan bu bölgeye gelen mallardan rıhtıma geldikleri anda rıhtım ücreti tahsil edilmiştir ama o bölgede üretilen mallardan bu ücret alınmamıştır. Bu husus, gümrük vergisine eş etkili vergi olduğu gerekçesiyle divanın önüne gelmiştir.
- ☺ **Karar:** İlgili hükümde "sınır" kavramının bölgesel ve ulusal olduğuna dair bir ibare yoktur ve "sınır" kavramından anlaşılmaması gereken hem bölgesel sınır, hem de ulusal sınırdır.
- ☺ **Örnek Dava 2:** Belçika ülkesine giren elmaslardan vergi almaktadır. Belçika hükümeti bu vergiyi kendi yararına almadıklarını, vergiyi almasının sebebi olarak da elmas sektöründe çalışan işçilerin sosyal güvenliklerini artırmak istediklerini açıklamıştır.
- ☺ **Karar:** İlgili hükümde herhangi bir devletin yararına tahsil edilmediklerinde bile ve ayrımcı veya koruyucu olmasa bile sınırdan geçmesi sebebiyle mallar üzerine konulan tek taraflı ödenti eş etkili vergidir denilmektedir.
- ☺ **Örnek Dava 3:** Gingerbread Davası: Bu ekmek hem Lüksemburg'da hem de Belçika'da üretilmekte, tüketilmekte ve aynı zamanda yurt dışından ithal de edilmektedir. Bu ekmeğin mayasında kullanılan maya çok özel bir maya ve o mayadan vergi tahsil edilmektedir. Belçika ve Lüksemburg dışarıdan getirilen bu ekmeklere vergi koymuştur ve sebebini şöyle açıklamıştır: "Ben bu ekmeğin mayasından zaten vergi almaktayım. Dışarıdan gelen ekmek hazır olduğu için bu sebeple vergi alamamaktayım. Dolayısıyla fiyatlarını eşitlemek zorundayım".
- ☺ **Karar:** İlgili hükümde "vergilenen ürün yurt içinde imal edilen bir ürün ile rekabet etmediğinde bile sınırdan geçmesi sebebiyle alınan tek taraflı olarak alınan tek taraflı mali ödenti gümrük vergisine eş etkili vergidir" denilerek bu verginin alınmasını engellemiştir.
- ☺ Şimdi de iç vergilerin kaldırılmasından bahsedelim.
- ☺ İç vergilendirme hususunda ilgili maddede şöyle bir tanım yapılmaktadır: "Hiçbir üye devlet, diğer üye devletlerin ürünlerine, niteliği ne olursa olsun, benzer yerli ürünlere doğrudan veya dolaylı olarak uygulananlardan daha yüksek iç vergileri uygulayamaz".
- ☺ Madde metnine baktığımız zaman aslında kafamızı karıştıran üç nokta bulunmaktadır:
 - Benzer yerli ürün

→ Doğrudan uygulama

→ Dolaylı uygulama

- ☺ Benzer yerli ürün ile kastedilen nedir? Bir ürünün benzeri içerik olarak birbirinin aynı olan mıdır, yoksa kullanım açısından birbirini ikame eden midir? Şimdi bu hususta divana gelen davaları inceleyelim.
- ☺ **Örnek Dava 4:** AB Komisyonu, Danimarka aleyhine dava açmıştır. Bu davanın konusu şudur: “Danimarka üzümünden imal edilen şaraplardan iç vergi almaktadır ama meyveden imal edilen şaraplardan daha az iç vergi almaktadır”.
- ☺ **Karar:** Danimarka’nın yapmış olduğu vergilendirme, iç vergilendirmeye aykırıdır. Çünkü üzüm şarabı ve meyve şarabı benzer ürün kategorisindedir.
- ☺ Tüketici açısından birbiri yerine ikame edilebilen ve hatta rekabet edebilen iki ürün benzer üründür.
- ☺ **Örnek Dava 5: Tobacco Davası:** AB Komisyonu, Fransa aleyhine dava açmıştır. Bu davanın konusu şudur: “Fransa sigaralar arasında yoğun tütünlü ve hafif tütünlü diye bir ayırım yapmaktadır ve yoğun tütünlü sigaralardan hafif tütünlü sigaralara göre daha az iç vergi almaktadır.
- ☺ **Karar:** Bu ürünler benzer ürünlerdir ve bu sebeple bu ürünler arasında bu tür bir iç vergilendirme yapılamaz.
- ☺ **Örnek Dava 6: Johnnie Walker Davası:** Danimarka’nın viskiye uyguladığı iç vergi ile meyve şarabına uyguladığı iç vergi arasında uçurum bir fark bulunmaktadır. Viskiden çok yüksek oranda iç vergi alırken meyve şaraplarından çok düşük miktarda iç vergi almaktadır. Detaylı bakıldığında viskinin Danimarka’ya dışarıdan geldiği, viskinin ise içeride üretildiği gözlemlenmektedir.
- ☺ **Karar:** Viski ve meyve şarabı benzer ürün değildir. Biri meyveden üretilmekte iken, diğeri arpa veya buğday veya tahıldan üretilmektedir. Biri damıtma ile üretilirken diğeri mayalanma ile üretilmektedir. Tat ve alkol oranı açısından da farklıdır. Bu ikisi benzer ürün olmadığı için benzer ürünlere ilişkin iç vergilendirme yasağına tabi tutulamaz.
- ☺ Bu hususun dışında doğrudan ayırmacı iç vergilendirme söz konusudur. Şimdi bu hususlara ilişkin olarak divanın önüne gelen davaları inceleyelim.
- ☺ **Örnek Dava 7:** Almanya ithal edilen süt tozuna iç vergi koymaktadır ancak ülke sınırları içerisinde imal edilen süt tozuna herhangi bir iç vergi koymamaktadır.
- ☺ **Karar:** Doğrudan ayırmacı bir uygulamadır ve yasaktır.
- ☺ **Örnek Dava 8:** Farz edelim ki, Almanya hem dışarıdan gelen süt tozundan hem de ülke sınırları içerisinde üretilen süt tozundan iç vergi alsın. Dışarıdan gelen süt tozundan tedrici (katmanlı) vergi alsın, ama ülke sınırları dâhilinde üretilen süt tozundan meblağa (matraha) göre vergi alsın.
- ☺ **Karar:** Verginin alınması dışında verginin hesaplanması hususunda uygulanan sistem farklılıkları da iç vergi hususunda doğrudan ayırmacı uygulamadır ve bu bağlamda yasaktır.
- ☺ **Örnek Dava 9:** İrlandalı üreticilerin iç vergilerini ödemesi için 24 ay süre tanıyan İrlanda hükümeti aynı iç vergiyi ödemesi için dışarıdan gelen ürüne 12 ay süre tanımıştır.
- ☺ **Karar:** Verginin alınması ve verginin hesaplanması dışında ödeme süresinin tayin edilmesi hususunda uygulanan sistem farklılıkları da iç vergi hususunda doğrudan ayırmacı uygulamadır ve bu bağlamda yasaktır.
- ☺ Bu hususun dışında dolaylı ayırmacı iç vergilendirme söz konusudur. Şimdi bu hususlara ilişkin olarak divanın önüne gelen davaları inceleyelim.
- ☺ **Örnek Dava 10:** Fransa 1600 motor gücü ve bunun altındaki arabalara 1100 frank; 1600 motorun üzerindeki araçlara ise 1100 frank iç verginin yanında 5000 frank özel bir iç vergi koyuyor. Detaylı incelendiğinde Fransa’da 1600 motor gücünün üzerindeki aracın neredeyse hiç üretilmediği gözlemleniyor.
- ☺ **Karar:** Dolaylı ayırmacı bir iç vergilendirmedir ve ilgili kural iç vergilendirme yasağına tabidir.
- ☺ **Örnek Dava 11:** Tobacco Davası’nda detaylı inceleme yapıldığında anlaşılıyor ki Fransa, hafif tütünlü sigaraları dışarıdan ithal etmektedir. Fransa’da üretilen sigaraların hepsi yoğun tütünlü sigaralardır.
- ☺ **Karar:** Bu bağlamda aynı zamanda dolaylı ayırmacı bir iç vergilendirmedir ve bu sebeple iç vergilendirme yasağına ilişkin kurala tabidir.
- ☺ Şimdi de miktar kısıtlamaları ve miktar kısıtlamalarına eş etkili tedbirden bahsedelim.
- ☺ Miktar kısıtlamasının (kota) mahiyeti hususunda herhangi bir uyumsuzluk yok iken miktar kısıtlamasına eş etkili tedbirin ne olduğu hususu tartışılmış, divan bunu DASSONVILLE kararında yorumlamış ve fakat çok geniş yorumlamıştır.
- ☺ Şimdi bu yorumda geçen ifadelerin mahiyetinden bahsedelim.
- ☺ Miktar kısıtlamasına eş etkili tedbirin açıklandığı davayı inceleyelim.
- ☺ **Örnek Dava 12: Dassonville Davası:** İskoç bir viski firması Fransa’da pazar oluşturmak istemiştir. Bu sebeple viskiyi Fransa’ya, diğer devletlere sattığından çok daha ucuza satmıştır. Belçikalı ithalatçılar bunu öğrenmişler ve viskiyi doğrudan İskoç firmasından almak yerine Fransa’dan almaya başlamışlar. Bunu

öğrenen Belçika hükümeti bundan sonra ülkeye viski sokulurken menşei belgesini (üretim belgesi) talep eden bir hüküm getirmiştir.

- ☺ **Karar:** Bu uygulama ticareti zorlaştırıcı bir hükümdür ve bu bağlamda eş etkili tedbir yasağına tabidir.
- ☺ Üye devletler tarafından uygulanan ve topluluk içi ticareti doğrudan veya dolaylı hâlihazırda veya potansiyel olarak etkilemeye uygun tüm ticari kurallar miktar kısıtlamasına eş etkili tedbirdir.
- ☺ Madde metnine baktığımız zaman dikkatimizi çeken bir husus var:
 - Ticari kurallar
- ☺ Miktar kısıtlamasına eş etkili tedbirde yasak olan husus ticari kurallardır. Bunlar ne olabilir?
- ☺ Divan önüne gelen davalar ile ticari kuralların (menşe belgesi vb.) ne olduğunu açıklamaya çalışmıştır.
- ☺ Şimdi bu davaları inceleyelim.
- ☺ **Örnek Dava 13: Buy Irish Davası:** Bu davada hikâye şundan ibarettir: “ İrlanda yerli malların satışına ilişkin bizdeki yerli malı haftasına benzer bir kampanya başlatmıştır. Hatta bu kampanyayı başlatan İrlanda hükümeti değil hükümet tarafından öngörülen bir kurumdur, o kurum tarafından organize edilmiştir. Denilmiştir ki: “ Bu kampanya çerçevesinde kimse yabancı ürün almayacak, herkes yerli ürün alacak “.
- ☺ **Karar:** Getirilen bu ticari kural yerli ürün ile yabancı ürün arasında ticareti engelleyecek bir özelliğe sahiptir ve 34 ve 35.maddeler kapsamında eş etkili tedbir yasağına tabidir.
- ☺ **Örnek Dava 14:** Danimarka’nın sadece binde üçünü oluşturan bir bölge var ve bu bölgede öngörülen bir ulusal ticari kural var. Bu kural divanın önüne gelmiştir.
- ☺ **Karar:** Getirilen ticari kuralın, o kuralın getirildiği tüm ülkede uygulanması gerekmez. Belli bir bölgeye tabi olarak uygulanan ancak ticareti engelleyen tüm ticari kurallar 34 ve 35.maddelere aykırıdır. Bunun bir diğer sebep olarak ilgili hükümde geçen “potansiyel” kavramının bu minvalde değerlendirilmesidir.
- ☺ Şimdi de miktar kısıtlamasına eş etkili tedbirde doğrudan ayırıcı ticari kuralları inceleyelim.
- ☺ **Örnek Dava 15: Irish Souvenir Davası:** İrlanda yurt dışından gelen hediyelik eşyalara mutlaka üzerine yabancıdır ibaresinin konulmasını ve bunun görünür bir yerde olmasını istemiştir.
- ☺ **Karar:** Bu ticari kural ile üreticiye hem etiketlemek suretiyle üretimde ekstra yük getirilmiştir, hem de alıcıya yabancı mal üzerinde olumsuz bir imaj oluşturarak alımını engellemeye sebebiyet verilmiştir. Doğrudan ayırıcı bir ticari kuraldır ve bu kapsamda 34 ve 35.maddelere aykırıdır.
- ☺ **Örnek Dava 16:** Almanya ithal edilen vermut içkisine ilişkin minimum alkol oranı belirlemiştir. Denilmiştir ki: “ Bundan sonra Almanya’ya gelecek olan vermut içkilerinde %10 oranında alkol olacaktır, daha yüksek olursa içeriye giremez”.
- ☺ **Karar:** Doğrudan ayırıcı bir ticari kuraldır ve 34 ve 35.maddeler kapsamında yasaktır.
- ☺ **Örnek Dava 17:** İngiltere, ithal belgeler üzerine menşe belgesini gösteren yazılar yazılmasına karar vermiştir.
- ☺ **Karar:** Doğrudan ayırıcı bir ticari kuraldır ve 34 ve 35.maddeler kapsamında yasaktır.
- ☺ Şimdi de miktar kısıtlamasına eş etkili tedbirde dolaylı ayırıcı ticari kuralları inceleyelim.
- ☺ **Örnek Dava 18:** Belçika demiştir ki: “ Benim vatandaşım alışveriş yaparken margarin ve tereyağını hep karıştırıyor. O yüzden bundan sonra margarinler küp küp paketlenecek ve satılacaktır”.
- ☺ **Karar:** Bu ticari kural ile yerli üretici ile yabancı üretici arasında ticareti engelleyici bir kural öngördüğü için dolaylı ayırıcı bir ticari kuraldır ve bu kapsamda 34 ve 35.maddeler kapsamında yasaktır.
- ☺ **Örnek Dava 19:** Edam Fransa’da peynirler için kullanılan çok ünlü bir kelimedir. Fransa şöyle bir düzenleme getirmiştir: “ Bundan sonra Edam kelimesini içinde %40 süt olmayan peynirler kullanamaz”.
- ☺ **Karar:** Bu ticari kural ile yerli üretici ile yabancı üretici arasında ticareti engelleyici bir kural öngördüğü için dolaylı ayırıcı bir ticari kuraldır ve bu kapsamda 34 ve 35.maddeler kapsamında yasaktır.

14.03.2017

- ☺ Şimdi de miktar kısıtlaması ve miktar kısıtlamasına eş etkili tedbire ilişkin istisna hükmü inceleyelim.
- ☺ Az önce söylenilen yasağa ilişkin hükümler eğer kamu ahlakı, kamu düzeni, kamu güvenliği, kişi ve hayvan sağlığının korunması veya bitkiler, sanat, tarih ve arkeolojik değerler olan ulusal servetlerin veya ticari ve sınai mülkiyetin korunması amacıyla getirilmiş bir düzenleme ise yasak sayılmaz.
- ☺ Şimdi de bu istisna hükmüne ilişkin divan önüne gelen davaları ve divan kararlarını inceleyelim.
- ☺ **Örnek Dava 20: Henn - Darby Davası:** Bu davada İngiltere, Hollanda’dan gelen müstehcen dergilerin kendi kamu ahlakına ters düştüğü için ülkeye girişini yasaklamıştır.
- ☺ **Karar:** Benzer dergilerin İngiltere’de de basılması sebebiyle 36.maddede yer alan ve iddia edilen kamu ahlakı ilkesi bağlamında orantılılık olmadığı için getirilen yasak 34 ve 35.maddelere aykırılık teşkil eder.
- ☺ **Örnek Dava 21:** İngiltere yürürlükten kalkan gümüş madeni paraların ülkeden çıkarılarak eritilmesinin kamu düzenine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Çünkü kullanılmayan bu gümüş paraların ticareti yapılıyor.
- ☺ **Karar:** Divan “para basma hakkının” korunması için İngiltere’nin bu talebini haklı bulmuştur.

- ☺ **Örnek Dava 22:** İrlanda petrol satıcılarına şöyle bir koşul getirmiştir: “ İstedığınız yerden petrol ithalatı yapabilirsiniz ama alacağınız petrol miktarının %30’unu benim tesisimden almak zorundasınız. Çünkü petrol ve petrol satışı bir ülkenin en önemli kazanç kaynaklarından bir tanesidir ve hayati önem taşımaktadır. O yüzden benim rafinerimin ürünlerinin satılması için zorunlu olarak bu kuralı getiriyorum. Aksi halde kendi üretimim benden petrol almaz ise petrol üretimim durur, benim petrol üretimimin durması da kamu güvenliğini olumsuz etkileyecektir”.
- ☺ **Karar:** Divan bu gerekçeyi haklı bulmuştur.
- ☺ **Örnek Dava 23:** İngiltere, kümes hayvanlarında yaygın bir hastalığın çıktığı bir dönemde (newcastle hastalığı) diyor ki: “ Ben bundan sonra bu hastalıktan etkilenen hayvanların etlerinin ve sütlerinin ülkeme girişini yasaklıyorum. İnsan sağlığının korunması adına ben bunu yapmak zorundayım. İrlanda ve Danimarka hariç diğer bütün ülkelerden kümes hayvanlarının ithalatını durduruyorum”.
- ☺ **Karar:** Divan ilk başta bu gerekçeyi haklı bulmuştur ancak detaylı olarak incelediğinde İngiltere’nin amacının gittikçe artan, Fransa’dan kümes hayvanı ithalatını engellemek olduğunu fark etmiştir. Hatta İngiltere bu hastalık ortaya çıkmadan daha önce Fransa’ya birtakım koşullar sunmuş ve Fransa bu koşullara uyup kümesleri revize etmiştir. Bu sebeple bu talep reddedilmiştir.
- ☺ **Örnek Dava 24:** Almanya şöyle bir düzenleme getirmiştir: “ Bundan sonra Almanya’da bira sadece arpadan yapılan bira ithal edilebilir ama arpa dışına herhangi bir üründen yapılan (mısır, buğday, pirinç veya darı) biralar insan sağlığı açısından zararlı olduğu için Almanya’ya ithal edilemeyecektir”. Almanya bu yasağı getirmiş ama bu ürünlerin başka içeceklerde kullanılması açısından bir yasak getirilmemiştir.
- ☺ **Karar:** Divan bu gerekçeyi reddetmiştir.
- ☺ Divan artık bir yerde uyanıyor. Daha doğrusu uyandırılıyor.
- ☺ Daha önce de bahsedildiği üzere Dassonville kararında çok geniş bir yorumlama göstermişti.
- ☺ Bazen üye devletlerarasındaki ticari kurallardaki farklılık gerçekten mecbur olduğu için de ortaya çıkabilir.
- ☺ Çünkü her devletin kendi kurallarını belirleme yetkisi vardır.
- ☺ Bir üye devlet ne zaman kendi kuralını bırakıp AB’nin kuralına uymak zorundadır?
- ☺ Kural olarak bir alanda AB tarafından henüz el atılmamışsa (düzenlenmemiş ise) o alanda kural koyma yetkisi üye devlete aittir.
- ☺ Ne zaman AB o alanda uyumlaştırma yaparsa o zaman üye devletler o alandaki kural koyma yetkisini kaybeder.
- ☺ İşte divanın uyandırıldığı nokta burasıdır.
- ☺ Bazen bu ticari kurallara ilişkin öyle alanlar var ki henüz herhangi bir uyumlaştırma yapılmamış ve dolayısıyla üye devlet diyor ki “ Dur, daha o alanda uyumlaştırma yapılmamış, dolayısıyla söz sahibi yani kanun koyucu benim. Sen hâlihazırda veya potansiyel olarak diyerek daha uyumlaştırma yapılmamış dolayısıyla senin tekelinde olmayan bir konuyu kendi tekelinde sayamazsın”.
- ☺ Şimdi bizim için en önemli dava, AB ve iç pazar denilince en ünlü olan dava Cassis de Dijon Davası’dır.
- ☺ Almanya ve Fransa arasındaki bir sorundan ortaya çıkmıştır.
- ☺ Almanya demiştir ki: “ %25’in altında alkol içeren meyve likörleri benim ülkeme giremez”.
- ☺ Sebep olarak da şunu söylemektedir: “ Alkol oranı az olursa insanlarda bağışıklık yapar, her gün daha fazla içmek isterler, ben insanların sağlığını korumak zorundayım”.
- ☺ Aynı zamanda %25’in altında alkol içermesi sahte ispirto ile sahte alkolün üretimini de kolaylaştırmaktadır.
- ☺ Cassis de Dijon da %25’in altında alkol içermektedir ve Almanya’nın bu kararı sebebiyle ülkeye giremiyor.
- ☺ Bunun üzerine Fransa, Almanya’nın öngördüğü bu yasağın antlaşmanın 34.maddesine aykırı olduğunu öne sürmüştür ve burada dolaylı bir ayrımcılık olduğunu iddia etmiştir.
- ☺ Almanya savunma yaparken düşük alkol oranının alışkanlık yapacağını, tüketicileri daha fazla alkol tüketmeye yönelteceğini ve bu sebeple yasakladığını söyler.
- ☺ İşin ilginç tarafı Almanya’da o dönemde serbestçe pazarlanan ve hafif alkol oranına sahip alkollü içkiler olduğu gibi alkolün çok yüksek oranda yer aldığı içecekler de mevcuttur.
- ☺ Divan burada Almanya’nın amacına çok farklı şekilde ulaşabileceğini, malın içeriye girmesini engellemek yerine üstüne %25’in altında alkol bulunduğunu ve bağışıklık yaptığının yazılabileceğini ve buna rağmen tercih edilmesi halinde sorumluluk alanının dışına çıktığını, insan sağlığının korunması adına gerekeni yaptığını söyler. Dolayısıyla yasaklamanın doğru olmadığını söyler.
- ☺ Dolayısıyla divan burada Fransa’yı haklı bulmuştur ama bir husus dikkatini çekmiştir.
- ☺ Divan bu kararda demiştir ki: “ Aslında burada aynı kural yerli ve yabancı ürüne aynı şekilde uygulanmıştır, sadece üye devletlerin mevzuat farklılıkları nedeniyle piyasaya dahi giremiyor, dolayısıyla burada ayrımcılık aslında yoktur, sadece mevzuat farklılıkları vardır”.

- ☺ Ve divan Cassis de Dijon Kararı ile bazen malların mevzuat farklılıklarından dolayı serbest dolaşıma giremediğini fark etmiştir.
- ☺ Burada mal içeriye alınmadığı için dolaylı bir ayrımcılık yok, aslında ayrımcılık da yok; sadece mevzuat farklılıklarından kaynaklanan bir sebep var.
- ☺ Divan burada şu hususu fark ediyor: Bazen bir mal sınırdan geçirilmemesi suretiyle de serbest dolaşıma engel olunabilir.
- ☺ Divan burada şöyle bir taktik uygulamıştır:
- ☺ Üye devletler divandan dolaylı ayrımcılık kararının çıkmasını bekliyor.
- ☺ Divan ise bu kararda iki tane doktrin yaratıyor. Bu karar da uygulamıyor (üye devletleri hazırlamak için):
- Zorunlu (Emredici) Gereklilikler Doktrini
- Karşılıklı Tanıma Doktrini
- ☺ Zorunlu gereklilikler için denilebilir ki; daha önceden de belirtildiği üzere m.36 istisna hükmü ama tahdidi.
- ☺ Yani sınırlı sayıda ve bunların dışına çıkılamıyor.
- ☺ Ama divan Cassis de Dijon 'da fark etti ki bazen mallar mevzuat farklılığından dahi pazara giremiyor.
- ☺ Bu sebeple malların serbest dolaşımı engelleniyor.
- ☺ İşte bu mevzuat farklılıklarından kaynaklanan durumlarda eğer üye devletler belli durumların varlığını ispatlar ise divan bunu kabul edeceğini belirtmiştir. Yani ürünün pazara girmesini ben de engelleyeceğim diyor.
- Tüketicinin Korunması
- Kamu Sağlığının Korunması
- Ticaret Engelleri
- Çevrenin Korunması
- Vb. (tadadi hükmüdür, artırılabilir)
- ☺ Aynı m.36 kapsamında olduğu gibi bir istisna hükmü yaratılıyor ancak bunu divan yaratıyor.
- ☺ Zorunlu gerekliliklerin uygulanabilmesi için orantılılık ve gereklilik ilkesine uygun olması gerekir.
- ☺ Karşılıklı tanıma ile de aslında bir üye devletin kurallarına uygun olarak üretilip piyasasında satılan her mal başka bir üye devlette de satılır, o pazara girebilir diyerek mevzuat farklılıklarını aşmaya çalışıyor.
- ☺ Ana kural karşılıklı tanıma doktrini, istisna hükmü ise zorunlu (emredici) gereklilikler doktrindir.
- ☺ Madde 36 kapsamındaki sınırlamalar miktar kısıtlamalarına eş etkili tedbirlerden doğrudan ayrımcı uygulamalara ilişkin iken, zorunlu gereklilikler ise sadece dolaylı ayrımcı uygulamalarda uygulanabilir.
- ☺ Divanın bu iyiniyeti üye devletler tarafından had safhada kötüye kullanılıyor.
- ☺ Üye devletler divan tarafından yaratılan zorunlu gereklilikler doktrinine sığınarak doğrudan ve dolaylı ayrımcı uygulamalar içerisine girmeyen ve mevzuat farklılığından doğan her ürün için zorunlu gerekliliklere dayanmaya çalışıyorlar.
- ☺ **Örnek Dava 25:** Cassis davasını onaylayan ilk davada İtalyan yasalarına göre İtalya'da yalnızca şarabın fermantasyonundan elde edilen sirke satılıyor. Mutlaka şarabın fermantasyonundan elde edilecek. Bunun dışındaki sirke satışlarının (elma, üzüm vb.) hepsi yasaktır. Almanya'dan ithal edilen elma sirkelerinin satışını da bu yüzden yasaklamıştır. İtalya'nın buradaki gerekçesi ise tüketici hakları ve tüketici sağlığının korunmasıdır.
- ☺ **Karar:** Konu divanın önüne gelince divan da Cassis de Dijon davasındaki ilkeleri uygulayarak diyor ki: “ Burada İtalya'nın istediği amaç ve uygulamak istediği araç orantılılık ilkesine aykırıdır. Bunun yolu bu değildir. Üstüne yazı yazılması suretiyle tüketici bilinçlendirilebilir”.
- ☺ Divanın zorunlu gereklilikler hususunda verdiği kararlara dikkat edecek olursak sosyal, kültürel ve hatta dilsel etkenleri de göz önüne aldığı görülmektedir.
- ☺ Muğlak bir ifade olduğu için açıklanmaya muhtaçtır.
- ☺ **Örnek Dava 26: Cinetheque Davası:** Fransız hukukuna göre Fransız filmleri gösterime başladıktan en az 12 ay sonra videokasetler halinde pazarlanabilmektedir. Bu da iki ülke arasında uyuşmazlığa sebep oluyor.
- ☺ **Karar:** Divan sinema endüstrisi ve kültürel faaliyetlerin desteklenmesi adına Fransa'nın bu uygulamasını haklı bulmuştur ve zorunlu gereklilik diyerek istisna kapsamında kabul etmiştir.
- ☺ **Örnek Dava 27: Sunday Trading Davası:** Pazar günü ticareti manasına gelmektedir. Burada da İngiltere'de Pazar günleri dükkânların açılması yasaktır ama yabancı bir markanın bir mağazası pazar günü işyerini açıyor. Bunun üzerine dava açılıyor.
- ☺ **Karar:** Açılan davada divan bu uygulamayı zorunlu gereklilik olarak kabul ediyor ve İngiltere'nin sosyo – kültürel yapısının korunması açısından pazar günleri dükkânların kapalı olmasını haklı buluyor ve bu uygulamayı istisna kapsamında kabul ediyor.
- ☺ Zorunlu gerekliliklere ilişkin davalarda divanın dolaylı ayrımcı uygulamalara ilişkin yeknesak bir yorum yapmadığı gözlenmektedir.

- ☺ O yüzden her davayı olay ve şartlara göre yorumladığı ve bu sebeple tutarsız kaldığı kabul ediliyor.
- ☺ Cassis de Dijon davasında ele aldığı iki doktrinin antlaşmalarda yer almaması sebebiyle divanın kanun koyucu gibi hareket ettiği yani aktivist bir tutum benimsediği yönünde üye devletler tarafından eleştiriler vardır.
- ☺ Bunun yanı sıra diğer sorun divanın yaptığı açıklamalarda soyut kalması ulusal mahkemelerin divana başvurmadan karar vermesini engelliyor ve divanın iş yükünü artırıyor.

21.03.2017

- ☺ Şimdi yeni bir davadan ve bu davada divanın vermiş olduğu karardan bahsedelim.
- ☺ **Örnek Dava 28:** Keck ve Mithouart Davası: Divanın önüne bir dava gelmiştir ve gelen davanın konusu şudur: “ Keck ve Mithouart adında iki kişinin büyük bir marketleri var. Bu markette satılan ve Almanya’ dan ithal edilen bir şarapla birlikte bir kahve var. Keck ve Mithouart’ ın sahip olduğu marketler “1 milyoncu” benzeri bir dükkân ve her şey pazar fiyatının çok daha altında satılıyor. Bunlar da özellikle bu kahveyi ve Almanya’ dan ithal edilen şarabı piyasa fiyatının altında satıyorlar. Dükkânları da Fransa’ da.
- ☺ Fransız yasalarına göre pazar fiyatının altında satış yapmak yasaktır. Bu nedenle Fransız yetkililer bu hüküm nedeniyle Keck ve Mithouart’ a ceza kesiliyor.
- ☺ Keck ve Mithouart da dava açıyorlar ve diyorlar ki: “Fransa’ nın bize uyguladığı ceza haksız çünkü söz konusu bu yasa malların serbest dolaşımına engel teşkil etmektedir”.
- ☺ **Karar:** Divan önce Dassonville Kararına bakıyor, diyor ki: “ Buradaki yorum çok geniş, her şey kapsama girebilir “.
- ☺ Divan diyor ki: “Aslında ben Dassonville’ de çok geniş yorumladım. Aslında her şey Dassonville kapsamına dâhil olmamalı. Aslında her uygulama malların serbest dolaşımına engel değildir”.
- ☺ Ardından Cassis de Dijon kararına bakıyor, diyor ki: “ Kural olarak bir üye devletin usulüne göre pazarlanıp satılan bir malın diğer üye devlette satılmasında sakınca yoktur ancak bu kural henüz uyumlaştırma yapılmamış alanlarda geçerlidir.
- ☺ İşte topluluk düzeyinde uyumlaştırma yapılmamış bir alanda üye devletler malın şekline, ambalajına veya içeriğine ilişkin koşullar getirmek suretiyle malların serbest dolaşımına engel olabiliyorlar.
- ☺ İşte Cassis de Dijon ile ben bu yasağı kaldırdım ancak zorunlu gereklilikleri de getirerek bazen gerçekten bir zorunluluktan kaynaklanan ve malın serbest dolaşımını engellemek amacı gütmeyen kuralları da gözetmek için getirdim”.
- ☺ Divan Cassis de Dijon ile aslında Dassonville’ de öngördüğü genişliği daha da genişletiyor.
- ☺ Divan hem Dassonville hem de Cassis de Dijon kararını ele alıp mevcut soruna geldiğinde Fransa’ nın getirmiş olduğu yasak için diyor ki: “Aslında ürünlerin satış koşullarını belirleyen kurallar etkili tedbir kapsamında değerlendirilemez yani 34 ve 35.maddelerin kapsamı dışındadır.”
- ☺ Dikkat edilirse bu kural getirilen ürüne ilişkin herhangi bir kural öngörmüyor (üzerine menşe belgesi yapıştırmak vb.).
- ☺ Sadece ürünün satış koşuluna ilişkin bir düzenleme getiriyor.
- ☺ Divan ilk kez bu kararla Dassonville’ deki o geniş yorumundan uzaklaşmıştır ama bunu sadece belirli satış koşullarına ilişkin düzenlemeler için öngörmüştür.
- ☺ Getirilen satış koşulu yerli ve yabancı ürün arasında ayırım gözetmeksizin uygulanıyor ise herkesi de aynı biçimde etkiliyor ise bu kural eş etkili tedbir değildir.
- ☺ Divan satış koşullarına ilişkin ulusal düzenlemeleri eş etkili tedbirin dışında tutmuştur.
- ☺ Bu durum birçok sıkıntıyı da beraberinde getirmiştir çünkü bu karardan sonra üye devletler her şeyi satış koşulunun içine sokmaya çalışmışlardır ki bu sayede eş etkili tedbir kapsamına dâhil edilmesin.
- ☺ Divan da bununla alakalı olarak bir açıklama yapmak ihtiyacı duymuştur.
- ☺ Demiştir ki: “ Bazı kurallar satış koşulu gibi görünebilir ancak ürünün piyasaya girişini spesifik (yalnız bir türe özgü olan, özgül) olarak engelleyen bir satış koşulu var ise bu koşul eş etkili tedbir kapsamına dâhildir.

II. İŞÇİLERİN SERBEST DOLAŞIMI

A. İşçinin Tanımı

- ☺ İşçilerin serbest dolaşımı da daha önce bahsedilen serbest pazarın oluşması için olmazsa olmazlardandır.
- ☺ AB’ nde işçilerin serbest dolaşımı ABİHA’ nın ilgili maddelerinde düzenlenmiştir.
- ☺ AB’ ne üye devletlerden birinin vatandaşı olan bir işçinin AB’ ne üye başka bir devlette işçi olarak çalışması halinde bulunduğu ülkenin vatandaşı olan işçilerle aynı hak ve statüye sahip olduğu söylenebilir mi?
- ☺ AB’ ne üye devletlerden birinin vatandaşı olan bir işçinin AB’ ne üye başka bir devlette işçi olarak çalışması halinde bulunduğu ülkenin vatandaşı olan işçilerle aynı hak ve statüye sahip olduğu söylenebilir. Çünkü

- Aynı hak ve statülere sahip olamaması halinde herhangi bir üye devlet vatandaşı, başka bir üye devlette çalışmayı tercih etmeyeceğinden işçilerin serbest dolaşımı mümkün olmayacaktır ve eşit hak ve statüye sahip olmaması haksız rekabeti doğuracaktır.
- İkinci olarak, daha önce Avrupa vatandaşlığı kavramından bahsetmiştik. Divan Avrupa vatandaşlığı kavramını kullanarak diyor ki: “ Bu vatandaşlar Avrupa vatandaşı, dolayısıyla sen ayrımcılık yapamazsın. Bu vatandaş işçi ise senin işçin ile aynı hak ve statülere sahip olmalı”.
- ☺ Bu sebeplere bağlı olarak işçilere ilişkin dönem dönem tüzük, direktif vs. çıkmıştır ancak en son bu hükümlerin bir arada toplanması ihtiyacı doğmuştur.
- ☺ Bu sebeple mevzuat üzerinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan en önemlisi işçilerin serbest dolaşımına ilişkin ABİHA ’da hükümlerin (m.45-48) yer almasıdır.
- ☺ Bu bağlamda işçilerin serbest dolaşımı kapsamında işçi kavramının ne olduğunun açıklanması gerekmektedir.
- ☺ İşçilerin serbest dolaşımından bahsedilebilmesi için gerekli olan üç tane unsur vardır:
 - Bir ülkeden diğerine gitmek ve orada ikamet etmek hakkının tanınması gerekir.
 - Gidilen üye ülkede işe giriş hakkı
 - Serbest dolaşım hakkını kullanan işçinin bu hakkı kullanması nedeniyle karşılaşabileceği dezavantajların ortadan kaldırılması gerekir.
- ☺ Şimdi bu üç unsura bağlı olarak işçi kavramının mahiyetini ifade etmek gerekir.
- ☺ Her hukuk sisteminde, her devlette kendine göre bir işçi tanımı bulunmaktadır. Ama AB **Levin Davası**’nda şöyle bir açıklama yapmıştır:
 - ☺ AB’nin sahip olduğu işçi tanımı, üye devletlerin hukuki düzenlerinde yer alan işçi tanımından farklıdır ve onlardan bağımsızdır. Çünkü AB kapsamında işçi denilen kavram farklı bir içeriğe sahiptir.
 - ☺ Divan bu karadaki yorumunda muğlak ifadeler kullanmıştır. Bunun sebebi ise önüne gelecek olan ilk davada bir işçi tanımı yapacak olmanın sinyalini vermektir.
 - ☺ Nitekim **Lawrie – Blum Davası**’nda divan işçinin ne olduğunu açıklamıştır.
 - ☺ Davanın konusu stajyer bir öğretmendir.
 - ☺ Stajyer öğretmenin işçi sayılıp sayılamayacağı sorusu divanın önüne gelmiştir.
 - ☺ Divan ilk kez bu davada AB kapsamında işçinin tanımını yapmıştır.
 - ☺ Bir kişinin gözetimi altında, belirli bir süre çalışan ve bu çalışma karşılığında ücret alan kişi işçidir.
 - ☺ Bu noktada AB kapsamında işçi sayılabilmek için gerekli olan üç unsur vardır
 - Bir kişinin gözetimi altında çalışmak
 - Belirli bir süre çalışmak
 - Bu çalışma karşılığında ücret almak
 - ☺ Ancak zaman içerisinde önüne gelen davalarla bu unsurları da açıklamaya çalışmıştır.
 - ☺ Örnek olarak ücretten kastedilen her zaman kastedilen nakdi ücret, yani para mıdır?
 - ☺ Divan, nakdi ücret alınmasa da eğer yapılan iş gerçek ve etkili bir ekonomik aktivite ise bunun kişiyi işçi yapacağını söylemiştir.
 - ☺ Divan bunu **Steymann Davası**’nda açıklamıştır.
 - ☺ Bu noktada “gerçek ve etkili ekonomik aktivite ” nin ne olduğu tartışma konusu olmuştur.
 - ☺ **Örnek Dava 29: Steymann Davası**: Bu davada, üyelerinin topluluk içi hizmetleri imece usulü ile karşıladığı Hollanda’ da bir topluluk vardır. Steymann ise su tesisatçısı bir almandır. Bu topluluğa katılmak için Hollanda’ya gitmiştir ve bu toplulukta herkes birbirinin işini görmektedir, karşılığında ise topluluk para vermek yerine kişinin ihtiyaçlarını karşılamaktadır. Hollanda hükümeti bu kişinin işçi olmadığını ve dolayısıyla ikamet hakkının bulunmadığını söyleyip sınır dışı etmiştir. Bunun üzerine Steymann dava açmıştır.
 - ☺ **Karar**: Divan bu davada yapılan işin gerçek ve etkili bir ekonomik aktivite olduğunu kabul etmiş ve işçi denilen kişinin illaki nakdi olarak hizmetinin karşılığını almak zorunda değildir, burada olduğu gibi ihtiyaçlarının karşılanması da bir çeşit ödemedir diyerek bu kişiyi işçi saymıştır.
 - ☺ Gerçek ve etkili ekonomik aktivitenin ne olduğunu divan açıklamamıştır.
 - ☺ Bunun yerine divan daha sonraki bir davada yapılan iş “ marjinal (sıra dışı, uç, uçta) ve tali (ikincil) “ değil ise gerçek ve etkili bir ekonomik aktivitedir demiştir.
 - ☺ Bu seferde “ marjinal ve tali nitelikte olmama “ nın ne olduğu tartışma konusu olmuştur.
 - ☺ Divan marjinal ve tali nitelikte olmamayı şöyle açıklamıştır:
 - ☺ **Örnek Dava 30**: Bu davanın konusu Hollanda’da yaşayan ve yarı zamanlı çalışan Levin adında bir kişidir. Yarı zamanlı çalışıyor ancak geliri giderinden daha düşüktür. Bu nedenle Hollanda Levin ‘in oturma izninin yenilenmesi talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Levin dava açmıştır.

- ☺ **Karar:** Divan bu davada yarı zamanlı çalışmanın marjinal ve tali nitelikte iş olduğu manasına gelmediğini söyleyerek Levin 'i işçi statüsünde kabul etmiştir.
- ☺ **Örnek Dava 31: Betray Davası:** Bir adam uyuşturucu bağımlısıdır ve bu bağımlılıktan kurtulabilmesi için rehabilitasyon merkezine yatırılmıştır. Bu rehabilitasyon merkezinin özelliği bu bağımlıların bağımlılıklarından kurtarmak için belirli bir süre tedaviden sonra sosyal hizmetlerde çalıştırmalarıdır ve karşılığında cüzi miktarda para ödemeleridir. Betray de bu kapsamda kendisinin işçi olduğunu iddia etmiştir.
- ☺ **Karar:** Buradaki amaç adamı rehabilite etmektir ve rehabilitasyon kapsamında iş yapmaktadır. Bu tedavi kapsamında bir faaliyettir. Dolayısıyla da divan ücret dahi ödense bu kişinin işçi olmadığını çünkü bu işin marjinal ve tali nitelikte olduğunu ve bu sebeple gerçek ve etkili bir ekonomik aktivite olmadığını söylemiştir. Burada esas amaç tedavidir.
- ☺ Divan bir işin gerçek ve etkili bir ekonomik aktivite olması için marjinal ve tali nitelikte olmaması gerektiği ifadesinin yetersiz kaldığını **Raulin Davası** 'nda anlamıştır.
- ☺ Bu dava ile ne demek istediğini açıklamaya çalışmıştır ve şöyle bir açıklama yapmıştır:
- ☺ Bir iş gerçek ve etkili bir ekonomik aktivite olarak kabul edilecek ise o iş;
 - Düzensiz nitelikli olmamalı ve
 - Sınırlı süreli olmamalıdır.
- ☺ Bunun yorumu yine divana aittir.
- ☺ Kısaca bir kişinin AB kapsamında işçi sayılabilmesi için bahsettiğimiz 4 kritere sahip olması gerekmektedir.

B. İşçilere Tanınan Haklar

- ☺ İşçilere tanınan haklar ABİHA 'nın 45.maddesinde şöyle düzenlenmiştir:
 - Üye devletlerdeki işlere başvurma hakkı
 - Bu amaçla üye devletlerde serbestçe dolaşma hakkı
 - Üye devlet vatandaşlarının çalışma koşullarını belirleyen mevzuat hükümlerine uygun olarak üye devletlerden birinde iş yapmak amacıyla oturma hakkı
 - İş yaptıktan sonra eğer AB Komisyonu tarafından belirlenen şartlara sahip ise işi yaptığı üye devlette oturmaya devam etme hakkı
 - Şimdi bunlara detaylı olarak teker teker değinelim:

1. Üye Devletlerde İşlere Başvurma Hakkı

- ☺ İşe giriş hakkına ilişkin kural olarak, herhangi bir üye devlet vatandaşının herhangi bir üye devlette o üye devlet vatandaşı gibi işe girme ve bu işi sürdürme hakkı olduğu kabul edilmektedir.
- ☺ O yüzden de bu hakkın kullanılmasını engelleyecek veya sınırlandıracak her türlü ulusal düzenleme yasaktır.
- ☺ Burada amaç işe giriş hakkının kullanımında ilgili üye devlet vatandaşı ile o ülkede çalışmak isteyen diğer üye devlet vatandaşları arasında vatandaşlıktan doğacak herhangi bir açık veya gizli ayrımcılığı engellemektir.
- ☺ Dolayısıyla işçilerin serbest dolaşımında da işe giriş hakkında doğrudan ve dolaylı ayrımcı uygulamalar karşımıza çıkmaktadır. Hatta bazen ayrımcı olmayan ancak uygulanması sonucunda serbest dolaşımı sınırlandıran veya engelleyen ulusal tasarruflar da ABİHA m.45'e aykırı kabul edilmektedir.
- ☺ Ancak burada m.45/3 de bir istisna hükmü belirtilmiştir.
- ☺ Eğer kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçelerinden birinin varlığı ispat edilirse ve orantılılık ilkesi gözetilerek ayrımcılık içerse dahi bazı uygulamalar istisna kapsamında değerlendirilerek m.45'e aykırı olarak kabul edilmemektedir.
- ☺ Şimdi bu kapsamda doğrudan ayrımcı uygulamayı tanımlayalım ve buna örnek verelim.
- ☺ İşe almak konusunda bir üye devlet kendi vatandaşları ile diğer üye devlet vatandaşları arasında ayırım yaratıyorsa ve diğer üye devlet vatandaşlarını dezavantajlı konuma düşürecek taleplerde bulunuyorsa bu uygulama doğrudan ayrımcı uygulamadır ve m.45 çerçevesinde yasaktır.
- ☺ **Örnek Dava 32:** İspanya deniz ticaret filosunda yer alan gemilerin 1. ve 2. kaptanlarının İspanyol olmasını öngören İspanya'nın bir hükmü bulunmaktadır. Kamu güvenliği gerekçesiyle bunu istediğini belirtmiştir.
- ☺ **Karar:** Doğrudan ayrımcı bir uygulamadır ve m.45'e aykırıdır.
- ☺ Bunun dışında üye devletlerin yalnız vatandaşlığa dair değil bunun yanı sıra diğer üye devlet vatandaşlarına ilişkin sınırlı bir sayı veya oran öngörmesini içeren hükümler de doğrudan ayrımcı uygulama kapsamındadır.
- ☺ Şimdi de bu kapsamda dolaylı ayrımcı uygulamalara örnek verelim.
- ☺ **Örnek Dava 33: Bolzano Davası:** Burada bir banka iş ilanı çıkarmıştır ve bu iş ilanında çift dil bilme koşulu vardır. Ancak bu çift dil bilenlerden istenilen belge sadece o bölgede yaşayanlardan temin edilecek bir

belgedir yani sadece Bolzano eyaletinde bulunan bir okul tarafından verilen sertifikayı kabul etmektedir. Avustralyalı bir işçi de bu işe başvurmuştur ve oradan aldığı çift dil belgesi kabul edilmemiştir.

- ☺ **Karar:** Dolaylı ayırıcı bir uygulamadır ve m.45'e aykırıdır.
- ☺ **Örnek Dava 34:** AB Komisyonu İtalya'ya karşı açmıştır. İtalya bir devlet okuluna öğretmen almak için ilan vermiştir ve bu ilanda tecrübe koşulu öngörmüştür. Bu tecrübe koşulu 20 yıllıktır. Ancak başvuruda yer alan 20 yıllık tecrübenin İtalya'da olması gerektiğini öngörmüştür.
- ☺ **Karar:** Dolaylı ayırıcı bir uygulamadır ve m.45'e aykırıdır.
- ☺ Şimdi de ayırıcı olmayan uygulamalara değinelim.
- ☺ Aslında açık veya gizli herhangi bir ayırıcı olmayan bir uygulama yani ayırıcı olmayan ancak uygulanması halinde serbest dolaşımı sınırlayan veya engelleyen Cassis de Dijon kararında gördüğümüz uygulamalara benzer uygulamalardır.
- ☺ **Örnek Dava 35:** Başka bir üye devlette çalışıp Danimarka'da ikamet ettiğinizi düşünün. Çalıştığınız şirkete ait otomobil eğer çalıştığınız ülkeye kayıtlı olursa ister özel amaçla ister iş amacıyla Danimarka'da kullanılamaz diye bir hüküm bulunmaktadır.
- ☺ **Karar:** Doğrudan veya dolaylı herhangi bir ayırım olmamasına rağmen uygulanması halinde serbest ticareti sınırlayan veya engelleyen bir kural olması sebebiyle m.45'e aykırıdır.

2. İkamet Etme Hakkı

- ☺ Kural olarak, üye devlet işçileri ulusal işçilerin çalışma koşullarını düzenleyen mevzuata uygun olmak koşuluyla iş yapmak amacıyla üye devletlerden birinde oturma hakkına sahiptirler.
- ☺ Buradaki amaç işçilerin ve ailelerinin çalışmak amacıyla bir üye devlet ülkesine girişlerini ve ikametlerini zorlaştıran her türlü hukuki engelin ortadan kaldırılmasıdır.
- ☺ Bu sebeple kural olarak AB vatandaşları başka bir üye devletin sınırları içerisinde geçerli bir kimlik kartı veya pasaporta sahip olmak koşuluyla üç aya kadar herhangi bir üye devlette ikamet etmek hakkına sahiptirler.
- ☺ Eğer işçi ise gidilen ülkede 3 aydan uzun süre ikamet etmek hakkına otomatik olarak sahip olur.
- ☺ Bir üye devletten diğerine çalışmak amacıyla giden ve orada bir iş bulup çalışan kişinin bir sebeple işçi vasfını kaybetmesi halinde gidilen ülkede yasal olarak ve kesintisiz bir şekilde beş yıl boyunca ikamet etmiş ise o ülkede sürekli olarak ikamet etme hakkına sahip olmaktadır.
- ☺ Bu hak işçi olmaktan dolayı değil AB vatandaşı olmaktan dolayı tanınmış bir haktır.
- ☺ Sürekli ikamet hakkının işçilere özgü olarak 5 yıldan önce elde edilmesi de mümkündür.
- ☺ İşçi olmayan bir üye devlet vatandaşının başka bir üye devlete iş aramak maksadıyla gitmesi halinde ikamet hakkı nasıl olacaktır?
- ☺ Divan, bir üye devlet vatandaşının diğer bir üye devlette iş aramak amacıyla kalabileceğini ancak bunun makul bir süre olması gerektiğini kabul etmiştir.
- ☺ Bu makul süre; duruma ve şartlara göre divan tarafından değerlendirilecektir.

3. Eşit Muamele Hakkı

- ☺ İş aramak için ve işe başvurmak için sağlanan koşullarla beraber bir işe girmiş olan üye devlet vatandaşının o üye devletin vatandaşı olan işçi ile eşit koşullara sahip olması serbest dolaşım kapsamında gereklidir.
- ☺ Bu sebeple kural olarak iş ilişkisi süresince gidilen üye devletin kendi vatandaşı olan işçilere tanıdığı hakları diğer üye devlet vatandaşlarına tanıması öngörülmüştür.
- ☺ Özellikle ücret, işten çıkarma, işsiz kalma halinde yeniden işe girme vb. iş ve çalışma koşullarına ilişkin düzenlemeler de farklı muamele yapılamayacağı öngörülmüştür.
- ☺ **Örnek Dava 36:** Bununla ilgili olarak, Almanya'da yabancı dil asistanı olarak çalışan işçilerin iş akitlerinin süresi diğer işçilere kıyasla daha kısa süreye tabi tutulmuştur.
- ☺ **Karar:** Bakıldığı zaman, vatandaşlığa dayalı olarak bir ayrımcılık olmadığı fark edilmektedir ancak yabancı dil asistanı olarak çalışanların büyük çoğunluğu Alman vatandaşı değildir. Dolayısıyla burada dolaylı ayrımcılık vardır.
- ☺ Hizmet süreleri eşit muameleye tabi olmalıdır.
- ☺ İşçilere tanınan herhangi bir sosyal veya vergi avantajı var ise bu da eşit muameleye tabi olmalıdır.
- ☺ Gerek işçilerin eğitimi gerekse de ücret konusu eşit muameleye tabi tutulmalıdır.
- ☺ Sendikalara girme hakkı ve seçme seçilme hakkı da eşit muameleye tabi olmalıdır.
- ☺ İkamet etme hakkına bağlı olarak tanınan haklar (yardım vb.) eşit muameleye tabi olmalıdır.

C. İşçilerin Serbest Dolaşımının İstisnaları (ABİHA.m.45/3 ve m.45/4)

- ☺ Eğer kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçelerinden birinin varlığı ispat edilirse ve orantılılık ilkesi gözetilerek ayrımcılık içerse dahi bazı uygulamalar istisna kapsamında değerlendirilerek m.45'e aykırı olarak kabul edilmemektedir (ABİHA.m.45/3)
- ☺ Bu bağlamda, kamu düzeni veya kamu güvenliği adına getirilen uygulamanın divan tarafından kabul edilmesi için ilgili uygulamaların şu nitelikleri haiz olması gerekmektedir:
 - Orantılılık ve gereklilik ilkelerine uygun olmalı
 - İlgili kişinin (yani işe girmek isteyen kişinin) şahsi tavırları
 - Bu şahsi tavırlarından dolayı işe başvurduğu toplumun temel çıkarlarından birine yönelik gerçek veya mevcut ve yeterli bir tehdit oluşturması
- ☺ İşte eğer bu sayılan koşullar var ise o zaman üye devlet kamu düzeni veya kamu düzeni istisnasına dayanarak işçilerin serbest dolaşımına sınırlama getirebilmektedir.
- ☺ Öncelikle **kamu düzenini** inceleyelim.
- ☺ Öncelikle kamu düzeni çok sıkıntılı bir durumdur; çünkü hiçbir üye devlette kamu düzeninin ne olduğuna dair tam bir tanım bulunmamaktadır. Günümüzde dahi hala bulunmamaktadır.
- ☺ Bu durum AB açısından olumsuzluk teşkil etmektedir.
- ☺ Çünkü kamu düzeni bir istisna hükmü olarak öngörülmüştür ancak kamu düzeninin tanımı devletten devlete değişebilecek bir niteliğe sahiptir.
- ☺ Yani AB'ye üye tüm devletlerden tek bir tanım bulma ihtimali bulunmamaktadır.
- ☺ Bu sebeple de kamu düzeni istisnası için divanın kendisi önüne gelen davalar ile yorumlamıştır.
- ☺ Bu konuda en ünlü dava **Van Duyn Davası**'dır.
- ☺ **Örnek Dava 37: Van Duyn Davası:** Burada İngiltere ile ilgili bir dava söz konusudur. Sayentoloji tarikatı ile ilgili olarak Van Duyn isimli Hollanda vatandaşı olan bir kadın bu tarikata katılmak için (Merkezi: İngiltere) İngiltere'ye gelmiştir. Bu tarikatta çalışacağını ve bu sebeple işçilerin serbest dolaşımı kapsamında İngiltere'de kalmaya hakkı olduğunu iddia etmiştir. İngiltere ise bu kadının bu gerekçe ile gelemeyeceğini çünkü işçi olmak talebiyle geleceği tarikatın kamu düzenine aykırı bir tarikat olduğunu beyan etmiştir.
- ☺ **Karar:** Divan kamu düzeninin net bir tanımı olmadığını ve bu sebeple ülkeden ülkeye değişiklik arz ettiğini belirtmekle birlikte bu sebebi ele alarak kendisi için şöyle bir referans noktası öngörmüştür: Eğer İngiltere'de, İngiltere vatandaşları bu tarikata üye olup da bir şekilde İngiltere'de yaşamaya devam ediyorlar ise kamu düzeni gerekçesinin yerinde olmadığını beyan etmiş ve İngiltere'nin bu kararını ilgili hükme aykırı bulmuştur.
- ☺ **Örnek Dava 38:** Bu dava Belçika'daki bir barda hayat kadını olarak çalışan ama aslında Fransız vatandaşı olan iki kadını ele almaktadır. Bu iki kadın Belçika'daki bir barda çalışmaları gerekçesiyle işçilerin serbest dolaşımı kapsamında Belçika'da ikamet haklarının olduğunu iddia etmişlerdir. Belçika bu talebi kadınların yapmış olduğu işin kamu düzenini tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle reddetmiştir.
- ☺ **Karar:** Divan bir önceki davada ele alınan referans noktasına dayanarak Belçika'nın bu kararını ilgili hükme aykırı bulmuştur.
- ☺ Görüldüğü üzere divan kamu düzenine ilişkin davalarda çoğunlukla kıyas ile hareket etmektedir.
- ☺ Şimdi de **kamu güvenliğine** ilişkin istisna hükmüne değinelim.
- ☺ Burada özellikle terör veya casusluk gibi nedenler ile gidilen üye devletin istikrarına zarar verebileceği endişesi güdülmektedir.
- ☺ Bu sebeple eğer ülkenin varlığını tehlikeye düşürebilecek açık bir tehdit var ise o zaman ilgili üye devlet kamu güvenliği istisnasına dayanabilir.
- ☺ Burada kamu güvenliği konusundaki kamu güvenliğinin tehdit altında olup olmadığı hususundaki en büyük yorumlama yetkisi üye devlete bırakılmıştır.
- ☺ Bununla ilgili olarak hâkim olarak çalışmak çok zordur, avukat olarak çalışılabilir ama aynı şekilde polis olarak çalışmak zor olabilir kamu güvenliği gerekçesiyle ya da gizli servis üyesi olarak çalışmak tehlike arz edebilir.
- ☺ Şimdi de **kamu sağlığına** ilişkin istisna hükmüne değinelim.
- ☺ Kamu sağlığı konusunda ölçüt şudur:
- ☺ İşçi olarak gidilen üye devlete varış tarihinden itibaren 3 ay sonra ortaya çıkan hastalıklar gidilen o üye ülkeden kamu sağlığı gerekçesiyle sınır dışı edilmeye sebep olmaktadır.
- ☺ Hangi hastalıkların bu kapsama girdiği WHO listesi esas alınarak düzenlenmektedir.
- ☺ Gidilen üye ülkede işçi sürekli ikame hakkını kazanmış ise kamu sağlığı gerekçesiyle sınır dışı edilemez.
- ☺ Şimdi de **kamu sektöründe çalışma** istisna hükmüne değinelim.

- ☺ ABİHA.m.45/3'de düzenlenen genel istisna hükümlerinden ayrı olarak m.45/4'de düzenlenmiş özel bir istisna hükmüdür.
- ☺ Bu istisna ile kamu güvenliği istisnası birbirine karıştırılmamalıdır.
- ☺ Kamu güvenliği gerekçesine dayanılabilmesi için terör veya casusluk gibi ciddi boyutta bir şey olması gerekir.
- ☺ Kamu sektöründe çalışma ise buna kıyas ile çok daha kendi halinde koşullar öngörmektedir.
- ☺ Burada devletlerin bazen farklı gerekçeler ile kamu sektöründe çalışmayı sadece kendi vatandaşları için öngörmelerine imkân tanınmaktadır.
- ☺ Burada her ne kadar bu davranış ayrımcılık dahi olsa kamu sektöründe çalışıyor olmak istisnanın olumlu görünmesini sağlayabiliyor.
- ☺ Yapılacak olan bir iş kamu sektöründe bir iş ise ve bu iş yapılır iken kamu gücünün kullanımı belli ölçüde işçiye de tanınıyorsa (hâkimlik veya münhasır ekonomik veya balıkçılık bölgesi esas alınarak balıkçılık gemisinin kaptanlığı) bu gibi bir durumda devletin diğer kurumlarının menfaatlerinin korunması adına kamu sektöründe çalışmaya izin verilmeyebilir.
- ☺ Bu tutum haklıdır; çünkü bazı işlerin sağlıklı bir şekilde icra edilebilmesi için o işi yapacak olan kişilerin ilgili devlete uyrukluğa bağlı olması gerekmektedir (Her ne kadar AB mantığına uymasa da).
- ☺ İlgili hükümde her ne kadar şartlar net olarak açıklansa da kamu sektöründe çalışma ve kamu gücünün kullanımının işçiye tanınması davadan davaya değişiklik arz edebilmektedir.
- ☺ Örneğin Venedik Üniversitesi'nde yabancı diller asistanı olarak çalışacak bir İngiliz vatandaşı (iş akitlerinin 5 yıl olarak öngörülmesine ilişkin davada) veya Fransa'da devlet hastanesinde hemşire olarak çalışan bir Alman vatandaşı için kamu gücünün kullanımı söz konusu olmadığı için kamu sektöründe çalışıyor olsa da bu istisna kapsamına dâhil edilemez.

III. YERLEŞİM SERBESTİSİ (İŞ KURMA HAKKI)

- ☺ Yerleşim serbestisi AB'nde serbest dolaşımın en önemli dinamiklerinden bir diğeridir.
- ☺ Ama bir de hizmetlerin serbest dolaşımı hususu vardır.
- ☺ Acaba yerleşim serbestisi ile hizmetlerin serbest dolaşımı arasında ne gibi bir fark vardır?
- ☺ Yerleşim serbestisinde ilk olarak üye devlette bulunan bir tüzel kişiliğin (örneğin şirket) başka bir üye devlette de faaliyet gösterebilmesi, o üye devlette de bit tüzel kişiliğe sahip olması (örneğin şirket açması) kastedilmektedir.
- ☺ Ancak bu sadece tüzel kişilere tanınmış bir hak değildir. Gerçek kişiler de (örneğin bir terzi) iş kurma hakkından yararlanabilir.
- ☺ Ancak bu noktada iş kurma serbestisi ile işçinin serbest dolaşımının birbirine karıştırılmaması gerekir.
- ☺ İş kurma serbestisi ile işçinin serbest dolaşımı arasındaki temel fark, biri serbest çalışana ilişkin iken diğeri ise bir işverene bağlı olarak çalışan işçiye ilişkin olmasıdır.
- ☺ Yerleşim serbestisi ABİHA.m.49'da şöyle düzenlenmiştir:
- ☺ Aşağıda yer alan hükümler çerçevesinde, üye devlet uyruklarının diğer bir üye devletin topraklarında iş kurma serbestisine kısıtlamalar getirilmesi yasaktır. Bu yasak, bir üye devletin topraklarında yerleşik diğer üye devlet uyruklarının ticari temsilcilik, şube veya bağlı şirket kurmasına ilişkin kısıtlamalara da uygulanır.
- ☺ Bu hükümden de anlaşılacağı üzere yerleşim serbestisi denilen kavram, bir gerçek veya tüzel kişinin iş kurmak amacıyla başka bir üye devlete gitmesini ifade eder.
- ☺ Gerçek veya tüzel kişilere tanınan bu hakkın doğrudan etkili bir topluluk kuralı olması yerleşim serbestisini güvence altına alan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.
- ☺ Yerleşim serbestisini daha net anlayabilmek için hem kişi açısından hem de konu açısından bir sınırlandırma getirilmiştir.
- ☺ **Kişi bakımından sınırlandırma** dediğimizde iş kurma hakkı kimleri kapsar, onu düşünmeliyiz.
- ☺ Yapılan tanıma göre iş kurma hakkı veya diğer adıyla yerleşim serbestisi şu kişileri kapsar:
 - Gerçek kişileri ve
 - Tüzel kişileri kapsar.
- ☺ Hatta daha da ileri gidilerek iş kurma hakkı kapsamında AB vatandaşı olan gerçek kişi ile birlikte onun belirli bir dereceye kadar akrabaları da bu haktan faydalanabilmektedir.
- ☺ Bu akrabaları şöyle sıralamak mümkündür:
 - Evli ise kişinin eşi (evli değil ise hayat arkadaşı)
 - Kişinin 21 yaşın altındaki altsoyu
 - Kişinin veya eşinin üstsoyu
- ☺ Bu üç grup kişi veya kişiler için öngörülen ortak koşul AB vatandaşı olmalarıdır.
- ☺ İş kurmak divan tarafından yapılan tanıma göre şu manaya gelmektedir:

- ☺ İstikrarlılık ve devamlılık temelinde kendi köken devletinden başka bir üye devletin ekonomisine katılarak ve bundan kar ederek etkinlikte bulunmaktır.
- ☺ Şimdi burada iki soru karşımıza çıkmaktadır:
- Bir Fransız moda tasarımcısı olduğunuzu ve ününüzün tüm Avrupa'ya yayıldığını düşünün. Emma Watson sizden Oscar gecesi için bir kıyafet istedi ve siz de yaptınız. Bu kıyafetin dikimi esnasında ölçü alma, prova gibi sebeplerle İngiltere'ye sürekli olarak gidip geldiniz. Bu, iş kurma hakkı kapsamına girer mi?
- Ününüzün İngiltere'de bu sayede daha çok yayıldığını ve sizden istenilen işlere yetişemediğiniz gerekçesiyle İngiltere'de bir moda tasarım dükkânı açtığınızı ve artık orada çalışmaya başladığınızı düşünün. Bu, iş kurma kapsamına girer mi?
- ☺ Bu iki soru arasında yerleşim serbestisi kapsamında ne gibi bir fark vardır?
- ☺ İş kurma hakkının tanımında şöyle bir ibareye yer verilmiştir: istikrarlılık ve devamlılık (yerleşme niyeti) .
- ☺ Yani Almanya'da ikamet ederken Fransa'da ikamet eden, İtalya'da ikamet eden veya Portekiz'de ikamet eden insanlara yüzlerce elbise tasarlasanız dahi ölçü alma, prova gibi sebeplerle gidiş dönüş hallerinde yerleşme niyeti olmadığı için burada iş kurma serbestisinden söz edilemez.
- ☺ Burada sadece hizmetlerin serbest dolaşımından söz edilebilir.
- ☺ İşte hizmetlerin serbest dolaşımı ile iş kurma serbestisi arasındaki temel fark buradadır.
- ☺ **Konu bakımından sınırlandırma** konusuna değinelim.
- ☺ Bu da belirli etkinlik ya da hak kavramıyla açıklanmaktadır.
- ☺ Konu AB Hukuku kapsamı içerisinde kalmalı yani mutlaka sınır aşırı bir unsur olmalıdır.
- ☺ Hizmetin sunulması ile sınır aşırı bir unsurdan söz edilemiyorsa burada iş kurma serbestisinden söz edilemez.
- ☺ Konu bakımından sınırlamada temel ölçüt budur.

25.04.2017

İş Kurma Hakkını Sınırlandırma Yasakları

- ☺ Hatırlayacağınız üzere malların serbest dolaşımında ve işçilerin serbest dolaşımında sürekli olarak bir ayrımcılıktan bahsettik ve bu ayrımcılığın serbest dolaşım açısından sebeplerini de belirterek kural olarak yasak olduğunu söylemiştik.
- ☺ Aynı durum iş kurma hakkı (yerleşim serbestisi) açısından da geçerlidir.
- ☺ İş kurma serbestisinde diğer serbestilerde olduğu gibi temelde iki ayrımcılık söz konusudur:
- Vatandaşlığa Dayalı Ayrımcılık (Doğrudan ve Dolaylı Ayrımcılık)
- Serbestinin Kısıtlanması Yasağı
- ☺ Ana kural vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmasının yasak olmasıdır.
- ☺ **Örneğin** İsveç hükümetinin sadece İsveç vatandaşlarının hukuk bürosu açabilmelerine ilişkin bir yasak getirmesi vatandaşlık temelinde doğrudan ayrımcı bir uygulamadır.
- ☺ İş kurma serbestisine ilişkin vatandaşlığa dayalı dolaylı ayrımcılığa **Talotta Davası** örnek verilebilir.
- ☺ **Örnek Dava 39: Talotta Davası:** Talotta denilen adam Lüksemburg'da yaşamakta ve Belçika'da restoran işletmektedir. Belçika'nın yasalarına göre yalnızca o devlette elde ettiği gelirden ama o ülkede ikamet etmeyenlerden alınan bir vergi matrahı bildirisi kuralı bulunmaktadır. Talotta da ona tabi tutulmuştur ancak o bildirim vermekte gecikmiştir. Bunun üzerine asgari bir vergi borcu çıkarılmıştır.
- ☺ **Not: İş kurma hakkında devamlılık gösterilmesi gerekli olan husus iş sahibi değil iştir (iş yeridir).**
- ☺ **Karar:** Verginin hesaplanmasında orada ikamet edenler ile ikamet etmeyenler arasında farklı vergi matrahlarının öngörülmesi iş kurma serbestisine ilişkin vatandaşlığa dayalı dolaylı ayrımcı bir uygulamadır.
- ☺ **Örnek Dava 40:** AB Komisyonu, İtalya'ya karşı açmıştır. İtalya'nın tüzel kişilere ilişkin düzenlemesi şöyledir: Hisselerinin tamamı veya çoğunluğu doğrudan veya dolaylı olarak kamu veya devlete ait olan şirketler kamu otoriteleri için bir işleme sözleşmeleri imzalayabilirler.
- ☺ **Karar:** İş kurma serbestisinde tüzel kişilere ilişkin vatandaşlığa dayalı dolaylı ayrımcı uygulamadır.
- ☺ Şimdi de **serbestinin kısıtlanması yasağına** değinelim.
- ☺ Eğer siz birlik tarafından tanınan serbestilerin kullanımını zorlaştırıcı veya daha az cazip kılan birtakım ulusal önlemler getirirseniz bunlar serbestinin kısıtlanması yasağı olarak kabul edilir.
- ☺ **Örnek Dava 41: Kraus Davası:** Kraus bir Alman vatandaşıdır. Almanya'da hukuk fakültesini bitirmiş, daha sonrada İngiltere'deki bir üniversiteden yüksek lisans almıştır ve bundan sonra da bu akademik unvanını kullanmak istemiştir. Almanya bu unvanının kullanılabilmesi için Almanya'nın yetkili makamları tarafından onaylanması gerektiğini söylemiştir.
- ☺ **Karar:** Şimdi burada aslında vatandaşlığa dayalı doğrudan veya dolaylı herhangi bir ayrımcılık söz konusu değildir. Ancak getirilen bu kural ile insanlar Almanya dışında yüksek lisans yapılması halinde böyle bir

onaylama külfeti ve sıkıntısının geleceğini d   neceklerdir. Bu sebeple d  arıda yüksek lisans yapmak yerine Almanya'da yüksek lisans yapmayı d   neceklerdir.

- ☺ **Geppart Davası** yerle  im serbestisi ve hizmetlerin serbest dola  ımı kapsamında en ünlü davadır.
- ☺ Bu iki serbesti arasındaki temel ayrımın bu davada ortaya konulduğu söylenmektedir.
- ☺ ** rnek Dava 42: Geppart Davası:** Geppart Alman bir avukattır ve Almanya'da Stuttgart bürosuna kayıtlıdır. Daha sonra İtalya'ya gelmiş ve yerle  mi  ve burada kendi ofisini açarak çalışmaya ba lamı tır. İtalya'da bu şekilde 14 yıl çalıştıktan sonra Milan barosu avukat unvanını kullanarak İtalya'da kalıcı bir şekilde profesyonel olarak avukatlık faaliyetini göstermesi nedeniyle bir disiplin cezası vermiştir ve 6 ay meslekten men etmiştir. Geppart da bunun üzerine hemen dava açmıştır.
- ☺ **Karar:** Ana kural, AB'ye  ye devletten başka bir AB  ye devletine i  kurma serbestisi kapsamında giden kişinin gitmiş olduğu ülkenin  ng rm   olduğu kural ve şartlara uygun hareket etmesidir ancak bunun ötesinde  ye devlet herhangi bir şey talep edemez. Bu sebeple divan da bu olayı şöyle yorumlamıştır: Hiçbir serbesti bu serbestinin kullanılmasını zorla tırmaya veya daha az çekici kılmaya yönelik herhangi bir ulusal  nlem ancak 4 koşulu yerine getirirse kabul edilebilir. Bu 4 koşul ise şunlardır:
 - Ayrımcı olmayacak bir biçimde uygulanmalı
 - Kamu yararının emredici gereksinimleri ile haklı gösterilmeli
 - Ula ılmak istenilen amaca ulaşılmasını güvenceye almak için uygun olmalı
 - Ula ılması için gerekli olanın ötesine geçmemeli

Bu sebeple de bu kural, i  kurma serbestisine kısıtlama getirdiği gerekçesiyle kabul edilmemiştir.

- ☺ Bu kısıtlama yasaklarının yanı sıra i  kurma serbestisine getirilen yasakların haklı kabul edilebileceği durumlara söz konusudur.
- ☺ ABİHA.m.52'de bu istisnalar düzenlenmiştir. Bu istisnalar ise şöyledir:
 - Kamu düzeni
 - Kamu güvenliği
 - Genel sağlık
- ☺ Bu üç istisna hükmünün dışında bir de **resmi yetki istisnası** söz konusudur. Bu hususta, eğer yapılacak i  resmi yetki kullanımını da beraberinde getiriyor ise bu i  de istisna kapsamında değerlendirilebilir.
- ☺ Burada avukatlık resmi yetki kullanımını gerektirir ancak divan avukatlık mesleğinde kullanılan resmi yetkinin bu istisnada aranan istisnayı sağlamadığını çünkü resmi yetkinin kullanımı ile doğrudan ve spesifik olarak bağlı etkinliklerin bu kapsama dahil edildiğini belirtmiştir.
- ☺ İlk olarak **kamu düzeni istisnasını** inceleyelim.
- ☺ Kamu düzeninin net bir tanımı olmaması sebebiyle bu hususta ilk olarak takdir yetkisi  ye devlete aittir.
- ☺ İkinci olarak bu istisnanın uygulanabilmesi için bir takım koşulların sağlanması gerekmektedir.
- ☺ Burada kastedilen temel kurallar şunlardır:
 - Toplumun temel çıkarlarından birisini etkileyen kamu düzeni gereksinimlerinin gerçek ve yeterince ciddi bir tehlikenin mevcudiyetini ispatlaması gerekir.
- ☺ üçüncü olarak kamu düzenine dayanan  nlem kişinin münhasır davranışına dayanmalıdır.
- ☺ Dördüncü olarak önceden alınmış cezai mahkumiyetler kamu düzeni istisnasına dahil edilemez.
- ☺ Son olarak kamu düzeni istisnası tüzel kişiler için de kullanılabilir.
- ☺ şimdi de **genel sağlık istisnasına** bakalım.
- ☺  ye devletler genel sağlık istisnasına dayanarak yerle  im serbestisine kısıtlamalar getirebilir ancak bu hastalıkların WHO listesinde belirtilen ve tehlikeli ve bulaşıcı hastalıklar kategorisine dahil olan hastalıklardan biri sebebiyle olması gerekir.
- ☺ Genel sağlık istisnasına dayanılabilmesi için ayrıca kişinin o  ye devlete girişinden ba layarak üç ay içerisinde o hastalığa yakalanmış olması gerekmektedir, üç ay geçtikten sonra genel sağlık istisnasına dayanılarak kısıtlamalar getirilemez.
- ☺ Bu saydığımız istisnalar antlaşma hükümlerinden ortaya çıkan istisnalardır. Ancak divanın kendi kararlarıyla da oluşturduğu **kamu yararına dayalı sebepler istisnası** da vardır. Bu sebepler şöyle sıralanabilir.
 - Sınai ve ticari mülkiyetin korunması
 - Çevrenin korunması
 - Tüketicinin korunması
 - Vergi sisteminin bütünlüğü
 - Vergiden kaçmanın engellenmesi vb.
- ☺ Bir diğer istisna ise **temel haklar istisnası**dır.

- ☺ Kişilerin birey, insan olmalarından dolayı sahip olduğu birtakım özgürlükler vardır. Bu sebeple yeri geldiği zaman temel haklar ile yerleşim serbestisi karşı karşıya kalabilmektedir. Bu durumda temel hakların önceliği olması gerektiği ve temel haklar sebebiyle yerleşim serbestisine kısıtlamalar getirilebileceği divan tarafından kabul edilmektedir.

IV. HİZMETLERİN SERBEST DOLAŞIMI

- ☺ Hizmetlerin serbest dolaşımı da yine ABİHA.m.56 'da düzenlenmiştir.
- ☺ Hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin hüküm doğrudan etkiye sahiptir.
- ☺ AB vatandaşı olan her gerçek ve tüzel kişi hizmetlerin serbest dolaşımından faydalanabilmektedir.
- ☺ Yerleşim serbestisinde tanınan belli bir dereceye kadar aile bağı kısıtası hizmetlerin serbest dolaşımında da geçerlidir.
- ☺ Hizmetlerin serbest dolaşımının konu bakımından kapsamını öngören iki temel koşul vardır:
 - Mutlaka ve mutlaka belirli bir etkinlik veya hak söz konusu olmalı
 - Hizmetin içerisinde sınır aşırı bir unsur bulunmalı
- ☺ Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus hizmetlerin serbest dolaşımı **hizmet sunma** ve **hizmet alma** şeklinde olmak üzere çift yönlüdür.
- ☺ Divan burada hizmet almayı biraz sınırlandırmıştır.
- ☺ Şöyle ki hizmet alıcısı olarak kabul ettiği insanlar genellikle şu sektörlerdedir:
 - Turizm
 - Sağlık hizmeti alanlar
 - Eğitim
 - Ticaret veya iş yapmak amacıyla hareket edenler
- ☺ Hizmetlerin serbest dolaşımının konu bakımından kapsamına baktığımızda belirli bir etkinlik ve sınır aşırı bir unsurun varlığının gerekli olduğunu söylemiştik.
- ☺ Belirli bir etkinlik hususunda mutlaka bir ücret karşılığı serbest çalışan kişinin bir hizmet sunması ya da hizmet alması, belirli bir etkinlik ya da hak tanımı bunu gerektirir.
- ☺ Bazen ortaya çıkan uyuşmazlıklar birden fazla serbest dolaşımın alanına dahil olabilir.
- ☺ Bu durumda uyuşmazlığın ana konusunu oluşturan serbestinin hükümlerine göre çözüme kavuşturulur.
- ☺ Dolayısıyla önümüze bir uyuşmazlık geldiği zaman öncelikle hizmetlerin serbest dolaşımına bakacağız.
- ☺ İlgili olayda bir hizmet sunma ya da hizmet alma eğilimi var mı ona bakacağız, varlığından emin isek konunun hizmetlerin serbest dolaşımına girdiğini söyleyebiliriz.
- ☺ İkinci olarak ise hizmetlerin niteliğine bakılmalıdır.
- ☺ Burada sunulan hizmet mutlaka endüstriyel, ticari karakterli veya esnaf ve mesleki karakterli (mesleklere dair nitelikleri haiz olan) bir yapıya sahip olması gerekmektedir.
- ☺ Bunun yanı sıra divan tarafından yorumlanarak eğitimsel, tıbbi, sigorta, piyango, turizm, alışveriş ve sportif etkinlikleri, inşaat alanları da hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamına girmektedir.
- ☺ Dolayısıyla ahlaki, kültürel (vb.) ne olursa olsun her türlü ekonomik etkinlik hizmetlerin serbest dolaşımına dahil olabilmektedir.
- ☺ Hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında hizmet alan ve verenin sahip olduğu birtakım haklar vardır:
 - Bir üye ülkeden çıkma
 - Başka bir üye devlete gitme
 - Hizmet sunmak amacıyla bir üye devlette belirli bir süre ikamet edebilme
- ☺ Hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapılmaması esastır.
- ☺ Mesleki faaliyetlerin uygun bir biçimde yerine getirilebilmesi için gidilen üye devletin hizmeti sunan veya alan kişilere gerekli kolaylıkları göstermesi gerekmektedir.
- ☺ Bu haklara sahip olmasının yanında hizmet alan veya sunan kişilerin birtakım yükümlülükleri mevcuttur.
- ☺ Öncelikle hizmet alan veya sunan kişilerin hakkın kötüye kullanılmaması ilkesine riayet etmesi gerekir.
- ☺ İkinci koşul sınır aşırı bir unsur barındırması gerektiğidir.
- ☺ Yerleşim serbestisinde olduğu gibi hizmetlerin serbest dolaşımında da birtakım sınırlama yasakları mevcuttur. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür:
 - Vatandaşlığa Dayalı Ayrımcılık
 - Serbestinin Kısıtlanması Yasası
- ☺ Aynen bunun gibi yerleşim serbestisinde bulunan istisna hükümleri de hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında geçerlidir.

