

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NUN ÜYE DEVLETLERDEKİ MEMUR İSTİHDAMINA ETKİSİ

*Dr. Lale Burcu ÖNÜT**

GİRİŞ

Temmuz 2013 itibariyle Avrupa Birliği'nin 28 üyesi bulunmaktadır¹. Birlik hukuku, üye devletler tarafından, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Andlaşma² (ABİA) m. 355 ile öngörülen yer bakımından uygulama alanına ilişkin sınırlamalara uygun olarak Avrupa Birliği Andlaşması³ (ABA) m. 52 uyarınca uygulanır. Bununla birlikte Birlik mevzuatı açıkça üye devletler tarafından benimsenmesi gereken bir memur veya kamu görevlisi tanımı içermemektedir.

Bu durum, üye devletlerin Birlik hukukunu dikkate almaksızın, ulusal düzenlemeleri ile memur istihdamına ilişkin kuralları belirleyebilecekleri

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

¹ Almanya, Fransa, İngiltere, İtalya, İspanya, Polonya, Romanya, Hollanda, Yunanistan, Portekiz, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, İsveç, Avusturya, Bulgaristan, Danimarka, Slovakya, Finlandiya, İrlanda, Litvanya, Letonya, Slovenya, Estonya, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Lüksemburg ve Malta günümüzde Avrupa Birliği üyesidir. Hırvatistan da 1 Temmuz 2013 tarihinde, AB'nin 28. üyesi olmuştur. Türkiye, İzlanda ve Karadağ ile AB arasındaki üyelik müzakereleri devam etmektedir. Makedonya ve Sırbistan da aday ülke statüsündedir. Arnavutluk, Bosna-Hersek ve Kosova ise potansiyel aday ülke statüsündedir. **European Union**, "On the road to EU membership", erişim "http://europa.eu/about-eu/countries/on-the-road-to-eu-membership/index_en.htm", 03.07.2013.

² ABİA için bkz. **JOUE**, 30.03.2010, C. 83, s. 47-199.

³ ABA için bkz. **JOUE**, 30.03.2010, C. 83, s. 13-45.

anlamına gelmemektedir. Birliğin hedeflerini düzenleyen ABA m. 3’de, “Birlik bir iç pazar kurar” hükmü yer almaktadır. ABİA m. 26/2’ye göre de “İç Pazar, anlaşmaların hükümleri uyarınca malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının güvence altına alındığı, iç sınırları olmayan bir alanı” ifade etmektedir. Üye devletlerin Birlik hukukundan tamamen özerk bir şekilde memur istihdamına ilişkin kuralları belirleyememeleri de, İç Pazarın kurulması hedefinden kaynaklanmaktadır. Bu hedefin gerçekleştirilmesi amacıyla kabul edilen Birlik hukuku düzenlemeleri, üye devletlerin memur istihdamına ilişkin düzenleme ve uygulamalarını etkilemektedir. Türkiye’nin Birliğe üyeliği durumunda söz konusu düzenlemeler, Türkiye’deki memur istihdamına ilişkin düzenleme ve uygulamaları da etkileyecektir⁴.

⁴ Türkiye ile Avrupa Birliği arasında müzakere süreci, 3 Ekim 2005 tarihinde başlamıştır. Müzakere başlıklarından ikincisi, işçilerin serbest dolaşımına ilişkindir. Söz konusu başlığa ilişkin olarak 18 Eylül 2006 tarihli tarama toplantısında, Avrupa Komisyonu Türkiye’ye, Türkiye’nin yalnızca kamu gücünün kullanımını veya devletin genel menfaatlerinin korunmasını gerektiren işleri kendi vatandaşlarına özgülemesini öngören Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) kararlarına, uyup uymayacağını sormuştur. Bu soruya, Anayasanın 128. maddesi, Devlet Memurları Kanunu (DMK) 4. ve 48. maddeleri çerçevesinde değerlendirme yapılarak cevap verilmiştir. Günümüzde Anayasanın 128. maddesinde “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.” hükmü yer almaktadır. Devlet Memurları Kanunu’nun istihdam şekilleri başlıklı 4. maddesinde, kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüldüğü düzenlenmektedir. Komisyon’a verilen cevapta, yabancıların bazı kısıtlamalara tabi olarak sözleşmeli personel ve geçici personel olarak istihdam edilebildiği belirtilmiştir. Söz konusu cevapta, DMK m. 48 uyarınca devlet memuru olabilmek için Türk vatandaşlığının bir ön koşul olduğu, bu çerçevede yabancıların kural olarak devlet memuru olamayacağı, bununla birlikte üyelik durumunda, ATAD kararları dâhil olmak üzere, Birlik müktesebatına gerekli uyumun gerçekleştirileceği belirtilmiştir. **European Commission**, Non Exhaustive list

Birlik hukukunun üye devletlerdeki memur istihdamına etkisinin değerlendirilmesi amacıyla hazırladığımız çalışmamızda, Birlik hukukundaki anlamıyla işçi kavramından hareketle, serbest dolaşım ilkesinin üye devlet memurlarının istihdamı üzerindeki etkisi açıklanmaktadır. Birinci bölümde, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde işçilere tanınan bazı haklar belirtilmekte, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin düzenlemelerin niteliği ve etkisi değerlendirilmektedir. Ardından üye devlet hukuku çerçevesinde memur olarak istihdam edilen kişilerin Birlik hukukundaki konumu incelenmektedir. Bu çerçevede söz konusu kişilerin, Birlik hukuku anlamında işçi olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusu cevaplandırılmaktadır. Çalışmamızın son kısmında ise, işçilerin serbest dolaşımının kısıtlanmasına izin veren Andlaşma hükümleri (serbest dolaşım istisnaları) değerlendirilmektedir. Kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı gerekçeleri ile serbest dolaşımın nasıl kısıtlanabileceği, bu kısıtlamanın üye devletlerdeki memur istihdamına etkisi ve kamu idaresindeki istihdamların işçilerin serbest dolaşımı ilkesi üzerindeki etkisi, Komisyon'un konuya ilişkin açıklamaları ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları ışığında değerlendirilmektedir.

I. İŞÇİLERİN SERBEST DOLAŞIMI İLKESİ BAĞLAMINDA GENEL DEĞERLENDİRME

Üye devlet memurları, Birlik hukuku anlamında işçi olarak değerlendirildikleri takdirde istihdamları Birlik hukukuna tabi olur. Bu durumda Andlaşmanın işçilerin serbest dolaşımı başlığı altında yer alan hükümlerinin, Birlik içinde işçilerin serbest dolaşımına ilişkin 492/2011 sayılı Tüzüğün⁵ ve Birlik yurttaşları ile aile üyelerinin üye devletlerde serbest dolaşım ve ikamet hakkına ilişkin 2004/38 sayılı Direktifin⁶ uygulanması gerekir⁷.

of questions, Chapter 2- Freedom of movement for workers, s. 4-5, erişim "http://www.ab.gov.tr/files/tarama/tarama_files/02/sorular%20ve%20cevaplar_files/SC02_Cevaplar.pdf", 25.07.2013.

⁵ JOUE, 27.05.2011, L.141, s. 1-12. 492/2011sayılı Tüzük, 1612/68 sayılı Konsey Tüzüğünü yürürlükten kaldırmıştır.

⁶ JOUE, 30.04.2004, L. 158, s. 77-123.

İşçilerin serbest dolaşımı, üye devletlerin işçileri arasında istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından, vatandaşlığa dayalı her türlü ayrımcılığın kaldırılmasını gerektirmektedir (ABİA m. 45/2). 492/2011 sayılı Tüzüğün 1. maddesinde de ikametgâhı nerede olursa olsun bütün üye devlet vatandaşlarının bir başka üye devlette o devletin vatandaşlarının tabi oldukları kurallara uygun olarak işe girme ve çalışma hakkına sahip olduğu, uygun işlerde istihdam edilmek bakımından o devletin vatandaşları ile aynı önceliği paylaştıkları kabul edilmiştir. ABİA'nın ayrımcılık yasağı ve Birlik yurttaşlığı başlıklı ikinci kısmında yer alan m. 18/1 de, vatandaşlık nedeniyle ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bu düzenlemeye göre, "*Andlaşmaların uygu-*

⁷ ABİA'nın 4. başlığı kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına ilişkindir. Bu başlık altında yer alan ABİA m. 45-48 işçilerin, m. 56-62 ise hizmetlerin serbest dolaşımını düzenlemektedir. Birliğin memuriyete yaklaşımı çalışmamız içerisinde yalnızca işçilerin serbest dolaşımı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Çünkü üye devlet hukuku uyarınca memur olarak istihdam edilen kişilerin Birlik hukuku anlamında hizmet sunucusu olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Nitekim ABİA'nın 4. başlığı altında yer alan m. 57'de normal olarak bedel karşılığı yapılan ve malların, sermayenin, kişilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin kapsamına girmeyen faaliyetlerin Andlaşmalar çerçevesinde hizmet olarak kabul edileceği belirtilmiştir. ABİA m. 56 ile de, hizmet alıcısının bulunduğu üye devletten başka bir üye devlette yerleşmiş olan üye devlet vatandaşlarının, Birlik içerisindeki hizmet sunumlarının kısıtlanamayacağı kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde hizmetin Birlik hukukuna tabi olması, hizmeti sunan kişilerin AB vatandaşı olmasına, sunulan hizmetin Birlik içerisinde sınır aşan bir nitelik taşımasına ve hizmetin bedel karşılığında sunulmasına bağlıdır. **Tekinalp**, Gülören (Tekinalp/Tekinalp), Avrupa Birliği Hukuku, Beta, İstanbul 2000, s. 358; Divan Scorpio kararında, hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin Andlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için hizmetin Topluluk içerisinde sunulması gerektiğini ve hizmet sunucusunun Topluluk içerisinde yerleşmiş bir üye devlet vatandaşı olması gerektiğini belirtmiştir. **CJCE**, FKP Scorpio Konzertproduktionen, C-290/04, 03.10.2006, Rec. 2006, s. I-9461, p. 67. Bir faaliyetin işçilerin serbest dolaşımına ilişkin Andlaşma hükümlerinin kapsamında yer alması, hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin düzenlemelerin uygulanmasına engel olmaktadır. Nitekim Divan Gebhard kararında, işçilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin düzenlemelerin aynı olay bakımından birlikte uygulanamayacağını açıklamıştır. **CJCE**, Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, C-55/94, 30.11.1995, Rec. 1995, s. I-416, p. 20.

*lama alanında vatandaşlık nedeniyle gerçekleştirilen her türlü ayrımcılık, Andlaşmalarda öngörülen özel hükümlere hanel gelmeksizin yasaktır*⁸. Söz konusu düzenleme genel kural niteliğindedir ve ABİA m. 45/2 ile arasında genel kural- özel kural ilişkisi bulunmaktadır⁹.

Benzer şekilde Birlik yurttaşlarına üye devletlerin topraklarında serbest dolaşım ve ikamet hakkı tanıyan ABİA m. 20/2-a ile işçilerin haklarını düzenleyen ABİA m. 45/3¹⁰ arasında da genel kural- özel kural ilişkisi bulunmaktadır. Oteiza Olazabal kararına göre, genel olarak tüm Birlik vatandaşlarına üye devletlerin topraklarında serbest dolaşım ve ikamet hakkı tanıyan düzenleme, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin Andlaşma hükmünde özel bir ifadeye kavuşmuştur. Divan'a göre temel davanın çözümü bu düzenlemeye bağlı ise, Birlik yurttaşlığı başlığı altında yer alan düzenlemenin yorumlanmasına gerek yoktur¹¹.

⁸ Bu düzenleme hem yatay, hem de dikey doğrudan etkiye sahiptir. Diğer bir ifade ile yalnızca üye devletler ile bireyler arasındaki ilişkiler açısından değil, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler açısından da geçerlidir. **Oder**, Bertil Emrah (Tekinalp/ Tekinalp), Avrupa Birliği Hukuku, Beta, İstanbul 2000, s. 126, 129.

⁹ **Yüksel**, Saadet, Avrupa Birliği'nde İşçilerin Serbest Dolaşımı ve Türk İşçilerinin Statüsü, Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2007, s. 30; **Bilgin**, Aslı, "Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı Işığında Serbest Dolaşım ve Birlik Yurttaşlığı", Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 6, S. 23, Yıl: 2010, s. 26; **Bozkurt**, Enver/**Özcan**, Mehmet/**Köktaş**, Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2011, s. 270; **Göçmen**, İlke, Avrupa Birliği'nde İç Pazardaki Serbest Dolaşım ve Birlik Vatandaşlığının Etkileşimi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011, s. 147, 183; Genel ayrımcılık yasağının ikincil nitelikte olduğu yönünde bkz. **Can**, Hacı, Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 83.

¹⁰ ABİA m. 45/3'de işçilerin kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı gerekçeleriyle getirilen kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla sahip oldukları haklar düzenlenmiştir. Bu çerçevede işçiler iş tekliflerini kabul etme, bu amaçla üye devletlerde serbestçe dolaşma, bir üye devlette o devlet vatandaşlarının istihdamını düzenleyen yasa, tüzük ve yönetmelik hükümlerine uygun olarak çalışmak amacıyla ikamet etme ve istihdam edildikten sonra Komisyon tarafından belirlenen koşullara uygun olarak o üye devlette kalma hakkına sahiptirler.

¹¹ **CJCE**, Oteiza Olazabal, C-100/01, 26.11. 2002, Rec. 2002, s. I-10981, p. 26; Aynı yönde bkz. **CJCE**, Ioannidis, C-258/04, 15.09. 2005, Rec. 2005, s. I-8275, p. 37;

İşçilerin serbest dolaşımını düzenleyen ABİA m. 45 doğrudan etkili bir düzenlemedir¹². Van Duyn kararına göre, düzenleme bireylere ulusal mahkemeler önünde ileri sürebilecekleri haklar tanımaktadır¹³. Petrie kararında da, Van Duyn kararı ile üye devletlerin işçileri arasında istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından, vatandaşlığa dayalı her türlü ayrımcılığın kaldırılmasını öngören düzenlemenin doğrudan etkisinin kabul edildiği vurgulanmıştır¹⁴.

Düzenlemenin doğrudan etkisinden yararlanılabilmesi, Birlik hukuku anlamında işçi statüsünde bulunmayı gerektirir. Bu nedenle Birliğin memuriyete yaklaşımı değerlendirilirken, öncelikle üye devlet hukuku çerçevesinde memur olarak istihdam edilecek kişilerin Birlik hukuku anlamında işçi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu cevaplandırılmalıdır.

Skanavi kararında ise, Andlaşma ve Andlaşmanın uygulanması için kabul edilen düzenlemeler ile öngörülen şartlar ve kısıtlamalar saklı kalmak üzere, tüm Birlik vatandaşlarına genel olarak üye devletlerin topraklarında serbest dolaşım ve ikamet hakkı tanıyan düzenlemenin, yerleşme hakkına ilişkin Andlaşma hükmünde özel bir ifadeye kavuştuğu belirtilmiştir. Divana göre temel davanın çözümü bu düzenlemeye bağlı ise, Birlik vatandaşlığı başlığı altında yer alan düzenlemenin yorumlanmasına gerek yoktur. **CJCE**, Skanavi et Chryssanthakopoulos, C-193/94, 29.02. 1996, Rec. 1996, s. I-929, p. 22; Skanavi kararına ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Bilgin**, “Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı İşliğinde Serbest Dolaşım”, s. 27.

¹² ABAD kararlarına göre ABİA m. 45/1 ve 2'nin doğrudan etkili düzenlemeler oldukları, uygulanmaları bakımından yeni düzenleme yapılmasına gerek olmadığı ve üye devletlere takdir yetkisi bırakmayan yükümlülükler içerdikleri yönünde bkz. **Bozkurt/Özcan/Köktaş**, s. 254; **Göçmen**, s. 109; ABİA m. 45'de yer alan düzenleme Maastricht andlaşmasından önce Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması (AETA) m. 48'de, Lizbon Andlaşmasından önce ise Avrupa Topluluğu Andlaşması (ATA) m. 39'da yer almıştır. AETA m. 48'in doğrudan etkisine ilişkin olarak bkz. **Köktaş**, Arif, Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999, s. 102-103; ATA m. 39'un doğrudan etkisine ilişkin olarak bkz. **Can**, Avrupa Birliği İç Pazar, s. 288.

¹³ **CJCE**, Van Duyn/Home Office, C-41/74, 04.12.1974, Rec. 1974, s. 1337, p. 4-8.

¹⁴ **CJCE**, Petrie e.a./Università degli studi di Verona et Bettoni, C-90/96, 20.11.1997, Rec. 1997, s. I-6527, p. 28.

II. BİRLİK HUKUKUNDA İŞÇİ KAVRAMI

İşçi kavramı, Avrupa Birliği Andlaşmalarında tanımlanmamıştır. Ancak işçilerin serbest dolaşımı malların, hizmetlerin, sermayenin serbest dolaşımı gibi Andlaşmalar ile güvence altına alınan dört temel özgürlükten biridir. Bu çerçevede işçi kavramı, Birlik hukukuna ilişkin bir kavramdır¹⁵.

Birlik hukukuna ilişkin kavramların yorumu, Birliğin hukuk düzeni içerisinde gerçekleştirilir. Bu durum Birlik hukukunun özerkliğinin bir sonucudur. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)¹⁶, Birlik mevzuatını yorumlarken veya Birlik hukukuna ilişkin kavramların kapsamı konusunda değerlendirme yaparken, kendisini üye devletlerin ulusal hukuklarının bu kural ve kavramlara verdikleri anlamla bağlı görmemekte, anlamı özerk olarak belirlemektedir. Diğer bir ifade ile otonom yorum yapmaktadır¹⁷. Otonom yorum yetkisi çerçevesinde işçi kavramının kapsamını belirleme yetkisi üye devletlere bırakılmamıştır. Aksi yönde bir kabul, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin olarak Andlaşmada yer alan düzenlemelerin uygulanmasına ve dolayısıyla Birliğin hedeflerinin gerçekleştirilmesine engel olabilirdi¹⁸. Böyle bir yaklaşım benimsenmediğinden, üye devletlerin mevzuatlarında yer alan ve işçi kavramını sınırlandıran düzenlemelerin uygulanması mümkün değildir¹⁹. İşçilerin serbest dolaşımı Birliğin temel ilkelerinden biri olduğu için işçi kavramı, ulusal hukuklara göre tanım-

¹⁵ **Steiner**, Josephine/**Woods**, Lorna, EU Law, Oxford University Press, New York 2009, s. 465; **Horspool**, Margot/**Humphreys**, Matthew, European Union Law, Oxford University Press, New York 2010, s. 388.

¹⁶ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), Lizbon Andlaşmasında Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) olarak adlandırılmıştır. Bu nedenle çalışmamızda 1 Aralık 2009 tarihi öncesinde Divan tarafından açıklanan kararlara atıf yapılırken ATAD kısaltması kullanılmıştır.

¹⁷ AİHM de, AİHS'de yer alan terim veya kavramların anlamının belirlenmesinde kendisini taraf devletlerin iç hukukunun bunlara verdiği anlamla bağlı görmemekte ve anlamı özerk olarak belirlemek suretiyle otonom yorum yapmaktadır. **Sancakdar**, Oğuz, "AİHM Kararlarının Türk İdare Hukukuna Etkileri Konusunda Genel Gözlemler", Amme İdaresi Dergisi, C.38, S.1, Mart 2005, s. 90.

¹⁸ **Köktaş**, s. 117.

¹⁹ **Can**, Avrupa Birliği İç Pazar, s. 291.

lanamaz²⁰. Bu kavram, Birlik hukuku açısından özel bir anlama sahiptir. Temel özgürlüğün uygulama alanını belirlediği için, Birliğe özgü bir kavram olarak geniş yorumlanmaktadır²¹.

Levin kararında işçi kavramı ekonomik yönüyle yer almıştır²². Ekonomik yaklaşım çerçevesinde işin niteliği, yapısı ve süresi dikkate alınabilir²³. Karara göre, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin kurallar, kısmi zamanlı (part-time) ücretli çalışma gerçekleştiren ve bu suretle asgari ücretin altında gelir elde eden kişileri ilgilendirmektedir. Kısmi zamanlı çalışma, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin kuralların uygulama alanının dışında yer almamaktadır. Bununla birlikte bu kurallar, tamamen marjinal ve tali nitelikte küçük ölçekli faaliyetler söz konusu olduğunda uygulanamazlar. Diğer bir ifade ile işçilerin serbest dolaşımına ilişkin kurallar, yalnızca gerçek ve etkili faaliyetlerin icrası söz konusu olduğunda uygulanabilir²⁴. Kısmi zamanlı çalışma gerçekleştiren kişi, her ne kadar asgari ücretin altında bir gelir elde etse de, bu iş birçok kişi için hayat koşullarının iyileştirilmesi

²⁰ CJCE, Unger/Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten, C-75/63, 19.03.1964, Rec. 1964, s. 362, 363; CJCE, Levin/Staatssecretaris van Justitie, C-53/81, 23.03.1982, Rec. 1982, s. 1035, p.11; CJCE, Lawrie- Blum/Land Baden-württemberg, C-66/85, 03.07.1986, Rec. 1986, s. 2121, p. 16.

²¹ CJCE, C-53/81, p. 13; CJCE, C-66/85, p. 16; CJCE, Kempf/Staatssecretaris van Justitie, C-139/85, 03.06.1986, Rec. 1986, s. 1741, p. 13; CJCE, Bettray/Staatssecretaris van Justitie, C-344/87, 31.05.1989, Rec. 1989, s. 1621, p. 11; Communication de la Commission, “Libre circulation des travailleurs- en tirer pleinement les avantages et les potentialités”, COM (2002) 694 final, 11.12.2002, s. 5, “<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0694:FIN:fr:PDF>”, 20.07.2013.

²² Göçmen, s. 120; Levin kararında herhangi bir işçi tanımına yer verilmediği yönünde bkz. Bilgin, Aslı, “İşçilerin Serbest Dolaşımı”, Akçay, Belgin/Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm, (ed.), Lizbon Andlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 77.

²³ Steiner/Woods, s. 465.

²⁴ CJCE, C-53/81, p. 16, 17, 18; Aynı yönde bkz. CJCE, C-344/87, p. 13; CJCE, Kurz, C-188/00, 19.11.2002, Rec. 2002, s. I-10691, p. 32; CJCE, Collins, C-138/02, 23.03.2004, Rec. 2004, s. I-2703, p. 26; CJCE, Trojani, C-456/02, 07.09.2004, Rec. 2004, s. I-7573, p. 15.

açısından etkili bir araçtır²⁵. Bu çerçevede Divan (ABAD), Hollanda'da oda hizmetçisi olarak kısmi zamanlı çalışma gerçekleştiren İngiliz vatandaşı Bayan Levin'in, Birlik hukuku anlamında işçi olarak değerlendirilebileceğini kabul etmiştir²⁶.

Kempf kararına konu olan olayda da Alman vatandaşı Kempf, Hollanda'da müzik öğretmeni olarak haftada 12 saat çalışmaktadır. Kempf bu süreçte, gelirinin yanı sıra kamusal fonlardan mali destek de almıştır. Kempf'in Hollanda'da ücretli çalışma gerçekleştirmek amacıyla yapmış olduğu oturma izni başvurusu reddedilmiştir. Danıştay tarafından ön karar usulüyle ATAD'a başvurulmuştur. Divan'a, gerçek ve etkili ekonomik faaliyet gerçekleştiren bir üye devlet vatandaşının ek gelir elde etmek amacıyla kamusal fonlardan mali destek talebinde bulunmasının, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin kuralların uygulanmasına engel olup olmadığı sorulmuştur. Ön karar usulünde Divan ve ulusal yargıç arasında kurulan işbirliği çerçevesinde dava konusu olayları değerlendirme yetkisinin ulusal mahkemeye ait olduğunu belirten Divan, gerçekleştirilen faaliyetin gerçek ve etkili bir ekonomik faaliyet olup olmadığını değerlendirmemiştir. Bununla birlikte gelirin desteklenmesi amacıyla kamusal fonlardan mali yardım talebinde bulunulmasının, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin kuralların uygulama dışı bırakılmasına yol açmayacağını vurgulamıştır²⁷.

²⁵ CJCE, C-53/81, p. 15.

²⁶ **Barnard**, Catherine, *The Substantive Law of the EU*, Oxford University Press, New York 2007, s. 288; **Bilgin**, Aslı, "Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı İle İş Arayan Kişilere Tanınan Sosyal Avantajlar", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C. 9, S.2, Yıl: 2010, s. 6; Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Özkan**, Işıl, *Yabancıların Çalışma Hürriyeti ve Avrupa Toplumunda Kişilerin Serbest Dolaşımı*, Kazancı, İstanbul 1997, s. 31; **Köktaş**, s. 117; **Foster**, Nigel, *Foster on EU Law*, Oxford University Press, New York 2009, s. 300; **Steiner/Woods**, s. 465; **Balkır**, Canan, *Uluslararası Ekonomik Bütünleşme*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2010, s. 204; **Horspool/Humphreys**, s. 388, 389.

²⁷ CJCE, C-139/85, p. 2, 3, 5, 12, 16; Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Özkan**, s. 31-32; **Köktaş**, s. 117-118; **Sezer**, Yasin, *Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Toplumunda Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 173-174; **Barnard**, s. 288; **Foster**, s. 300; **Steiner/Woods**, s. 465-466; **Horspool/Humphreys**, s. 389.

Lawrie Blum kararında ise işçi kavramının, ilgili kişilerin hak ve yükümlülükleri çerçevesinde iş ilişkisini ortaya koyan objektif kriterlere göre tanımlanması gerektiği kabul edilmiştir. İş ilişkisinin temel özelliği, bir kişinin başkası yararına ve onun yönetimi altında belli bir süre ücret karşılığı hizmet ifa etmesidir²⁸. Kararda işçi tanımı biçimsel yönüyle yer almıştır²⁹. Bu tanım çerçevesinde işçilerin, serbest çalışanlardan ayrılabilmesi mümkündür³⁰. İşçi kavramına biçimsel yaklaşım, ekonomik yaklaşımın göz ardı edildiği anlamına gelmemektedir. Lawrie-Blum kararına göre, stajyer öğretmenin haftalık ders saatinin az olması ve mesleğin başındaki bir öğretmene göre düşük ücret alması, işçi olarak değerlendirilmesine engel değildir. Levin kararına da atıfta bulunan Divana göre, gerçek ve etkili bir faaliyetin icrası söz konusu olduğu sürece işçi ve ücretli çalışma kavramlarının, kısmi zamanlı çalışma nedeniyle tam zamanlı çalışmaya göre düşük ücret alan kişileri de kapsayacak şekilde anlaşılması gerekir³¹.

Steymann kararına göre, felsefi veya dini temelleri olan bir Topluluğun üyeleri tarafından bu Topluluğun ticari faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilen çalışmaların karşılığı olarak Topluluk tarafından üyelerine sunulan hizmetler, gerçek ve etkili faaliyetlerin dolaylı karşılığını oluşturuyorsa, söz konusu Topluluğun üyeleri tarafından gerçekleştirilen faaliyetler ekonomik faaliyet niteliğindedir³². Karara konu olayda Bhagwan Topluluğu, üyelerinin maddi ihtiyaçlarını gerçekleştirdikleri çalışmaların niteliğine ve kapsamına bağlı olmaksızın karşılamaktadır. Topluluğun üyelerine sunduğu hizmetler, Topluluğun ekonomik bağımsızlığını güvence altına almak amacıyla topluluğun üyeleri tarafından topluluğa katılımın bir gereği olarak gerçekleştirilen

²⁸ CJCE, C-66/85, p. 17; Aynı yönde bkz. CJCE, C-344/87, p. 12; CJCE, C-188/00, p. 32; CJCE, C-456/02, p. 15.

²⁹ Göçmen, s. 119.

³⁰ Steiner/Woods, s. 465.

³¹ CJCE, C-66/85, p. 21; Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Özkan, s. 61; Köktaş, s. 118; Sezer, s. 174; Barnard, s. 287; Foster, s. 301; Horspool/Humphreys, s. 389; Bilgin, “İşçilerin Serbest Dolaşımı”, s. 77.

³² CJCE, Steyermann/Staatssecretaris van Justitie, C-196/87, 5.10. 1988, Rec. 1988, s. 6159, p. 14.

işlerin dolaylı karşılığını oluşturmaktadır³³. Kişinin maddi ihtiyaçları gerçek ve etkili bir ekonomik faaliyetin karşılığında karşılanıyor, bu çerçevede ilgili kişiye bir cep harçlığı veriliyorsa kişinin işçi statüsünde olduğu kabul edilebilir³⁴. Diğer bir ifade gerçek ve etkili bir ekonomik faaliyet gerçekleştiren kişinin bu faaliyetin karşılığı olarak nakdi bir ücret almıyor olması, o kişinin işçi olarak değerlendirilmesine engel olmamaktadır³⁵.

Bir kişinin işçi statüsünde olup olmadığı değerlendirilirken, kişinin veriminin düşük olup olmaması, kişiye ödenen ücretin kaynağı, miktarı veya kişi ile işvereni arasındaki hukuki ilişkinin niteliği önemli deđildir³⁶. Bununla birlikte gerçekleştirilen faaliyet yalnızca kişinin rehabilitasyonunun veya topluma kazandırılmasının aracı ise ve ücretli çalışmanın amacı, kişiye istihdam edilme veya olabildiğince normale yakın bir hayat sürdürebilme yeteneği kazandırmak ise, gerçek ve etkili bir ekonomik faaliyetten söz edilemez³⁷. Örneğin Bettray kararında olduğu gibi rehabilitasyon programı kapsamında gerçekleştirilen sosyal hizmet faaliyetleri karşılığında kişi nakdi bir karşılık alsa da, faaliyetin esas amacı kişinin kendisini toparlamasını sağlamak olduğunda, söz konusu faaliyet gerçek ve etkili bir ekonomik faaliyet olarak değerlendirilememektedir³⁸. Dolayısıyla Divana göre bu durumdaki bir kişi işçi statüsünde deđildir³⁹.

Dava konusu bakımından Bettray kararına benzer nitelikte olan Trojani kararında ise Divan, barınma ve cep harçlığı karşılığında Kurtuluş Ordusu yurdunda sosyal entegrasyon projesi çerçevesinde haftalık 30 saat hizmet sunan Michel Trojani'nin gerçek ve etkili bir ekonomik faaliyet gerçek-

³³ CJCE, C-196/87, p. 12.

³⁴ Barnard, s. 287; Bilgin, "Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı Işığında Serbest Dolaşım", s. 5; Bilgin, "İşçilerin Serbest Dolaşımı", s. 77-78.

³⁵ Steiner/Woods, s. 465.

³⁶ CJCE, C-344/87, p. 15, 16; CJCE, C-188/00, p. 32; CJCE, C-456/02, p. 16; Barnard, s. 287.

³⁷ CJCE, C-344/87, p. 17.

³⁸ Barnard, s. 287-288; Steiner/Woods, s. 466; Göçmen, s. 120-121; Bilgin, "İşçilerin Serbest Dolaşımı", s. 78.

³⁹ CJCE, C-344/87, p. 20; Foster, s. 301.

leştiren gerçeğe getirmediğinin ulusal mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerektiğini açıklamıştır⁴⁰. Ulusal mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken kurumun uygulamalarını, statüsünü, sosyal entegrasyon projesinin kapsamını, hizmet sunumunun yöntemlerini ve niteliğini dikkate alabilecektir⁴¹.

Raulin kararına konu olan olayda ise, Fransız vatandaşı Raulin Hollanda'da yaklaşık sekiz ay süreli bir iş akdi yapmıştır. Bu iş akdi çağrı üzerine gerçekleştirilen çalışmayı konu edinmektedir (oproep contract). Bu sözleşme çerçevesinde Raulin garson olarak kısa bir dönem toplam 60 saat çalışmıştır. Sözleşme süresi devam ederken, Amsterdam'da tam zamanlı plastik sanatlar eğitimi görmeye başlamıştır. Raulin eğitiminin finansmanı amacıyla, Hollanda Eğitim ve Bilim Bakanlığına mali yardım başvurusunda bulunmuştur. Yapmış olduğu başvuru, Hollanda'da oturma iznine sahip olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. ATAD ön karar usulüyle önüne gelen olayda, bir kişinin çağrı üzerine gerçekleştirilen çalışmayı konu edinen sözleşme çerçevesinde istihdam edilmiş olmasının, Birlik hukuku anlamında işçi olarak değerlendirilmesine engel olmadığını belirtmiştir. ATAD'a göre söz konusu kişinin Birlik hukuku anlamında işçi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti amacıyla gerekli kontrolleri yapma yetkisi ulusal mahkemeye aittir. Ulusal mahkeme gerçekleştirilen çalışmanın gerçek ve etkili bir ekonomik faaliyet olup olmadığını değerlendirirken, sunulan hizmetlerin düzensiz niteliğini ve sınırlı süresini veya işverenin talebi halinde kişinin çalışmak üzere hazır bulunma zorunluluğuna tabi olup olmadığını dikkate alabilir. Bir kişinin iş ilişkisi çerçevesinde çok kısa bir süre çalışmış olması da, gerçekleştirilen faaliyetin marjinal ve tali nitelikte olduğunu gösteren bir unsur olarak değerlendirilebilir⁴².

⁴⁰ CJCE, C-456/02, p. 9, 24, 29; Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Barnard**, s. 288; **Foster**, s. 301; **Steiner/Woods**, s. 466; **Bilgin**, "Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı Işığında Serbest Dolaşım", s. 33, 34; **Horspool/Humphreys**, s. 389-390.

⁴¹ CJCE, C-456/02, p. 24.

⁴² CJCE, Raulin/Minister van Onderwijs en Wetenschappen, C-357/89, 26.02.1992, Rec. 1992, s. I-1027, p. 3, 4, 11, 14,15; Karara ilişkin bir değerlendirme için ayrıca bkz. **Barnard**, s. 288; **Foster**, s. 300-301; **Steiner/Woods**, s. 466; **Bilgin**, "Avrupa

Yukarıda belirtilen kararlar çerçevesinde, bir başkası yararına ve onun yönetimi altında ücret karşılığı gerçek ve etkili ekonomik faaliyet gerçekleştiren kişiler Birlik hukuku anlamında işçi olarak kabul edilmektedir⁴³. Bu faaliyetleri belirtilen şekilde gerçekleştiren kişiler “*üye devlet hukuku çerçevesinde memur*”⁴⁴ olarak istihdam edilseler de, Birlik hukuku anlamında işçi

Birliği Adalet Divanı İçtihadı İle İş Arayan Kişilere”, s. 6; **Horspool/Humphreys**, s. 389; **Göçmen**, s. 121; **Bilgin**, “İşçilerin Serbest Dolaşımı”, s. 79.

⁴³ **COM** (2002), 694 final, s. 5; **Yüksel**, s. 20-22; **Can**, Avrupa Birliği İç Pazar, s. 291-292; **Horspool/Humphreys**, s. 388; **Bilgin**, “İşçilerin Serbest Dolaşımı”, s.79.

⁴⁴ Fransa’da memurların statüsü, her biri statünün ayrı bir başlığını oluşturan dört farklı yasa ile düzenlenmiştir. Bunlardan ilki “Le Pors” yasası olarak adlandırılan memurların hak ve yükümlülüklerine ilişkin 13 Temmuz 1983 tarihli 83-634 sayılı yasadır. Yasa devlet memurlarına, mahalli idare memurlarına ve sağlık kurumlarında çalışan memurlara ilişkin genel hükümlere yer vermektedir. **Loi no. 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires**, Version consolidée au 01 janvier 2013, “<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000504704&fastPos=1&fastReqId=1169277459&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>”, 21.07.2013. Memur statüsünün ikinci başlığını oluşturan düzenleme, devlet memurlarına ilişkin hükümler içeren 11 Ocak 1984 tarihli 84-16 sayılı yasadır. Yasanın genel hükümler başlığı altında yer alan 2. maddesinde düzenlemenin uygulama alanında yer alan kişiler belirtilmiştir. Buna göre, “*daimi (permanent) ve tam zamanlı (temps complet) olarak istihdam edilmek üzere atanan ve devlet merkezi idaresinin, devlete bağlı taşradaki hizmetlerin (yetki genişliği hizmetleri- services déconcentrés) veya devlet kamu kurumlarının hiyerarşik düzeninde bir konuma yerleştirilen (hiyerarşik derece sistemine giren) kişiler*” kapsam dâhilindedir. **Loi no. 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat**, Version consolidée au 19 décembre 2012, “<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000501099&fastPos=1&fastReqId=338656571&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>”, 21.07.2013; Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 33/4. maddesinde ise, kamu gücünden kaynaklanan yetkilerin kullanımının, kural olarak, kamu hukuku uyarınca hizmete sadakatle bağlı olan kamu görevlilerine daimî bir görev olarak bırakılacağı belirtilmiştir. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının İngilizce metni için bkz. **Service of the German Bundestag**, Basic Law for the Federal Republic of Germany, Ekim 2010, erişim “<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>”, 24.07.2013; Fransızca metin için bkz. **Bundestag allemand**, Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, Berlin 2010, erişim “http://www.bundestag.de/htdocs_f/

statüsündedirler⁴⁵. Dolayısıyla, işçilerin serbest dolaşımının teminine yönelik Birlik hukuku düzenlemelerinin bu kişiler açısından da uygulanması gerekir⁴⁶.

İstihdam, ücret veya diğer çalışma koşulları bakımından bu kişilere yönelik vatandaşlığa dayalı her türlü ayrımcılığın kural olarak kaldırılması gerekir. İşçilerin serbest dolaşımı yönünden “doğrudan⁴⁷ veya dolaylı⁴⁸

[documents/cadre/loi_fondamentale.pdf](#)”, 24.07.2013; Federal Alman Cumhuriyeti Anayasasının Türkçe çevirisi için bkz. “<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>”, 24.07.2013; İngiltere’de ise, Kraliyetin tek taraflı yetkisi çerçevesinde atanan kamu görevlileri (civil servants) bulunmaktadır. **Auby**, Jean- Marie/**Auby**, Jean Bernard/**Jean-Pierre**, Didier/**Taillefait**, Antony, Droit de la fonction publique, Dalloz, Paris 2005, s. 17; Fransa, Almanya ve İngiltere’de memur kavramına ilişkin olarak ayrıca bkz. **Sancakdar**, Oğuz, Disiplin Yapıtırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin yayınları, Ankara 2001, s. 91-101.

⁴⁵ **COM** (2002) 694 final, s. 5.

⁴⁶ **COM** (2002) 694 final, s. 19.

⁴⁷ Vatandaşlık kriterine dayanılarak ayrımcılık yapılması, doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır. **Özkan**, s. 34; Ulusal işçiler karşısında diğer üye devlet vatandaşlarını vatandaşlıkları nedeniyle daha dezavantajlı konumda tutan düzenlemeler doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır. **Barnard**, s. 255, 291; Doğrudan ayrımcılığın üye devletlerin iç hukuk düzenlemelerinden kaynaklanabileceği gibi, kamu hukukuna veya özel hukuka tabi kuruluşların düzenleme veya uygulamaları ile kabul ettikleri kısıtlamalardan da kaynaklanabileceği yönünde bkz. **Balkır**, s. 203; Bir üye devletin kendi vatandaşlarına, diğer üye devlet vatandaşları karşısında açıkça farklı davranarak istihdam bakımından kendi vatandaşlarını avantajlı konuma getirmesi, istihdam bakımından doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır. **Bilgin**, “İşçilerin Serbest Dolaşımı”, s. 81; İşçilerin serbest dolaşımı konusunda doğrudan ayrımcılık örneği için ayrıca bkz. **Barnard**, s. 291-292; **Göçmen**, s. 196.

⁴⁸ Vatandaşlık dışındaki kriterlere dayanılarak gerçekleştirilen ve vatandaşlık kriterine dayalı ayrımcılık ile aynı sonucu doğuran ayrımcılık dolaylı ayrımcılık oluşturmaktadır. **Özkan**, s. 34; Görünüşte vatandaşlığa dayalı ayrımcılık içermeyen, ancak diğer üye devlet vatandaşlarına etkisi bakımından ayrımcılık yaratan önlemler dolaylı ayrımcılık yaratır. **Barnard**, s. 256, 292; Dolaylı ayrımcılık bazı kaynaklarda gizli ayrımcılık olarak yer almaktadır. Vatandaşlığa dayalı olmayan ancak uygulamaya konulduğunda muamele eşitliğini sarsacak şekilde ayrımcılık yaratan düzenlemeler, gizli ayrımcılık yaratan düzenlemeler olarak değerlendiril-

ayrımcılık içeren önlemler” ile “*diğer serbest dolaşım engelleri*”nin⁴⁹ orantılılık ilkesine uygun olarak Andlaşmada yer alan istisnalar çerçevesinde

mektedir. **Yüksel**, s. 40; Bir üye devletin kendi vatandaşlarını korumak için, ulusal düzenlemelerinde diğer üye devlet vatandaşlarının yerine getirmekte zorlanacakları koşullara yer vermesinin dolaylı ayrımcılık oluşturduğu yönünde bkz. **Balkır**, s. 203; Bir üye devletin kendi vatandaşları ile diğer üye devlet vatandaşları arasında doğrudan ayrımcılık içermeyen düzenlemeleri ile diğer üye devlet vatandaşlarını dezavantajlı konuma getirmesinin dolaylı ayrımcılık oluşturduğu yönünde bkz. **Bilgin**, “İşçilerin Serbest Dolaşımı”, s. 82; ATAD, Scholz kararında işçilerin istihdamı bakımından dolaylı ayrımcılığın Birlik hukukuna aykırılığını ortaya koymuştur. Scholz Alman asılıdır ve evlilik yoluyla İtalyan vatandaşlığını kazanmıştır. Cagliari Üniversitesinde istihdam edilmek amacıyla başvuru yapmıştır. Jüri değerlendirme sırasında, onun evlilik öncesi Alman posta idaresinde gerçekleştirmiş olduğu çalışmayı dikkate almamıştır. İstihdama ilişkin yarışma kuralları, kamuda gerçekleştirilen önceki çalışmaların dikkate alınacağını öngörmektedir. İdari yargıda açılan davada ön karar usulüyle ATAD’a başvurulmuştur. ATAD, kamuda gerçekleştirilen önceki çalışmaların dikkate alınacağı öngörülmüş olmasına rağmen, bir başka üye devlette gerçekleştirilen çalışmanın dikkate alınmamasını dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirmiştir. Kararda AETA m. 48’in yalnızca vatandaşlığa dayalı açık ayrımcılığı değil, diğer ayrımcı kriterlerin uygulanması suretiyle vatandaşlığa dayalı açık ayrımcılık ile aynı sonucu doğuran bütün gizli ayrımcılık türlerini de yasakladığı belirtilmiştir. **CJCE**, Scholz/Opera Universitaria di Cagliari et Cinzia Porcedda, C-419/92, 23.02.1994, Rec. 1994, s. I-505, p. 2, 3, 7, 10, 11, 12; İşçilerin serbest dolaşımı konusunda dolaylı ayrımcılık örnekleri için ayrıca bkz. **Barnard**, s. 292-293; **Göçmen**, s. 204-205.

⁴⁹ Fiilen veya hukuken ayrımcılık yaratmayan ancak pazara erişimi engelleyen düzenlemeler bu kapsamda yer almaktadır. **Barnard**, s. 262, 293; Bunlar vatandaşlığa bakılmaksızın tüm işçilere uygulanabilen, ayrımcılık yaratmayan ancak uygulama sonucunda işçilerin serbest dolaşımını sınırlayan veya engelleyen düzenlemelerdir. **Yüksel**, s. 43; **Bilgin**, “İşçilerin Serbest Dolaşımı”, s. 83; ATAD, Komisyon tarafından Danimarka’ya karşı açılan bir ihlal davasında; ister Danimarka ister bir başka üye devlet vatandaşı olsun, Danimarka’da yaşayan Birlik vatandaşlarının Danimarka’da kayıtlı olmayan araçları kullanmasını kısıtlayan uygulama ve düzenlemelerin işçilerin serbest dolaşımına engel olduğu yönünde karar vermiştir. Kararda, ATA m. 39’un yalnızca vatandaşlığa dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı değil, işçilerin vatandaşlığına bakılmaksızın uygulanmasına rağmen serbest dolaşımı engelleyen ulusal düzenlemeleri de yasakladığı belirtilmiştir. **CJCE**, Commission/Danemark, C-464/02, 15.09. 2005, Rec. 2005, s. I-

haklı gösterilebilmesi ise mümkündür⁵⁰. ABİA m. 45/3'de işçilere tanınan serbest dolaşım hakkının kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı gerekçesi ile kısıtlanabileceği öngörülmüştür. ABİA m. 45/4'de ise, serbest dolaşıma ilişkin Andlaşma hükmünün kamu idaresindeki istihdamlara uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Bu çerçevede aşağıda Andlaşmada yer alan istisnaların memur istihdamına etkisi değerlendirilmektedir.

7929, p. 45-52, 85; İşçilerin serbest dolaşımının vatandaşlığa dayalı olmaksızın kısıtlandığı örnek olaylar için bkz. **Barnard**, s. 293-294; **Göçmen**, s. 225-228.

⁵⁰ Doğrudan ayrımcılık içeren önlemlerin hem Andlaşmada yer alan açık istisnalar, hem de temel haklar ile haklı gösterilebileceği yönünde bkz. **Can**, Avrupa Birliği İç Pazar, s. 311-314; **Göçmen**, s. 196, 293, 294, 307, 346, 361, 367, 404; Açık ayrımcılığın orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla yalnızca Andlaşmada veya ikincil mevzuatta öngörülen açık istisnalar ile haklı kılınabileceği yönünde bkz. **Barnard**, s. 254, 291; Dolaylı ayrımcılık içeren önlemler ile diğer serbest dolaşım engellerinin, orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla hem açık istisnalar, hem Divan tarafından kabul edilen kamu yararının gerektirdiği nedenler, hem de temel haklar ile haklı gösterilebileceği yönünde bkz. **Can**, Avrupa Birliği İç Pazar, s. 311-314; **Göçmen**, s. 202, 204, 213, 225, 293, 294, 332, 346, 361, 367, 404; Dolaylı ayrımcılık ile serbest dolaşım engellerinin orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla hem açık istisnalar, hem de kamu yararının gerektirdiği nedenler ile haklı kılınabileceği yönünde bkz. **Barnard**, s. 263, 264, 275, 292, 293; Doğrudan ayrımcılık içeren önlemlerin yalnızca ATA m. 39/3 (günümüzde ABİA m. 45/3), dolaylı ayrımcılık içeren önlemler ile serbest dolaşım engellerinin ise hem kamu yararının gerektirdiği nedenler, hem de Andlaşmada yer alan istisnalar ile haklı kılınabileceği yönünde bkz. **Steiner/Woods**, s. 510-511; İşe giriş hakkı bakımından ayrımcılığı haklı kılan tek istisnanın, orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçelerinden birinin varlığı olduğu, ayrımcı olmayan ancak uygulanması sonucunda serbest dolaşımı sınırlayan veya engelleyen ulusal düzenlemelerin ise, orantılılık ilkesine uygun olmak koşuluyla kamu yararının gerektirdiği nedenler veya serbest dolaşımın genel istisnalarından birinin varlığı ile haklı bulunabileceği yönünde bkz. **Bilgin**, "Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı ile İş Arayan Kişilere", s. 7, 8; İşçilerin serbest dolaşımının yalnızca ABİA m. 45/3 ve 4'de belirtilen gerekçeler ile kısıtlanabileceği yönünde bkz. **Horspool/Humphreys**, s. 414.

III. ANDLAŞMADA ÖNGÖRÜLEN İSTİSNALARIN MEMUR İSTİHDAMINA ETKİSİ

A. KAMU DÜZENİ, KAMU SAĞLIğI VE GÜVENLİğİ İSTİSNASI

Andlaşmaya göre işçilerin serbest dolaşımı kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağliğı gerekçesi ile kısıtlanabilir (ABİA m. 45/3). Bu hüküm belirli mesleklerin yalnızca üye devlet vatandaşlarına özgülenmesine izin vermemektedir. Komisyon Marina Mercante Espanola ve Anker kararlarında, bu hükmün yalnızca davranışlarıyla kamu düzeni veya güvenliğini tehlikeye sokan bireyler açısından uygulama alanı bulabileceğini belirtmiştir. Komisyon'a göre, bir mesleği icra edenlerin kamu düzenini veya güvenliğini sağlamakla yükümlü olmaları, mesleğin tamamen kişilerin serbest dolaşımı ilkesinin uygulama alanından çıkarılabilmesi için uygun bir gerekçe deđildir⁵¹.

ABAD da bu yaklaşımı benimsemekte ve ABİA m. 45/3'ü dar bir şekilde yorumlamaktadır⁵². Komisyon tarafından İspanya'ya karşı açılan ihlal davasında ATAD, üye devletlerin kamu düzeni, sağliğı veya güvenliği gerekçesiyle işçilerin serbest dolaşımını kısıtlayabileceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte ATAD'a göre, özel güvenlik gibi ekonomik faaliyet alanlarındaki tüm istihdamların serbest dolaşım ilkesinin uygulama alanından çıkarılabilmesi mümkün deđildir⁵³. Marina Mercante Espanola kararına göre, ticaret gemilerinde birinci ve ikinci kaptan olarak istihdamın tamamen

⁵¹ **CJCE**, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, C-405/01, 30.09.2003, Rec. 2003, s. I-10391, p. 36; **CJCE**, Anker e.a., C-47/02, 30.09.2003, Rec. 2003, s. I-10447, p. 55.

⁵² ATA m. 39/3'ün (günümüzde ABİA m. 45/3) dar bir şekilde yorumlandığı yönünde bkz. **Steiner/Woods**, s. 565.

⁵³ **CJCE**, Commission/Espagne, C-114/97, 29.10.1998, Rec. 1998, s. I-6717, p. 42; Marina Mercante Espanola kararında bu durum deniz ticareti gibi ekonomik faaliyet alanları ve ticaret gemilerinde birinci veya ikinci kaptanlık gibi meslekler açısından teyit edilmiştir. **CJCE**, C-405/01, p. 48; Anker kararında bu durum balıkçılık gibi ekonomik faaliyet alanları ve balıkçı teknelerinde kaptanlık gibi meslekler açısından teyit edilmiştir. **CJCE**, C-47/02, p. 67.

ilkenin uygulama alanı dışında tutulması kamu düzeni, sağlığı veya güvenliği gerekçesiyle haklı kılınmaz⁵⁴. Anker kararında ise bu durum balıkçı teknelerinin kaptanlarının istihdamı bakımından teyit edilmiştir⁵⁵. Divan'a göre kamu düzeni, sağlığı veya güvenliğine ilişkin genel istisna hükmü üye devletlere, ülkeye girişi veya ülkede kalması kamu düzeni, sağlığı veya güvenliği açısından tehlikeli olan kişilerin, ülkeye girmelerine veya kalmalarına engel olma imkânı tanımaktadır⁵⁶.

Birlik yurttaşları ile aile üyelerinin üye devletlerde serbest dolaşım ve ikamet hakkına ilişkin 2004/38 sayılı Direktifin 6. başlığı da ülkeye giriş ve ikamet hakkının kamu düzeni, sağlığı veya güvenliği gerekçesiyle kısıtlanmasıdır. Bu başlık altında yer alan m. 27/1'e göre, bu istisnalar ekonomik amaçlarla ileri sürülemez. Düzenlemenin 2. fıkrasına göre "*kamu düzeni veya güvenliği gerekçesiyle alınacak önlemlerin orantılılık ilkesine uygun olması ve münhasıran ilgili kişinin kişisel davranışına dayanması*" gerekmektedir. Aynı düzenlemeye göre, "*ilgili kişinin davranışının, toplumun temel bir çıkarı açısından gerçek, mevcut ve yeterince ağır bir tehdit oluşturması*" da gerekmektedir. Direktifin 29. maddesi kamu sağlığı istisnasına ilişkindir. Bu düzenlemeye göre, serbest dolaşımın kısıtlanmasını haklı kılan hastalıklar, "*Dünya Sağlık Örgütüncel salgın potansiyeli taşıdığı kabul edilen hastalıklar ile kabul eden devletin kendi vatandaşlarını koruyucu nitelikteki düzenlemelerine konu olan diğer bulaşıcı hastalıklar veya bulaşıcı parazit hastalıklarıdır*"⁵⁷. Esasen 2004/38 sayılı Direktif öncesinde yürürlükte olan 64/221 sayılı Direktifte de kamu düzeni, kamu sağlığı ve güvenliğine ilişkin

⁵⁴ CJCE, C-405/01, p. 49.

⁵⁵ CJCE, C-47/02, p. 68.

⁵⁶ CJCE, C-114/97, p. 42; CJCE, C-405/01, p. 48; CJCE, C-47/02, p. 67.

⁵⁷ Dünya Sağlık Örgütüncel salgın potansiyeli taşıdığı kabul edilen hastalıklar için bkz. Alerte et action au niveau mondial, Flambées épidémiques, "<http://www.who.int/csr/don/fr/>", 15.05.2013; Fransa'da Kamu Sağlığı Kanununun (Code de la santé publique) D3113-6 ve 7. maddesinde bulaşıcı hastalıkların listesine yer verilmiştir. Erişim için:

"<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20130721>", 21.07.2013.

istisnalara yer verilmiştir⁵⁸. Bununla birlikte 2004/38 sayılı Direktif daha kapsamlı bir düzenlemedir. Kanaatimizce söz konusu düzenlemenin kabu- lünde, 64/221 sayılı Direktifin yürürlükte olduğu dönemde açıklanan ATAD kararlarının da etkisi bulunmaktadır.

Van Duyn kararı bu dönemde açıklanan bir karardır. Scientology kilisesinde sekreter olarak çalışmak amacıyla İngiltere'ye gelmek isteyen Hollanda vatandaşı Duyn'un talebinin reddedilmesi üzerine açtığı davada ön karar usulüyle ATAD'a başvurulmuştur. Karara göre, 64/221 sayılı Direktifin 3. maddesinde kamu düzeni gerekçesiyle alınacak önlemlerin münhasıran ilgili kişinin kişisel davranışına dayanması gerekliliğine yer verilmiş olması, yabancıların ülkeye giriş ve sınır dışı edilmeleri konusunda yetkili makamlara yasa koyucu tarafından tanınan takdir yetkisinin kısıtlanmasına yöneliktir. Kararda bir üye devletin kamu düzeni gerekçesiyle serbest dolaşımı kısıtlarken, kişinin üye devlet tarafından yasaklanmamış ancak faaliyetleri sosyal açıdan tehlikeli bulunan bir grup veya örgüte katılımını, kısıtlamanın dayanağını oluşturan kişisel davranış olarak dikkate alabileceği belirtilmiştir. Üye devletin böyle bir grup veya örgüt bünyesinde çalışmak isteyen vatandaşları için kısıtlama öngörmemesi ise, bu değerkendirmenin önünde bir engel olarak kabul edilmemiştir⁵⁹. Esasen bu yaklaşım, vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yasağına uygun deđildir⁶⁰. Nitekim ATAD'ın Adoui ve Cornuaille kararında, üye devletin kendi vatandaşı tarafından gerçekleştirildiğinde engellenmeyen veya gerçek ve etkili önlemlere konu olmayan bir davranışın, bir başka üye devlet vatandaşı tarafından gerçekle-

⁵⁸ 64/221 sayılı Direktif için bkz. **JOCE**, 04.04.1964, P.56, s. 850-857.

⁵⁹ **CJCE**, C-41/74, p. 2, 13, 24; Karara ilişkin değerkendirme için ayrıca bkz. **Özkan**, s. 56-57; **Köktaş**, s. 121; **Sezer**, s. 178; **Barnard**, s. 462, 463-464; **Yüksel**, s. 48; **Can**, Avrupa Birliği İç Pazar, s. 313; **Foster**, s. 328; **Steiner/Woods**, s. 568; **Horspool/Humphreys**, s. 415; **Göçmen**, s. 311-312; **Bilgin**, "İşçilerin Serbest Dolaşımı", s. 91, 92.

⁶⁰ **Barnard**, s. 464; Van Duyn kararındaki yaklaşımın, sınırlardan girişler konusunda hassas olan İngiltere'ye karşı yapılan bir jest olarak değerkendirildiği yönünde bkz. **Köktaş**, s. 121, dpn. 80.

tirilmesi durumunda kişinin sınır dışı edilmesinin veya ülkeye girişinin engellenmesinin Birlik hukukuna aykırı olduğu açıklanmıştır⁶¹.

Bouchereau kararına konu olan olayda ise, İngiltere’de ücretli çalışma gerçekleştiren ve uyuşturucu bulundurma suçundan hakkında şartlı tahliye kararı verilen Fransız vatandaşı Bouchereau’nun, İngiliz Göçmen mevzuatına uygun olarak sınır dışı edilmesi talep edilmiştir. Ulusal mahkeme ön karar usulüyle ATAD’a başvurmuştur. ATAD kararında kamu düzeni kavramına açıklık getirmiştir. Kamu düzeni gerekçesiyle kişilerin serbest dolaşımının kısıtlanabilmesi için “*toplumun temel çıkarını etkileyen gerçek ve yeterince ağır bir tehdidin var olması*” gerektiği belirtilmiştir⁶². Sonuç olarak 2004/38 sayılı Direktif ile ATAD’ın Andlaşmada öngörülen serbest dolaşım istisnasına yaklaşımının kurala bağlandığı belirtilebilir⁶³.

B. KAMU İDARESİNDEKİ İSTİHDAMLARA İLİŞKİN İSTİSNA

ABİA m. 45/4’de yer alan “*Bu madde hükümleri kamu idaresindeki istihdamlara uygulanmaz*” hükmünün⁶⁴ memurların istihdamına etkisi aşağıda, Komisyon’un ve ABAD’ın söz konusu düzenlemeye yaklaşımları çerçevesinde incelenmektedir.

⁶¹ CJCE, Adoui et Cornuaille/État belge, C-115, 116/81, 18.05.1982, Rec. 1982, s. 1665, p. 8, 9; Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Köktaş**, s. 121, 126; **Sezer**, s. 178; **Barnard**, s. 464, 465; **Can**, Avrupa Birliği İç Pazar, s. 313; **Foster**, s. 327; **Steiner/Woods**, s. 568-569; **Horspool/Humphreys**, s. 415; **Bozkurt/Özcan/Köktaş**, s. 265; **Göçmen**, s. 315; **Bilgin**, “İşçilerin Serbest Dolaşımı”, s. 92.

⁶² CJCE, Regina/Bouchereau, C-30/77, 27.10.1977, Rec. 1977, s. 1999, p. 2-5, 35; Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Köktaş**, s. 119-120, 122, 125-126; **Barnard**, s. 465; **Foster**, s. 328; **Steiner/Woods**, s. 568; **Horspool/Humphreys**, s. 415-416; **Göçmen**, s. 313; **Bilgin**, “İşçilerin Serbest Dolaşımı”, s. 92.

⁶³ **Steiner/Woods**, s. 568.

⁶⁴ Maddenin Türkçesi için ayrıca bkz. **Can**, Hacı, Avrupa Birliği’nin Kurucu Andlaşmaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 83; **Reçber**, Kamuran, Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku ve Temel Metinleri, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa 2010, s. 439; **T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği**, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Ankara 2011, s. 17.

1. Komisyon'un Yaklaşımı

Kamu idaresindeki istihdamlara ilişkin istisna hükmüne dayanarak, vatandaşlığa dayalı ayrımcılığın kaldırılması gerekliliği uygulama dışı bırakılabilir. Komisyon 1988 yılında kamu idaresinde istihdam ile ilgili bir bildirim (Communication) kabul etmiştir⁶⁵. Söz konusu bildirimde Komisyon hangi görevlerin kamu idaresindeki istihdamlara ilişkin istisnanın kapsamında yer aldığını, hangilerinin bu kapsamda yer almadığını değerlendirmiştir. 2002 tarihli bildiriminde de, 1988 tarihli bildirimine atıfta bulunarak söz konusu değerlendirmelerine açıklık getirmiştir⁶⁶.

Komisyon'un bildirimine göre, “silahlı kuvvetler, polis ve diğer düzen sağlayan kuvvetler ile yargı, maliye ve diplomasi gibi devlet ile benzeri idarelere özgü işlevler” istisna kapsamında yer almaktadır⁶⁷. Belirtilen alanlardaki bütün görevler kamu gücünün kullanımını ve devletin genel menfaatinin korunması sorumluluğunu gerektirmemektedir. Dolayısıyla belirtilen alanlardaki idari görevlerin, teknik danışmanlıkların, bakım hizmetleri gibi görevlerin yalnızca belirli bir devletin vatandaşlarına özgülenmesi amacıyla ABİA m. 45/4'e dayanılması mümkün değildir⁶⁸.

Komisyon'un bildirimine göre, “hukuki işlemlerin hazırlanması, bunların yürürlüğe konulması, uygulanmalarının denetimi ve bağlı kuruluşların vesayeti gibi devletin veya diğer bir kamu hukuku tüzel kişisinin kamusal erk çerçevesinde düzenlediği faaliyetleri ifa eden bakanlık, bölgesel hükümet, mahalli idare ve benzeri kuruluşlar ile merkez bankası personelinin istihdamı” da istisna kapsamında yer almaktadır⁶⁹. 2002 tarihli bildiriminde Komisyon söz konusu istisnaya açıklık getirmiştir. Buna göre, kamu gücünün kullanımını ve devletin genel menfaatinin korunması sorumluluğunu gerektiren idari işlevler ile karar alma işlevleri bakımından istihdamın belli bir devletin vatandaşlarına özgülenmesi mümkündür.

⁶⁵ JOCE, 18.03.1988, C. 72, s. 2-4.

⁶⁶ COM (2002) 694 final, s. 1-28.

⁶⁷ JOCE, 18.03.1988, C. 72, s. 2; COM (2002) 694 final, s. 21.

⁶⁸ COM (2002) 694 final, s. 21.

⁶⁹ JOCE, 18.03.1988, C. 72, s. 3; COM (2002) 694 final, s. 21.

Bununla birlikte belirtilen kuruluşlardaki bütün görevlerin istisna kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Örneğin, inşaat iznine ilişkin kararın hazırlanması sürecine katılacak bir görevlinin istihdamı bakımından ABİA m. 45/4'e dayanılması mümkün değildir⁷⁰.

Bazı faaliyetler üstlenilen görev ve sorumluluklar bakımından kamu idaresine özgü faaliyetlerden ayrılmaktadır. Bu faaliyetler özel sektör tarafından da ifa edilebilmektedir. Bu durumda ABİA m. 45/4'de yer alan istisna uygulanamayacaktır. Bu faaliyetlerin kamu idaresi tarafından ifa edilmesi de durumu değiştirmemektedir. Diğer bir ifade ile bazı faaliyetler bakımından kamu idaresinde istihdamın, ulusal vatandaşlık koşuluna bağlanması Birlik hukukuna aykırıdır. Komisyon bildiriminde dört temel sektör belirlenmiş ve üye devletlerden bu sektörlerle ilişkin istihdamın diğer üye devlet vatandaşlarına açık olmasını istemiştir. Bu açıklamasıyla Komisyon sektörel bir yaklaşım benimsemiştir. Belirtilen sektörlerle ilişkin istihdamlar kural olarak istisna kapsamında değildir. *“Toplu taşımacılık, elektrik veya gaz dağıtımı, hava veya deniz taşımacılığı, posta ve telekomünikasyon, radyo ve televizyon yayını gibi ticari hizmet yürütmekle yükümlü kuruluşlar; kamu sağlığına ilişkin operasyonel hizmetler; kamu kurumlarındaki eğitim; kamu kurumlarındaki sivil amaçlı araştırma”* bu kapsamda yer almaktadır⁷¹. Komisyon'a göre, bu sektörlerle ilişkin istihdamlar üstlenilen görev ve sorumluluklar dikkate alındığında ancak çok ender durumlarda ABİA m. 45/4'ün kapsamında yer alabilir.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Komisyon'un, kamu idaresinde istihdam bakımından, işlevsel yaklaşımın yanı sıra kurumsal yaklaşımı da benimseyip benimsemediği sorgulanabilir. Kurumsal yaklaşım çerçevesinde kurum ve personeli, kurum çalışanlarının ifa ettikleri görevlere bakılmaksızın, bir bütün olarak değerlendirilmektedir⁷². İşlevsel yaklaşım çerçevesinde ise, belirli bir görev çerçevesinde üstlenilen sorumluluklar, söz konusu görevin gerektirdiği faaliyetler, görevin devletin menfaatlerinin korunmasına

⁷⁰ COM (2002) 694 final, s. 22.

⁷¹ JOCE, 18.03.1988, C. 72, s. 3; COM (2002) 694 final, s. 20.

⁷² Barnard, s. 482.

yönelik yetkileri, kamu gücünün kullanımına doğrudan veya dolaylı katılımı gerektirip gerektirmediğinin tespit edilmesi amacıyla incelenir⁷³. Kanaatimizce Komisyon 2002 tarihli bildirimini ile istisna kapsamında yer alan durumlar bakımından kurumsal yaklaşımı benimsemediğini açıkça ortaya koymuştur. Komisyon işlevsel bir yaklaşım benimsemektedir⁷⁴. Söz konusu bildirimde görevin niteliğinin önemli olduğu ve iki tür görevin istisna kapsamında yer aldığı vurgulanmıştır. Bunlar “*kamu gücünün kullanımını gerektiren görevler ile devlet ve diğer kamu idarelerinin genel menfaatlerinin korunması sorumluluğunu gerektiren*” görevlerdir⁷⁵. Diğer bir ifade ile kurumsal yaklaşıma dayanılarak belirli kurumların faaliyetlerinin kamu görevi sayılması ve ABİA m. 45/4 uyarınca devletlerin bu kurumlarda yalnızca kendi vatandaşlarını çalıştırabilmesi mümkün değildir⁷⁶. Burada Komisyon'un bildiriminin bağlayıcı nitelikte olmadığını da belirtmemiz gerekir⁷⁷.

Komisyon tarafından üye devlete karşı açılan bir ihlal davasında, üye devlet faaliyetin kamu idaresinde istihdama ilişkin istisnanın kapsamında yer alması gerektiğini ortaya koyabilir. Komisyon tarafından Lüksemburg'a karşı açılan bir ihlal davasında araştırma, eğitim, sağlık, kara taşımacılığı, posta, telekomünikasyon sektörleri ile su, elektrik, gaz dağıtım hizmetlerinde memur veya kamu görevlisi olarak istihdam edilmeyi vatandaşlık koşuluna bağlayan Lüksemburg'un, Birlik hukukunu ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Lüksemburg, bu davada geleneksel değerlerin aktarılması açısından öğretmenlerin Lüksemburg vatandaşı olmasının gerekli olduğunu ve vatandaşlık

⁷³ **Barnard**, s. 482; **Steiner/Woods**, s. 499.

⁷⁴ **Lambert**, Christian, “Le concept d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne”, **Potvin-Solis**, Laurence (Dir.), Vers un modèle européen de fonction publique?, Bruylant, Bruxelles 2011, s. 226.

⁷⁵ **COM** (2002) 694 final, s. 20.

⁷⁶ 2002 tarihli Komisyon bildirimini öncesinde aksi yönde yapılan bir değerlendirme için bkz. **Sancakdar**, Disiplin Yaptırımı Olarak, s. 89, 90.

⁷⁷ Komisyon bildirimlerinin hukuki etkisine ilişkin olarak bkz. **Foster**, s. 123-124; **Jacqué**, Jean Paul, Droit institutionnel de l'Union européenne, Dalloz, Paris 2010, s. 529.

şartının ulusal kimliğin korunmasına yönelik temel bir koşul olduğunu ileri sürmüştür. Ulusal kimliğin korunmasının Topluluk hukuk düzeni tarafından saygı gösterilen meşru bir amaç olduğunu açıklayan Divan ise, bu amaca başka yöntemlerle de ulaşılabileceğini belirtmiştir⁷⁸. Sonuçta, ihlal davası

⁷⁸ Divan, kamu gücünün kullanımına ve devletin veya diğer kamu idarelerinin genel menfaatlerinin korunmasını konu edinen görevlere doğrudan veya dolaylı etkili bir katılımı gerektiren istihdamlar dışında, eğitim ve benzeri sektörlerdeki istihdamın bir bütün olarak diğer üye devlet vatandaşlarına kapatılmasının ulusal kimliğin korunması gerekçesi ile haklı gösterilemeyeceğini açıklamıştır. Karara göre; araştırma, eğitim, sağlık, kara taşımacılığı, posta, telekomünikasyon sektörleri ile su, elektrik, gaz dağıtım hizmetlerinde memur veya kamu görevlisi olarak istihdam edilmeyi, kamu gücünün kullanımına ve devletin veya diğer kamu idarelerinin genel menfaatlerinin korunmasını konu edinen görevlere doğrudan veya dolaylı katılımı gerektiren istihdamlar ile sınırlandırmaksızın vatandaşlık koşuluna bağlayan Lüksemburg AETA m. 48 ve 1612/68 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 1. maddesinden kayanaklanan yükümlülüklerini ihlal etmiştir. **CJCE**, Commission/Luxembourg, C-473/93, 02.07.1996, Rec. 1996, s. I-3207, p. 1, 32, 35, 36, 50; Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Barnard**, s. 484; Komisyon tarafından Yunanistan'a karşı açılan bir ihlal davasında ise; araştırma, eğitim, sağlık, kara, deniz, hava taşımacılığı, posta, telekomünikasyon, radyo, televizyon sektörleri ile su, elektrik, gaz dağıtım hizmetleri ve müzik sektöründe istihdamın vatandaşlık koşuluna bağlanmasının ATA m. 48 ile Topluluk içinde işçilerin serbest dolaşımına ilişkin 1612/68 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 1 ve 7. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. ATAD kararında 1612/68 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 7. maddesinin istihdam ile ilgili olmadığını açıklamıştır. Karara göre belirtilen sektörlerdeki istihdamın, kamu gücünün kullanımına ve devletin veya diğer kamu idarelerinin genel menfaatlerinin korunmasını konu edinen görevlere doğrudan veya dolaylı katılımı gerektiren istihdamlar ile sınırlandırılmaksızın, Yunanistan vatandaşı olma koşuluna bağlanması AETA m. 48 ve 1612/68 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 1. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu çerçevede Divan Yunanistan'ın üzerine düşen yükümlülükleri ihlal ettiğini açıklamıştır. **CJCE**, Commission/Grèce, C-290/94, 02.07.1996, Rec. 1996, s. I-3285, p. 1, 34, 38, 39. Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Barnard**, s. 484; Komisyon tarafından açılan bir başka ihlal davasında ise, su, elektrik, gaz dağıtım hizmeti üstlenen kamu kurumlarında memur veya kamu görevlisi olarak istihdam edilmeyi vatandaşlık koşuluna bağlayan Belçika'nın AETA m. 48 ile 1612/68 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 1 ve 7. maddelerini ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Divan kararında su, elektrik, gaz dağıtım hizmeti üstlenen kamu tüzel kişiliklerinde istihdam edilmeyi kamu gücünün kulla-

çerçevesinde konuya ilişkin nihai değerlendirmeyi yapma yetkisi ABAD'a aittir.

İstihdam talepleri reddedilen Birlik vatandaşlarının talebin reddedildiği ülkedeki ulusal mahkemelerde dava açarak Birlik hukukunun doğrudan etkisini ve önceliğini ileri sürmeleri de mümkündür. Açılan davada Birlik hukukunun yorumlanması sorunu ortaya çıktığında ulusal mahkeme, ABİA m. 267 uyarınca ön karar usulüyle ABAD'a başvurabilir. Kararlarına karşı kanun yolu kapalı olan ulusal mahkemeler açısından ise, yorum sorununun çözümlenmesi amacıyla ABAD'a başvurmak bir zorunluluktur. Marina Mercante Espanola ve Anker kararlarına konu olan olaylarda da ön karar usulüyle ATAD'a başvurulmuştur.

Marina Mercante Espanola kararına konu olan olayda, Temyiz Mahkemesi (Tribunal Supremo) kraliyet kararnamesinin iptali istemiyle açılan dava üzerine ATAD'a başvurmuştur⁷⁹. Divan'a iki ön karar sorusu iletilmiştir. Öncelikle, bir üye devletin kendi bayrağını taşıyan ticaret gemilerinde birinci ve ikinci kaptan olarak yalnızca kendi vatandaşlarını istihdam etmesinin mümkün olup olmadığı sorulmuştur. Komisyon'a göre, idare ile arasında organik bir bağ bulunmasa da kaptan devletin genel menfaatinin korunması amacıyla kamusal yetkilere sahip ise, istihdamı ulusal vatandaşlık koşuluna bağlanabilir. Üye devlet kaptanlara kamusal yetkiler tanımış ise, kamu idaresinde istihdama ilişkin özel istisna kuralından yararlanılabilmesi geminin boyutuna, yolcuların sayısına, geminin güzergâhına, ülke topraklarına yakınlığına veya kaptanın kamu görevini etkin bir şekilde icra edebilmesi olasılığına bağlı değildir. Kaptanlar gemideki durumun gereklerine göre, her türlü gemide ve her zaman bu görevleri icra edebilirler. Divana yöneltilen ikinci soru, bir üye devletin kendi bayrağını

nımına ve devletin veya diğer kamu idarelerinin genel menfaatlerinin korunmasını konu edinen görevlere doğrudan veya dolaylı katılımı gerektiren istihdamlar ile sınırlandırmaksızın vatandaşlık koşuluna bağlayan Belçika'nın AETA m. 48 ve 1612/68 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 1. maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiğini açıklamıştır. **CJCE**, Commission/Belgique, C-173/94, 02.07.1996, Rec. 1996, s. I-3265, p. 1, 24.

⁷⁹ **CJCE**, C-405/01, p. 28, 29, 31, 33, 51, 56, 57.

taşıyan ticaret gemilerinde diğer üye devlet vatandaşlarının birinci ve ikinci kaptan olarak istihdamını, karşılıklılık koşuluna bağlamasının mümkün olup olmadığıdır. Komisyon, üye devletlerin her zaman kamu idaresinde istihdama ilişkin istisnanın uygulanmasından vazgeçebileceklerini ve istidamı kısmen veya tamamen diğer üye devlet vatandaşlarına açabileceklerini belirtmiştir. Bununla birlikte istihdamın diğer üye devlet vatandaşlarına kısmen açılması, Topluluk hukukuna uygun objektif şartlara tabi olmalıdır. Bu çerçevede değerlendirme yapan Komisyon, karşılıklılık koşulunun eşit muamele ilkesine uygun olmayacağını açıklamıştır⁸⁰.

Anker kararına konu olan olayda ise, Hollanda vatandaşı olan başvuru- ruların Alman bayraklı balıkçı teknelerinde kaptan olarak görev ifa etmek amacıyla Deniz Taşımacılığı ve Seyrüsefer Müdürlüğüne yapmış oldukları başvuru reddedilmiştir⁸¹. İlgililer, İdare Mahkemesinde (Verwaltungsgericht) dava açarak birel işlemin iptalini talep etmişlerdir. Mahkeme, kaptanlık faaliyetinin ATA m. 39/4 anlamında kamu gücüne ilişkin ayrıcalıklar içerdiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Yüksek İdare Mahkemesi (Oberverwaltungsgericht) kendisine yapılan başvuru üzerine ATAD'a ön karar usulüyle başvurmuştur. Divan'a kamu idaresinde istihdama ilişkin Andlaşma hükmünün bir üye devlete, kendi bayrağını taşıyan ve küçük ölçekli denizcilik faaliyeti gerçekleştiren teknelerde, yalnızca vatandaşlarına kaptan olarak çalışma izni verme yetkisi tanıyan bir düzenleme olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı sorulmuştur. Komisyona göre, kaptanların ulusal ve uluslararası kurallara uygun olarak güvenliğinin korunmasına, polis yetkilerinin kullanılmasına, medeni hali konu edinen işlemler yapılmasına yönelik ve Divan tarafından yorumlandığı şekliyle "*kamu idaresine*" ait görevler icra etmeleri mümkün ise, üye devletin istihdamı yalnızca kendi vatandaşlarına özgüleyebilmesi mümkündür. Kaptanların kamu gücünden

⁸⁰ Divan ise, ticaret gemilerinde birinci ve ikinci kaptanların nadiren bayrak devletini temsil görevi icra ettiklerini, bu kapsamda kaptanların istihdamı bakımından Andlaşmanın kamu idaresinde istihdama ilişkin istisna hükmünün uygulama alanı bulamayacağını açıklamıştır. Andlaşma veya ikincil hukuk ile öngörülen yükümlülüklerin icrasının ise karşılıklılık koşuluna bağlanamayacağını açıklamıştır. **CJCE**, C-405/01, p. 45, 59, 61, 62.

⁸¹ **CJCE**, C-47/02, p. 15, 16, 18, 30, 38, 53.

kaynaklanan yetkilere sahip olup olmadığının ulusal mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerektiğini belirten Komisyon, kamu idaresinde istihdama ilişkin özel istisna kuralından yararlanabilmenin, kamusal yetkilerin kaptan tarafından etkin bir şekilde kullanılabilmesi olasılığına ve geminin boyutuna bağlı olmadığını belirtmiştir.

2. ABAD'ın Yorumu

Kamu idaresi kavramı, işçi kavramı gibi Birlik hukukuna ilişkindir. Bu nedenle ABAD otonom yorum yetkisini kullanmaktadır. ABAD'a göre, kamu idaresinde istihdama ilişkin Andlaşma hükmünün Birlik içerisinde yeknesak bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekir⁸². Bu çerçevede Divan, söz konusu düzenlemenin kapsamını belirleme yetkisini üye devletlere bırakmamıştır⁸³. Bu durum üye devletlerin tek taraflı olarak kamu idaresi kavramını tanımlamalarına ve dolayısıyla işçilerin serbest dolaşımı ilkesinin uygulanabilirliğini etkilemelerine engel olmaktadır. Kamu idaresinde istihdama ilişkin düzenleme, serbest dolaşımın istisnasını oluşturduğundan, ABİA m. 45/3'de yer alan istisna gibi dar bir yoruma tabi tutulmaktadır⁸⁴.

ATAD Sotgiu kararında söz konusu düzenleme ile öngörülen istisnanın yalnızca kamu idaresinde istihdam edilmeye ilişkin olduğunu belirtmiştir⁸⁵.

⁸² CJCE, Commission/Belgique, C-149/79, 17.12.1980, Rec. 1980, s. 3881, p. 12; CJCE, C-405/01, p. 38; CJCE, C-47/02, p. 57.

⁸³ CJCE, C-149/79, 17.12.1980, p. 18; CJCE, C-405/01, p. 38; CJCE, C-47/02, p. 57.

⁸⁴ Komisyon 1988 tarihli bildiriminin giriş kısmında, ATAD'ın AETA m. 48'in Andlaşma sistematikteki özel konumunu vurguladığını, doğrudan uygulanabilirliğini tanıdığını ve istisnanın dar bir yorumu gerekli kıldığını ortaya koyduğunu belirtmiştir. JOCE, 18.03.1988, C. 72, s. 2; ATA m. 39/4'ün, serbest dolaşıma istisna oluşturduğu için, dar olarak yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **Barnard**, s. 481; **Can**, Avrupa Birliği İç Pazar, s. 300; ABAD'ın kamu sektörü istisnasını dar olarak yorumladığı yönünde bkz. **Köktaş**, s. 129; **Sezer**, s. 179; **Horspool/Humphreys**, s. 388, 414, 420; **Bozkurt/Özcan/Köktaş**, s. 267.

⁸⁵ CJCE, Sotgiu/Deutsche Bundespost, C-152/73, 12.02.1974, Rec. 1974, s. 153, p. 4, 6; Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Özkan**, s. 60; **Barnard**, s. 481;

Diğer bir ifade ile bu düzenleme, kamu idaresinde istihdam edilmiş olanlara ücret veya diğer çalışma koşulları bakımından ayrımcılık yapılmasında haklı bir gerekçe olarak kabul edilemez⁸⁶. Bununla birlikte bu durum, kamu idaresinde istihdam edilmiş olanların belirli görevlere yükseltilmek bakımından vatandaşlıkları nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulamayacakları anlamına gelmemektedir⁸⁷.

Nitekim Komisyon tarafından İtalya'ya karşı açılan ihlal davasında ATAD, bu durumun Birlik hukukuna aykırı olmadığını açıklamıştır⁸⁸. ABİA m. 45/4'ün kapsamında yer almayan görevlerde istihdam edilen kişilerin, ABİA m. 45/4 kapsamında yer alan görevlere yükseltilmesinde, vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapılması Birlik hukukuna aykırı değildir. ATAD Birliğin menfaatleri ile üye devletlerin menfaatleri arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır. Bununla birlikte kanaatimizce kamu idaresinde istihdam edilmiş olan kişilerin belirli görevlere yükseltilmek bakımından vatandaşlıkları nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmaları birçok ulusal hukuk sisteminde benimsenen “*kariyer ilkesine*” uygun değildir. Bu ilke çerçevesinde memurlara buldukları memuriyet sınıfı içerisinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkânı sağlanmalıdır⁸⁹.

Foster, s. 329; **Steiner/Woods**, s. 498-499; **Horspool/Humphreys**, s. 420; **Göçmen**, s. 319-320; **Bilgin**, “İşçilerin Serbest Dolaşımı”, s. 93.

⁸⁶ **Aussant**, Jill/**Fornasier**, Raffaello/**Louis**, Jean- Victor/**Séché**, Jean- Claude/**Raepenbusch**, Sean Van, Commentaire Megret, Libre Circulation des personnes, des services et des capitaux. Transports, C.3, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 1990, s. 19-20; **Köktaş**, s. 129; **Yüksel**, s. 47; **Foster**, s. 329; **Bozkurt/Özcan/Köktaş**, s. 267.

⁸⁷ **Göçmen**, s. 322.

⁸⁸ **CJCE**, Commission/Italie, C- 225/85, 16.06.1987, Rec. 1987, s. 2625, p. 10.

⁸⁹ Kariyer ilkesi, memurların gerçekleştirdikleri hizmetler için gerekli bilgilere ve yetişme şartlarına uygun olarak, buldukları sınıf içerisinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkânına sahip olmalarını ifade etmektedir. **Günday**, Metin, İdare hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 591-592; **Sancakdar**, Oğuz, Memur Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2011, s.24-25; **Gözler**, Kemal/**Kaplan**, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa 2012, s. 630;

ATAD Birlik hukuku çerçevesinde işçi olarak değerlendirilen kişilerin, ABİA m. 45/4'ün dışında kalan istihdamlarında, birçok ulusal hukuk sisteminde benimsenen “eşitlik ilkesinin”⁹⁰ tüm Birlik vatandaşlarını kapsayacak şekilde uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Kamu idaresinde istihdama ilişkin Andlaşma hükmünün kapsamının belirlenmesi açısından, kamu idaresinde istihdam edilecek kişi ile idare arasında kurulacak hukuki bağın niteliği önemli değildir⁹¹. Diğer bir ifade ile ilgili kişinin sahip olacağı statüsel durum, işçi veya memur olarak istihdam edilecek olması, istihdam ilişkisinin özel hukuka veya kamu hukukuna dayanacak olması önemli değildir⁹². Bununla birlikte kamu idaresinde istihdama ilişkin istisna, idarenin yalnızca bazı faaliyetleri bakımından söz konusudur⁹³. Bu durum kamu idaresi kavramının dar olarak yorumlanması gereğinin bir sonucudur. Kamu idaresi kavramının geniş olarak yorumlanması durumunda, ulusal mevzuatlar uyarınca kamu idaresine ait olan işlerin tümü istisna kapsamında değerlendirilebilir ve işçilerin serbest dolaşımı ciddi bir şekilde kısıtlanabilir⁹⁴.

Divan bir faaliyetin kamu idaresinde istihdama ilişkin istisnaî düzenlemenin kapsamında yer alıp almadığını değerlendirirken işlevsel bir yaklaşım

Fransa'da, Amerika'dan farklı olarak kariyer ilkesi geçerlidir. Bu konuda bkz. **Chapus**, René, *Droit administratif général*, C.2, Montchrestien, Paris 2001, s. 141.

⁹⁰ Memuriyete girişte eşitlik ilkesi, istihdam sırasında bireyler arasında görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım yapılmayarak aynı hukuki durumda olanlara aynı hukuki muamelenin yapılmasını ifade etmektedir. **Günday**, s. 593; **Sancakdar**, *Memur Hukuku*, s. 33; Memurluğa girişe ilişkin olarak üç ilkenin geçerli olduğu; bunların serbestlik, eşitlik, görevin gerektirdiği niteliklerden başka nitelik aranmaması ilkesi olduğu yönünde bkz. **Sancakdar**, Oğuz, *İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 397; **Gözler/Kaplan**, s. 633; Fransa'da memuriyete girişte eşitlik ilkesi için bkz. **Chapus**, s. 153-162.

⁹¹ **CJCE**, C-152/73, p. 5, 6; **Yüksel**, s. 46, 47.

⁹² **Aussant/Fornasier/Louis/Séché/Raepenbusch**, s. 20.

⁹³ **Aussant/Fornasier/Louis/Séché/Raepenbusch**, s. 20; **Köktaş**, s. 129; **Bozkurt/Özcan/Köktaş**, s. 267.

⁹⁴ **Sezer**, s. 179.

benimsemektedir⁹⁵. Görev ve sorumlulukların niteliğini dikkate almaktadır⁹⁶. Bu yaklaşımıyla, Birlik hukukunun gerekleri ile üye devletlerin üstün menfaatlerine saygıyı bağdaştırmaya çalışmaktadır⁹⁷. ATAD'a göre, “*kamu gücünün kullanımına ve devletin veya diğer kamu idarelerinin genel menfaatlerinin korunmasını konu edinen görevlere doğrudan veya dolaylı katılımı gerektiren işler*” bu kapsamda yer almaktadır⁹⁸. ATAD'ın konuya yaklaşımı çerçevesinde üye devletler mevzuatlarında Birlik hukukuna uyum amacıyla çeşitli düzenlemeler yapmıştır.

Örneğin Fransa'da sahip olunan yetkiler bakımından, egemenliğin kullanımından ayrılabilen görevler ile devletin veya diğer kamu idarelerinin sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının kullanımına doğrudan veya dolaylı herhangi bir katılımı gerektirmeyen görevler, 26 Temmuz 1991 tarihli 91-715 sayılı yasanın⁹⁹ 2. maddesi ile Avrupa Ekonomik Topluluğuna üye devlet vatandaşlarına açılmıştır. Bu düzenlemenin Roma Andlaşması m. 48'e¹⁰⁰ ve dolayısıyla Anayasa m. 55'e¹⁰¹ aykırı olduğu ileri sürülerek Anayasa Konseyine başvurulmuştur¹⁰². AET'na üye diğer devlet vatan-

⁹⁵ CJCE, Commission/France, C-307/84, 03.06.1986, Rec. 1986, s. 1725, p. 12; CJCE, Commission/Luxembourg, C-473/93, 02.07.1996, Rec. 1996, s. I-3207, p. 27; Sancakdar, Disiplin Yaptırımı Olarak, s. 87, 89; Barnard, s. 482; Steiner/Woods, s. 499; Göçmen, s. 322; Lambert, s. 225, 226.

⁹⁶ Lambert, s. 225.

⁹⁷ Sancakdar, Disiplin Yaptırımı Olarak, s. 89.

⁹⁸ CJCE, C-149/79, 17.12.1980, p. 10; Aynı yönde bkz. CJCE, C-66/85, p. 27; CJCE, C-290/94, p. 2; CJCE, C-405/01, p. 39; CJCE, C-47/02, p. 58.

⁹⁹ JORF, 27.07.1991, no.174.

¹⁰⁰ Roma Andlaşması m. 48/4'de yer alan hüküm günümüzde ABİA m. 45/4'de bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemelerde “*Bu madde hükümleri kamu idaresindeki istihdamlara uygulanmaz*” hükmü yer almaktadır.

¹⁰¹ Fransız Anayasası m. 55'de, “*Usulüne göre uygun bulunan ve onaylanan andlaşma veya anlaşmalar, diğer tarafça da uygulanmak koşuluyla yürürlüğe girdikleri andan itibaren yasalardan üstün bir konumdadır*” hükmü yer almaktadır. Constitution de la République française, “<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>”, 21.07.2013.

¹⁰² Conseil Constitutionnel, Décision no.91-293 DC, 23.07.1991, JORF, 25.07.1991, s. 9854, özellikle bkz. p. 3, 5, 6, 8, 10, 11, 13; Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Chapus, s. 146-147.

daşlarına kamuda istihdam edilebilme yolunu açan yasanın, Andlaşma hükmüne aykırı olduğu belirtilerek, bu düzenlemenin yasalar karşısında Andlaşmaların üstünlüğünü öngören Anayasa hükmüne aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Konseyi ise yasanın uluslararası andlaşma veya anlaşma hükümlerine uygunluğunu inceleme yetkisine sahip olmadığını belirterek yasanın 2. maddesinin uluslararası andlaşmaya uygunluğunu incelemekten kaçınmıştır. Anayasa Konseyine yapılan başvuru çerçevesinde, kamuda istihdama erişimi yalnızca Fransız vatandaşlığına sahip kişilere tanıyan anayasal ilkenin de ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Anayasa Konseyi bu iddiayı da kabul etmemiştir¹⁰³.

¹⁰³ Yabancıların kamuda istihdama erişiminin İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 6. maddesiyle yasaklandığı ileri sürülmüştür. Buna ek olarak da, yasanın ikinci maddesindeki belirsizlik nedeniyle, düzenlemenin millet egemenliğini ilgilendiren işlevlerin yalnızca vatandaşlar tarafından gerçekleştirilebileceğini ifade eden anayasal gereklilik ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 6. maddesinde, “*Yasa genel iradenin ifadesidir. Bütün yurttaşlar bizzat veya temsilcileri aracılığıyla yasaların oluşturulmasına katılma hakkına sahiptir. Yasa ister koruyucu ister cezalandırıcı olsun herkes için aynı olmalıdır. Bütün yurttaşlar yasalar önünde eşit olduklarından, kapasitelerine uygun olarak her türlü kamu görevi, rütbe ve mevkiine, yetenek ve erdemlerinden başka bir ayırım gözetilmeksizin, eşit olarak kabul edilirler*” hükmü yer almaktadır. Anayasa Konseyi kamu personeline ilişkin olarak bu hükmün Fransız hukukunda kamu görevine girişte herkes için eşitlik ilkesinin tesisini konu edindiğini açıklamıştır. Anayasa Konseyine göre, eşitlik ilkesi yalnızca yurttaşlara özgülenecek şekilde yorumlanamaz. İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 6. maddesi eşitlik ilkesi ile diğer anayasal kural ve ilkelere saygı çerçevesinde yasa koyucunun, kamu görevine girişe ilişkin genel koşulları belirlemesine engel değildir. Yasanın 2. maddesinin, millet egemenliğini ilgilendiren işlevlerin yalnızca vatandaşlar tarafından gerçekleştirilebileceğini ifade eden anayasal gereklilik ile bağdaşmadığı iddiasına ilişkin olarak da Anayasa Konseyi, memuriyet sıfatının Fransız vatandaşlığına sahip olunması koşuluna bağlı olduğunu, ancak AET’na üye diğer devlet vatandaşları yararına bir istisna getirildiğini açıklamıştır. Anayasa Konseyi söz konusu düzenleme ile sahip olunan yetkiler bakımından, egemenliğin kullanımından ayrılabilen kamu görevleri, Avrupa Ekonomik Topluluğuna üye devlet vatandaşlarına açıldığı için, ulusal egemenliğin kullanımına ilişkin temel esasların ihlal edilmeyeceğini açıklamıştır. Ulusal egemenliği ilgilendiren işlevlerin yalnızca vatandaşlar tarafından ifa edilebileceğini öngören anayasal değere sahip olan ilke,

yasanın 2. maddesi ile ihlal edilmemektedir. Kanaatimizce kararda açıkça belirtil-mese de söz konusu yasal düzenlemenin temel dayanağı Fransa'nın AET'na katılımını sağlayan anayasal düzenlemelerdir. Nitekim Anayasa Konseyi'nin Lizbon Andlaşması hakkındaki görüşlerine yer veren 20 Aralık 2007 tarihli kararında bu nitelikte düzenlemelere yer verilmiştir. Kararda 1958 Anayasasının giriş kısmına, 3. 53. ve 88-1. maddesine, İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 3. maddesine, 1946 Anayasasının giriş kısmına ve 27. maddesine atıfta bulunulmuştur. Karara göre söz konusu düzenlemeler, Fransa'nın hukuki kişiliğe ve üye devletler tarafından tanınan yetkiler uyarınca karar alma yetkisine sahip daimi bir Avrupa örgütünün kurulmasına ve gelişmesine katılımını sağlamaktadır. Conseil Constitutionnel, Décision no.2007-560 DC, 20.12.2007, **JORF**, 29.12.2007, s. 21813, özellikle bkz. p. 8; 1958 Anayasasının başlangıç kısmı ile Fransız halkı 1789 tarihli beyannamede belirtildiği ve 1946 Anayasasının başlangıç kısmıyla tamamlandığı ve tasdik edildiği şekliyle insan haklarına ve ulusal egemenlikten kaynaklanan ilkelere bağlılığını açıklamıştır. 1958 Anayasası m. 3'e göre referandum yoluyla ve temsilciler aracılığıyla kullanılan ulusal egemenlik halka aittir. 1958 Anayasasının 53. maddesi ile 1946 Anayasasının 27. maddesinde uluslararası örgütlere ilişkin andlaşmalar ile anlaşmaların ancak bir yasa uyarınca uygun bulunabileceği veya onaylanabileceği belirtilmektedir. 1958 Anayasasının 88-1. maddesinde ise Cumhuriyetin, Avrupa Birliği ve Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Andlaşma uyarınca bazı yetkilerini birlikte kullanmayı özgür bir şekilde seçen devletlerden oluşan Avrupa Birliği'ne, katılımı düzenlenmektedir. İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 3. maddesine göre egemenliğin temeli, esas olarak ulustadır. 1946 Anayasasının başlangıç kısmının 14. paragrafında Fransız Cumhuriyetinin uluslararası hukuk kurallarına uyacağı, 15. paragrafında ise Fransa'nın barışın korunması ve tesisi için gereken egemenlik kısıtlamalarını karşılıklılık koşuluyla kabul ettiği belirtilmiştir. 2007-560 sayılı karara ilişkin değerlendirme için bkz. **Rideau, Joël**, Droit institutionnel de l'Union européenne, L.G.D.J., Paris 2010, s. 1241-1242. Günümüzde Fransa'da devlet memurlarına, mahalli idare memurlarına ve hastanelerde çalışan memurlara ilişkin genel hükümlere yer veren 13 Temmuz 1983 tarihli 83-634 sayılı yasanın 5. maddesinde memuriyete giriş koşulları düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre Fransız vatandaşlığına sahip olmayanlar, kamu haklarından mahrum olanlar, 2 numaralı sabıka kaydında yer alan bilgileri görevin ifası ile bağdaşmayanlar, Ulusal Hizmet Kanunu çerçevesinde üzerine düşen yükümlülükleri ihlal edenler, görevin ifası için gerekli fiziki yeterlilik koşullarını karşılayamayanlar, yasanın 5 bis hükümleri saklı kalmak üzere, memur olamazlar. Yasanın 5 bis maddesine göre ise, Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşmasına taraf devlet veya Avrupa Topluluğuna üye devlet vatandaşları,

Bir istihdamın istisna kapsamında değerlendirilebilmesi için hem kamu gücünün kullanımını, hem de devletin veya diğer kamu idarelerinin genel menfaatlerinin korunmasını konu edinen görevlere katılımı birlikte gerektirip gerektirmediği de sorgulanabilir¹⁰⁴. Konuya kümülatif yaklaşımın istisnanın dar olarak yorumlanması gerekliliği ile uyumlu olduğu ileri sürülebilir¹⁰⁵. Ancak kamu idaresi kavramının, ABİA m.45/4'ün üye devletlere koruma imkânı tanıdığı menfaatlerin korunmasına imkân sağlayacak şekilde yorumlanması gerekir¹⁰⁶. Diğer bir ifade ile düzenlemenin kapsamı konusunda değerlendirme yaparken, hükmün üye devletlere koruma imkânı tanıdığı menfaatler, dar olarak gerçekleştirilecek yorumun sınırını oluşturmaktadır.

Komisyon tarafından İtalya'ya karşı açılan bir ihlal davasında kümülatif yaklaşımın kabul edilmediği görülmektedir¹⁰⁷. Karara göre, Ulusal

egemenlik yetkilerinin kullanımını gerektiren görevler ile devletin veya diğer kamu idarelerinin sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının kullanımına doğrudan veya dolaylı katılımı gerektiren görevlerde istihdam edilemezler. Bununla birlikte söz konusu kişilerin belirtilen nitelikteki faaliyetler haricinde memur olarak istihdam edilebilmesi mümkündür. Söz konusu düzenlemede vatandaş olduğu devlette kamu haklarından mahrum olan, hakkında görev ile bağdaşmayan mahkûmiyet hükmü bulunan, vatandaş olduğu devletin ulusal hizmet yükümlülüklerini ihlal eden, görevin ifası için gerekli fiziki yeterlilik koşullarını karşılamayan Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşmasına taraf devlet veya Avrupa Topluluğuna üye devlet vatandaşlarının memur olamayacakları da belirtilmiştir.

¹⁰⁴ Nitekim Anker kararına konu olan olayda başvuruçular, kamu idaresinde istihdama ilişkin Andlaşma hükmünün uygulanabilmesi için istihdamın, devlet ile istihdam edilecek kişi arasında vatandaşlık bağı ile güvence altına alınması gereken özel bir dayanışmayı gerekli kıldığını ileri sürmüşlerdir. Onlara göre bu bağ yalnızca istihdam karakteristik olarak kamusal yetkinin kullanımını içeriyorsa ve istihdam edilen kişiye devletin genel menfaatinin korunması sorumluluğu veriliyorsa söz konusu olacaktır. Başvuruçulara göre buradaki koşullar kümülatif niteliktedir. **CJCE**, C-47/02, p. 20.

¹⁰⁵ **Barnard**, s. 482.

¹⁰⁶ **CJCE**, C-225/85, p. 7; **CJCE**, C-405/01, p. 41; **CJCE**, C-47/02, p. 60.

¹⁰⁷ **CJCE**, C-225/85, p. 9, 10; ATAD'ın bazı kararlarında ise bir faaliyetin istisna kapsamında yer alıp almadığı değerlendirilirken iki kriterin birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır. Bkz. dpn. 78; **Horspool/Humphreys**, s. 421; **Sezer**, s. 180.

Araştırma Konseyinin genel yetkilerine atıfta bulunulması ve bu kuruluşta çalışan bütün araştırmacılar tarafından üstlenilen görevlerin sayılması ile bu araştırmacıların kamu gücünü kullanma yetkisine “veya” devletin genel menfaatlerini koruma yükümlülüğüne sahip oldukları ortaya konulmaktadır. Kararda bir üye devletin belirli bir kariyer içerisinde, kamu gücünün kullanımını “veya” devletin genel menfaatlerinin korunmasına katılımı gerektiren görevleri, yalnızca kendi vatandaşlarına hasretmesinin Topluluk hukuku tarafından yasaklanmadığı da belirtilmiştir.

Divana göre kamu idaresinde istihdama ilişkin istisna hükmünün kapsamında yer alan istihdamlar, özel bir şekilde devlete bağlılığı ve vatandaşlık ilişkisinin temelini oluşturan hak ve yükümlülüklerde karşılıklılığı gerektirmektedir¹⁰⁸. İstihdam neticesinde Birlik hukuku anlamında kamu idaresine özgü görevlere katılım söz konusu olmayacak ise, bu istihdam devlet veya diğer kamu idarelerinden kaynaklansa da kamu idaresinde istihdama ilişkin istisna hükmünün kapsamında yer almamaktadır¹⁰⁹.

Gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi tarafından gerçekleştirilen istihdamlar da, kural olarak kamu idaresinde istihdama ilişkin istisna hükmünün kapsamında yer almamaktadır. Divan, istihdam edilecek kişinin gerçekleştireceği görev ne olursa olsun, gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi tarafından gerçekleştirilen istihdamların kamu idaresinde istihdama ilişkin istisna hükmünün kapsamında yer almadığını kabul etmektedir¹¹⁰. Bu durum istihdam edilecek kişinin “*kamu gücünün temsilcisi*” olarak değerlendirilemeyeceği durumlar açısından geçerlidir¹¹¹. Kamu gücünün temsilcisi

¹⁰⁸ CJCE, C-149/79, 17.12.1980, p. 10; Aynı yönde bkz. CJCE, C-66/85, p. 27; CJCE, C-290/94, p. 2; CJCE, C-405/01, p. 39; CJCE, C-47/02, p. 58.

¹⁰⁹ CJCE, C-149/79, 17.12.1980, p. 11; CJCE, C-290/94, p. 2; CJCE, 405/01, p. 40; CJCE, C-47/02, p. 59.

¹¹⁰ CJCE, Commission/Italie, C-283/99, 31.05.2001, Rec. 2001, s. I-4363, p. 25; CJCE, C-405/01, p. 40; CJCE, C-47/02, p. 59.

¹¹¹ Gerçek kişi veya özel hukuk kişisi tarafından istihdam edilecek kişinin anlaşmanın kamu idaresinde istihdama ilişkin istisna hükmü anlamında kamu idaresine ait görev icra etmesi, kurumsal olarak kamu idaresine bağlı organın herhangi bir müdahale imkânına sahip olmaması veya müdahale edebilmesinin çok zor olması durumunda mümkündür. Bu durumda kişi, kamu gücünün temsilcisi olarak değer-

olarak istihdam edilecek kişi, kamusal ayrıcalıkları düzenli olarak kullanacak ve bu ayrıcalıklar onun faaliyetlerinin çok küçük bir kısmını oluşturmayacak ise, istihdamı ABİA m. 45/4 kapsamında değerlendirilebilir. Kanaatimizce bu yaklaşım istisnanın dar olarak yorumlanması gerekliliğine aykırı değildir. Düzenlemenin kapsamının, hükmün üye devletlere koruma imkânı tanıdığı menfaatlerin korunmasına imkân sağlayacak şekilde değerlendirilmesi gerekir.

ATAD, Komisyon tarafından İspanya'ya karşı açılan ihlal davasında, özel güvenlik şirketlerinin kamu idaresine dâhil olmadığını ve dolayısıyla kamu idaresinde istihdama ilişkin istisna hükmünün uygulanamayacağını kabul etmiştir¹¹². İtalya'ya karşı açılan ihlal davasında, yeminli özel güvenlik görevlilerinin kamu idaresine dâhil olmadığı açıklanmıştır¹¹³. Marina Mercante Espanola kararına konu olan olayda ise İspanyol hukuku, İspanyol bayrağı taşıyan ticaret gemilerinin birinci ve ikinci kaptanlarına, bayrak devletinin genel menfaatlerinin korunması amacıyla kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılmasını gerektiren görevler yüklemektedir¹¹⁴. Divan kaptanların gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi tarafından istihdam edilmelerinin, kamu idaresinde istihdama ilişkin istisna hükmünün uygulanmasına engel olmadığını kabul etmiştir. İspanyol hukuku çerçevesinde kaptanlar kendilerine verilen görevleri ifa edebilmek için bayrak devletinin genel menfaatlerinin hizmetinde “*kamu gücünün temsilcisi*” olarak hareket etmektedirler. Bununla birlikte kaptanların ulusal hukuk çerçevesinde kamu gücü ayrıcalığına sahip olması, tek başına istihdamlarının istisna hükmü kapsamında değerlendirilmesi için yeterli görülmemiştir. İstihdamın bu kapsamda değerlendirilebilmesi için “*bu ayrıcalıkların düzenli olarak kullanılması ve kaptanların faaliyetlerinin çok küçük bir kısmını oluşturmaması*” gerekme-

lendirilebilir. Yalnızca kamusal yetkilere sahip olunması ise, Andlaşmanın kamu idaresinde istihdama ilişkin istisna hükmünün uygulanabilmesi bakımından yeterli değildir. **CJCE**, C-47/02, p. 52.

¹¹² **CJCE**, C-114/97, p. 33.

¹¹³ **CJCE**, C-283/99, p. 25.

¹¹⁴ **CJCE**, C-405/01, p. 42, 43, 44, 50; Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Barnard**, s. 484.

tedir. Bu yaklaşımıyla Divan Komisyon'un konuya ilişkin açıklamalarını kabul etmediğini ortaya koymuştur. Komisyon, kamu idaresinde istihdama ilişkin özel istisna kuralından yararlanılabilmesinin, kamu görevinin icra edilebilirliğine bağlı olmadığını kabul etmektedir. Divan'a göre ise, kamu gücü ayrıcalıklarının diğer üye devlet vatandaşları tarafından düzensiz bir şekilde veya istisnaî olarak kullanılması, devletin genel menfaatlerini tehlikeye sokmamaktadır. Bu çerçevede, üye devletin kendi bayrağını taşıyan ticaret gemilerinde yalnızca kendi vatandaşlarını birinci ve ikinci kaptan olarak istihdam etmesinin, birinci ve ikinci kaptanlara tanınan kamu gücü ayrıcalıklarının düzenli olarak kullanılması ve faaliyetlerinin çok küçük bir kısmını oluşturmaması koşuluyla mümkün olduğu kabul edilmektedir.

Anker kararında da bu yaklaşım yer almıştır¹¹⁵. Alman hukuku Alman bayrağı taşıyan balıkçı teknelerinin kaptanlarına güvenliğin korunması ve kolluk yetkilerinin kullanılmasına yönelik yetkiler vermektedir. Kaptanlara bayrak devletin genel menfaatlerinin korunması amacıyla kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılmasını gerektiren görevler verilmiştir. Kamu idaresinde istihdama ilişkin Andlaşma hükmünün de, "*kaptanlara tanınan kamu gücü ayrıcalıklarının düzenli olarak kullanılması ve faaliyetlerinin çok küçük bir kısmını oluşturmaması koşuluyla*", bir üye devletin kendi bayrağını taşıyan küçük ölçekli denizcilik faaliyeti gerçekleştiren teknelerde yalnızca kendi vatandaşlarını kaptan olarak istihdam etmesine izin veren bir düzenleme olarak yorumlanması gerekir.

ABAD'ın yaklaşımı çerçevesinde, adli kolluk görevlilerinin kamu idaresindeki istihdama ilişkin Andlaşma hükmünün kapsamında yer aldığını belirtebiliriz. Adli kolluk görevlileri kamu gücü ayrıcalıklarını düzenli olarak kullanmakta ve bu ayrıcalıklar onların faaliyetlerinin çok küçük bir kısmını oluşturmamaktadır¹¹⁶. ATAD gece bekçiliği, kontrolörlük ve mimarlık faaliyetlerini de kamu idaresindeki istihdamlara ilişkin istisnanın kapsamında

¹¹⁵ CJCE, C-47/02, p. 61-65, 69; Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Barnard**, s. 483-484; **Foster**, s. 329; **Bilgin**, "İşçilerin Serbest Dolaşımı", s. 94.

¹¹⁶ **Lambert**, s. 226.

değerlendirmiştir¹¹⁷. Devlet hastanelerinde hemşire olarak istihdam söz konusu istisna kapsamında yer almazken¹¹⁸, Lawrie Blum kararında öğretmenlik stajı kamu gücünün kullanılmasını gerektiren bir faaliyet olarak kabul edilmemiştir¹¹⁹. İtalyan Ulusal Araştırma Konseyi nezdinde araştırmacı olarak istihdam edilmek de bu kapsamda değerlendirilmemiştir¹²⁰. Allué ve Coonan kararına göre de, üniversitede yabancı dil okutmanlığı, Bleis kararına göre orta öğretimde öğretmenlik kamu idaresindeki istihdamlara ilişkin istisnanın kapsamında yer almamaktadır¹²¹.

Ulusal hukuk uyarınca kamu idaresinde istihdam edilmiş olan kişiler, Birlik hukuku anlamında işçi olarak kabul edilebilir ve bu kişilere ücret veya diğer çalışma koşulları bakımından ayrımcılık yapılması yasaktır. Örneğin aynı kamu idaresinde ulusal hukuk uyarınca memur olarak çalışan farklı üye devlet vatandaşlıklarına sahip iki kişiye disiplin kovuşturmaları veya yaptırımları bakımından vatandaşlıkları nedeniyle farklı kuralların uygulanması Birlik hukukuna aykırıdır. Bununla birlikte kamu idaresinde istihdam edilen kişilerin görevde yükseltme sırasında vatandaşlıkları nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulması Birlik hukukuna aykırı olmayabilir¹²². Çünkü kamu idaresinde istihdam edilmek bakımından, vatandaşlık nedeniyle ayrımcılığın Birlik hukukuna uygunluğu, istihdam neticesinde kamu gücünün kullanımına, devletin veya diğer kamu idarelerinin genel menfaatlerinin korunmasını konu

¹¹⁷ CJCE, Commission/Belgique, C-149/79, 26.05.1982, Rec. 1982, s. 1845, p. 11; Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Steiner/Woods**, s. 499; **Horspool/Humphreys**, s. 420-421.

¹¹⁸ CJCE, C-307/84, p. 13; Söz konusu davada, üye devletler tarafından tercih edilen kurumsal yaklaşımın Divan tarafından kabul edilmediği yönünde bkz. **Horspool/Humphreys**, s. 422; **Lambert**, s. 225.

¹¹⁹ CJCE, C-66/85, p. 27, 28; Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Horspool/Humphreys**, s. 421.

¹²⁰ CJCE, C-225/85, p. 9.

¹²¹ CJCE, Allué e.a./Università degli studi di Venezia, C-33/88, 30.05.1989, Rec. 1989, s. 1591, p. 9; CJCE, Bleis/Ministère de l'Éducation nationale, C-4/91, 27.11.1991, Rec. 1991, s. I-5627, p. 7; Bleis kararına ilişkin değerlendirme için bkz. **Özkan**, s. 61.

¹²² CJCE, C-225/85, p. 10; **Barnard**, s. 483; **Göçmen**, s. 322.

edinen görevlere doğrudan veya dolaylı katılımın gerekip gerekmemesine bağlıdır. Kamu idaresinde istihdam edilmiş olan kişilerin kamu gücünün kullanımını veya devletin veya diğer kamu idarelerinin genel menfaatlerinin korunmasını konu edinen görevlere yükseltmek bakımından vatandaşlıkları nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmaları Birlik hukukuna aykırı olmayacaktır.

SONUÇ

Birlik mevzuatı açıkça üye devletler tarafından benimsenmesi gereken bir memur veya kamu görevlisi tanımı içermemektedir. Üye devletlerin ulusal mevzuatlarında, memur veya kamu görevlisi kavramları farklı şekillerde tanımlanabilir. Bununla birlikte İç Pazarın kurulması Birliğin hedefleri arasında yer almaktadır. Bu hedefin gerçekleştirilmesi amacıyla işçilerin serbest dolaşımı, Birlik Andlaşmaları ve ikincil mevzuat ile güvence altına alınmıştır. Andlaşmalara taraf olan üye devletlerin, Birlik hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeleri, işçilerin serbest dolaşımına engel olmamaları gerekir. İşçilerin Birlik içerisinde serbest dolaşımının temini amacıyla kabul edilen Birlik düzenlemeleri üye devletlerin işçileri arasında istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından vatandaşlığa dayalı her türlü ayrımcılığın kaldırılmasını öngörmektedir. Birlik hukukunun temel ilkelerinden biri olan doğrudan etki ilkesi çerçevesinde, Birlik hukuku anlamında işçi olarak kabul edilen kişilerin, Birlik hukukundan kaynaklanan haklarını ulusal mahkemeler önünde doğrudan ileri sürebilmeleri de mümkündür.

ABAD işçi kavramının kapsamını belirleme yetkisini üye devletlere bırakmamıştır. Ulusal hukuk sistemlerinin bu kavrama verdikleri anlam bağlayıcı nitelikte değildir. ABAD işçi kavramını ulusal hukuk düzenlerinden bağımsız olarak geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Birlik hukuku anlamında işçiler başka bir kişinin idaresi altında, ücret karşılığı gerçek ve etkili ekonomik faaliyet gerçekleştiren kişilerdir. Bu kişiler, ulusal mevzuat uyarınca memur olarak kabul edilseler bile Birlik hukuku anlamında işçi statüsündedirler. Bu kişilerin serbest dolaşımının temini Birlik hukukunun bir gereği olduğundan, üye devletlerin söz konusu kişilerin istihdamına ilişkin kuralları Birlik hukukunu dikkate almaksızın belirleyebilmesi

mümkün değildir. Bu kişilerin istihdamları sırasında vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapılması Birlik hukukuna aykırılık oluşturur.

İşçilerin serbest dolaşımını düzenleyen ABİA m. 45 iki tür istisnai düzenlemeye yer vermiştir. Söz konusu istisnalar çerçevesinde işçilerin serbest dolaşımı kısıtlanabilir. Bu düzenlemeler, ulusal mevzuat çerçevesinde memur olarak kabul edilen, ancak Birlik hukuku çerçevesinde işçi statüsünde olan kişilerin serbest dolaşımının kısıtlanmasında haklı gerekçe olarak ileri sürülebilir.

ABİA m. 45/3 uyarınca, işçilerin serbest dolaşımını kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçeleri ile kısıtlanabilmektedir. Komisyon ve ABAD, söz konusu düzenlemeyi dar bir şekilde yorumlamaktadır. Söz konusu düzenleme, belirli mesleklerin üye devlet vatandaşlarına özgülenmesine izin vermemektedir. Bununla birlikte üye devletler söz konusu düzenlemeye dayanarak ülkeye girişleri veya ülkede bulunmaları kamu düzeni, sağlığı veya güvenliği açısından tehlikeli olan kişilerin ülkeye girişlerini veya ülkede bulunmalarını ve dolayısıyla istihdamlarını engelleyebilirler. Bu konudaki değerlendirmenin, vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yasağına uygun olarak yapılması gerekir. Yine kamu düzeni veya güvenliği gerekçesiyle alınacak önlemlerin orantılılık ilkesine uygun olması, münhasıran ilgili kişinin kişisel davranışlarından kaynaklanması ve söz konusu davranışın toplumun temel bir çıkarı açısından gerçek ve yeterince ağır bir tehdit oluşturması gerekir. Serbest dolaşımın kısıtlanmasını haklı kılan hastalıklar 2004/38 sayılı Direktifte belirtilmiştir.

ABİA m. 45/4 de yer alan istisna, dar ve işlevsel bir yaklaşımla yorumlanmaktadır. ABİA m. 45/4 kamu idaresinde istihdam edilmiş olanlara ücret veya diğer çalışma koşulları bakımından ayrımcılık yapılmasında haklı bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir. Üye devletlerin, Birlik hukuku anlamında kamu idaresine özgü görevlerde yalnızca kendi vatandaşlarını istihdam etmesi, Birlik hukukuna aykırı değildir. Bu çerçevede yer almayan görevler bakımından, üye devletin istihdamı yalnızca kendi vatandaşlarına özgülemesi, Birlik hukukuna aykırıdır. Kamu idaresinde istihdama ilişkin düzenlemenin kapsamında yer almayan görevlerde istihdam edilen kişilerin, vatandaşlıkları nedeniyle ayrımcılığa tabi tutularak, söz konusu düzenle-

menin kapsamında yer alan görevlere yükseltilmemeleri ise Birlik hukukuna aykırı değildir.

Komisyon, kamu gücünün kullanımını gerektiren görevler ile devlet ve diğer kamu idarelerinin genel menfaatlerinin korunması sorumluluğunu gerektiren görevlerin ABİA m. 45/4'ün kapsamında yer aldığını açıklamıştır. Her ne kadar Komisyon 1988 ve 2002 tarihli bildirimlerinde kamu idaresinde istihdama ilişkin istisnanın kapsamında yer almayan bazı görevleri belirtmişse de, Komisyon tarafından üye devlete karşı açılan bir ihlal davasında, davaya konu olan olaydaki faaliyetin kamu idaresinde istihdama ilişkin istisnanın kapsamında yer alması gerektiği ileri sürülebilir. İstihdam talepleri reddedilen Birlik vatandaşları da talebin reddedildiği ülkedeki ulusal mahkemelerde dava açarak Birlik hukukunun doğrudan etkisini ve önceliğini ileri sürebilirler. Açılan davalarda Birlik hukukunun yorumlanması sorunu ortaya çıktığında ulusal mahkeme ön karar usulüyle ABAD'a başvurabilir. Kararlarına karşı kanun yolu kapalı olan ulusal mahkemeler ise bu durumda ABAD'a başvurmak zorundadır.

Gerek ön karar usulü, gerek ihlal davası çerçevesinde önüne gelen olaylarda ABAD, ABİA m. 45/4'de yer alan kamu idaresi kavramını yorumlarken işlevsel bir yaklaşım benimsemektedir. ABAD'a göre, "*kamu gücünün kullanımına ve devletin veya diğer kamu idarelerinin genel menfaatlerinin korunmasını konu edinen görevlere doğrudan veya dolaylı katılımı gerektiren işler*" ABİA m. 45/4'ün kapsamında yer almaktadır. Söz konusu istihdamlar, özel bir şekilde devlete bağlılığı ve vatandaşlık ilişkisinin temelini oluşturan hak ve yükümlülüklerde karşılıklılığı gerektirmektedir. Bir istihdamın ABİA m. 45/4'ün kapsamında yer alıp almadığının değerlendirilmesinde, düzenlemenin üye devletlere koruma imkânı tanıdığı menfaatler dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede konuya kümülatif yaklaşımın zorunlu olmadığı kanaatindeyiz. Diğer bir ifade ile belirli bir görevin kamu gücünün kullanımına veya devletin genel menfaatlerinin korunmasına katılımı sağlaması o görevin kamu idaresinde istihdam kapsamında değerlendirilmesine neden olabilir. Gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi tarafından gerçekleştirilen istihdamlar da, ABİA m. 45/4'ün kapsamında yer alabilir. Bunun için istihdam edilecek kişinin kamu gücünün temsilcisi

olarak hareket edecek olması, kamu gücünden kaynaklanan ayrıcalıkların düzenli olarak kullanılacak olması ve bu ayrıcalıkların istihdam edilecek kişinin faaliyetlerinin çok küçük bir kısmını oluşturmaması gerekir. ABAD devlet hastanelerinde hemşire olarak, üniversitede yabancı dil okutmanı olarak, orta öğretimde öğretmen olarak, Ulusal Araştırma Konseyi nezdinde araştırmacı olarak istihdamı kamu idaresinde istihdam olarak değerlendirmemiştir. Dolayısıyla söz konusu istihdamlar bakımından vatandaşlığa dayalı ayrımcılık ABİA m. 45/4 ile bağdaşmaz.

Avrupa Birliğinin üye devletlerdeki memur istihdamına yaklaşımı Türkiye açısından da önem arz etmektedir. Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki müzakereler, 3 Ekim 2005 tarihinde başlamıştır. Müzakere başlıklarından ikincisi, işçilerin serbest dolaşımına ilişkindir. Türkiye'nin Birliğe üyeliği durumunda, kamu gücünün kullanımını veya devletin genel menfaatlerinin korunmasını gerektiren işler dışındaki görevlerde yalnızca Türk vatandaşlarının istihdam edilebilmesi mümkün olamayacaktır. Oysa günümüzde Anayasa m. 128'de "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" hükmü yer almaktadır. İstihdam şekillerini düzenleyen DMK m. 4'de de, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenlerin DMK uygulamasında memur sayılacağı, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanların da memur sayılacağı belirtilmiştir.

Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde, devlet kurumlarındaki hemşireler, öğretmenler memur statüsündedir. Atamaları her ne kadar birel, koşul işlem ile gerçekleştirilse de, bu kişiler Birlik hukuku anlamında kamu idaresinde istihdam edilen kişiler değildir. Türkiye'nin Birliğe üyeliği durumunda devlet memurluğuna alınacaklarda aranan genel ve özel koşulları düzenleyen DMK m. 48'de değişiklik yapılması gerekecektir. Söz konusu değişiklik çerçevesinde, egemenlik yetkilerinin kullanımını gerektiren görev-

ler ile devletin veya diğer kamu idarelerinin sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının kullanımına doğrudan veya dolaylı katılımı gerektiren görevlerde Avrupa Birliğine üye devlet vatandaşlarının istihdam edilemeyecekleri, belirtilen nitelikteki görevler haricinde memur olarak istihdam edilebilecekleri açıkça düzenlenebilir. Adli kolluk mensupları, hâkimler, savcılar, mülki amirler kamu gücünün kullanımını ve devletin genel menfaatlerinin korunmasını gerektiren görevler ifa etmektedir. Avrupa Birliğine üye devlet vatandaşlarının bu görevlere kabul edilmemesi Birlik hukukuna aykırı olmayacaktır. Vatandaşı olduğu devlette kamu haklarından mahrum olan, hakkında görev ile bağdaşmayan mahkûmiyet hükmü bulunan, vatandaşı olduğu devletin ulusal hizmet yükümlülüklerini ihlal eden, görevin ifası için gerekli fiziki yeterlilik koşullarını karşılamayan Avrupa Birliğine üye devlet vatandaşlarının da memur olmalarına izin verilmemelidir.

Söz konusu değişiklik çerçevesinde, memuriyete girişte eşitlik ilkesinin tüm Birlik vatandaşlarını kapsayacak şekilde uygulanması gerekecektir. Bununla birlikte kariyer ilkesi bakımından farklı bir sonuca ulaşılabilir. Kamu idaresinde istihdam edilmiş olanların kamu gücünün kullanımını gerektiren veya devletin veya diğer kamu idarelerinin genel menfaatlerinin korunmasını konu edinen görevlere yükseltilmeleri bakımından vatandaşlıkları nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmaları Birlik hukukuna aykırı değildir. Dolayısıyla kariyer ilkesi bağlamında bu yönde bir düzenlemenin yapılması Türkiye'nin menfaatlerinin korunması açısından yararlı olabilecektir.

Kısaltmalar Cetveli

ABA	: Avrupa Birliği Andlaşması
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİA	: Avrupa Birliğinin İşleyişı Hakkında Andlaşma
AETA	: Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması
ATA	: Avrupa Topluluğu Andlaşması
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CJCE	: Cour de justice des Communautés européennes
Dir.	: Directeur
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
dpn.	: dipnot
ed.	: editör
JOCE	: Journal officiel des Communautés européennes
JORF	: Journal officiel de la République française
JOUE	: Journal officiel de l'Union européenne
m.	: madde
p.	: paragraf
Rec.	: Recueil
S.	: Sayı
s.	: sayfa

Kaynakça

- Auby**, Jean- Marie/**Auby**, Jean Bernard/**Jean- Pierre**, Didier/**Taillefait**, Antony; Droit de la fonction publique, Dalloz, Paris 2005.
- AUSSANT**, Jill/**Fornasier**, Raffaello/**Louis**, Jean- Victor/**Séché**, Jean- Claude/**Raepenbusch**, Sean Van; Commentaire Megret, Libre Circulation des personnes, des services et des capitaux. Transports, C.3, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 1990.
- Balkır**, Canan; Uluslararası Ekonomik Bütünleşme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2010.
- Barnard**, Catherine; The Substantive Law of the EU, Oxford University Press, New York 2007.
- Bilgin**, Aslı; “Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı İle İş Arayan Kişilere Tanınan Sosyal Avantajlar”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 9, S.2, Yıl: 2010.
- Bilgin**, Aslı; “Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı Işığında Serbest Dolaşım ve Birlik Yurttaşlığı”, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 6, S. 23, Yıl: 2010.
- Bilgin**, Aslı; “İşçilerin Serbest Dolaşımı”, **Akçay**, Belgin/**Bayraktaroğlu Özçelik**, Gülüm, (ed.), Lizbon Andlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Bozkurt**, Enver/**Özcan**, Mehmet/**Köktaş**, Arif; Avrupa Birliği Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2011.
- Can**, Hacı; Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku, Adalet yayınevi, Ankara 2008.
- Can**, Hacı; Avrupa Birliği'nin Kurucu Andlaşmaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Chapus**, René; Droit administratif général, C.2, Montchrestien, Paris 2001.
- Foster**, Nigel; Foster on EU Law, Oxford University Press, New York 2009.
- Göçmen**, İlke; Avrupa Birliği'nde İç Pazardaki Serbest Dolaşım ve Birlik Vatandaşlığının Etkileşimi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011.

- Gözler**, Kemal/**Kaplan**; Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa 2012.
- Günday**, Metin; İdare hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- Horspool**, Margot/**Humphreys**, Matthew; European Union Law, Oxford University Press, New York 2010.
- Jacqué**, Jean Paul; Droit institutionnel de l'Union européenne, Dalloz, Paris 2010.
- Köktaş**, Arif; Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999.
- Lambert**, Christian; “Le concept d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne”, **Potvin-Solis**, Laurence (Dir.), Vers un modèle européen de fonction publique?, Bruylant, Bruxelles 2011.
- Reçber**, Kamuran; Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku ve Temel Metinleri, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa 2010.
- Oder**, Bertil Emrah (Tekinalp/Tekinalp); Avrupa Birliği Hukuku, Beta, İstanbul 2000.
- Özkan**, Işıl; Yabancıların Çalışma Hürriyeti ve Avrupa Topluluğunda Kişilerin Serbest Dolaşımı, Kazancı, İstanbul 1997.
- Rideau**, Joël; Droit institutionnel de l'Union européenne, L.G.D.J., Paris 2010.
- Sancakdar**, Oğuz; Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin yayınları, Ankara 2001.
- Sancakdar**, Oğuz; “AİHM Kararlarının Türk İdare Hukukuna Etkileri Konusunda Genel Gözlemler”, Amme İdaresi Dergisi, C.38, S.1, Mart 2005.
- Sancakdar**, Oğuz; Memur Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2011.
- Sancakdar**, Oğuz; İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Sezer**, Yasin; Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Steiner, Josephine/**Woods**; Lorna, EU Law, Oxford University Press, New York 2009.

T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği; Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Ankara 2011.

Tekinalp, Gülören (Tekinalp/Tekinalp); Avrupa Birliği Hukuku, Beta, İstanbul 2000.

Yüksel, Saadet; Avrupa Birliği'nde İşçilerin Serbest Dolaşımı ve Türk İşçilerinin Statüsü, Arkan Basım Yayım, İstanbul 2007.

ATAD'ın ve Fransız Anayasa Konseyi'nin Konu ile İlgili Kararları

CJCE, Unger/Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten, C-75/63, 19.03.1964, Rec. 1964, s. 362, 363.

CJCE, Sotgiu /Deutsche Bundespost, C-152/73, 12.02.1974, Rec. 1974, s. 153.

CJCE, Van Duyn/Home Office, C-41/74, 04.12.1974, Rec. 1974, s. 1337.

CJCE, Regina/Bouchereau, C-30/77, 27.10.1977, Rec. 1977, s. 1999.

CJCE, Commission/Belgique, C-149/79, 17.12.1980, Rec. 1980, s. 3881.

CJCE, Levin/Staatssecretaris van Justitie, C-53/81, 23.03.1982, Rec. 1982, s. 1035.

CJCE, Adoui et Cornuaille/État belge, C-115, 116/81, 18.05.1982, Rec. 1982, s. 1665.

CJCE, Commission/Belgique, C-149/79, 26.05.1982, Rec. 1982, s. 1845.

CJCE, Commission/France, C-307/84, 03.06.1986, Rec. 1986, s. 1725.

CJCE, Kempf/Staatssecretaris van Justitie, C-139/85, 03.06.1986, Rec. 1986, s. 1741.

CJCE, Lawrie- Blum/Land Baden-württemberg, C-66/85, 03.07.1986, Rec. 1986, s. 2121.

CJCE, Commission/Italie, C-225/85, 16.06.1987, Rec. 1987, s. 2625.

CJCE, Steymann/Staatssecretaris van Justitie, C-196/87, 5.10.1988, Rec. 1988, s. 6159.

- CJCE**, Allué e.a./Università degli studi di Venezia , C-33/88, 30.05.1989, Rec. 1989, s. 1591.
- CJCE**, Bettray/Staatssecretaris van Justitie, C-344/87, 31.05.1989, Rec. 1989, s. 1621.
- CJCE**, Bleis/Ministère de l'Éducation nationale, C-4/91, 27.11.1991, Rec. 1991, s. I-5627.
- CJCE**, Raulin/Minister van Onderwijs en Wetenschappen, C-357/89, 26.02.1992, Rec. 1992, s. I-1027.
- CJCE**, Scholz/Opera Universitaria di Cagliari et Cinzia Porcedda, C-419/92, 23.02.1994, Rec. 1994, s. I-505.
- CJCE**, Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, C-55/94, 30.11.1995, Rec. 1995, s. I-416.
- CJCE**, Skanavi et Chryssanthakopoulos, C-193/94, 29.02.1996, Rec. 1996, s. I-929.
- CJCE**, Commission/Luxembourg, C-473/93, 02.07.1996, Rec. 1996, s. I-3207.
- CJCE**, Commission /Belgique, C-173/94, 02.07.1996, Rec. 1996, s. I-3265.
- CJCE**, Commission/Grèce, C-290/94, 02.07.1996, Rec. 1996, s. I-3285.
- CJCE**, Petrie e.a./Università degli studi di Verona et Bettoni, C-90/96, 20.11.1997, Rec. 1997, s. I-6527.
- CJCE**, Commission/Espagne, C-114/97, 29.10.1998, Rec. 1998, s. I-6717.
- CJCE**, Commission/Italie, C-283/99, 31.05.2001, Rec. 2001, s. I-4363.
- CJCE**, Kurz, C-188/00, 19.11.2002, Rec. 2002, s. I-10691.
- CJCE**, Oteiza Olazabal, C-100/01, 26.11.2002, Rec. 2002, s. I-10981.
- CJCE**, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, C-405/01, 30.09.2003, Rec. 2003, s. I-10391.
- CJCE**, Anker e.a. C-47/02, 30.09.2003, Rec. 2003, s. I-10447.
- CJCE**, Collins, C-138/02, 23.03.2004, Rec. 2004, s. I-2703.
- CJCE**, Trojani, C-456/02, 07.09.2004, Rec. 2004, s. I-7573.
- CJCE**, Commission/Danemark, C-464/02, 15.09.2005, Rec. 2005, s. I-7929.
- CJCE**, Ioannidis, C-258/04, 15.09.2005, Rec. 2005, s. I-8275.

CJCE, FKP Scorpio Konzertproduktionen, C-290/04, 03.10.2006, Rec. 2006, s. I-9461.

Conseil Constitutionnel, Décision no.91-293 DC, 23.07.1991, **JORF**, 25.07.1991, s. 9854.

Conseil Constitutionnel, Décision no.2007-560 DC, 20.12.2007, **JORF**, 29.12.2007, s. 21813.

Resmi Gazeteler

JOCE, 04.04.1964, P. 56, s. 850-857.

JOCE, 18.03.1988, C. 72, s. 2-4.

JORF, 25.07.1991, s. 9854.

JORF, 27.07.1991, no. 174.

JORF, 29.12.2007, s. 21813.

JOUE, 30.04.2004, L. 158, s. 77-123.

JOUE, 30.03.2010, C. 83, s. 47-199.

JOUE, 30.03.2010, C. 83, s. 13-45.

JOUE, 27.05.2011, L. 141, s. 1-12.

İlgili İnternet Siteleri

<http://www.ab.gov.tr/>

<http://www.adalet.gov.tr>

<http://www.assemblee-nationale.fr/>

<https://www.btg-bestellservice.de/>

<http://www.bundestag.de/>

<http://curia.europa.eu/>

<http://eur-lex.europa.eu/>

<http://europa.eu/>

<http://legifrance.gouv.fr>

<http://www.who.int/>