

– Avrupa Birliği Maddi Hukuku –
12. Ders:
-Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı-
Uygulama Alanı Dışı Haller
&
Haklı Gösterme

PROF. DR. İLKE GÖÇMEN

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU ANABİLİM DALI

JEAN MONNET CHAIR



With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union



Disclaimer: The European Commission's support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents, which reflect the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

1

1

Sunuş Planı

Kişilerin ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

- Uygulama Alanı Dışı Haller
- Haklı Gösterme

2

2

1

Uygulama Alanı Dışı Haller

Kamu hizmeti

- işçilerin serbest dolaşımının dışında bırakılmıştır.
- ABİHA md. 45(4)

Kamusal yetkinin kullanımı

- iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımının dışında bırakılmıştır.
- ABİHA md. 51 (ile 62)

3

3

Kamu Hizmeti

İşçilerin serbest dolaşımı

- «kamu hizmetindeki istihdama uygulanmaz».

«kamu hizmeti» kavramı

- *AB hukukunun kavramıdır.*
- Dar biçimde yorumlanır.

4

4

2

Kamu Hizmeti

Kamu hizmeti, bir *görev* ile ilgili olarak şu iki soruyu yanıtlamayı gerektirir:

- kamu hukukunca verilen yetkiler kullanılıyor mu?
- +
- devletin genel çıkarının korunması sorumluluğu var mı?

5

5

Kamu Hizmeti

(1)

- belediyedeki teknik büro baş denetçisi
- asli denetçi
- stok kontrol memuru
- gece bekçisi ...

(2)

- kamu hastanesindeki hemşire
- öğretmen stajyeri
- avukat stajyeri
- üniversitedeki yabancı dil asistanı
- ulusal araştırma merkezindeki araştırmacılar
- yerel yönetimdeki tesisatçı, marangoz, elektrikçi ve bahçevanlar ...

6

6

Kamu Hizmeti

(1)

- Söz gelimi, kamu hizmeti koşulu içindekiler

(2)

- Söz gelimi, kamu hizmeti koşulu dışındakiler

7

7

Kamusal Yetki

İş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı bölümündeki hükümler,

- bir üye devlette nadiren bile olsa «kamusal yetki» kullanılması ile bağlantısı olan etkinliklere uygulanmaz.

8

8

Kamusal Yetki

Kamusal yetki, bir *etkinlik* ile ilgili olarak Şu soruyu yanıtlamayı gerektirir:

- Kamusal yetkinin kullanımı ile *doğrudan ve spesifik* olarak bağlı bir etkinlik mi?

9

9

Kamusal Yetki

Örnek 1:

- Trafik kazası bilirkişilerinin trafik kazalarına ilişkin raporları, mahkemeleri bağlamıyor ise ve yargısal makamların takdirine yer bırakıyorsa burada kamusal yetkinin kullanımı var mıdır?

Örnek 2:

- Güvenlik teşebbüsleri ve güvenlik personelinin etkinlikleri, özel hukukça yönetilen ilişkiler temelinde gözetim ve koruma görevlerinin yürütülmesi ile ilgili ise ve kısıtlama (zorlama) yetkisi içermiyorsa burada kamusal yetkinin kullanımı var mıdır?

10

10

5

Kamusal Yetki

(1)

- Kamusal yetkinin kullanımı yoktur

(2)

- Kamusal yetkinin kullanımı yoktur

11

11

Haklı Gösterme

«Haklı Gösterme» ile ilgili Ortak Tespitler

Meşru Sebepler

- Kurucu Antlaşmadaki İstisnalar
- Kamu Yararına İlişkin Ağır Basan Sebepler

Orantılılık İlkesi

12

12

«Haklı Gösterme» ile ilgili Ortak Tespitler

Kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımına yönelik tahditler, *kural olarak, yasaktır,*

ancak belirli koşullar altında *haklı gösterilebilir.*

- Ulusal önlem, *meşru sebep* temelinde *orantılılık ilkesi* ile uyumlu olmalıdır.

13

13

«Haklı Gösterme» ile ilgili Ortak Tespitler

Kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımına yönelik vatandaşlık(/merkez) temelinde doğrudan ayrımcılık yapan önlemler

- *yalnızca* kurucu antlaşmadaki istisnalar temelinde haklı gösterilebilir.

Kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımına yönelik vatandaşlık(/merkez) temelinde dolaylı ayrımcılık yapan veya serbestîyi kısıtlayan önlemler

- kurucu antlaşmadaki istisnalar *veya* ABAD'ın kabul ettiği «kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler» temelinde haklı gösterilebilir.

14

14

«Haklı Gösterme» ile ilgili Ortak Tespitler

Kurucu antlaşmadaki istisnalar

- *sınırlı* sayıdadır.

ABAD'ın kabul ettiği «kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler»

- *sınırsız* sayıdadır.

İstisnalar, *dar* biçimde yorumlanır.

15

15

Meşru Sebepler

Kurucu Antlaşmadaki İstisnalar

Kamu Yararına İlişkin Ağır Basan Sebepler

16

16

Kurucu Antlaşmadaki İstisnalar

Maddi Yönüyle

- Kamu düzeni
- Kamu güvenliği
- Kamu sağlığı
- (Sınır dışı etme ile ilgili ortak düzenlemeler)

Usuli Yönüyle

17

17

Kamu Sağlığı

Kamu sağlığı - 2004/38 sayılı Direktif'te düzenlendiği haliyle:

- Üye devletler yalnızca belirli hastalıklar ile dolaşım serbestisini kısıtlayabilir.
 - Dünya Sağlık Örgütünün ilgili organlarınca tanımlanan ve salgın potansiyeline sahip olan hastalıklar
 - ev sahibi üye devletin vatandaşlarına uygulanan koruma hükümlerine tâbi tutulan diğer bulaşıcı veya bulaşıcı parazitik hastalıklar

18

18

Kamu Sağlığı

Kamu sağlığı - 2004/38 sayılı Direktif'te düzenlendiği haliyle:

- ye devletler,
 - gerekli olduğuna yönelik ciddi belirtiler mevcutsa
 - lkeye giriş tarihinden itibaren üç ay içinde
 - ilgili kişilerin burada belirlenen hastalıkları taşımadıklarını doğrulamak adına
 - bedelsiz olarak tıbbi denetimden geçmesini isteyebilir.
 - Bu tıbbi denetimler rutin biçimde yapılamaz.

19

19

Kamu Sağlığı

Kamu sağlığı - ABAD içtihat hukuku çerçevesinde

- ye devletler,
 - kamu sağlığının korunması ile ilgili olarak temin etmeyi amaçladıkları koruma derecesi hakkında karar verebilir.
 - insan sağlığına yönelik riskin varlığı veya derecesi ile ilgili belirsizlikler bulunuyorsa koruyucu önlemler alabilir.
 - «ihtiyatlılık ilkesi»

20

20

10

Kamu Sağlığı

Corporación Dermoestética Davası (2006-2008)

- İspanyol D. şirketi, 10 Ekim 2005 tarihinde İtalyan T. şirketi ile sözleşme yapmıştır.
- Bu sözleşme uyarınca T. şirketi, D. şirketi adına İtalyan ulusal televizyon kanalı "Canale 5"te yayınlanmak üzere kozmetik tıbbi tedavi hizmetleri için reklam kampanyası yürütecektir.
- Bununla birlikte T. şirketi, bu yükümlülüğünü yerine getirememiştir.
- Zira İtalyan hukuku uyarınca
 - ilgili televizyon reklamları ulusal televizyon ağı üzerinden yayınlanamaz,
 - ancak yerel kanallarda yayınlanabilir.
- D. şirketine göre kozmetik tıbbi tedavi hizmetleri ile ilgili olanlar gibi reklamlar hakkındaki ulusal televizyon ağı üstünden yayın yasağı AB iç pazar hukuku ile uyumsuzdur.

21

21

Kamu Düzeni

ABİHA md. 56: Uygulama Alanı

ABİHA md. 56: Tahdit

ABİHA md. 56: Haklı Gösterme

- Kamu sağlığı + Orantılılık ilkesine uyum
- Orantılılık ilkesi ile uyum yoktur.

Sonuç

- Ulusal önlem AB hukuku ile uyumsuzdur.

22

22

Kamu Güvenliği

Kamu güvenliği

- her ne kadar ayrı bir istisna sebebi oluştursa da
- çoğunlukla kamu dzenini ile birlikte ele alınmaktadır.

23

23

Kamu Dzenini

Kamu dzenini ile ilgili olarak bir ana test mevcuttur:

- ilgili bireyin kişisel davranışı, toplumun temel çıkarlarından birisini etkileyen gerçek, mevcut ve yeterince ciddi bir tehlike oluşturuyor mu?

24

24

Kamu Düzeni

Kamu düzeni ile ilgili olarak birtakım kriterler mevcuttur:

- Bir durumun özelliklerinden izole edilmiş veya genel önleme mülahazalarına dayanan gerekçelendirmeler kabul edilemez.
- Önceki cezai mahkûmiyetler, tek başına, kamu düzeni temelinde önlem almak açısından temel oluşturmaz.

25

25

Kamu Düzeni

Kamu düzeni ile ilgili ana test ve kriterler çerçevesinde

- üye devletlerin takdir yetkisi,
- toplumun temel çıkarlarından birisini etkileyen gerçek, mevcut ve yeterince ciddi bir tehlike,
- tüzel kişiler
- ile ilgili olarak kimi tespitler yapılabilir.

26

26

Kamu Düzeni

Takdir yetkisi

- Üye devletler,
 - ulusal ihtiyaçlar ışığında
 - neyin kamu düzeni oluşturduğunun belirlenmesi konusunda
 - belirli bir takdir yetkisine sahiptir.
- Kamu düzeni kavramına başvurmayı haklı gösteren özel durumlar,
 - bir ülkeden diğerine,
 - bir dönemden diğerine
 - farklılık gösterebilir.

27

27

Kamu Düzeni

Adoui and Cornuaille Davası (1981-1982)

- Fransız vatandaşı Bayan Adoui ve Cornuaille, Belçika'da ikamet etmek için izin istemiş, ancak yetkili makamlar bu talebi reddetmiştir.
- Yetkili makamlara göre bu kişiler ahlaki açıdan şüpheli olan bir barda garson olarak çalıştığından davranışları kamu düzenine aykırı görülmektedir.
- Belçika hukuku uyarınca
 - hayat kadınlığının üçüncü kişiler tarafından istismarı gibi sosyal açıdan özellikle zararlı görülen birtakım etkinlikler yasaktır,
 - ancak hayat kadınlığı kendi başına yasak değildir.

28

28

Kamu Düzeni

ABİHA md. 45: Uygulama Alanı

ABİHA md. 45: Tahdit

ABİHA md. 45: Haklı Gösterme

- Kamu düzeni + Orantılılık ilkesine uyum
- Kamu düzeni başarıyla kullanılamaz.

Sonuç

- Ulusal önlem AB hukuku ile uyumsuzdur.

29

29

Kamu Düzeni

Toplumun temel çıkarlarından birisini etkileyen gerçek, mevcut ve yeterince ciddi bir tehlike / *Bouchereau* Davası (1977)

- Fransız vatandaşı Bay Bouchereau, 1975 Mayıs'ından bu yana Birleşik Krallık'ta çalışmaktadır.
- Bay Bouchereau, 1976 Ocak'ında ve 1976 Haziran'ında birer kez hukuka aykırı olarak uyuşturucu bulundurmaktan suçlu bulunmuştur.
- Ulusal mahkeme, bu kişi hakkında sınır dışı kararı almak yönünde yetkili makama tavsiyede bulunmak niyetindedir.

30

30

Kamu Düzeni

ABİHA md. 45: Uygulama Alanı

ABİHA md. 45: Tahdit

ABİHA md. 45: Haklı Gösterme

- Kamu düzeni + Orantılılık ilkesine uyum
- Kamu düzeni başarıyla kullanılamaz.

Sonuç

- Ulusal önlem AB hukuku ile uyumsuzdur.

31

31

Kamu Düzeni

Tüzel kişiler / *Komision v Birleşik Krallık Davası (1998-2002)*

- Birleşik Krallık ile ABD arasındaki Bermuda II Anlaşması uyarınca
 - ABD, ilke olarak, eğer bir havayolunun mülkiyetinin esaslı bir kısmı ve etkili denetimi Birleşik Krallık'ta veya onun vatandaşlarında ise ("Birleşik Krallık havayolları") o havayoluna uygun işletme ruhsatları ve gerekli teknik izinleri vermekle yükümlüdür.
 - Buna karşın, ABD, bir havayolu Birleşik Krallık'ta kurulu olmakla birlikte, mülkiyetinin esaslı bir kısmı ve etkili denetimi Birleşik Krallık'ta veya onun vatandaşlarında değilse -örneğin bir başka üye devlette veya onun vatandaşlarında ise ("Birlik hava yolları")- o havayolunun işletme ruhsatını ve teknik iznini kaldırabilir, durdurabilir veya sınırlayabilir.
- Komision, bu arka planda Birleşik Krallık'a karşı ihlal davası açmıştır.

32

32

Kamu Düzeni

ABİHA md. 49: Uygulama Alanı

ABİHA md. 49: Tahdit

ABİHA md. 49: Haklı Gösterme

- Kamu düzeni + Orantılılık ilkesine uyum
- Toplumun temel çıkarlarından birisini etkileyen gerçek, mevcut ve yeterince ciddi bir tehlike söz konusu mu?

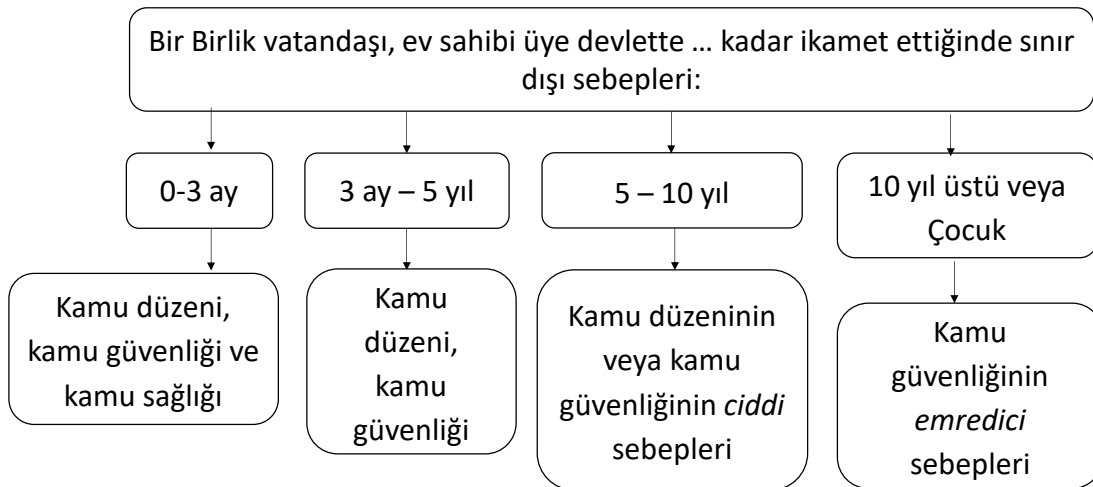
Sonuç

- Birleşik Krallık AB hukukunu ihlal etmiştir.

33

33

Sınır Dışı Etme ile ilgili Ortak Düzenlemeler



34

34

17

Sınır Dışı Etme ile ilgili Ortak Düzenlemeler

Bir üye devlet, kamu düzeni veya güvenliği temelinde sınır dışı etme kararı almadan önce, bir bireyin

- ülkesinde ne kadar süre kaldığı,
- yaşı,
- sağlık durumu,
- ailesi,
- ekonomik durumu,
- ev sahibi üye devletle sosyal ve kültürel bakımdan bütünleşmesi,
- köken devleti ile bağının derecesi
- gibi mülhazaları dikkate almalıdır.

35

35

Usuli Yönüyle

Kararların bildirimi

- Kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı temelinde alınan önlemler
 - Anlaşılabilir olmalı,
 - içeriği ve etkileri yönünden
 - Yazılı olarak bildirilmeli,
 - Gerekçeli olmalı,
 - İtiraz yerini, süresini (varsa ülkeyi terk süresini) içermelidir.

36

36

Usuli Yönüyle

Hukuki Çareler

- İlgili kişiler, bu tür bir karara karşı ev sahibi üye devlette
 - yargısal,
 - idari (uygun ise)
 - ıslah usullerine erişebilmelidir.
- Bu çerçevede kararın
 - hukukiliği,
 - temelini oluşturan maddi olaylar
 - incelenmelidir.

37

37

Kamu Yararına İlişkin Ağır Basan Sebepler

Kamu Yararına İlişkin Ağır Basan Sebepler

- vergi sisteminin bütünlüğünün korunması gereği
- vergiden kaçmanın önlenmesi
- mali denetimin etkililiği
- sosyal güvenlik sisteminin finansal dengesinin ciddi biçimde zayıflaması riski
- (futbolda) genç oyuncuların takıma alınması ve eğitilmesi
- tüketicinin (hizmet alıcılarının) korunması
- çevrenin korunması
- fikri mülkiyetin korunması
- işçilerin korunması
- adil ticaretin sağlanması...

38

38

Örnek: Fikri Mülkiyetin Korunması

Pfeiffer Davası (1997-1999)

- P. şirketi, 1969 yılından bu yana Avusturya'nın Pasching şehrinde "Plus KAUF PARK" adı altında bir süpermarket işletmektedir.
- L. şirketi ise Alman T. şirketinin yavru şirketi olarak Avusturya'da süpermarket zincirine sahip olup 1994 yılında işlerini ana şirkete ait "Plus" adı altında sürdürmeye karar vermiştir.
- Ulusal hukuk uyarınca bir başka kişi tarafından hukuka uygun olarak kullanılan ticaret unvanları ile karıştırılma ihtimali bulunan ticaret unvanlarının kullanımı yasaklanabilmektedir.
- P. şirketi, bu hükme binaen L. şirketinin "Plus" unvanını kullanmamasını talep ederek ulusal mahkeme önünde dava açmıştır.
- Birlik hukuku bu olaya nasıl etki edecektir?

39

39

Örnek: Fikri Mülkiyetin Korunması

ABİHA md. 49: Uygulama Alanı

ABİHA md. 49: Tahdit

- Serbestinin kısıtlanması: temel serbestinin kullanımını zorlaştırmaya ya da daha az çekici kılmaya elverişli ulusal önlemler

ABİHA md. 49: Haklı Gösterme

- Kurucu antlaşmadaki istisnalar + Kamu yararına ilişkin ağır basan gereklilikler + Orantılılık ilkesine uyum
- (sınai ve ticari mülkiyetin korunması / orantılı)

Sonuç

- Ulusal önlem, AB hukuku ile uyumludur.

40

40

20

Orantılılık İlkesi

İki unsuru vardır:

- *Uygunluk* unsuru
 - Uygunluk, araç (ihtilafli önlem) ile güdülen amaç (meşru sebep) arasında illiyet bağı olmasını gerektirmektedir.
- *Gereklilik* unsuru
 - Gereklilik, aracın (ihtilafli önlemin) güdülen amaca (meşru sebebe) erişmek için gerekli olup olmadığı sorusuna ilişkindir.
 - Aynı amaca, serbest dolaşımı daha az kısıtlayıcı başka bir araç ile erişmek mümkün mü?

41

41

Orantılılık İlkesi

Bwin International Davası (2007-2009)

- Portekiz hukuku uyarınca şans oyunları kural olarak yasaktır, ancak devlet, kendi kontrolü altında bir özel birime işletme izni verebilir.
- Santa Casa, Portekiz'de şans oyunlarını özel işletme izni ile işletmektedir.
- Bwin, sicilde kayıtlı merkezi İspanya'da bulunan bir teşebbüs olup internet sitesi aracılığıyla şans oyunları sunmaktadır.
- Bwin'in Portekiz'de herhangi bir tesisi yoktur ve online hizmet sunucuları İspanya ve Avusturya'dadır.
- Santa Casa, Bwin'in internet aracılığıyla Portekiz'de sunduğu şans oyunları ile ilgili olarak para cezası kesmiş, Bwin de bu cezaları ulusal mahkemeye taşımıştır.

42

42

Orantılılık İlkesi

ABİHA md. 56: Uygulama Alanı

- Hizmetlerin serbest dolaşımı

ABİHA md. 56: Tahdit

ABİHA md. 56: Haklı Gösterme

- Suçla mücadele etmek + Orantılılık ilkesi
 - Uygunluk ✓
 - Gereklilik ✓

43

43

ABİHA md. 45

- “1. Birlik içinde işçilerin serbest dolaşımı sağlanır.
2. İşçilerin serbest dolaşımı, üye devletlerin işçileri arasında istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından, uyrukluktan kaynaklanan nedenlerle yapılan her türlü ayrımcılığın kaldırılmasını gerektirir.
3. İşçilerin serbest dolaşımı, kamu düzeni, kamu güvenliği ve halk sağlığı gerekçeleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla, aşağıdaki hakları içerir:
- a) yapılmış iş tekliflerini kabul etme,
 - b) bu amaçla üye devletlerin topraklarında serbestçe dolaşma,
 - c) bir üye devlette, o devlet uyruklarının istihdamını düzenleyen kanun, ikincil düzenleme ve idari kurallara uygun olarak çalışmak amacıyla ikamet etme,
 - d) Komisyon tarafından hazırlanacak uygulama tüzüklerindeki koşullara uygun olarak, bir üye devlette istihdam edildikten sonra o üye devlet topraklarında kalma.
4. Bu madde hükümleri, kamudaki istihdama uygulanmaz.”

44

44

ABİHA md. 49

“Aşağıda yer alan hükümler çerçevesinde, üye devlet uyruklarının diğer bir üye devletin topraklarında iş kurma serbestisine kısıtlamalar getirilmesi yasaktır. Bu yasak, bir üye devletin topraklarında yerleşik diğer üye devlet uyruklarının ticari temsilcilik, şube veya bağlı şirket kurmasına ilişkin kısıtlamalara da uygulanır.

İş kurma serbestisi, sermayeye ilişkin Bölümde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, iş kurulan ülke mevzuatının kendi uyrukları için belirlediği koşullarda, bağımsız çalışan kişi olarak faaliyete başlama ve sürdürme ve özellikle 54. maddenin 2. paragrafında tanımlanan şirketler olmak üzere teşebbüs kurma ve yönetme hakkını kapsar.”

45

45

ABİHA md. 51

- “Bu Bölümde yer alan hükümler, üye devletlerde kamusal yetkinin arızı de olsa kullanılmasıyla ilgili faaliyetlere uygulanmaz.”

46

46

ABİHA md. 52

- “1. Bu Bölümde yer alan hükümler ve bu hükümler uyarınca alınan tedbirler, kamu düzeni, kamu güvenliği ve halk sağlığı gerekçeleriyle yabancılara özel muamele yapılmasını öngören kanun, ikincil düzenleme ve idari kuralların uygulanmasına halel getirmez.”

47

47

ABİHA md. 54

- “ Bir üye devlet mevzuatına göre kurulmuş ve sicilde kayıtlı merkezi, idare merkezi veya başlıca iş yeri Birlik içinde bulunan şirketler, bu Bölümde yer alan hükümlerin uygulanması bakımından, üye devlet uyruğu gerçek kişilerle aynı muameleye tabi olur.”

48

48

ABİHA md. 56

“Aşağıda yer alan hükümler çerçevesinde, hizmetin sunulacağı kişinin bulunduğu üye devletten başka bir üye devlette yerleşik üye devlet uyrukları bakımından, Birlik içinde hizmet sunma serbestisine ilişkin kısıtlamalar yasaktır.”

49

49

ABİHA md. 62

- “51 ila 54. madde hükümleri, bu Bölüm kapsamına giren konulara da uygulanır.”

50

50