



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

VATANDAŞLIK, GÖÇ, MÜLTECİ VE
YABANCILAR HUKUKUNDAKİ

GÜNCEL GELİŞMELER

Uluslararası Sempozyum Bildirileri
15 ve 16 Mayıs 2009, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir

AKTUELLE ENTWICKLUNGEN IM
STAATSANGEHÖRIGKEITS-,
AUSLÄNDER- UND FLÜCHTLINGSRECHT

Tagungsband eines internationalen Symposiums
an der Anadolu Universität Eskişehir
am 15. und 16. Mai 2009

CURRENT DEVELOPMENTS IN
CITIZENSHIP, IMMIGRATION,
REFUGEE LAW AND LAW OF FOREIGNERS

International Symposium Proceedings
15 and 16 May, Anadolu University, Eskişehir

Uluslararası Sempozyum
15 - 16 Mayıs 2009

**VATANDAŞLIK, GÖÇ, MÜLTECİ VE
YABANCILAR HUKUKUNDAKİ
GÜNCEL GELİŞMELER**

**Uluslararası Sempozyum Bildirileri
15 ve 16 Mayıs 2009, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir**

**AKTUELLE ENTWICKLUNGEN IM
STAATSANGEHÖRIGKEITS -,
AUSLÄNDER- UND FLÜCHTLINGSRECHT**

**Tagungsband eines internationalen Symposiums
an der Anadolu Universität Eskişehir am 15. und 16. Mai 2009**

**CURRENT DEVELOPMENTS IN
CITIZENSHIP, IMMIGRATION,
REFUGEE LAW AND LAW OF FOREIGNERS**

**International Symposium Proceedings
15 and 16 May, Anadolu University, Eskişehir**



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 175

*Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki
Güncel Gelişmeler*

Editörler/ Hrsg./ed.:
Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner
Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu
Arş. Gör. Esin Küçük
Ass. jur. Katja Schneider

ISBN: 978-605-5614-28-7
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Mart 2010, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mahallesi
Barış Manço Caddesi, 1366. Sokak No: 3
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0.312) 292 59 00 (pbx)
Faks: (0.312) 286 55 65
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobilik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0.312) 215 70 37
www.dusatelyesi.com

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokağı 25/B
Demirtepe-Ankara
(0.312) 229 64 54 - 230 54 50

**VATANDAŞLIK, GÖÇ, MÜLTECİ VE
YABANCILAR HUKUKUNDAKİ
GÜNCEL GELİŞMELER**

**Uluslararası Sempozyum Bildirileri
15 ve 16 Mayıs 2009, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir**

**AKTUELLE ENTWICKLUNGEN IM
STAATSANGEHÖRIGKEITS -,
AUSLÄNDER- UND FLÜCHTLINGSRECHT**

**Tagungsband eines internationalen Symposiums
an der Anadolu Universität Eskişehir am 15. und 16. Mai 2009**

**CURRENT DEVELOPMENTS IN
CITIZENSHIP, IMMIGRATION,
REFUGEE LAW AND LAW OF FOREIGNERS**

**International Symposium Proceedings
15 and 16 May, Anadolu University, Eskişehir**

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konstanz Üniversitesi Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Hukukunda Göç ve Sığınma Araştırma Merkezi ve Eskişehir Barosu işbirliğiyle 15 - 16 Mayıs 2009 tarihlerinde Eskişehir'de düzenlenen "Vatandaşlık, Göç ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler - Türk, Alman, Avrupa Birliği Hukuku Perspektifinden Karşılaştırmalı Bir Bakış" konulu Sempozyum aşağıda belirtilen kişi ve kurumlarca hazırlanıp, desteklenmiştir.

Die Tagung zum Thema "Staatsangehörigkeits - und ausländerrechtliche Reizthemen der Gegenwart - eine rechtsvergleichende Analyse aus türkischer, deutscher und europarechtlicher Perspektive" wurde am 15. und 16. Mai 2009 in Eskişehir von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Anadolu Universität in Kooperation mit dem Forschungszentrum für internationales und europäisches Ausländer- und Asylrecht der Universität Konstanz sowie der Rechtsanwaltskammer Eskişehir ausgerichtet. Sie wurde mit Hilfe folgender Personen und Institutionen ermöglicht.

The Symposium on "Current Developments in Citizenship, Immigration, Refugee Law and Law of Foreigners - a comparative law approach from a Turkish, German and European law perspective" was held on 15th and 16th of May, 2009 in Eskişehir and coordinated by the Anadolu University School of Law in collaboration with the Research Center for International and European Law on Immigration and Asylum of the University of Konstanz and the Eskişehir Bar Association. It was organized and supported by the following persons and institutions.

Danışma Kurulu/ Wissenschaftlicher Beirat/ Advisory Board

Prof. Dr. H. Nüvit Gerek (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner (Universität Konstanz)
Prof. Dr. Muhammet Özekes (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Av. Yusuf Yıldırım (Eskişehir Barosu Başkanı)

Yürütme Kurulu/Organisation/Organization

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Av. Yusuf Yıldırım (Eskişehir Barosu Başkanı)
Yrd. Doç. Dr. Tolga Akkaya (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Öğr. Gör. Hayriye Şen Doğramacı (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Esin Küçük (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Özgür Oğuz (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Sevtap Yücel (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Ass. jur. Katja Schneider (Universität Konstanz)

Finansal Destek/Finanzielle Unterstützung/Financial Support

Eskişehir Barosu
Exzellenzcluster „Kulturelle Grundlagen von Integration“
Universität Konstanz
The German Marshall Fund of the United States

İÇİNDEKİLER / INHALTSVERZEICHNIS / CONTENTS

VATANDAŞLIK HUKUKU/ STAATSANGEHÖRIGKEITSRECHT/ CITIZENSHIP LAW

Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner

Die Entwicklung des deutschen
Staatsangehörigkeitsrechts von der deutschen
Staatsangehörigkeitsreformgesetzgebung 1999 bis
zum Staatsangehörigkeitsänderungsgesetz vom
5. Februar 20095

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

Yeni Türk Vatandaşlığı Kanununun Eleştirel Analizi.....24

Wolfgang Schulz

Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit nach
dem deutschen Staatsangehörigkeitsgesetz in der
Theorie und Praxis.....67

Prof. Dr. Nuray Ekşi

Türk Vatandaşlığının Yitirilmesine İlişkin İdari
Kararlara Karşı Yargı Yolunun Kapatılması.....71

Doç. Dr. Feriha Bilge Tanrıbilir

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk
Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı96

Ass. jur. Katja Schneider

Das deutsche Staatsangehörigkeitsgesetz und
das Europäische Übereinkommen über die
Staatsangehörigkeit114

Prof. Dr. Vahit Doğan Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı - Avrupa Topluluğu Hukuku Açısından Bir Değerlendirme - Türkiye'nin Avrupa Topluluğuna Katılım Süreci	139
Prof. Dr. Rona Aybay Türk Hukukunda "Çifte Vatandaşlık" Bir Hak mıdır?	156
Dr. Reinhard Marx Ausgewählte Fragen zum Problem der doppelten Staatsangehörigkeit für türkische Einwanderer und deren Angehörige in Deutschland	163
Prof. Philip Martin US Experience with Double Citizenship	186
Prof. Dr. Friedrich Heckmann Die Bedeutung der Staatsangehörigkeit für die Integration.....	195
Yard. Doç. Dr. Derya Tarman Türk Vatandaşlığından Ayrılan ve Yurtdışında Yaşayanların Özel Hukuki Statüsü	206
Yard. Doç. Dr. Mesut Aygün Askerlik Hizmetinin Türk Vatandaşlığı Açısından Değerlendirilmesi	231

**GÖÇ VE MÜLTECİ HUKUKU/
EINWANDERUNGS- UND FLÜCHTLINGSRECHT/
IMMIGRATION AND REFUGEE LAW**

Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner Begrüßung und Einführung in das deutsche Einwanderungsrecht	255
---	-----

Dr. Markus Peek Schweizerische Migrationspolitik: Mainstream oder Sonderweg?	260
Priv.-Doz. Dr. Mehmet Okyayuz Entwicklungstendenzen und Prioritätenwechsel der Ausländerpolitik in Deutschland seit den siebziger Jahren.....	278
Dr. Prakash Shah Activism in the European Court of Justice and Changing Options for Turkish Citizen Migrants in the United Kingdom.....	299
Prof. Dr. Bülent Çiçekli Mülteci, Sığınmacı ve Göçmenler – Sınıflandırma ve Yasal Statünün Belirlenmesine İlişkin Sorunlar	327
Ass. jur. Simone Alt Asylbewerber, Flüchtling und Immigrant – Eingruppierung und Zuordnung der entsprechenden Rechtsstellung	363

**YABANCILAR HUKUKU/
AUSLÄNDERRECHT/
LAW OF FOREIGNERS**

Yard. Doç. Dr. Rifat Erten Türk Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımlar	397
Prof. Dr. Fügen Sargın Tapu Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Işığında Yabancılar ile Yabancı Yatırımcıların Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Aynî Haklardan Yararlanmaları.....	429

Dr. Frauke Bemberg	
Probleme hinsichtlich sozialer und wirtschaftlicher Rechte von Ausländern in der Türkei - Ein Kommentar aus der Perspektive der Praxis.....	492
Av. Vedat Ahsen Coşar	
Doğrudan Yabancı Yatırımlar ve Yabancıların Gayrimenkul Mal Edinmesine İlişkin Bir Değerlendirme	498
Dr. Christoph Schumacher-Hildebrand	
Die soziale Sicherheit von Migranten unter Berücksichtigung des deutsch-türkischen Abkommens zur sozialen Sicherheit und des Assoziationsratsbeschlusses Nr. 3/80 sowie der Verordnung (EG) Nr. 883/2004	507
Doç. Dr. Esra Dardağan Kibar	
Türk İdari Yargısında Sınırdışı Etme Kararlarının Ele Alınması.....	522
Doç. Dr. Murat Atalı	
Türk Medenî Usûl Hukuku Açısından Davada Yabancıların Durumu.....	545
Dr. Marcel Kau, LL.M.	
Rechtsschutz für Ausländer gegen Maßnahmen deutscher Behörden - dargestellt am Beispiel der Versagung von Visa und anderer Aufenthaltstitel	562
Av. Arslan Temel	
Türk Ceza Yasası Açısından Yabancıların Durumu	573

ÖNSÖZ

Türkiye’de son yıllarda vatandaşlık, yabancılar ve mülteciler ile ilgili hızlı gelişmeler yaşanmaktadır. Yeni bir “*Vatandaşlık Kanunu*”nun hazırlanmasının yanı sıra, yabancılar hukuku alanında pek çok yasal değişikliğin yapılması süreci devam etmekte, mülteciler ile ilgili yeni bir hukuki çerçeve ve politika oluşturulması yönündeki çalışmalar tüm hızıyla sürmektedir. 15-16 Mayıs 2009 tarihlerinde Anadolu Üniversitesi, Konstanz Üniversitesi ve Eskişehir Barosu’nun işbirliği ile gerçekleştirilen, vatandaşlık, yabancılar ve göç hukukundaki güncel gelişmelerin, Türk, Alman ve Avrupa Birliği hukuku perspektifinden karşılaştırmalı olarak ele alınmasını ve tartışılmasını hedefleyen bir Sempozyum için daha iyi bir zamanlama olamazdı. Sempozyum, çok geniş bir yelpazeyi kapsayan ve birbirleriyle bağlantılı alanlarda değişik ülkelerden gelen katılımcıların sundukları bildirileri ile ve pek çok konuyu tartışmaya açması bakımından oldukça başarılı geçti. Sempozyumun yapıldığı tarihte henüz 5901 sayılı Yeni Türk Vatandaşlığı Kanunu yürürlüğe girmemiş bulunuyordu. Sempozyum, Türk Vatandaşlık Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre önce, Kanun’daki düzenlemelerin akademisyenler ve uygulayıcılar bakımından son bir kez tartışılmasına da vesile oldu.

Böylesine geniş katılımlı bir sempozyumun başarıyla gerçekleştirilmesi için özverili bir takım çalışması gerekiyordu. Bu çerçevede, Anadolu Üniversitesi, Konstanz Üniversitesi ve Eskişehir Barosu örnek alınacak bir işbirliğine imza attılar. Sempozyumun başarıyla tamamlanmasının yanı sıra, sem-

pozyumda sunulan bildirilerin yayımlanması da aynı şekilde özverili bir çalışmayı gerektiriyordu. Sempozyumun gerçekleşmesi ve bildirilerin yayımlanması için Anadolu Üniversitesi adına Ar. Gör. Esin Küçük ve Konstanz Üniversitesi adına Ar. Gör. Katja Schneider olağanüstü çabalarıyla kendilerini böyle bir çalışmaya adeta adadılar. Sonuçta şimdi elinizde tuttuğunuz bu eser ortaya çıktı. Eserin, akademisyenlere, uygulayıcılara ve Sempozyumda ele alınan konulara ilgi duyan herkese yararlı olacağına ve Türk hukukuna büyük katkıda bulunacağına yürekten inanıyorum.

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

VORWORT

Dieses Buch enthält die Ergebnisse einer Tagung, die am 15. und 16. Mai 2009 in der Türkei an der Anadolu Universität in Eskişehir zum Thema "Staatsangehörigkeits- und ausländerrechtliche Reizthemen der Gegenwart – eine rechtsvergleichende Analyse aus türkischer, deutscher und europarechtlicher Perspektive" stattfand. Die Konferenz wurde von der Anadolu Universität, der Rechtsanwaltskammer Eskişehir und dem Forschungszentrum für internationales und europäisches Ausländer- und Asylrecht der Universität Konstanz ausgerichtet und durch die finanzielle Unterstützung des Exzellenzclusters „Kulturelle Grundlagen von Integration“ der Universität Konstanz, des German Marshall Fund of the United States sowie der Rechtsanwaltskammer Eskişehir ermöglicht.

Schon seit einigen Jahren hat unser Forschungszentrum enge Kontakte mit mehreren türkischen Universitäten, zumeist in Istanbul, z.B. mit der Koç, mit der Yeditepe und mit der Marmara Universität. Viele Themen, die wir auf der Tagung im Mai in Eskişehir besprochen haben, haben wir auch bei Veranstaltungen mit den genannten Universitäten diskutiert. Wir sind der Meinung, dass die Türkei für unsere Forschungsarbeit, speziell an unserem Konstanzer Forschungszentrum, ständig an Bedeutung gewonnen hat, nicht nur weil inzwischen sehr viele türkische Staatsangehörige oder Personen mit türkischem Hintergrund in Deutschland leben, sondern zunehmend auch sehr viele Deutsche in der Türkei. Von daher sind Fragen des Ausländer- und Staatsangehörigkeitsrechts für alle Bereiche der Zusammenarbeit mit der Türkei von erheblicher Bedeutung.

Es scheint auf den ersten Blick verwunderlich, dass wir eine sehr breite Vielfalt von Themen gewählt haben. Wir versprachen uns durch die gleichzeitige Behandlung von Staatsangehörigkeits-, Ausländer- und Flüchtlingsrecht einen größeren, besseren und schärferen Blick auf die Zusammenhänge zwischen diesen Rechtsgebieten. Außerdem ist das Ausländerrecht nicht ohne das Staatsangehörigkeitsrecht verstehbar, und das Staatsangehörigkeitsrecht ist nicht ohne einen Blick auf die ausländerrechtlichen Aspekte verständlich. Daher war unsere Hoffnung, dass gerade durch die Vielfalt der Themen auch ein Verständnis für die übergeordneten Zusammenhänge verstärkt oder geweckt wird.

Besonders freue ich mich darüber, dass unsere Tagung im Mai keine rein akademische Veranstaltung gewesen ist, also nicht nur Vertreter der Universität anwesend waren, wie das gelegentlich bei ausländerrechtlichen Tagungen der Fall ist, sondern dass wir auch eine breite Beteiligung zahlreicher Praktiker aus verschiedenen Bereichen, insbesondere der türkischen Anwaltschaft, zu verzeichnen hatten. Denn bei den Tagungsthemen Ausländer-, Flüchtlings- und Staatsangehörigkeitsrecht ist die Praxis von ganz entscheidender Bedeutung. Man kann diese Gebiete nicht angemessen erörtern, wenn nicht auch die praktische Anwendung des Rechts mit einbezogen wird.

Ausdrücklich bedanken möchte ich mich bei der Anadolu Universität für die gute Zusammenarbeit und dafür, dass wir in einer äußerst angenehmen Umgebung tagen konnten. Weiterhin gilt mein Dank allen Referenten und Teilnehmern, deren zahlreiches Erscheinen und Diskussionsbereitschaft für den Erfolg der Tagung wesentlich war. Besonderer Dank gebührt Frau Esin Küçük und meiner Mitarbeiterin Frau Katja Schneider für die organisatorische Vorbereitung und Durchführung der Konferenz.

Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner

**VATANDAŞLIK, GÖÇ, MÜLTECİ VE
YABANCILAR HUKUKUNDAKİ
GÜNCEL GELİŞMELER**
Uluslararası Sempozyum Bildirileri

**AKTUELLE ENTWICKLUNGEN IM
STAATSANGEHÖRIGKEITS-,
AUSLÄNDER- UND FLÜCHTLINGSRECHT**
Tagungsband eines internationalen Symposiums

**CURRENT DEVELOPMENTS IN
CITIZENSHIP, IMMIGRATION,
REFUGEE LAW AND LAW OF FOREIGNERS**
International Symposium Proceedings

**VATANDAŞLIK, GÖÇ, MÜLTECİ VE
YABANCILAR HUKUKUNDAKİ
GÜNCEL GELİŞMELER**
Uluslararası Sempozyum Bildirileri

**AKTUELLE ENTWICKLUNGEN IM
STAATSANGEHÖRIGKEITS -
AUSLÄNDER- UND FLÜCHTLINGSRECHT**
Tagungsband eines internationalen Symposiums

**CURRENT DEVELOPMENTS IN
CITIZENSHIP, IMMIGRATION,
REFUGEE LAW AND LAW OF FOREIGNERS**
International Symposium Proceedings

BİRİNCİ BÖLÜM

Vatandaşlık Hukuku

ERSTES KAPITEL

Staatsangehörigkeitsrecht

FIRST CHAPTER

Citizenship Law

**DIE ENTWICKLUNG DES DEUTSCHEN
STAATSANGEHÖRIGKEITSRECHTS VON DER DEUTSCHEN
STAATSANGEHÖRIGKEITSREFORMGESETZGEBUNG 1999 BIS
ZUM STAATSANGEHÖRIGKEITSÄNDERUNGSGESETZ VOM
5. FEBRUAR 2009**

Prof. Dr. Dr. h.c. Kay HAILBRONNER*

**1. Die Staatsangehörigkeitsdiskussion als Teil der
Reform der Ausländerpolitik**

Mit der Neuregelung des Ausländerrechts durch das AuslG vom 9. Juli 1990¹ wurde erstmals eine Regelung über die Erleichterung der Einbürgerung als Teil einer umfassenderen Gesetzgebung zur Integration der im Bundesgebiet dauerhaft lebenden Wohnbevölkerung in das Ausländerrecht einbezogen. In Deutschland setzte sich, ungeachtet unterschiedlicher rechtspolitischer Vorstellungen über die geeigneten gesetzlichen Maßnahmen (verstärkte Hinnahme von Mehrstaatigkeit usw.) die Erkenntnis durch, dass die gesetzlichen Regeln über den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit zur Bewältigung des Problems der eingewanderten „Gastarbeiter“ und ihrer Nachkommen der 2. und 3. Ausländergeneration reformbedürftig sind und den Zielen einer ausreichenden Integration der dauerhaft im Bundesgebiet lebenden ausländischen Bevölkerung nicht ausreichend Rechnung tragen. Fortan beherrschte die Debatte über die richtigen Integrationskonzepte auch die staatsangehörigkeitsrechtliche Diskussion und führte letztlich zur Anerkennung eines grundsätzlichen staatsangehörigkeitsrechtlichen Reformbedarfs. Ge-

BEITRAG:
KAY HAILBRONNER

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht sowie Direktor des Forschungszentrums für internationales und europäisches Ausländer- und Asylrecht an der Universität Konstanz.

¹ BGBl. 1990 I, S. 1354.

BEITRAG:
KAY HAILBRONNER

setzgeberische Eckpunkte waren zunächst die Einführung von Rechtsansprüchen auf Einbürgerung ins AuslG v. 9. Juli 1990² und die Erweiterung des Katalogs von Ausnahmen vom Erfordernis der Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit.

2. Das Gesetz zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts von 1999

Die staatsangehörigkeitsrechtliche Entwicklung fand einen vorläufigen Abschluss in der Ablösung des RuStAG v. 22. Juli 1913 durch das Staatsangehörigkeitsrecht auf Grund des StAngRG v. 15. Juli 1999,³ das am 1. Januar 2000 in Kraft trat und seither die Grundlage für das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht darstellt. Konzipiert wurde das Gesetz allerdings als 1. Phase einer noch umfassenderen Reform des Staatsangehörigkeitsrechts.⁴ Mit dem Staatsangehörigkeitsgesetz wurde der gesetzliche Erwerb des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts unter zeitweiliger Hinnahme der Mehrstaatigkeit bis zum Erwerb der Volljährigkeit für in Deutschland geborene Kinder ausländischer Eltern mit gesichertem Aufenthaltsstatus und mehrjährigem Aufenthalt (vgl. § 4 Abs. 3 StAG) eingeführt. Der Katalog der Einbürgerungsansprüche wurde erweitert und neue Verlustgründe in das Gesetz eingefügt. Rechtspolitische Grundlage der gesetzgeberischen Reformbemühungen war die im Jahr 1990 bereits begonnene Diskussion um die Integration. Die faktischen Veränderungen in Zahl, Aufenthaltsdauer und Zusammensetzung der im Bundesgebiet dauerhaft lebenden ausländischer Bevölkerung seit den Anwerbevereinbarungen der unmittelbaren Nachkriegszeit bis zum Beginn dieses Jahrhunderts finden sich bereits in den um das Staatsangehörigkeitsrecht mit großer Heftigkeit geführten rechtspolitischen Diskussionen um die „richtigen Integrationskonzepte“, den Stellenwert des Grundsatzes der Vermeidung

² Zur Kommentierung der §§ 85-91 und § 102a AuslG vgl. *Hailbronner*, in: *Hailbronner/Renner, Staatsangehörigkeitsrecht*, 3. Aufl. 2001, Teil II C.

³ BGBl. 1999 I, S. 1618.

⁴ Vgl. *Hailbronner*, NVwZ 1999, S. 1273; *Renner*, ZAR 1999, S. 154; *ders.*, NJ 2000, S. 15.

der Mehrstaatigkeit und in neuerer Zeit um Fragen nach Inhalt und Ziel von „Einbürgerungstests“ und „Loyalitätserklärungen“ wieder.

Zentraler Bestandteil der Reformgesetzgebung ist die Einführung eines neuen **Ius-soli-Erwerbstatbestandes**. In Abänderung von § 4 RuStAG erwirbt nun ein Kind ausländischer Eltern die deutsche Staatsangehörigkeit durch die Geburt im Inland, wenn ein Elternteil seit acht Jahren rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat und eine Aufenthaltsberechtigung oder seit drei Jahren eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis besitzt.⁵ Für Ausländer, die am 1. Januar 2000 rechtmäßig ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland und das zehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ist ferner in § 40 b RuStAG ein Einbürgerungsanspruch vorgesehen, wenn bei der Geburt des Ausländers die Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 StAG vorgelegen haben und weiter vorliegen. Diese Neuregelung verändert die Struktur des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts grundsätzlich, da erstmals allein aufgrund der Geburt im Inland und des rechtmäßigen Aufenthalts eines Elternteils die deutsche Staatsangehörigkeit erworben wird, ohne dass weitere Integrationsanforderungen an Eltern und Kind gestellt werden. Damit geht die Reform partiell etwas über die Ius-soli-Tatbestände der meisten westeuropäischen Nachbarstaaten hinaus, indem dort der automatische Erwerb der Staatsangehörigkeit kraft Geburt häufig an die Geburt eines Elternteils im Inland (doppeltes ius soli) geknüpft ist.

Da darüber hinaus aufgrund des Staatsangehörigkeitsrechtes der Eltern regelmäßig eine weitere Staatsangehörigkeit erworben wird, wird das Kind zwei oder sogar drei Staatsangehörigkeiten besitzen. Im Gegensatz zu dem ursprünglichen Arbeitsentwurf ist daher eine **Optionspflicht** vorgesehen, die gegebenenfalls zum Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit führen kann. Allerdings wirft die Neuregelung des § 29 StAG und das hierin enthaltene Optionsmodell, nach der das Kind bis zum Erreichen der Volljährigkeit deutschen Kindern völlig gleichgestellt ist und

⁵ Vgl. hierzu auch Rn. 68 ff. zu § 4 StAG; zu den Aufgaben des Standesbeamten Bornhofen, StAZ 1999, S. 257 ff., und Krömer, StAZ 2000, S. 363 ff.

BEITRAG:
KAY HAILBRONNER

erst mit Volljährigkeit seiner Optionspflicht nachkommen muss, eine Reihe verfassungsrechtlicher und auch rechtspolitischer Fragen auf.⁶ Die Regelung des § 29 StAG sieht vor, dass ein „Ius-soli-Deutscher“ mit Erreichen der Volljährigkeit erklären muss, ob er die deutsche oder die ausländische Staatsangehörigkeit behalten will. Entscheidet er sich mit der Erklärung für die ausländische Staatsangehörigkeit, geht die deutsche Staatsangehörigkeit mit dem Zugang der Erklärung bei der zuständigen Behörde verloren. Dieselbe Rechtsfolge tritt ein, wenn er bis zur Vollendung des 23. Lebensjahres keine Erklärung abgegeben hat. In diesem Fall kann davon ausgegangen werden, dass er kein Interesse an der Beibehaltung der deutschen Staatsangehörigkeit hat und keine Anstrengungen unternommen hat, die ausländische aufzugeben; über diese Rechtsfolge wird er mit Erreichen der Volljährigkeit schriftlich belehrt.

In der Praxis aber wird der Ausländer wohl zumeist erklären, die deutsche Staatsangehörigkeit beibehalten zu wollen. In diesem Fall ist er grundsätzlich verpflichtet, die Aufgabe oder den Verlust der ausländischen Staatsangehörigkeit nachzuweisen. § 29 Abs. 2 S. 2 sieht vor, dass, wenn der Nachweis nicht bis zur Vollendung des 23. Lebensjahres geführt wird, die deutsche Staatsangehörigkeit verloren geht, es sei denn, dass der Deutsche vorher auf Antrag die schriftliche Genehmigung der zuständigen Behörde auf Beibehaltung der deutschen Staatsangehörigkeit (Beibehaltungsgenehmigung) erhalten hat. Um verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Verbot der unzulässigen Entziehung der deutschen Staatsangehörigkeit zu begegnen, sieht § 29 Abs. 4 vor, dass die Beibehaltungsgenehmigung nach Abs. 3 zu erteilen ist, wenn die Aufgabe oder der Verlust der ausländischen Staatsangehörigkeit nicht möglich oder nicht zumutbar ist, oder bei einer Einbürgerung nach § 12 StAG Mehrstaatigkeit hinzunehmen wäre. Nicht ausdrücklich geregelt ist der Fall, dass ein Ausländer erklärt, die deutsche Staatsangehörigkeit behalten zu wollen, und er alle Anstrengungen unternimmt, seine ausländische Staatsangehö-

⁶ Vgl. zur Kritik am Optionsmodell Dornis, ZRP 2001, S. 547 ff.; vgl. zum Optionsmodell auch Masing, S. 37 ff., 61 ff.

rigkeit aufzugeben, ihm dies aber dennoch bis zur Vollendung des 23. Lebensjahres nicht gelingt. Auch wenn die Möglichkeit, einen Antrag auf Erteilung einer Beibehaltungsgenehmigung zu stellen, diesen Fall nicht ganz trifft, weil der Wille des Ausländers auf die Aufgabe der ausländischen Staatsangehörigkeit gerichtet ist, wird man unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Überlegungen auch hier von einem Fortbestand der deutschen Staatsangehörigkeit ausgehen müssen.

Weitere Änderungen betreffen die **Einbürgerung** und sehen hier insbesondere Erleichterungen vor. Ein Anspruch auf Einbürgerung besteht nun bei Vorliegen eines achtjährigen rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalts im Inland. Der Anspruch ist abhängig von dem Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung, dem Besitz einer Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsberechtigung, der Unterhaltsfähigkeit ohne Inanspruchnahme von Sozial- oder Arbeitslosenhilfe mit der Ausnahmeklausel, wenn der Ausländer unverschuldet von Sozialhilfe abhängig wurde, der Nichtverurteilung wegen einer Straftat sowie der Aufgabe oder dem Verlust der bisherigen Staatsangehörigkeit. Die Hinnahme von Mehrstaatigkeit ist in größerem Umfang als bisher zulässig, etwa wenn der Einbürgerung älterer Personen ausschließlich das Hindernis der Mehrstaatigkeit entgegensteht, die Entlassung auf unverhältnismäßige Schwierigkeiten stößt und die Versagung der Einbürgerung eine besondere Härte darstellen würde,⁷ oder wenn dem Ausländer bei Aufgabe der ausländischen Staatsangehörigkeit erhebliche Nachteile insbesondere wirtschaftlicher oder vermögensrechtlicher Art entstehen würden, die über den Verlust der staatsbürgerlichen Rechte hinausgehen;⁸ abgesehen wird schließlich vom Erfordernis der Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit auch dann, wenn es sich um einen EU-Bürger handelt und Gegenseitigkeit besteht.⁹ Nach § 11 StAG (bis 1. Januar 2005: § 86 AuslG) besteht nunmehr kein Anspruch auf Einbürgerung, wenn der Einbürgerungsbe-

⁷ § 87 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AuslG, seit 1.1.2005: § 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StAG.

⁸ § 87 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 AuslG, seit 1.1.2005: § 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 StAG.

⁹ § 87 Abs. 2 AuslG, seit 1.1.2005: § 12 Abs. 2 StAG.

BEITRAG:
KAY HAILBRONNER

werber nicht über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügt oder wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Verfolgung oder Unterstützung verfassungsfeindlicher Aktivitäten vorliegen.¹⁰

Eine weitere Änderung betrifft die **Verlusttatbestände**, da eine unbegrenzte Weitergabe der deutschen Staatsangehörigkeit kraft Abstammung vor dem Hintergrund eines *Ius-soli*-Tatbestandes und der erleichterten Einbürgerung kaum vertretbar erscheint. Der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit ist nunmehr ausgeschlossen bei Geburt im Ausland, wenn der deutsche Elternteil nach dem 31. Dezember 1999 im Ausland geboren wurde und dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, es sei denn, das Kind würde sonst staatenlos. Der Verlust kann darüber hinaus abgewendet werden, wenn der deutsche Elternteil die Geburt innerhalb eines Jahres der zuständigen Auslandsvertretung anzeigt. Neben dem Verlusttatbestand aufgrund des § 29 StAG wurde ferner § 25 StAG dahingehend geändert, dass der Verlust der bisherigen Staatsangehörigkeit auch dann bei willentlichem Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit eintritt, wenn der Lebensmittelpunkt in Deutschland bestehen bleibt. Damit wird die bisherige Praxis, wonach § 25 StAG einen unmittelbaren Wiedererwerb ermöglichte, ausgeschlossen.¹¹

3. Auswirkungen des StAG von 1999

Das Gesetz zur Reform des StAngR vom 15. Juli 1999, das am 1. Januar 2000 in Kraft getreten ist, hat das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht in wesentlichen Punkten verändert. Die wichtigsten Änderungen betreffen die Einführung eines *Ius-soli*-Erwerbstatbestandes für die in Deutschland geborenen Kinder ausländischer Eltern und Erleichterungen bei der Einbürgerung, insbesondere durch die Herabsetzung der Einbürgerungsfrist von bisher 15 auf 8 Jahre. Zugleich hat der Gesetzgeber aber

¹⁰ Vgl. die Ausführungen zu § 11 StAG; zum Wahlrecht jüngst-Eingebürgerter und dem BWahlG Stock, ZAR 1995, S. 33 ff.

¹¹ Vgl. Renner, ZAR 1999, S. 160.

auch durch die Einführung neuer Voraussetzungen, wie z.B. der ausreichenden deutschen Sprachkenntnisse und eines Bekenntnisses zum Grundgesetz Schranken errichtet, die z.T. in den Länderverwaltungsverfahren eine unterschiedliche Ausgestaltung erfahren haben. Die bedeutsamste Quelle künftiger verwaltungsgerichtlicher Streitigkeiten dürften freilich die Regelungen zur Hinnahme der Mehrstaatigkeit bilden. Dies betrifft zunächst im Wesentlichen die Klauseln, nach denen bei der Einbürgerung Ausnahmen vom Grundsatz der Vermeidung von Mehrstaatigkeit vorgesehen sind. Ab dem Jahr 2008 werden sich dann voraussichtlich die Verwaltungsgerichte mit der Auslegung der Optionsregelung des neuen § 29 StAG befassen müssen, wenn – was zu erwarten ist – die kraft Geburt deutsch-ausländischer Doppelstaater verpflichtet sind, zu erklären, ob sie die deutsche oder die ausländische Staatsangehörigkeit behalten wollen. Das Inkrafttreten der **Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum StAngR vom 13. Dezember 2000**¹² hat zwar einige Fragen der Auslegung der Tatbestände des neuen Rechts und der einheitlichen Handhabung des Ermessens geregelt. Ein Blick auf die **Länderverwaltungsvorschriften** zeigt jedoch, dass nach wie vor Raum für eine unterschiedliche Praxis besteht, die sich zwangsläufig bereits daraus ergibt, dass die StAR-VwV bei einer Reihe strittiger Punkte Kompromisscharakter aufweist.

Hinsichtlich der **Auswirkungen des neuen Staatsangehörigkeitsrechts**¹³ ist festzustellen, dass ein wesentliches Ziel der Reform, die **Steigerung der Einbürgerungsquote**, zunächst erreicht worden ist. Wie das Statistische Bundesamt mitteilt, wurden im Verlauf des Jahres 2000 rund 186.700 ausländische Personen eingebürgert; das sind 43.400 oder fast ein Drittel (+30,3%) mehr als

¹² BAnz. v. 31.1.2001, Nr. 21 a.

¹³ Vgl. zu den ersten Erfahrungen Göbel-Zimmermann, ZAR 2003, S. 65 ff.; Renner, ZAR 2002, S. 265 ff. und S. 339 ff.; ders., ZAR 2004, S. 176 ff.; Hailbronner, NVwZ 2001, S. 1329 ff.; vgl. auch den 5. Bericht der Bundesausländerbeauftragten über die Lage der Ausländer in der BR Deutschland, S. 51 ff., u. die Abschlussdokumentation des Projekts „Clearingstelle zum StAngR“ des Interkulturellen Rats in Deutschland e. V.

BEITRAG:
KAY HAILBRONNER

1999.¹⁴ Allerdings hat schon vor In-Kraft-Treten der Neuregelung die Zahl der Einbürgerungen von Ausländern erheblich zugenommen. 1999 wurden 143.300 ausländische Personen eingebürgert; die Zunahme der Einbürgerungen gegenüber 1998 betrug damit 34,2%.¹⁵ Im Jahre 1998 wurden 106.800 Personen auf der Grundlage des AuslG bzw. des RuStAG eingebürgert; das sind über ein Viertel (+28,8%) mehr als 1997.¹⁶ Die Bewertung der Zahlen von 1999 wird allerdings dadurch erschwert, dass die Steigerung der Einbürgerungszahlen um rund ein Drittel z.T. noch auf altem Recht beruht. Signifikant ist die Steigerung bei türkischen Staatsangehörigen, die mit 103.900 Personen über zwei Drittel aller Einbürgerungen stellten.¹⁷ Diese Entwicklung ging u. a. auf den Abbau eines „Ausbürgerungsstaus“ für türkische Staatsangehörige zurück, nachdem die türkischen Stellen die zuvor langwierigen Bearbeitungszeiten durch eine Änderung der Entlassungspraxis beschleunigen konnten.¹⁸ Bei den Einbürgerungszahlen für das Jahr 2000 ist zu berücksichtigen, dass sich hier auch kurzfristige Effekte niedergeschlagen haben, die in den folgenden Jahren nicht bzw. nicht dauerhaft in gleichem Umfang auftreten werden, wie etwa die Anwendung der Übergangsvorschrift des § 40b StAG oder das „Abarbeiten“ problematischer Altfälle, insbesondere bei den Einbürgerungsanträgen iranischer Staatsangehöriger.¹⁹ Letzteres dürfte auch ein wichtiger Grund dafür sein, dass es im Jahre 2000 im Rahmen der Einbürgerung zu der relativ hohen Quote von 44,9% bei der **Hinnahme von Mehrstaatigkeit** gekommen ist (ebd.). Auch für das Jahr 2001 ist mit 178.098 eine hohe Zahl von Einbürgerungen zu verzeichnen, die vermutlich aufgrund der genannten kurzfristigen Auswirkungen der Reform gegenüber dem Jahr 2000 leicht gesunken ist (- 4,6% im Bundes-

¹⁴ Vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung v. 5.7.2001.

¹⁵ Vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O.

¹⁶ Vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung v. 23.11.1999.

¹⁷ Vgl. Statistisches Bundesamt, Mitteilung v. 28.12.2000.

¹⁸ Vgl. den 5. Bericht der Bundesausländerbeauftragten über die Lage der Ausländer in der BR Deutschland, S. 51.

¹⁹ Vgl. im Einzelnen die Bundesausländerbeauftragte a.a.O., S. 52.

durchschnitt). Ein Rückgang der Einbürgerungszahlen war ferner in den Jahren 2002 (154.547) und 2003 (140.731) zu beobachten.²⁰

Im Jahr 2000 haben 41.257 in Deutschland geborene Kinder ausländischer Eltern die deutsche Staatsangehörigkeit nach *ius soli* erhalten. Auch im Jahre 2001 haben ca. 40.000 Kinder die deutsche Staatsangehörigkeit durch Geburt im Inland erworben.²¹ Mit der Übergangsregelung des § 40b StAG hat der Gesetzgeber sichergestellt, dass auch vor dem 1. Januar 2000 geborene Kinder eines Ausländers einen Anspruch auf Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit kraft Einbürgerung besitzen, wenn bei ihrer Geburt die Voraussetzungen der neuen *ius-soli*-Erwerbsregelung vorlagen, das 10. Lebensjahr noch nicht vollendet ist und der rechtmäßige gewöhnliche Aufenthalt im Bundesgebiet besteht. Die Zahl der nach § 40b StAG anspruchsberechtigten ausländischen Kinder wurde auf ca. 300.000 bis 350.000 geschätzt. Die Übergangsregelung hat jedoch nicht die erhoffte Resonanz gefunden. Bis zum Ablauf der Antragsfrist zum 31. Dezember 2000 wurden 20.184 Kinder unter zehn Jahren nach § 40b StAG eingebürgert; im Jahre 2001 kamen weitere 23.306 Kinder hinzu, deren Eltern bereits im Vorjahr einen entsprechenden Antrag gestellt hatten. Als Ursachen für diese Zurückhaltung werden die Höhe der Einbürgerungsgebühr von DM 500,-, die Kompliziertheit des Optionsmodells, das Problem der unterschiedlichen Staatsangehörigkeit innerhalb der Familie und die Unkenntnis der gesetzlichen Lage vermutet.²² Die Bundesregierung hat daher einen Gesetzentwurf vorgelegt, der eine Fristverlängerung bis Ende 2002 und eine Absenkung der Gebühr auf DM 100,- vorsah.²³ Der Bundesrat hat am 11. Mai 2001 beschlossen, dem am 6. April 2001 vom Bundestag verabschiedeten Gesetz nicht zuzustimmen,²⁴ so dass eine Fristverlängerung nicht erfolgt ist.

²⁰ Die Zahl der Einbürgerungen betrug 2004 127.153, 2005 117.241, 2006 124.566 und 2007 113.030; Statistisches Bundesamt, <http://www.destatis.de>.

²¹ Vgl. Presseerklärung der Bundesausländerbeauftragten v. 19.6.2002.

²² Vgl. hierzu auch Renner, ZAR 2002, S. 265 (266).

²³ Vgl. BT-Drs. 14/5654; BT-Drs. 14/4537.

²⁴ Vgl. BR-Drs. 14/6532.

BEITRAG:
KAY HAILBRONNER

Die neuere Entwicklung der Einbürgerungsraten weist bis zum Jahr 2005 einen kontinuierlichen Rückgang der Einbürgerungszahlen auf. Im Jahr 2005 wurden in Deutschland insgesamt 217.241 Ausländer eingebürgert, was einem Rückgang zum Vorjahr um 7,8 % entspricht. Ein leichter Anstieg wurde im Jahr 2006 um 6,2 % auf 124.566 registriert.²⁵ Insgesamt wurden seit Inkrafttreten des neuen Staatsangehörigkeitsrechts bis zum 1. Januar 2007 1.029.024 Personen eingebürgert. Von den im Jahr 2006 eingebürgerten stammten 33.388 Personen (26,8 %) aus der Türkei, 12.601 Personen aus Serbien und Montenegro (10,1 %) und 6.907 aus Polen (5,5 %). Damit ist auch die Zahl der Einbürgerung türkischer Staatsangehöriger seit dem Jahr 2000 von 44,4 % auf 26,8 % deutlich zurückgegangen. Insgesamt ist die Einbürgerungsquote türkischer Staatsangehöriger damit von 1999 bis 2006 von 4,9 % auf 1,9 % abgesunken.²⁶ Deutlich gestiegen ist allerdings die Quote von Einbürgerungen unter Hinnahme von Mehrstaatigkeit. Im Jahr 2006 wurden 51,0 % aller Einbürgerungen unter Fortbestehen der bisherigen Staatsangehörigkeit vollzogen. Abgesehen vom Erfordernis der Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit wird insbesondere bei Staatsangehörigen aus dem Iran, Marokko, Afghanistan, Libanon und Syrien. Auch bei Personen aus den EU-Mitgliedstaaten, wie z.B. Polen, Italien und Griechenland, wurden die Einbürgerungen unter genereller Hinnahme der früheren Staatsangehörigkeit vorgenommen (vor Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung, wonach bei Staatsangehörigen aus den EU-Mitgliedstaaten generell Mehrstaatigkeit toleriert wird). Circa 2/3 aller Eingebürgerten des Jahres 2006 erwarben die deutsche Staatsangehörigkeit auf der Grundlage des § 10 Abs. 1 StAG. Einbürgerungsverfahren nach der Übergangsregelung des § 40b sind mittlerweile weitgehend abgeschlossen.²⁷

²⁵ Migrationsbericht des Bundesamtes 2006, 1. Aufl. Dezember 2007, S. 173.

²⁶ Vgl. hierzu auch *Thränhardt*, Einbürgerung, Rahmenbedingungen, Motive und Perspektiven des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, März 2008, S. 12 mit eingehendem Vergleich der Einbürgerungsraten in europäischen Ländern, der deutschen Bundesländer und der Kommunen, sowie einer Analyse der administrativen Diskrepanzen, S. 21 f.

²⁷ Migrationsbericht, BAMF 2006, S. 177.

4. Neuere staatsangehörigkeitsrechtliche Entwicklungen

a. Das Zuwanderungsgesetz vom 30. Juli 2004

Das Zuwanderungsgesetz beinhaltet im Einzelnen folgende Änderungen im Staatsangehörigkeitsrecht, die am 1. Januar 2005 in Kraft getreten sind:

- Für den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch ius soli reicht es künftig aus, dass ein Elternteil, der seit acht Jahren rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, „freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger oder gleichgestellter Staatsangehöriger eines EWR-Staates ist oder eine Aufenthaltserlaubnis-EU oder eine Niederlassungserlaubnis besitzt“, unabhängig davon, wie lange der Elternteil bereits über den unbefristeten Aufenthaltstitel verfügt.
- Bei der Ermessenseinbürgerung kann aus Gründen des öffentlichen Interesses oder zur Vermeidung einer besonderen Härte von der Einbürgerungsvoraussetzung der Unterhaltsfähigkeit abgesehen werden.
- Die Einbürgerungsvorschriften der §§ 85–91 AuslG werden in das StAG überführt (§§ 10–12 b StAG).
- Die Frist für die Anspruchseinbürgerung wird bei erfolgreicher Teilnahme an einem Integrationskurs von acht auf sieben Jahre verkürzt (§ 10 Abs. 3 StAG).
- Vor der Einbürgerung eines Antragstellers, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, ist eine Regelanfrage an die Verfassungsschutzbehörden zu richten (§ 37 Abs. 2 StAG).
- Ausländische Verurteilungen zu Strafen sind unter bestimmten Voraussetzungen bei der Entscheidung über die Einbürgerung zu berücksichtigen (vgl. § 12 a Abs. 2 und 4 StAG).

BEITRAG:
KAY HAILBRONNER

b. Das EU-Richtlinienumsetzungsgesetz

Durch Art. 5 des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007²⁸ ist das Staatsangehörigkeitsrecht in einer Reihe von Punkten geändert worden. Zur Begründung des Gesetzentwurfs führt die Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf aus, dass „seit der Reform des Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 15. Juli 1999 punktuelle Änderungen erforderlich geworden seien, denen durch eine Änderung des Staatsangehörigkeitsgesetzes Rechnung getragen werden soll. Die Änderungen zum Staatsangehörigkeitsrecht umfassen insbesondere die Aufhebung gegenstandslos gewordener Regelungen sowie den weiteren punktuellen Änderungsbedarf: neuer Erwerbsgrund durch langjährige Behandlung als deutscher Staatsangehöriger, Ausgestaltung der Feststellung der deutschen Staatsangehörigkeit als Verwaltungsakt mit rechtsgestaltender Wirkung und Schaffung bereichsspezifischer, datenschutzrechtlicher Regelungen“.²⁹ Als gegenstandslos aufgehoben wurde insbesondere § 2. Die bedeutsamste Änderung betrifft die Schaffung eines erneuten Erwerbsgrundes in § 3 um den Grund der jahrelangen Behandlung als deutsche Staatsangehörige. Damit soll die Rechtssicherheit, insbesondere in den Bereichen, in denen die deutsche Staatsangehörigkeit vorausgesetzt wird (Wahlrecht, Beamtenrecht etc.) gesichert werden. Erfasst werden auch Fälle, in denen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung bereits seit mind. 12 Jahren eine Behandlung als deutsche Staatsangehörige stattgefunden hat.³⁰ § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ist dahin neu gefasst worden, dass zum Zweck der „besseren Lesbarkeit der Vorschrift“ auf ein bestehendes unbefristetes Aufenthaltsrecht abgestellt und, abgesehen von der vertragsrechtlichen Regelung für die freizügigkeitsberechtigten Schweizer, auf die bisher vorgesehene Aufzählung von Aufenthaltsstatus und -titel verzichtet wird.³¹

²⁸ BGBl. 2007 I, S. 1970.

²⁹ BT-Drs. 16/5065; BR-Drs. 224/07

³⁰ zu den Einzelheiten vgl. Erläuterungen zu § 3.

³¹ Vgl. BT-Drs. 16/5065, S. 227; zu den Einzelheiten vgl. Erläuterungen zu § 4.

Eine Reihe weiterer Änderungen betrifft die Einbürgerungsvorschriften der §§ 8-10. In § 8 ist einer Anregung der IMK vom Mai 2006 folgend, hinsichtlich der Regelung der Rechtstreue des Einbürgerungsbewerbers, bei allen Einbürgerungsregelungen des Staatsangehörigkeitsrechts gleiche Voraussetzungen zu schaffen, in S. 1 Nr. 2 aufgenommen worden, dass der Einbürgerung entgegensteht, wenn jemand wegen einer rechtswidrigen Tat zu einer Strafe verurteilt oder gegen ihn auf Grund seiner Schuldunfähigkeit eine Maßregel der Besserung und Sicherung angeordnet worden ist. Zu § 9 hat der Gesetzgeber eine überflüssig gewordene Regelung über den Ausschluss der Einbürgerung aus sicherheitsrelevanten Gründen (die nunmehr nach § 11 für alle Einbürgerungsregelungen nach dem StAG gilt) durch das neue Erfordernis der ausreichenden Kenntnisse der deutschen Sprache ersetzt. Die Anforderungen an die Kenntnisse der deutschen Sprache sind dementsprechend auch bei der Regeleinbürgerung von Ehegatten und Lebenspartnern Deutscher der Anspruchseinbürgerung nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 n. F. angepasst worden. Bei § 10 ist durch eine Ergänzung in Satz 1, 1. Halbsatz klargestellt worden, dass der Einbürgerungsbewerber handlungsfähig oder gesetzlich vertreten sein muss in Anlehnung an die Einbürgerung nach § 8. In Satz 1 Nr. 2 ist der Katalog der Aufenthaltserlaubnisse in Nr. 2, die nicht für eine Einbürgerung ausreichen, um den neuen Abs. 4a des § 25 AufenthG sowie die im Vermittlungsausschuss beschlossene Regelung des § 25 Abs. 5 auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für grundsätzlich ausreisepflichtige Ausländer, deren Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist, ergänzt worden. Eine Reihe weiterer Änderungen zu § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 5, 6 und 7 hat Einschränkungen des Einbürgerungsanspruchs für folgende Kategorien von Einbürgerungen neu eingeführt:

- Streichung der privilegierten Einbürgerung von Jugendlichen bis zum 23. Lebensjahr, die sich nicht um Ausbildung oder Beschäftigung bemühen. Personen dieser Altersgruppe sollen jedoch weiterhin den Anspruch auf Einbürgerung erhalten, wenn sie wegen des Ausbildungs- oder Arbeitsplatzangebots oder schwieriger

beruflicher Situation den Bezug von staatlichen Leistungen nicht zu vertreten haben und damit unter die allgemeine Ausnahmeregelung eines nicht zu vertretenden Grundes nach dieser Vorschrift fallen;

- Personen, die trotz Begehens einer rechtswidrigen Tat wegen Schuldunfähigkeit nicht zu einer Strafe verurteilt werden können, sondern gegen die das Gericht eine Maßregel der Besserung oder Sicherung (z.B. § 61 StGB, z.B. Einweisung in ein psychiatrisches Krankenhaus) angeordnet hat, sind von der Einbürgerung ausgeschlossen;
- Voraussetzung der Einbürgerung ist generell der Nachweis ausreichender Kenntnisse der deutschen Sprache (bisher Ausschlussgrund nach § 11 S. 1 Nr. 1);
- Neue Voraussetzung der Einbürgerung ist der Nachweis ausreichender Kenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse in Deutschland (Anlehnung an § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 AufenthG, der für die Erteilung eines Aufenthaltstitels, der zum Daueraufenthalt berechtigt, derartige Grundkenntnisse verlangt). Für die Einbürgerung sind Kenntnisse erforderlich, so dass die „integrationspolitische Stufigkeit“ gewahrt wird.

Weitere bedeutsame Änderungen hat der Gesetzgeber bei den Regelungen über die ausnahmsweise Hinnahme von Mehrstaatigkeit bei der Einbürgerung vorgenommen (§ 12). Die schweizerischen Staatsangehörigen sind in die allgemeine Ausnahmeregelung für EU-Staatsangehörige aufgenommen worden, wobei das bisherige Erfordernis der Gegenseitigkeit in Abs.2 für alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU und schweizerische Staatsangehörige gestrichen worden ist. Nach Auffassung des Gesetzgebers hat sich die Abhängigkeit von der Auslegung und Anwendung des ausländischen Staatsangehörigkeitsrechts insgesamt als nicht vorteilhaft herausgestellt. Gestrichen worden ist dagegen die Ausnahmeregelung des Abs.3 (wenn Entlassung aus der ausländischen Staatsangehörigkeit von Leistungen

des Wehrdienstes abhängig gemacht wird), da die Regelung Anwendungsprobleme in der Praxis aufgeworfen hat. Nach Auffassung des Gesetzgebers kann die Verweigerung der Entlassung wegen unzumutbarer Bedingungen auch unter die allgemeinen Ausnahmeklauseln nach Abs. 1 S. 2 Nr. 3 subsumiert werden. Eine inhaltliche Änderung ergibt sich daraus nicht. Eine deutliche Verschärfung hat der Gesetzgeber bei der Strafbarkeitsschwelle, ab der eine Einbürgerung ausgeschlossen ist, vorgenommen (§ 12a). Die bisherigen Grenzen für Bagatelldelikte, die nicht einbürgerungshinderlich sind, sind um die Hälfte gesenkt worden (bei Geldstrafen von 180 Tagessätzen auf 90 Tagessätze und bei Freiheitsstrafen von 6 Monaten auf 3 Monate). Da bei Jugendstrafen die Mindeststrafe erst bei 6 Monaten beginnt (§ 18 JGG), sind Jugendstrafen immer beachtlich. Darüber hinaus können nunmehr mehrere Strafen, die für sich genommen die Bagatellgrenze nicht überschreiten, zusammengerechnet werden, soweit nicht eine niedrigere Gesamtstrafe gebildet wird. Die Regelung entspricht einem Vorschlag der Innenministerkonferenz vom Mai 2006. Eine Ermessensregelung ist vorgesehen, wenn die Grenze bei Bagatelldelikten geringfügig überschritten wird. Der unbestimmte Rechtsbegriff „geringfügig“ soll durch die Verwaltungsvorschrift präzisiert werden. Zu § 12a Abs. 1 S. 4 hat der Gesetzgeber eine Präzisierung der Regelung über die Relevanz von Maßregeln der Besserung und Sicherung vorgenommen. Danach kommt als Maßregel der Besserung und Sicherung, die der Einbürgerung entgegensteht, bei schuldfähigen als auch bei schuldunfähigen Tätern die Entziehung der Fahrerlaubnis oder das Berufsverbot in Betracht. Soweit es sich bei den zu Grunde liegenden Straftaten um sog. Bagatelldelikte im Sinne des Abs. 1 S. 1 handelt, die bei der Einbürgerung außer Betracht bleiben, hat die Staatsangehörigkeitsbehörde nunmehr im Einzelfall nach Ermessen zu entscheiden, ob die isolierte Anordnung einer Maßregel einer Einbürgerung entgegensteht. Eingeschränkt hat der Gesetzgeber auch die Einbürgerung von Familienangehörigen ehemaliger Deutscher. Begrenzt wird die Privilegierung auf die minderjährigen Kinder des ehemaligen Deutschen anstatt wie bisher auf Personen, die von dem ehemaligen Deutschen ab-

BEITRAG:
KAY HAILBRONNER

stammen oder von ihm als Kind angenommen worden sind. Nach Auffassung des Gesetzgebers besteht kein öffentliches Interesse, erwachsene Abkömmlinge eines ehemaligen Deutschen auch über Generationen hinweg im Ausland einzubürgern.

c. Gesetz zur Änderung des StAG vom 5. Februar 2009

Das BVerfG und das BVerwG haben in einer Reihe von Entscheidungen im Jahr 2006 einen Regelungsbedarf in den Fällen der Rücknahme einer Einbürgerung wegen arglistiger Täuschung und des rückwirkenden Wegfalls der deutschen Staatsangehörigkeit eines Kindes in Folge erfolgreicher Anfechtung der Vaterschaft nach § 1599 sowie für die Frage der Rücknahme eines Aufenthaltstitels wegen arglistiger Täuschung mit Auswirkung der Rücknahmeentscheidung auf den *Ius soli*-Erwerb nach § 4 Abs. 3 StAG angemahnt.³² Der Bundesrat hat am 15. September 2008³³ hierzu Stellung genommen.³⁴ Der Bundestag hat am 5. Februar 2009 das Gesetz beschlossen.³⁵ Das Gesetz ist am 6. Februar 2009 in Kraft getreten.

Die wesentlichen Änderungen des Gesetzes betreffen § 17 (Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit) und die Einfügung eines neuen § 35 über die Rücknahme einer rechtswidrigen Einbürgerung. In § 17 wird als neuer Verlustgrund in Nr. 7 die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes aufgenommen. Ein neuer Abs. 2 sieht vor, dass der Verlust nicht die Kraft Gesetzes erworbene deutsche Staatsangehörigkeit Dritter berührt, sofern diese das 5. Lebensjahr vollendet haben. Damit soll dem Urteil des BVerfG vom 24. Mai 2006 Rechnung getragen werden, dass Auswirkungen des Verlustes der deutschen Staatsangehö-

³² Vgl. BVerfG v. 24.5.2006, 2 BvR 669/04; BVerfG v. 24.10.2006, 2 BvR 696/04; BVerwG v. 5.9.2006, 1 C 20.05; zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vgl. BT-Drs. 16/10528.

³³ BR-Drs. 549/08.

³⁴ Zur Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des BR vgl. BT-Drs. 16/10605 v. 22.10.2008; zur Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses vgl. auch BT-Drs. 16/10913 v. 12.11.2008.

³⁵ BGBl. 2009 I, S. 158.

rigkeit durch Rücknahme der Einbürgerung auf den Bestand der Staatsangehörigkeit Dritter einer gesetzlichen Regelung bedürfen.

Nach dem neuen Abs. 3 S. 1 gilt der Bestand der Staatsangehörigkeit Dritter auch für andere Entscheidungen außerhalb des Staatsangehörigkeitsgesetzes, wenn diese zum rückführenden Wegfall der deutschen Staatsangehörigkeit dieser Personen führen würden und diese Personen bereits das 5. Lebensjahr vollendet haben. Die Aufzählung der Fallkonstellation, die den rückwirkenden Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit Dritter zur Folge haben kann, ist lediglich beispielhaft. Genannt sind die Rücknahme der Niederlassungserlaubnis nach § 51 Abs. 1 Nr. 3, die Rücknahme einer Bescheinigung nach § 15 BVFG und die Feststellung des Nichtbestehens der Vaterschaft nach erfolgreicher Vaterschaftsanfechtung, wenn die deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes nur vom Vater erworben werden konnte. Eine Ausnahme vom fortgeltenden Bestand der deutschen Staatsangehörigkeit Dritter ab dem 5. Lebensjahr ist vorgesehen, wenn die Vaterschaft wegen einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung erfolgreich nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 3 BGB angefochten worden ist. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass § 1600 Abs. 1a S. 3 BGB statt der Altersgrenze eine Befristung der Anfechtungsmöglichkeit auf 5 Jahre seit der Wirksamkeit der Anerkennung enthält.

§ 35 regelt die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte auf dem Gebiet des Staatsangehörigkeitsrechts neu. Die spezialgesetzliche Regelung trägt der Entscheidung des BVerfG Rechnung, soweit durch die Rücknahme die deutsche Staatsangehörigkeit verloren geht und grundrechtsspezifische Besonderheiten nicht mit Verweis auf die allgemeinen Verwaltungsverfahrensvorschriften gelöst werden können. Erfasst ist nicht nur die Rücknahme von Einbürgerungen nach den §§ 8 ff., sondern auch die Rücknahme anderer staatsangehörigkeitsrechtlicher Entscheidungen, soweit sie zum Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit führten, wie z.B. die Rücknahme der Genehmigung zur Beibehaltung der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 25 Abs. 2. Beschränkt wird die Möglichkeit der Rücknahme auf die von der

BEITRAG:
KAY HAILBRONNER

betroffenen Person bewusst unredlich erwirkte Entscheidung, deren Fehlerhaftigkeit in ihre Sphäre fällt. Abs. 2 sieht ausdrücklich vor, dass der Rücknahme in der Regel nicht entgegensteht, dass der Betroffene dadurch staatenlos wird. Abs. 3 beschränkt die Rücknahme auf den Zeitraum bis zum Ablauf von 5 Jahren nach der Bekanntgabe der Einbürgerungs- oder Beibehaltungsgenehmigung. Abs. 4 sieht vor, dass die Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit erfolgt. Hat die Rücknahme Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten gegenüber Dritten, so ist nach Abs. 5 für jede betroffene Person eine selbständige Ermessensentscheidung zu treffen. Dabei ist insbesondere eine Beteiligung des Dritten an der arglistigen Täuschung, Drohung oder Bestechung oder an den vorsätzlich unrichtigen oder unvollständigen Angaben gegen seine schutzwürdigen Belange, insbesondere auch unter Beachtung des Kindeswohls, abzuwägen.

Die neue Strafvorschrift des § 42 sieht eine Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe vor, wer unrichtige oder unvollständige Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung macht oder solche Angaben benutzt, um für sich oder einen anderen eine Einbürgerung zu erschleichen.

Der Bundesrat hatte eine Reihe weiterer Änderungen des Staatsangehörigkeitsrechts angeregt, die vom Bundestag jedoch nicht übernommen wurden. Vorgeschlagen hat der Bundesrat Einbürgerungskurse und Einbürgerungstests kraft Gesetzes in die Verwaltungszuständigkeit des BAMF zu überführen. Demgegenüber hat die Bundesregierung darauf hingewiesen, dass die geltenden Regelungen vorsehen, dass die Länder für die Durchführung von Einbürgerungskursen und -tests zuständig bleiben (Art. 83, 84 GG), und sich lediglich bei der Durchführung des Einbürgerungstests im Wege der Organleihe des BAMF und der von diesem für die Integrationskurse vorgesehenen Infrastruktur bedienen. Auch der weitere Vorschlag des Bundesrats, § 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StAG dahin einzuschränken, dass im Falle der Einleitung eines Widerrufs- oder Rücknahmeverfahrens ein Anspruch auf Einbürgerung nicht geltend gemacht werden kann, ist nicht übernommen worden. Nach Auffassung der Bundesregierung

besteht kein Regelungsbedürfnis, da mit Wegfall des Status als Flüchtling z.B. durch Rücknahme oder Widerruf einer Asylanerkennung der Reiseausweis hinfällig wird und abzugeben ist.³⁶ Nicht zugestimmt hat der Bundestag auch dem Vorschlag des Bundesrats auf Streichung des § 35 Abs. 2 und Ersetzung durch eine Ermessensentscheidung. Nach Auffassung der Bundesregierung kann atypischen Fallkonstellationen durch eine Verwaltungsvorschrift hinreichend Rechnung getragen werden.³⁷

Erheblich weitergehende Änderungen sah ein Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen³⁸ vor. Kernbestandteile des Reformvorschlags betrafen:

- erweiterter Erwerb der Staatsangehörigkeit durch Geburt im Inland und Verzicht auf das Optionsmodell;
- kürzere Fristen für die Einbürgerung;
- vollständige Aufgabe des Grundsatzes der Vermeidung von Mehrstaatigkeit;
- Beschränkung der Rücknahmemöglichkeiten auf eine Wirkung für die Zukunft;
- Wirksamwerden eines Verlustgrundes erst kraft Feststellung durch die Behörde.

Der Gesetzentwurf wurde mit den Stimmen der Fraktion der CDU/CSU, SPD und FDP gegen die Stimmen der Fraktionen Die Linke und Bündnis 90/Die Grünen abgelehnt.³⁹

³⁶ Vgl. BT-Drs. 16/10695; vgl. hierzu auch Erläuterungen zu § 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StAG.

³⁷ BT-Drs. 16/1095, S. 3.

³⁸ BT-Drs. 16/2650.

³⁹ BT-Drs. 16/10913, S. 4.

YENİ TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU'NUN ELEŞTİREL ANALİZİ

Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU

Giriş

BİLGİN
TİRYAKİOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

Bu bildirin sunulduğu 15-16 Mayıs 2009 tarihinde düzenlenen sempozyumun yapıldığı sırada 22.5.1964 tarih ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu¹ henüz yürürlükten kalkmamıştı. Bildiri, 403 sayılı Kanun'un yerine geçmek üzere İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 2006 Nisan ayında TBMM'ye sunulan Tasarı² esas alınarak hazırlanmıştı. Sempozyum'dan kısa bir süre sonra, Tasarı, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilerek 29 Mayıs 2009 tarih ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu olarak yasalaşmış ve 12 Haziran 2009 tarihinde *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, okuyucuya en son durumu sunabilmek üzere, bildirin sempozyum kitabında yayınlanacak metnini 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nu esas alarak hazırlamış bulunmaktayız.

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Kanun'un metni için bkz. RG, 22.02.1964-11638.

² 7 Nisan 2006 tarih ve 1/458 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı. Söz konusu Tasarı 22. yasama döneminde meclise sunulmuş olmakla beraber bu yasama döneminde görüşülemediği için İçtüzüğü'nün 77. maddesi uyarınca hükümsüz hale gelmiştir. Bununla beraber, Tasarı, Bakanlar Kurulu'nca yenilenerek 23. yasama döneminde tekrar Meclisin gündemine alınmıştır. Bkz. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün, TBMM Başkanlığı'na hitaben yazmış olduğu 8.11.2007 tarihli yazı: <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0458.pdf> (erişim tarihi: 30.6.2009).

Bu bildiriye, 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun genel karakteristik özellikleri üzerinde durulurken, bu özellikler bakımından 403 sayılı TVK ile karşılaştırma da yapılmıştır. Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın³ genel gerekçesinde, 1 Mart 2000 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi⁴ ile uyumun sağlanması ihtiyacı, yeni bir vatandaşlık kanunu hazırlanmasının temel sebeplerinden biri olarak sayılmaktadır. Gerekçede, ayrıca 1982 Anayasası'nın 66. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik ile vatandaşlığın kazanılmasında ana ile baba arasındaki ayırımın ortadan kaldırılarak, Anayasa'nın temel ilkelerinden olan kanun önünde kadın erkek eşitliğinin sağlanmış olduğu, ancak 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda bu tür ayrımcılık içeren hükümlerin halen varlığını sürdürdüğü ifade edilerek, bu eşitliği sağlamak amacıyla da yeni bir kanuna ihtiyaç duyulduğu vurgulanmaktadır.

I. 5901 Sayılı TVK'nın Genel Yaklaşımını Ortaya Koyan Düzenlemeler

5901 sayılı TVK'nın 3(1). maddesinin (b) bendinde diğer tanımların yanı sıra "*çok vatandaşlık*" kavramının tanımının yapılması özel bir anlam taşımaktadır. Söz konusu maddede, çok vatandaşlık tanımına yer verilmiş olması, sadece bir tanım yapılmasından ibaret olmayıp, Türk vatandaşlık hukukunda, çok vatandaşlığa karşı olumlu bir yaklaşım izleneceğinin kanun düzeyinde kabul edildiğinin de işaretidir. Türkiye'nin çifte veya çok vatandaşlığa karşı yaklaşımı, 403 sayılı TVK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, özellikle yurt dışında yaşayan ve yaşadıkları ülkelerde yerleşmiş olan

³ Bundan böyle kısaca Tasarı olarak anılacaktır. Hükümetin teklif ettiği Tasarı metni ve Tasarı'nın gerekçesi için bkz. <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1195.doc>. (erişim tarihi: 30.6.2009). İçişleri Komisyonu'nun kabul ettiği tasarı metni için bkz. *TBMM Tutanak Dergisi*, Dönem 23, Yasama Yılı 2, S.Sayısı:90.

⁴ Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/166.htm> (erişim tarihi: 30.6.2009).

BİLGİN
TIRYAKIOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

Türk vatandaşlarının ihtiyaçlarına cevap vermek üzere zaman içinde değişmiştir. Bu değişiklikler, muhtelif tarihlerde yapılan kanun değişiklikleri ile 403 sayılı Kanun'a yansıtılmış olmakla birlikte, çifte ve/veya çok vatandaşlık terimlerine Kanun'da hiç bir zaman açıkça yer verilmemiştir.⁵ Buna karşılık, 5901 sayılı TVK, daha başlangıçta çok vatandaşlık tanımını yaparak (m. 3(1)(b)), daha sonra da "çok vatandaşlık" başlığını taşıyan 44 (1). maddesinde çok vatandaşlığa sahip olan Türk vatandaşlarının nüfus aile kütüklerindeki kayıtlara, bu kişilerin çok vatandaşlığa sahip olduklarına dair açıklama yapılacağını belirtmek suretiyle, çok vatandaşlığa -özellikle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan Türk vatandaşları bakımından- açıkça imkân tanımaktadır. Böylelikle, 5901 sayılı TVK, Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşlığını muhafaza ederek başka bir devlet vatandaşlığına geçmek için izin almaları yükümlülüğünü de kaldırmış bulunmaktadır. Bu hükümler, Türkiye'nin, Türk vatandaşlarının çifte/çok vatandaşlık taşımaları konusunda 80'li yıllardan bu yana izlemekte olduğu, ancak 403 sayılı TVK'ya açıkça yansıtılmamış olan politikayı desteklemektedir. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin çok vatandaşlığa karşı olumlu yaklaşımının da, kanun koyucunun çok vatandaşlığa karşı olumlu yaklaşımında etkili olduğunu düşünürüz.

II. 5901 Sayılı TVK'nun Vatandaşlığın Kazanılması ve Kaybedilmesi İlgili Sistematik Ayrımı

A. Türk Vatandaşlığının Kazanılması Bakımından

5901 sayılı TVK'nun "İkinci Bölüm"ünde yer alan hükümler, 403 sayılı TVK'nun vatandaşlığın kazanılması yolları ile ilgili olarak yapmış olduğu ayrımın terk edildiğini göstermektedir. 403 sayılı TVK'da bireyin iradesinin oynadığı rol

⁵ 403 sayılı TVK'nun çifte/çok vatandaşlığa karşı yaklaşımı hakkında genel bir değerlendirme için bkz. Tiryakioğlu, Bilgin, "Multiple Citizenship and its Consequences in Turkish Law", (Citizenship), *Ankara Law Review*, Summer 2006, vol.3, no.1, s. 1-16.

göz önüne alınarak, Türk vatandaşlığının kazanılması, kanun yoluyla, yetkili makam kararıyla ve seçme hakkı ile kazanma üzere üçlü bir ayrıma tâbi tutulmuştu. 5901 sayılı TVK ise, vatandaşlığın kazanılması bakımından yapılan geleneksel ayrıma uygun olarak, 5. maddesinde getirmiş olduğu "*Türk vatandaşlığı, doğumla veya sonradan kazanılır*" hükmüyle, vatandaşlığın kazanılmasını, doğumla kazanma ve sonradan kazanma ayrımı üzerine inşa etmiş bulunmaktadır.

B. Türk Vatandaşlığının Kaybı Bakımından

5901 sayılı TVK, vatandaşlığın kaybı hallerini iki kategoriye indirmiştir. Söz konusu Kanun'un 23(1). maddesi uyarınca söz konusu iki kategori, yetkili makam kararı ve seçme hakkının kullanılması yoluyla vatandaşlığın kaybıdır. 5901 sayılı TVK'nun yapmış olduğu bu ayrımın isabetli olduğunu düşünüyoruz. 403 sayılı TVK'da bu iki kategorinin yanı sıra, "*kanun yoluyla kayıp*" başlığı da yer almaktaydı. Ne var ki, 403 sayılı TVK'nun 19. maddesinde, kanun yoluyla kayıp başlığı altında düzenlenen evlenme yoluyla vatandaşlığın kaybı, 19. maddede düzenlenen şartları ve sonuçları itibarıyla kanun yoluyla vatandaşlığın kaybında olduğu gibi otomatikman Türk vatandaşlığının kaybı sonucunu doğurmadığından, evlenmenin kanun yoluyla kayıp başlığı altında düzenlenmesi doğru değildi. 403 sayılı TVK'da kanun yoluyla kayıp başlığı altında yer alan evlenme yoluyla vatandaşlığın kaybının, sadece kadınlar bakımından mümkündü, esas itibarıyla seçme hakkının kullanılması suretiyle Türk vatandaşlığının kaybı kategorisinde yer alması gerekmekteydi. 5901 sayılı TVK'nun, vatandaşlığın kaybı hallerini, yetkili makam kararı ve seçme hakkının kullanılması yoluyla kayıp olarak iki kategoriye indirgeyen sistemi içinde, evlenme artık kanun yoluyla kayıp yolu olmaktan çıkmıştır. Esasen, 5901 sayılı TVK, evlenmeyi herhangi bir şekilde Türk vatandaşlığının kaybı yolu olarak da görmemektedir.

5901 sayılı TVK'nun, vatandaşlığın kaybı bakımından getirdiği ikinci ve reform niteliğindeki değişiklik ise yetkili ma-

kam kararıyla kayıp halleri konusundadır. Yeni Kanun, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kaybını; çıkma, kaybettirme ve vatandaşlığın iptali olmak üzere üçe ayırdıktan sonra (m. 24(1)), 403 sayılı TVK'da yer alan kaybettirme sebeplerinin çok büyük bir çoğunluğuna yer vermemiş ve çıkarma müessesini de tamamen kaldırmış bulunmaktadır. Dolayısıyla, 5901 sayılı TVK ile birlikte, Türk vatandaşlığından çıkarma müessesesi de tarihe karışmış olmaktadır.

III. Türk Vatandaşlığının Doğumla Kazanılması

5901 sayılı TVK, 6. maddesinin birinci fıkrasında, 403 sayılı TVK'dan farklı olarak, doğumla kazanılan Türk vatandaşlığının soy bağı (kan) veya doğum yeri (toprak) esasına göre kendiliğinden kazanılacağını ve doğum anından itibaren hüküm ifade edeceğini özel olarak belirtmiş bulunmakla, esasen bu tür kazanma bakımından kabul edilmiş genel esasları teyit etmiş olmaktadır.

5901 sayılı TVK'nın doğum yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen hükümlerine göz attığımızda, doğum yoluyla kazanma halleri bakımından sadece farklı kavramlar kullandığını, esasa yönelik değişiklikler getirmediğini görüyoruz. Kavramlardaki değişiklikler, örneğin "nesep" yerine "soy bağı" kavramının tercih edilmesi, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanun'daki kavramlar ile uyum sağlamak amacını taşımaktadır. Aynı şekilde, 403 sayılı TVK'nın 2. maddesinde "hal değişikliği" başlığı altında yer alan hükümde Türk babadan olan ve yabancı anadan doğan çocuğun babaya nesep bağı ile bağlanacağı haller sayılarak, bu yollardan biri ile Türk babaya bağlanan çocuğun Türk vatandaşı olacağı belirtilmişti. Yeni Kanun'da (m. 7(3)), 403 sayılı TVK'nın aksine, bu haller tek tek sayılmayıp, Medeni Kanun'un nesep konusunda getirmiş olduğu yeni düzenleme ile uyum sağlamak amacıyla, Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuğun, soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanacağı belirtilmiştir.

5901 sayılı TVK'nın doğumla kazanma başlığı altında yer alan ve 403 sayılı TVK'da bulunmayan yeni hükümleri de, esasa ilişkin her hangi bir değişiklik getirmemektedir. Örneğin, yeni TVK'da, Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğmuş olan çocuğun Türk vatandaşı olacağını öngören hüküm (m. 7(2)), 403 sayılı TVK'da bulunmaktaydı. Bununla beraber, 403 sayılı TVK'nun 1. maddesinde yer alan "*Türkiye içinde veya dışında Türk babadan olan ya da Türk anadan doğan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşlarıdır*" hükmü, Türk anadan, yabancı babadan evlilik birliği dışında doğmuş olan çocuğu da kapsadığından, söz konusu çocukların Türk vatandaşı olacağı tereddüde yer vermeyecek kadar açıktı.

IV. 5901 Sayılı TVK'ya Göre Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılması

1. 403 sayılı TVK, sonradan kazanılan vatandaşlığı, kanun yoluyla, yetkili makam kararıyla ve seçme hakkı ile kazanma başlıkları altında üçlü bir ayrımı benimseyerek düzenlemiştir. 5901 sayılı TVK, sonradan kazanılan vatandaşlık konusunda, 403 sayılı TVK'dan farklı bir ayrımı tercih etmiştir. Her şeyden önce, yeni TVK, kanun yolu ile kazanma kategorisine yer vermemiştir. Kanun yolu ile kazanma, vatandaşlığın kazanılmasında kişinin ve yetkili makamın iradesinin rolünün bulunmadığını, kanundaki şartlar gerçekleşince Türk vatandaşlığının kendiliğinden kazanılacağını ifade etmektedir.⁶ 403 sayılı TVK, kanun yolu ile (sonradan) kazanma başlığı altında evlat edinme ve evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını hallerini düzenlemiştir. Bununla birlikte, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasını düzenleyen 403 sayılı TVK m. 5'de, 4866 sayılı ve 4.6.2003 tarihli Kanun'la⁷ değişiklik yapılmadan önce evlenme ile vatandaşlığın kazanılması, istisnaî olarak üç durumda, bazı şartların gerçekleşme-

⁶ Nomer, Ergin, *Vatandaşlık Hukuku*, B. 16, İstanbul 2007, s. 56.

⁷ RG, 12.6.2003-25136.

si halinde ve sadece kadınlar için söz konusuydu. Bu istisnai hallerden ikisinde (Türkle evlenen yabancı kadının vatansız olması veya bir Türkle evlenmesi nedeniyle kendi vatandaşlığını otomatikman kaybediyor olması hallerinde) Türk vatandaşlığının kazanılması kendiliğinden gerçekleştiğinden, söz konusu durumlar için kanun yoluyla kazanma başlığı uygun düşmekteydi.⁸ Buna karşılık, Türk ile evlenen yabancı kadının kendi talebi üzerine Türk vatandaşlığını kazanması, kanun yoluyla kazanma olmadığı için bu başlık altında yer alması, doktrinde haklı olarak eleştirilmiş, bu durumun seçme hakkı ile kazanma başlığı altında düzenlenmesi gerektiği savunulmuştu.⁹ 403 sayılı TVK'nın 5. maddesinde yapılan değişiklik, bu sıkıntıyı gidermediği gibi, durumu daha karmaşık hale getirmişti.¹⁰

2. 5901 sayılı TVK'nın 9. maddesi, sonradan kazanılan Türk vatandaşlığını, yetkili makam kararı ile kazanma, evlat edinilme yoluyla kazanma ve seçme hakkı ile kazanma şeklinde üç kategoriye ayırmıştır. Evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması, 9. maddede, ayrı bir kategori olarak sayılmış olmakla beraber, yeni TVK'da evlat edinme ile ilgili hükümde "*milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunmama*" şartının arandığı göz önüne alındığında, evlat edinilme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının da yetkili makam kararıyla kazanma gibi düşünülmüş olduğu görülmektedir. Bu nedenle, 5901 sayılı TVK'nın sonradan

⁸ Aynı yönde bkz. Nomer, s. 57.

⁹ Bkz. Aybay, Rona, *Vatandaşlık Hukuku*, B. 2, İstanbul 2006, s. 98, 136, 153; Sargın, Fügen, "Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapan 2003 Tarihli ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme", *AÜHFĐ*, 2004, C. 53, S. 1, s. 30.

¹⁰ Söz konusu Kanun değişikliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, Gülin, "The Acquisition of Turkish Nationality by Way of Marriage Following the June 2003 Amendment", *Ankara Law Review*, Summer 2004, vol. 1, s. 29-49; Erdem, Bahadır, "4866 sayılı Kanunla Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 5. maddesinde Yapılan Değişikliğe Göre Türk Vatandaşlığının Evlilik Yoluyla Kazanılması", *Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni*, (Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Sayı 1-2, Yıl 2003, s. 354 vd.; Sargın, s. 29-34.

kazanılan vatandaşlığı esas itibarıyla yetkili makam kararı ile kazanma ve seçme hakkı ile kazanma şeklinde iki kategoriye ayırdığını söylemek mümkündür. 5901 sayılı TVK'da, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının da, yetkili makam kararı ile kazanma olarak nitelendirildiği görülmektedir. 5901 sayılı TVK'nun ikinci bölümünde yer alan Türk vatandaşlığını kazanma sebepleri dışında, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşları için Türk vatandaşlığının kazanılması yeni Kanun'un "*Çeşitli Hükümler*" başlığını taşıyan beşinci bölümünde (m. 42), ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır.

A. 5901 sayılı TVK'ya Göre Yetkili Makam Kararıyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması

1. Yetkili Makam Kararı ile Kazanma Konusunda Tasarının Genel Yaklaşımı

5901 sayılı TVK'nun yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması konusunda 403 sayılı TVK'da kabul edilmiş bulunan sistemi değiştirdiği görülmektedir.

403 sayılı TVK'da, yetkili makam kararıyla kazanma, genel olarak vatandaşlığa alınma (m. 6), istisnaî vatandaşlığa alınma (m. 7) ve yeniden vatandaşlığa alınma (m. 8) olarak üç başlık altında ele alınmıştır.

5901 sayılı TVK, bu konuda, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması da dahil olmak üzere, beş ayrı kategori oluşturmuş ve her biri için "*vatandaşlığa alınma*" terimi yerine "*vatandaşlığın kazanılması*" terimini tercih etmiştir. 5901 sayılı TVK'nun, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen ve söz konusu beş kategoriye ilişkin ortak esasları belirleyen 10. maddesi "*Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancı, bu Kanun'da belirtilen şartları taşıması halinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilir. Ancak, aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamaz*" hükmü ile 403 sayılı TVK'da da kabul edilmiş olan iki esası teyit etmektedir: Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancı, her bir kategori için ilgili madde-

BİLGİN
TIRYAKIOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

de aranan şartları yerine getirecektir. Ancak, bu şartların gerçekleşmesi başvuruda bulunan yabancıнын Türk vatandaşlığını kazanacağı anlamına gelmemekte; yetkili makama takdir yetkisi tanınmaktadır.

5901 sayılı TVK'nın 11. maddesinde, "genel olarak vatandaşlığa alınmanın" şartları, genel olarak vatandaşlığa alınma ifadesine yer verilmeksizin "başvuru için aranan şartlar" başlığı altında sayılmaktadır. Söz konusu maddenin, adî telsikin şartlarını düzenlediğini ve 403 sayılı TVK'da genel olarak vatandaşlığa alınmayı düzenleyen 6. madde yerine tasarlanmış olduğunu söylemek mümkündür.

5901 sayılı TVK'nın 12. maddesi, "Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnâî haller" başlığı altında kimlerin daha kolay şartlarda Türk vatandaşlığını kazanacağını belirtmektedir. Vatandaşlığa alınmada ikinci kategoriye oluşturan bu madde 403 sayılı TVK'da istisnâî olarak vatandaşlığa alınmayı düzenleyen 7. maddeyi karşılamaktadır. 5901 sayılı TVK'nın 13. ve 14. maddelerinde yer alan üçüncü ve dördüncü kategoriler ise 403 sayılı TVK'nın 8. maddesinde düzenlenmiş bulunan yeniden vatandaşlığa alınma ile ilgili hükmü karşılamaktadır. 5901 sayılı TVK'nın 13. maddesi, Türk vatandaşlığının ikamet şartı aranmaksızın; 14. maddesi ise Türk vatandaşlığının ikamet şartına bağlı olarak yeniden kazanılmasını düzenlemektedir. 5901 sayılı TVK'nın, 11. ila 14. maddeleri arasında yer alan kategorilerin karşılığı, 403 sayılı TVK'da yer almakla beraber, bu maddelerin içeriği ve yaklaşımı 403 sayılı TVK'nın ilgili hükümlerinden farklıdır. 5901 sayılı TVK, Türk vatandaşlığının evlenme yolu ile kazanılmasına yetkili makam kararı ile kazanma yolları arasında beşinci kategori olarak 16. maddesinde yer vermiş ve evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasını yetkili makam kararı ile kazanmanın diğer yolları ile birlikte aynı usul ve esaslara bağlamış bulunmaktadır.

2. Yetkili Makam Kararı İle Kazanma Halleri

a. Vatandaşlığa Kazanılmasında İlk Kategori (Adi Telsik)

5901 sayılı TVK'da, genel olarak vatandaşlığa alınma ile ilgili olarak bazı değişiklikler getirilmiş olmakla beraber, 403 sayılı TVK'nun kabul ettiği yaklaşımın esas itibarıyla korunduğunu söylemek mümkündür: Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancı, 5901 sayılı TVK'nun 11. maddesinin ilk fıkrasında sayılan "genel şartları" taşıması gereklidir. Kanun'da "genel şartlar" ifadesine yer verilmemiş olmasına rağmen bizim böyle bir nitelendirme yapmamızın nedeni, 11. maddenin ilk fıkrasındaki şartların, bu madde uyarınca, Türk vatandaşlığını kazanmak için yetkili makama başvuracak olan her yabancı için; 11. maddenin ikinci fıkrasındaki şartın ise, sadece bazı yabancılar için aranacak olmasıdır.

5901 sayılı TVK'nun 11. maddesinin ilk fıkrasının a-f bentleri arasında sayılan şartlar, esas itibarıyla 403 sayılı TVK'nun 6. maddesinde yer alan şartların tekrarından ibarettir. Buna karşılık, 5901 sayılı TVK'nun 11(1). maddesinin (g) bendinde yer alan "millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama" şartı yeni bir şarttır. Yeni Kanun'da, böyle bir şartın yer alması, millî güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının sınırlarının belirsizliği ve içeriklerinin zamana göre değişmesi sebebiyle eleştiriye açıktır. Bununla beraber, 403 sayılı TVK'nun 6. maddesinde millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil etmeme şartının vatandaşlığa alınma şartları arasında yer almamasına rağmen, uygulamada etkili olduğu gerçeği göz önüne alındığında yeni TVK'nun bu şarta yer vermiş olması, en azından kanunilik ilkesi bakımından isabetli bir yaklaşım olarak da değerlendirilebilir. Gerçekten de, kanunda yer almayan, ancak kişinin Türk vatandaşlığını kazanmasına ilişkin kararın verilmesi üzerinde etkili olan bir şartın idarî makamlar tarafından aranması, Anayasa'nın 66. maddesinin üçüncü fıkrasında ifadesini bulan kanunilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Öte yandan, 5901

BİLGİN
TİRYAKIOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

sayılı TVK'nın 11. maddesinin gerekçesinde, millî güvenlik ve kamu düzeni kavramları ile neyin kastedildiği açıklanarak, yukarıda sözü edilen belirsizlik bir ölçüde giderilmiş bulunmaktadır. Madde gerekçesinde, millî güvenlik bakımından tehlike teşkil eden ve millî menfaatler ve ülke bütünlüğü aleyhine faaliyet gösterenlerle bu faaliyetleri destekleyenlerin, bu gibi kişi veya kuruluşlarla ilişki içerisinde bulunanların ve herhangi bir isyan, sabotaj, casusluk, silah ve uyuşturucu kaçakçılığı, evrakta sahtecilik gibi kamu düzenini bozan faaliyetlerde bulunanların Türk vatandaşlığını kazanmalarının bu şart vasıtasıyla engellenebileceğine değinilmektedir.

5901 sayılı TVK'da vatandaşlığa alınmanın genel şartları yanında, aynı maddenin ikinci fıkrasında, 11. maddeye göre Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar için, taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartının da aranabileceği ve bu takdirin kullanılmasına ilişkin esasların tespitinin Bakanlar Kurulu'nun yetkisinde olduğu belirtilmektedir. 5901 sayılı TVK'nın, 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, "*Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar da, yukarıda sayılan şartlarla birlikte, taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartı da aranabilir*" hükmünü, 11. maddenin ilk fıkrası ile birlikte ele aldığımızda şu sonuca varmaktayız: Türk vatandaşlığını 11. madde uyarınca kazanmak isteyen bütün yabancıların söz konusu maddenin ilk fıkrasındaki şartları taşıması gerekir. Ancak, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen "*bazı yabancılar*" için taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartı da ek bir şart olarak aranabilir. 11. maddenin ikinci fıkrasının, esas itibarıyla, çifte ve/veya çok vatandaşlığa izin vermeyen devletlerin vatandaşları için getirilmiş olduğunu düşünmekteyiz. Genel gerekçede yer alan bazı ifadeler de, bu ek şartın, Türk vatandaşlığından çıkmayı, kendi vatandaşlığının kazanılması için bir şart olarak ortaya koyan, yani çifte vatandaşlığı kabul etmeyen devletlerin vatandaşları için aranacağı sonucuna varmamızı haklı kılmaktadır.

b. İstisnaî Olarak Türk Vatandaşlığının Kazanılması

5901 sayılı TVK'nun Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnaî haller başlığı altında yer alan 12. maddesinin, vatandaşlığı kazanma şartları ve bu yolla vatandaşlık kazanacak kişiler hakkında 403 sayılı TVK'nun 7. maddesinden farklı bir yaklaşım izlediği görülmektedir. 403 sayılı TVK, istisnaî olarak Türk vatandaşlığına alınacak kişilerin, genel olarak vatandaşlığa alınma için Kanun'un 6. maddesinde sıralanan şartların ikisi dışında kalan (ikamet ve yerleşme niyeti) tüm şartlarını gerçekleştirmesini aramaktaydı. Yeni TVK ise bu konuda tek şart aramaktadır ki, bu da 403 sayılı Kanun'da genel olarak vatandaşlığa alınma şartları arasında bulunmayan "millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak" (m.11/1(g)) şartıdır.

Yeni TVK, 403 sayılı TVK'nun 7. maddesinde istisnaî yoldan Türk vatandaşlığına alınabilecek kişiler olarak belirlediği altı kategoriden dördüne (TVK'nun 7. maddesinin (a-ç) bentleri) yer vermemiştir.¹¹ Yeni TVK, 403 sayılı TVK'nun 7. maddesinin (d) ve (e) bentlerinde yer alan diğer iki kategoriye muhafaza etmiş ve istisnaî yoldan Türk vatandaşlığına alınacak olanlar arasına bir üçüncü kategori olarak göçmenleri eklemiştir.

Bu çerçevede 5901 sayılı TVK'nun 12. maddesi uyarınca istisnaî vatandaşlığa alınacak olanlar şunlardır:

i. Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişileri (m. 12/1(a)).

¹¹ 403 sayılı TVK'da yer alan, ancak 5901 sayılı TVK'da yer almayan kategoriler şunlardır: "Türk vatandaşlığını herhangi bir şekilde kaybetmiş olanların sonradan doğmuş olan reşit çocukları" (m. 7/(a)), "bir Türk vatandaşı ile evli olanlarla bunların reşit çocukları" (m. 7(b)), "Türk soyundan olanlarla eşleri ve reşit çocukları" (m. 7(c)) ve "bir Türk vatandaşı ile evlenme kararıyla Türkiye'de yerleşmiş olanlar" (m. 7(ç)).

ii. Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler (m. 12(1)(b)).

iii. Göçmen olarak kabul edilen kişiler (m. 12(1)(c)).

5901 sayılı TVK'da, göçmen olarak kabul edilen kişilerin istisnaî yolla vatandaşlık kazanacak kişiler grubuna eklenmesinin altında yatan neden, vatandaşlığın kazanılmasının tek bir kanunda düzenlenmesi olsaydı, göçmenlerin ayrı bir grup olarak 12. maddede yer almasının isabetli bir tercih olduğu söylenebilirdi. Ne var ki, tek bir kanun ile düzenleme amacının gerçekleştirebilmesi için, 5901 sayılı TVK'nun, İskân Kanunu'nun¹² göçmenlerin Türk vatandaşlığına alınmalarını düzenleyen 8. maddesinin 4. fıkrasını yürürlükten kaldırması gerekirdi.¹³ İskân Kanunu'nun 8. maddesi yürürlükten kaldırılmadığı için, yeni Kanun'un 12(1)(c) hükmüyle birlikte halihazırda göçmenlerin vatandaşlığa alınmaları iki ayrı kanunda düzenlenmiş olmaktadır. Bu durumda, Türk soyundan olan ve Türk kültürüne bağlı olan göçmenlerin İskân Kanunu'nun 8(4). maddesine göre, diğer göçmenlerin ise 5901 sayılı TVK'nun 12 (1)(c) maddesine göre Türk vatandaşlığına alınacağı sonucuna varmak mümkündür.

c. Yeniden Türk Vatandaşlığının Kazanılması

2003 yılında 4866 sayılı Kanun ile 403 sayılı TVK'da yapılan değişiklikten sonra, anılan Kanun'un 8. maddesi yeniden Türk vatandaşlığını kazanacak olan kişileri, yabancı ile yaptığı evliliği sona erdiği halde Türk vatandaşlığını seçmek için kanunda öngörülen süreyi kaçıran kadınlar, çıkma izni alarak vatandaşlıktan ayrılanlar ve vatandaşlığı kaybettirilenler ile sınırlamıştı. 4866 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikte, seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kaybedenler zikredil-

¹² 19.09.2006 tarih ve 5543 sayılı İskân Kanunu (RG, 26.09.2006-26301).

¹³ Yeni İskân Kanunu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk, Necla, "5543 Sayılı İskân Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 68, s. 241-264.

mediği için, bu gibi kişilerin yeniden vatandaşlığa alınmalarını yolu kapatılmıştı.

5901 sayılı TVK'da, yeniden vatandaşlık kazanacak kişilerin kimler olacağı hususunda iki temel değişiklik göze çarpmaktadır. Her şeyden önce, seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kaybedenler yeniden Türk vatandaşlığını kazanacaklar arasına dâhil edilmiştir. Bu çerçevede ister yetkili makam kararıyla, ister seçme hakkının kullanılması suretiyle olsun Türk vatandaşlığını herhangi bir yolla kaybedenler, 5901 sayılı TVK uyarınca yeniden Türk vatandaşlığını kazanma imkânına sahip bulunmaktadır. Bu imkândan mahrum bırakılan tek grup, haklarında vatandaşlığa alınma kararı iptal edilmiş olanlar -5901 sayılı TVK'daki ifadesiyle vatandaşlıkları iptal edilenlerdir.

5901 sayılı TVK, 403 sayılı TVK'nun 8. maddesinden farklı olarak, yeniden vatandaşlığın kazanılmasını, ikamet şartı aranıp aranmayacağına göre iki ayrı başlık altında (m. 13 ve 14) düzenlemiştir.

aa. Türk Vatandaşlığının İkamet Şartı Aranmaksızın Yeniden Kazanılması

5901 sayılı TVK'da (m. 13), bu gruba giren kişilerin Türk vatandaşlığını kazanmaları için, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunmama şartı dışında hiç bir şart aranmamıştır. Bu gruba giren kişiler, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler (m. 13(1)(a) ile Türk vatandaşlığından çıkan ana veya babalarına bağlı olarak¹⁴ Türk vatandaşlığını kaybedip, 21. maddede ön-

¹⁴ 403 sayılı TVK'nun 8. maddesinde, Türk vatandaşlığından çıkan analarına ve/veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybedenler yeniden Türk vatandaşlığına alınacaklar arasında sayılmadığından, bu gibi kişiler kendilerine tanınan seçme hakkını öngörülen sürede kullanmadıkları takdirde yeniden Türk vatandaşlığına alınma imkânına sahip bulunmamaktaydı. 5901 sayılı TVK, bu gibi kişilere de, yeniden vatandaşlığı kazanma imkânını tanımış bulunmakla bu sıkıntıyı gidermiştir.

görülen süre içerisinde seçme hakkını kullanmayan kişilerdir (m. 13(1)(b)).

bb. Türk Vatandaşlığının İkamet Şartına Bağlı Olarak Yeniden Kazanılması

5901 sayılı TVK'nın 14. maddesi, vatandaşlığı kaybettirilenler (m. 29) ile seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılanlara (m. 34), Türk vatandaşlığını ikamet şartına bağlı olarak yeniden kazanma imkânı vermiş bulunmaktadır.¹⁵

5901 sayılı TVK'nın, çıkma izni alarak ayrılanlar ve bunların çocukları için Türkiye'de ikamet şartını aramayıp (m. 13), vatandaşlığı kaybettirilenler ile seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılanlar için üç yıl ikamet şartı aramasının (m. 14) ayrımcılığa yol açtığını düşünüyoruz. 14. maddenin gerekçesinden bu ayrımcılığın altında yatan nedeni tespit etmek mümkündür. Gerekçede, "*Vatandaşlık, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin varlığı ile birlikte duygu bağlantısını da temel alan hukuki bir bağdır*" ifadesine yer verilmiş olması, kanun koyucunun, hakkında kaybettirme kararı verilen kişiler ile Türk vatandaşlığından seçme hakkını kullanmak suretiyle ayrılan kişilerin Türkiye ile duygu bağlantısının zayıf olacağı varsayımına dayanıldığını göstermektedir. Hakkında kaybettirme kararı verilenler, bizatihi bu karar ile cezaî bir yaptırıma tâbi olmuşlar ve bunun sonucunda iradeleri dışında Türk vatandaşlıklarını kaybetmişlerdir. Bu nedenle, söz konusu kişilerin yeniden Türk vatandaşlığını kazanmak istemeleri halinde, onlara farklı muamele yapmayı sürdürmek ve üç yıl ikamet şartını aramak mantıklı görünmemektedir. Üç yıl ikamet şartının yeniden Türk vatandaşlığını kazanmak istemeleri ha-

¹⁵ Söz konusu maddenin (1) fıkrasına göre, "29 uncu madde uyarınca Türk vatandaşlığı kaybettirilenler Bakanlar Kurulu kararıyla, 34 üncü madde uyarınca Türk vatandaşlığını kaybedenler İçişleri Bakanlığının kararıyla, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmaması ve Türkiye'de üç yıl ikamet etmek şartıyla Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilirler".

linde seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılanlar için aranmasının da makul bir gerekçesi yoktur. Eğer, kanun koyucu, kişinin kendi iradesi ile Türk vatandaşlığından ayrılmasını, ilgili kişinin ülke ile duygu bağlantısının olmadığı şeklinde değerlendirip üç yıl ikamet şartını arıyorsa, bu durumda çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılanlar için de aynı şartı araması gerekirdi.

d. Türk Vatandaşlığının Evlenme Yoluyla Kazanılması

Evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması konusunda 5901 sayılı TVK, hem içeriği, hem vatandaşlığın kazanılmasının niteliği bakımından 403 sayılı TVK'dan farklı bir yaklaşım kabul etmiştir. Gerçekten de, yeni TVK, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının şartları ve yolları bakımından getirdiği bazı önemli değişikliklerin yanı sıra, bu tür kazanmayı yetkili makam kararı ile kazanma olarak nitelendirmiş bulunmaktadır.

5901 sayılı TVK'nun 16. maddesi, 403 sayılı TVK'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında olduğu gibi, bir Türk vatandaşı ile evlenmenin doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmayacağı ilkesini kabul etmektedir. Bununla beraber, yeni TVK, 403 sayılı TVK'dan farklı olarak, istisnaî durumlara yer vermiyip, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılabilmesini, ancak ve sadece ilgili yabancıнын bu konuda başvuruda bulunması hali ile sınırlandırmıştır.

5901 sayılı TVK'da evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığının kendiliğinden kazanılacağı istisnaî durumlara yer verilmiş olması iki açıdan isabetlidir. Her şeyden önce, evlenmenin, ilgili kişiye otomatikman Türk vatandaşlığını kazandıracığına ilişkin bir hükme yer vermek, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasını yetkili makam kararıyla kazanma olarak kabul eden bir yasal düzenleme açısından çelişkili bir tutum olurdu. İkinci olarak, bir yabancıya sırf kendi ülkesinin vatandaşı ile evlenmesi nedeniyle kendi iradesi bu yönde olmasa bile vatandaşlık vermek "kişiye zorla vatandaşlık yüklen-

BİLGİN
TIRYAKIOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

memelidir" ilkesi ile çelişmektedir.¹⁶ Eğer Türk vatandaşı ile evlenen yabancılar bu evlilik nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak istiyorlarsa, onlara, bu imkânı diğer yabancılara göre daha kolay şartlarda tanımak yeterli olacaktır. Bu ise, söz konusu kişilere kolaylaştırılmış (istisnai) telsik yoluyla vatandaşlığı kazanma imkânı verilmesi şeklinde olabilirdi; ancak 5901 sayılı TVK, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasını genel olarak vatandaşlığa alınmadan daha kolay şartlarda, istisnai yoldan vatandaşlığı kazanmaya göre ise daha ağır şartlarda olmak üzere "*evlenme*" başlığı altında özel olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. Kanun'un gerekçesinde Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi¹⁷ ile uyumlu bir Kanun yapma amacından bahsedilmiş olması, bir Türk vatandaşı ile evli olan yabancı eşe, mutlaka istisnai haller başlığında Türk vatandaşlığını kazanma imkânı tanınmasını zorunlu kılmamaktadır. Nitekim 5901 sayılı TVK, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasını genel olarak vatandaşlığa alınmaya göre daha kolay şartlara bağlamış olmakla, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile uyumlu bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır.

3. İkamet ve İkamet Şartının Arandığı Durumlarda Sürelerin Hesaplanması

5901 sayılı TVK'nun 15(1). maddesinde yer alan "*bir yabancı için ikamet, Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye'de oturmaktadır. Türk vatandaşlığını kazanma talebinde bulunan bir yabancı başvuru için aranan ikamet süresi içinde toplam altı ayı geçmemek*

¹⁶ Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin kabul ettiği temel ilkelerden biri de, bir devlet vatandaşının yabancı ile yapmış olduğu evliliğin, diğer eşin vatandaşlığını otomatikman etkilememesi ilkesidir (m. 4(d)). 403 sayılı TVK'nun 5. maddesinde yapılan değişikliğin, evlenme nedeniyle otomatik vatandaşlık bahşetmekten kaçınma ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi hususunda ayrıca bkz. Güngör, *Acquisition of Turkish Nationality*, s. 33.

¹⁷ Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, kolaylaştırılmış telsik yolundan istifade edebilecekleri belirlerken, ilk sırada eşleri saymıştır (m. 6(4)(a)). Burada kastedilen, bir devletin, kendi vatandaşlarının yabancı eşlerine istisnai yoldan vatandaşlık kazanma imkânını tanımamasıdır.

üzere Türkiye dışında bulunabilir. Türkiye dışında geçirilen süreler bu Kanun'da öngörülen ikamet süreleri içinde değerlendirilir" hükmü, Kanun'un ikamet şartını aradığı maddeler bakımından önem taşımaktadır. Bu çerçevede, ikamet şartının arandığı ilk durum 5901 sayılı TVK'nın 11(1) maddesinin (b) bendinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancının, diğer şartlar yanında "başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmek" şartını da gerçekleştirmesi gerekmektedir. İkamet şartının arandığı ikinci durum ise, Kanun'un 14. maddesinde düzenlenmiş olup, bu maddeye göre yeniden Türk vatandaşı olmak için başvuranların Türkiye'de üç yıl ikamet etmesi şartı aranmaktadır.

İster 11. madde uyarınca olsun, ister 14. madde uyarınca olsun, başvuruda bulunan kişinin yurt dışında bulunduğu sürenin altı ayı geçmemesi gerekir. Yurt dışında geçirilen sürelerin altı ayı aşması halinde ikamet süresi kesilecek, bu süre altı ayı geçtiği andan itibaren ikamet süresi yeniden başlayacaktır. 5901 sayılı TVK'nın 15. maddesinde öngörülen altı aylık sürenin, 14. maddedeki üç yıllık ikamet süresi bakımından makul bir süre olduğunu düşünüyoruz; her yıl için iki ayın yurt dışında geçirilmiş olması normal kabul edilebilir.¹⁸ Bununla beraber, altı aylık sürenin, 11. maddede yer alan beş yıllık ikamet şartı için yetersiz olduğunu düşünüyoruz. Çünkü 11. maddeye göre başvuruda bulunmak isteyen bir yabancı, örneğin dokuz yıldan beri Türkiye'de Türk kanunlarına göre ikamet ediyor olsa bile, eğer yurt dışında kaldığı süre toplam altı ayı aşmış ise, bu şartı yerine getirememiş olacaktır. Günümüzün hayat koşulları dikkate alındığında 11. maddede öngörülen beş yıllık ikamet bakımından, her yıl için iki ay yurt dışında kalma süresinin kabul edilerek bu sürenin en azından on ay olarak tespit edilmesi daha gerçekçi bir çözüm olurdu.

¹⁸ Üstelik 5901 sayılı TVK'nın Geçici 1. maddesi uyarınca Türk soylu yabancılar için, 11. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde öngörülen ikamet süresi 31.12.1010 tarihine kadar iki yıl olarak uygulanmaktadır. Bu durumda olan kişiler bakımından da yurt dışında geçirilen sürelerin toplam altı ayı aşmaması aranmaktadır.

4. Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşlığının Kazanılmasının Geçerliliği ve Sonuçları

a. Vatandaşlığın Kazanılması Anı

5901 sayılı TVK'nın 20(1). maddesi, Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin tüm kararların, karar tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğini belirtmektedir.

b. Eş ve Çocuklar Üzerindeki Etkisi

5901 sayılı TVK'nın 20(2). maddesi uyarınca, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması eşin vatandaşlığına tesir etmez. 403 sayılı TVK'nın 15. maddesi de aynı ilkeyi kabul etmiş ve vatandaşlığa alınmanın eşin vatandaşlığına tesir etmeyeceğini belirtmiş olmakla beraber, bu kurala, vatansız kadının kocasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanacağını öngörmek suretiyle bir istisna getirmişti. Yeni TVK'da, böyle bir istisnaya yer verilmemiştir ki, bu iki açıdan isabetlidir. Bir kere, sadece vatansız kadının kocasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanması, erkekler için böyle bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle kadın-erkek eşitliğine aykırıdır ve Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin m. 5(1). maddesi cinsiyet ayrımını yasaklamaktadır. İkinci olarak, vatansızlığı önlemek gerekçesiyle bile olsa, başka bir devletin vatandaşlığını kazanan eşe bağlı olarak, diğer eşe otomatikman vatandaşlık verilmesi, ilgili kişinin iradesi dışında vatandaşlık kazanması anlamına gelmektedir ve bu durum Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 4(d) maddesinde ifadesini bulan eşe bağlı olarak vatandaşlığın kendiliğinden kazanılmaması ilkesi ile çelişmektedir.

5901 sayılı TVK'nın, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasının çocuklar üzerindeki etkisi ile ilgili getirdiği düzenleme de 403 sayılı TVK'nın taşıdığı sakıncaları bertaraf etmiştir.¹⁹ 403 sayılı TVK'nın konuyu düzenleyen 16.

¹⁹ 403 sayılı TVK'nın çifte vatandaşlığı önlemek için getirdiği kuralların içerdiği tutarsızlıklar hakkında bkz. Tiryakioğlu, *Citizenship*, s. 10-11.

maddesi, babanın çocuklarının, vatandaşlığa alınan babalarına bağlı olarak Türk vatandaşı olması için "küçük" olmalarını yeterli görürken, ananın çocuklarının anaya bağlı olarak Türk vatandaşı olması için "küçük" olmalarının yanı sıra, çifte vatandaşlığı önleme amacı ile başka bazı şartların da gerçekleşmesini aramaktaydı. Böyle bir düzenlemenin kadın ve erkek eşitliğine aykırı düştüğü tartışmasızdır. Eğer amaç, gerçekten de çifte vatandaşlığı önlemek olsaydı, o zaman Türk vatandaşlığına alınan erkeklerin küçük çocukları bakımından da, aynen kadının küçük çocuklarının Türk vatandaşlığını kazanması için aranan şartlara benzer diğer bazı şartları aramak gerekirdi. Yeni TVK'nın, 20(2). maddesi ile bu ayrımcılık kaldırılmıştır. Söz konusu madde uyarınca, "Ana veya babanın Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte velayeti kendisinde bulunan çocukları, diğer eşin muvafakat etmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır. Muvafakat verilmemesi halinde ana veya babanın mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki hâkim kararına göre işlem yapılır". Bu hüküm, vatandaşlığın kazanılmasının çocuklar üzerindeki etkisini, ana ve baba ayrımı gözetmeksizin belirlemiş olması ve basitliği nedeniyle isabetlidir.

Yeni TVK'nın 20. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Ana veya babanın Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte kendileri ile birlikte işlem görmeyen çocukları, ergin olduktan sonra Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvurdukları takdirde haklarında 11 inci madde hükümleri uygulanır". Söz konusu maddede, böyle bir hükme niçin yer verildiği anlaşılmamaktadır. Eğer, kanun koyucu, bu durumda bulunan çocukların Türk vatandaşlığını kazanması için daha elverişli bir yol getirme amacını gütmüş olsaydı, o zaman bu çocuklar hakkında, bu amaca yönelik olarak özel bir düzenlemeye gerek olabilirdi. Kanun koyucu, böyle bir amaç gütmeye ve bu çocuklar reşit olmalarından itibaren zaten diğer yabancılar gibi 11. maddeye göre vatandaşlığı kazanmak için başvurma hakkına sahip olduğuna göre 20. maddenin (3) fıkrasında böyle bir düzenleme yapılmasının gerekli olmadığını düşünüyoruz.

B. Türk Vatandaşlığının Evlat Edinilme ile Kazanılması

5901 sayılı TVK, 9. maddesinde, evlat edinilme yoluyla vatandaşlığın kazanulmasını, yetkili makam kararı ve seçme hakkının yanı sıra vatandaşlığın sonradan kazanıldığı üç temel kategoriden biri olarak belirlemiştir. Bununla birlikte, yeni TVK'da evlat edinme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının, 17. maddedeki hüküm nazara alındığında yetkili makam kararıyla kazanma türü olarak mı kabul edildiği, yoksa kanun yoluyla kazanma türü olarak mı düzenlendiği tartışmasının yaşanacağını düşünüyoruz.

Evlat edinme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının, yeni TVK'nun 9. maddesinde sonradan vatandaşlık kazanma halleri arasında yetkili makam kararı ile kazanmadan ayrı olarak sayılmasından hareketle bu tür kazanmanın kanun yolu ile kazanma türüne benzer bir şekilde düzenlenmiş olduğu ileri sürülebilirse de, 17. maddede yer alan iki husus bu tür bir değerlendirme yapmamıza olanak vermemektedir. Her şeyden önce, bu durumda 17. maddede yer alan "*karar tarihi*" ile yetkili makamın kararının mı, yoksa evlat edinme kararının mı kastedildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir; ne var ki, 17. maddede ve maddenin gerekçesinde bu konuda bir açıklama yoktur. İkinci olarak, evlat edinmenin kanun yoluyla vatandaşlığın kazanılması olarak kabul edildiği durumlarda "*milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunmama*" şartına yer yoktur; buna rağmen, 17. maddede bu şartlara yer verilmiştir.

Kanun'da, evlat edinme ile ilgili 17. maddenin sistematik açıdan bulunduğu yer ve maddenin içeriği, kanun koyucunun evlat edinilme yoluyla vatandaşlığın kazanulmasını yetkili makam kararı ile kazanma hali olarak kabul ettiği görüşünün ileri sürülmesine de imkân tanımaktadır. Zira 17. maddede aranan, evlatlığın milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunmaması şartı, Kanun'da sadece yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanıldığı hallerde aranmaktadır.

Kanaatimizce, kanun koyucu, evlat edinme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasını, 9. maddesinde yapmış olduğu ayırma rağmen, yetkili makam kararı ile kazanma gibi görmektedir. Her şeyden önce, yukarıda belirtildiği gibi, milli güvenlik ve kamu düzeni şartı, Kanun'un yetkili makam kararı ile kazanma türlerinde aradığı bir şarttır. Kanun'un sistematik yorumu da aynı sonuca varmamıza neden olmaktadır. Zira Kanun'da, 17. maddeyi takip eden 19. madde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında usul ve esasları; 20. madde ise yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasının geçerliğini ve sonuçlarını düzenlemiş bulunmaktadır. Bu gerekçelerden hareketle, 17. maddede düzenlenen evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması yolunun, kanun koyucu tarafından yetkili makam kararıyla kazanma türü olarak kabul edildiğini düşüntüyoruz.

Evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması, şartları bakımından da 403 sayılı TVK'ya göre esaslı farklılıklar içermektedir. 5901 sayılı TVK, bu yolla vatandaşlığın kazanılması bakımından iki şart aramaktadır. Kanun'un, 17. maddesine göre, bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişi, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir. 403 sayılı TVK'nın 3. maddesinde aranan şartlar, evlat edinilen kişinin küçük olması ön şartı ile birlikte çocuğun vatansız olması veya vatansız olmasına yol açan ihtimallerin varlığı üzerine kurulmuştur. Dolayısıyla, evlatlığın zaten bir vatandaşlığının olması ihtimali varsa, TVK m. 3'deki şartlar gerçekleşmemiş olacağından, evlatlık da Türk vatandaşlığını kazanamıyordu. 5901 sayılı TVK'nın çifte/çok vatandaşlığa olumlu yaklaşımı nedeniyle, 403 sayılı TVK'da evlat edinilenin Türk vatandaşlığını kazanması için aranan şartlara yer vermemiş olması tutarlı bir çözüm yoludur.

C. 5901 sayılı TVK'ya göre Türk Vatandaşlığının Seçme Hakkı ile Kazanılması

1. Seçme Hakkı Konusunda Kanun'un Genel Yaklaşımı

5901 sayılı TVK'nun seçme hakkını düzenleyen 21. maddesi şu hükmü içermektedir: *"27 nci madde uyarınca ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden çocuklar ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kazanabilirler"*. Bu hükmün de açıkça ortaya koyduğu gibi, 5901 sayılı TVK, Türk vatandaşlığının seçme hakkı ile kazanılmasını, bu hakkı kullanacak kişiler bakımından 403 sayılı TVK'ya göre farklı düzenlemiştir.

403 sayılı TVK, seçme hakkı ile Türk vatandaşlığını kazanacak kişileri, küçükler (m. 12) ile evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kaybeden kadın (m.12) olmak üzere iki gruba ayırmıştı. Ana ve/veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden küçükler reşit olmalarından başlayarak bir yıl içinde (TVK m. 12); evlenme yoluyla Türk vatandaşlığından ayrılan kadın ise bu evliliğin sona ermesinden itibaren üç yıl içinde (TVK m. 13) seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanabiliyordu.

5901 sayılı TVK, evlenerek Türk vatandaşlığından ayrılan kadınlara seçme hakkı tanıyarak Türk vatandaşlığına dönme imkânı veren 403 sayılı TVK'nun 13. maddesine benzer bir hükme yer vermemiştir. Çünkü 403 sayılı TVK m. 13'ün temelini teşkil eden ve seçme hakkının kullanılmasını gerektiren sebep de 5901 sayılı TVK'da yer almamıştır. Diğer bir ifade ile, yeni Kanun, bir Türk vatandaşı kadının yabancı erkekle evlenerek kocasının vatandaşlığını seçmek suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılmasına imkân tanımadığından, bu kişilerin seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanmasına dayanak teşkil edecek durum da ortadan kalkmış olmaktadır.

5901 sayılı TVK, bir taraftan seçme hakkını kullanacak grup olarak sadece küçükleri belirlerken, öte yandan bu hak-

kı kullanacak küçükleri de 403 sayılı TVK'ya göre daha sınırlı olarak düzenlenmiştir. Nitekim 403 sayılı TVK'nun 12. maddesinin (b) bendinde yer alan seçme hakkına karşılık gelen herhangi bir hükme yeni Kanun'da yer verilmemiştir. 5901 sayılı TVK, her ne şekilde olursa olsun evlenme veya evlenmenin sona ermesi ile ilgili sebeplere bağlı seçme hakkını kaldırılmış olduğundan, bu durumda olan kişileri takip ederek vatandaşlığı değişen küçük çocuklar kategorisi de artık ortaya çıkmayacaktır. Dolayısıyla, bu kategoriye giren çocukların seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanmalarının hukukî dayanağı ortadan kalkmıştır.²⁰

5901 sayılı TVK'nun 21. maddesine göre, seçme hakkını kullanacak kişiler Kanun'un 27. maddesi uyarınca ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden küçük çocuklar olarak belirlenmiştir. 27. madde Türk vatandaşlığından çıkmanın geçerliliği ve sonuçlarını düzenlemektedir. Bu durumda, 5901 sayılı TVK'nun, sadece Türk vatandaşlığından çıkma izni almak suretiyle ayrılan ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden küçük çocuklara seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığına dönme hakkını tanıdığı anlaşılmaktadır. Bununla beraber, yeni Kanun'un seçme hakkı ile Türk vatandaşlığının kaybını düzenleyen 35. maddesinin ikinci fıkrasını da göz önüne almak gerekir. Söz konusu maddede, "*seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin eşleri ve çocukları hakkında 27 nci madde hükümleri uygulanır*" hükmüne yer verilmiştir. Her iki hüküm birlikte ele alındığında, çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin küçük çocukları gibi, 35. maddenin 2. fıkrasında yapılan atıf nedeniyle seçme hakkını kullanarak Türk

²⁰ 403 sayılı TVK'nun 12 (b). maddesi uyarınca "*30 ve 37 nci maddeler gereğince analarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden küçükler*" seçme hakkını kullanacak olan ilk grup olarak belirlenmiştir. 30. ve 37. maddeler evlenme ile ilgili sonuçları düzenlemektedir. 5901 sayılı TVK, yabancı ile evlenen kadının Türk vatandaşlığından ayrılması hususunu ve Türkle yaptığı evliliği sona eren kadının seçme hakkını düzenlemediğinden, 403 sayılı TVK'da olduğu gibi bir sonuç (söz konusu kadının çocukları için arneyi takip ederek Türk vatandaşlığından ayrılma sonucu) hiç bir zaman ortaya çıkmayacaktır.

vatandaşlığından ayrılan kişilerin küçük çocuklarının da seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri sonucuna varılabilir.²¹ Gerçekten de, Türk vatandaşlığından izin alarak çıkan kişilerin çocuklarına bu hak tanınmıyorsa, aynı hakkın Türk vatandaşlığından seçme hakkını kullanarak ayrılan kişilerin çocuklarına da tanınması gerekmektedir. Ne var ki, bu sonucun ortaya çıkması için 21. maddede, 27. maddenin yanı sıra 35. maddeye de açıkça atıf yapılması gerekirdi. 5901 sayılı TVK'nın 21. maddesinde, Kanun'un 35(2). maddesine göre seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin çocukların seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanmalarını sağlayacak atıf yapılmamış olduğundan, söz konusu çocukların 21. maddeye göre Türk vatandaşlığını kazanamayacakları sonucuna varmak gerekir. Aksine bir yorum, Anayasa'nın 66. maddesinin üçüncü fıkrasındaki kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

Seçme hakkının kullanılması için 403 sayılı TVK'da öngörülen bir yıllık süre, 5901 sayılı TVK'da üç yıl olarak belirlenmiştir. Yeni Kanun'un 21. maddesinin seçme hakkını kullanma imkânı tanıdığı kişiler, reşit olmalarından itibaren üç yıl içinde bu haklarını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanabilirler.

2. Türk Vatandaşlığının Seçme Hakkı ile Kazanılmasının Geçerliliği ve Sonuçları

a. Başvuru Makamları ve Şekli

Seçme hakkı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin başvurular için 5901 sayılı TVK ile getirilen esaslı bir değişiklik yoktur. 403 sayılı TVK'nun 43. maddesi, hem Türk vatandaşlığının seçme hakkı ile kazanılması, hem de kaybını

²¹ 403 sayılı TVK'nun 12(c) maddesinde de, vatandaşlıktan çıkan ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden küçükler (TVK m. 32) ile seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılan ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden küçükler (TVK m. 36), seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanacak kişiler arasında sayılmıştı.

ıçerecek şekilde Őu hųkme yer vermiŐti: "... seęme hakkı İęiŐleri Bakanlıęına gųnderilmek ųzere mahallin en bųyųk mųlkiye amirlięine ve yabancı memleketlerde de Tųrkiye elęilik veya konsolosluklarına yazılı bildirimde bulunmak suretiyle kullanılır". 5901 sayılı TVK'nun 37. maddesinin birinci fıkrasında ise, seęme hakkı da dahil olmak ųzere, Tųrk vatandaŐlıęının kazanılması ve kaybına iliŐkin tųm baŐvuruları kapsayacak Őekilde tek bir hųkųm getirerek, baŐvuruların yurt ięinde ikamet edilen yer valilięine, yurt dıŐında ise dıŐ temsilciliklere bizzat veya bu hakkın kullanılmasına iliŐkin vekâletname ile yapılacaęı belirtilmiŐtir.

b. Tųrk VatandaŐlıęını Kazanma Anı

403 sayılı TVK'da bu konuda ağık bir hųkme yer verilmemiŐti. Bununla beraber, ilgili Yųnetmelięin 18. maddesinde, baŐvuru makamlarına bir dilekęe vermenin vatandaŐlıęın kazanılması ięin yeterli olduğu, baŐvuru makamlarının seğme hakkına iliŐkin dileğin doğruluğunu tespit etmesi halinde derhal tescil yaparak İęiŐleri Bakanlığına bilgi verecekleri belirtilmekteydi. Bu çeręeve, 403 sayılı TVK'ya gųre seğme iradesinin kullanılması ile Tųrk vatandaŐlıęı kazanılmıŐ olmaktadır. 5901 sayılı TVK'nun 22. maddesinin birinci fıkrası ise, seğme hakkı ile vatandaŐlıęın kazanılması anını deęiŐtirmiŐtir. Buna gųre, seğme hakkı ile Tųrk vatandaŐlıęının kazanılması, bu hakkın kullanılmasına dair Őartların tespitine iliŐkin karar tarihinden itibaren hųkųm ifade edecektir.

c. EŐ ve çocuklar ųzerindeki Etkisi

5901 sayılı TVK, 403 sayılı TVK'da olduęu gibi, seęme hakkının eŐ ve çocuklar ųzerindeki etkisini, yetkili makam kararı ile vatandaŐlıęın kazanılmasının sonuęlarını dųzenleyen hųkųmlere atıf yapmak suretiyle dųzenlemiŐtir. 5901 sayılı TVK'nun 22(2). maddesi uyarınca, seęme hakkını kullanarak Tųrk vatandaŐlıęını kazanan kiŐilerin eŐleri ve çocukları

BİLGİN
TİRYAKİOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

hakkında 20. madde hükümleri uygulanır.²² Biz de bu noktada, tekrardan kaçınmak amacıyla, 20. madde hakkında yukarıda yaptığımız açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

3. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Vatandaşlarına Tanınan Seçme Hakkı

5901 sayılı Kanun'un "İkinci Bölüm"ünde düzenlenen Türk vatandaşlığının kazanılması yolları arasında sayılmayan, ancak düzenleme tarzı itibarıyla seçme hakkının kullanılmasını suretiyle Türk vatandaşlığın kazanılması olarak nitelendirilecek bir kazanma yolu Kanun'un "Çeşitli Hükümler" başlığını taşıyan "Beşinci Bölüm"ünde (m. 42) yer almaktadır. Söz konusu hüküm, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) vatandaşları için seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanma imkânı getirmektedir.²³ Bu hükümden yararlanmak için aranan tek şart, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlığının doğumla kazanılmış olmasıdır. Her ne kadar, Kanun'un 42. maddesinin ilk fıkrasında doğumla kazanma şartı aranmamış ise de, söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, KKTC vatandaşlığını sonradan kazananlar hakkında 11. madde hükmünün uygulanacağını belirtilmiş olması bizim bu sonuca varmamıza neden olmaktadır. Bu durumda KKTC vatandaşlığını aslen kazanmış olanlar, 42. maddenin ilk fıkrasındaki seçme hakkını kullanmak suretiyle, sonradan kazanmış olanlar ise yetkili makam kararıyla Türk vatandaşı olabileceklerdir. 42. maddeye göre Türk vatandaşlığını seçen kişilerin eş ve çocukları bakımından özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durumda, 42. madde uyarınca seçme hakkını kullanan kişinin eşi ve çocukları, Türk vatandaşı olmak isterlerse, 11. madde uyarınca başvuruda bulunacaklardır.

²² 5901 sayılı TVK'nun 20. maddesi yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının geçerliliği ve sonuçlarını düzenlemektedir.

²³ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşları için benzer bir düzenleme, 28.5.2003 tarih ve 4862 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 403 sayılı TVK'nun Beşinci Bölümüne eklenen Ek Madde 1'de de yer almaktadır.

V. Türk Vatandaşlığının Kaybı

5901 sayılı TVK'nun "Üçüncü Bölüm"ünde yer alan yetkili makam kararıyla irade dışı kayıp halleri ile ilgili düzenlemeler reform niteliğindeki değişiklikler olarak nitelendirilebilir. Kanun'un 24(1) maddesi uyarınca, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kaybı; çıkma, kaybettirme ve vatandaşlığın iptali olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Vatandaşlığın yetkili makam kararıyla kaybının tek iradî yolu olan "*vatandaşlıktan çıkma*" bakımından 5901 sayılı TVK'da, önemli bir değişiklik getirilmemekle beraber, irade dışı kayıp halleri ile ilgili düzenlemeler çağdaş bir vatandaşlık kanununun gereklerini karşılayacak niteliktedir. 403 sayılı TVK'da yer alan kaybettirme sebeplerinin büyük bir çoğunluğu yeni Kanun'da yer almamaktadır.²⁴ Çıkarma müessesesi ise yeni Kanun ile tamamen kaldırılmıştır.

5901 sayılı TVK, vatandaşlığın kaybı ile ilgili olarak, sistematik yapıyı etkileyen değişiklikler de getirmiş bulunmaktadır. Yeni Kanun, kanun yoluyla kayıp kategorisine yer vermeyerek, vatandaşlığın kaybı hallerini sistematik açıdan iki kategoriye indirmiştir. Bunlar, Kanun'un 23(1). maddesi uyarınca, yetkili makam kararı ve seçme hakkının kullanılması yoluyla vatandaşlığın kaybı halleridir. Kanun'un, bu yöndeki tercihi isabetlidir. Gerçekten de, 403 sayılı TVK'nın 19. maddesinde kanun yoluyla kayıp başlığı altında düzenlense de evlenme, niteliği itibarıyla kanun yoluyla vatandaşlığın kaybı olmayıp, seçme hakkının kullanılması suretiyle kayıp hali olarak nitelendirilmekteydi.²⁵ 5901 sayılı TVK, kabul ettiği bu sistematik içinde evlenmeyi kanun yoluyla kayıp yolu olmaktan çıkardığı gibi, Türk vatandaşlığının herhangi bir şekilde kaybı yolu olarak da görmemektedir.

²⁴ 5901 sayılı TVK, 403 sayılı TVK'da sekiz başlık altında sayılan kaybettirme sebeplerini üçe indirmiştir.

²⁵ Nitekim bazı eserlerde evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kaybı, isabetli olarak, seçme hakkı ile kayıp başlığı altında yer almıştır. Örneğin bkz. Aybay, s. 184-185.

5901 sayılı TVK'nın, vatandaşlığın kaybı ile ilgili getirdiği diğer bir değişiklik, vatandaşlığa alınmanın iptali ile ilgili olup, Kanun, bu müesseseyi daha geniş bir kategoriye kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

5901 sayılı TVK'nın, 403 sayılı TVK'dan diğer bir farkı da, vatandaşlığın kaybının genel sonucuna ilişkin ortak bir hükme yer vermeyip, her bir kayıp hali bakımından ayrı ayrı kayıp anını ve kaybın sonuçlarını belirlemiş olmasıdır.

A. Türk Vatandaşlığından Çıkma

5901 sayılı TVK, vatandaşlıktan çıkma konusunda bazı farklılıklar içermekle beraber 403 sayılı TVK'nın kabul ettiği esasları benimsemiştir.

1. Şartları

Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyen kişilerde aranan ilk şart, 403 sayılı TVK'da olduğu gibi reşit ve mümeyyiz olma şartıdır. Bununla birlikte, Yeni Kanun'da bu şart (m. 25(1)(a)), Medeni Kanun'un terminolojisi ile uyum sağlamak amacıyla ergin ve ayırt etme gücüne sahip olma şeklinde ifade edilmiştir.

5901 sayılı TVK'nın vatandaşlıktan çıkma için aradığı ikinci şart, vatansızlığın önüne geçmek için getirilmiş bulunan yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmaktır (m. 25(1)(b)). 403 sayılı TVK'da da aynı şart "herhangi bir nedenle" ibaresi dışında yer almıştı. Yeni Kanun'da bu ibareye yer verilmemiş olmakla beraber, söz konusu ibare 25. maddenin gerekçesinde geçmektedir.

5901 sayılı TVK'nın aradığı üçüncü şart, herhangi bir suç veya askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamaktır. 403 sayılı TVK, herhangi bir suç nedeniyle aranan kişilerden olmama şartını aramakla beraber askerlik ile ilgili bir şartta yer vermemişti. 5901 sayılı TVK, askerlik nedenliye aranan

kişilerden olmama şartını getirmiştir. 403 sayılı TVK'da 2003 yılında değişiklik yapılmadan önce, çıkma şartları arasında "muvazzaf askerlik hizmetini yapmış olmak veya yapmış sayılmak" şartı aranmaktaydı. 5901 sayılı TVK'nın, askerlik nedeniyle aranan kişilerden olmama şartına yer vermiş olması, 403 sayılı TVK'da 2003 değişikliğinden önce aranan şartın tekrar gündeme getirmiş olduğu izlenimini uyandırır da, 5901 sayılı TVK, askerlik hizmetinin yapılıp yapılmamasıyla ilgilenmemekte, askerlik nedeniyle aranan kişilerden olmama hususu üzerinde durmaktadır. Zira askerlik hizmetini yapmayan ya da yapmış sayılmayan kişiler de yeni TVK uyarınca Türk vatandaşlığından çıkma izni almak için başvurma imkânına sahiptir.

Yeni TVK'da aranan son şart ise, vatandaşlıktan çıkmak isteyen kişinin, hakkında herhangi bir mali ve cezaî tahdit bulunmamasıdır. 403 sayılı TVK'da da aynı hüküme yer verilmişti. 5901 sayılı TVK'nın 25. maddesinin gerekçesinden de anlaşılacağı gibi, bu şartın amacı, herhangi bir suç nedeniyle arananlar ile mali ve cezaî tahdidi bulunanlara, devletin bu kişiler üzerindeki tasarrufunun ortadan kalkmaması için çıkma izni vermemektir.

2. Türk Vatandaşlığından Çıkma Belgeleri

5901 sayılı TVK, 26. maddesinde, 403 sayılı TVK'nın konuya ilişkin 22. maddesindeki "çıkma ve izin belgeleri" yerine "Türk vatandaşlığından çıkma belgeleri" başlığını tercih etmiş olmakla beraber, yeni Kanun'un söz konusu maddesinde hem çıkma, hem de izin belgesinden bahsedilmektedir.

5901 sayılı TVK'nın 26. maddesinin ilk fıkrası uyarınca yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmak üzere Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyenlerden talepleri uygun görülere Bakanlıkça, Türk vatandaşlığından çıkma izin belgesi; verilen izin sonucunda veya önceden yabancı bir devlet vatandaşlığını kazandığını belgeleyenlere ise Türk vatandaşlığından çıkma belgesi verilir. Bu hükümden de anlaşılaca-

BİLGİN
TIRYAKIOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

ğı üzere, çıkma belgesi, 403 sayılı TVK'da olduğu gibi, ya yabancı bir devlet vatandaşlığını kazandığını belgeleyenlere, ya da çıkma izin belgesi alıp, verilen bu izin sonucunda yabancı bir devlet vatandaşlığını kazananlara verilmektedir.

Çıkma izin belgesi ise henüz yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmamış, ancak kazanmak ve Türk vatandaşlığından çıkmak isteyenlere verilen bir belgedir. Bu belge, karar tarihinden itibaren iki yıl geçerlidir. İzin belgesini alanlar bu süre içerisinde yurt içinde ikamet edilen yer valiliğine, yurt dışında ise dış temsilciliklere yabancı devlet vatandaşlığını kazandıklarına dair bilgi ve belgeleri vermek zorundadır. Süresi içinde yabancı devlet vatandaşlığının kazanılamaması durumunda çıkma izin belgesi geçersiz hale gelir (5901 sayılı TVK m. 26(2)).

403 sayılı TVK'da ise, iki türlü izin belgesinden bahsedilmekteydi. İlk izin belgesi, 5901 sayılı TVK'nun da düzenlemiş olduğu henüz başka bir devlet vatandaşlığını kazanmamış, ancak Türk vatandaşlığından çıkmak isteyenlere verilen belgedir. 403 sayılı TVK'da düzenlenen ikinci izin belgesine ise 5901 sayılı TVK'da yer verilmemiştir. Bu ikinci izin belgesi, 403 sayılı TVK'nun 22. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen, başka bir devlet vatandaşlığını kazanmak isteyen, ancak Türk vatandaşlığını da muhafaza etmek isteyen kişilere verilmekteydi. 5901 sayılı TVK'da, bu ikinci tür izin belgesinin düzenlenmemiş olmasının nedeni, bu Kanun ile birlikte bir Türk vatandaşının, vatandaşlığını muhafaza ederek başka bir devlet vatandaşlığını kazanmak istemesi halinde artık izin almasına gerek kalmamış olmasıdır.

403 sayılı TVK'da gerek çıkma izin belgesinin, gerek başka bir devlet vatandaşlığını kazanmak isteyenlere verilen izin belgesinin süresi üç yıl olarak tespit edilmiş olup (m. 22/IV), bu belgeleri alan kişilerin anılan süre içerisinde yetkili makamlara gerekli bilgi ve belgeleri vermemiş olmaları yaptırma bağlanmıştı. 403 sayılı TVK'nun 23. maddesinin II. fıkrasına göre, bu gibi kişilerin Türk vatandaşlığını kaybedip etmediklerine, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Ku-

rule'nce karar verilebilecekti; ancak sırf gerekli bilgi ve belgelerin verilmemesi nedeniyle böylesine ağır bir yaptırımın öngörülmüş olması isabetli değildi. 5901 sayılı TVK, çıkma izin belgesinin süresinin iki yıl olduğunu ve süresi içinde vatandaşlık kazanılamaması halinde çıkma izin belgesinin geçersiz hale geleceğini öngörmekle daha makul bir yaklaşımı tercih etmiştir (m. 26(2)).²⁶ Dolayısıyla, verilen süre içinde yabancı devlet vatandaşlığını kazanıp da bilgi vermeyenler için ortaya çıkacak muhtemel sonuç, bu gibilerin 44. madde uyarınca nüfus aile kütüklerindeki kayıtlarına çok vatandaşlığa sahip olduklarına dair açıklama yapılamayacak olmasıdır. Verilen süre içinde yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanamayanlar ise, gerekli bilgi ve belgeleri yetkili makama vermemiş olsalar bile, onlar için her hangi bir yaptırım söz konusu olmayacak, sadece izin belgesi geçersiz hale gelecektir. Bu kişiler yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanıp, Türk vatandaşlığından çıkmak konusunda hâlâ isteklilerse, yeni bir izin belgesi alacaklardır.

3. Türk Vatandaşlığından Çıkmanın Geçerliliği ve Sonuçları

5901 sayılı TVK, Türk vatandaşlığından çıkmanın geçerliliği ve sonuçları başlığı altında vatandaşlığın kaybedildiği an ve çıkmanın eş ile çocuklar üzerindeki etkisini düzenlemiştir.

a. Türk Vatandaşlığının Kaybı Anı

5901 sayılı TVK, Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin hangi anda Türk vatandaşlığını kaybedecekleri konusunda, 403. sayılı TVK ile aynı yaklaşımı benimsemiştir. Yeni Kanun'un 27. maddesinin ilk fıkrasına göre, vatandaşlığın kaybı anı, çıkma belgesinin ilgiliye imza karşılığı teslim edil-

²⁶ 5901 sayılı TVK'nın 26. maddesinin gerekçesinde, söz konusu belgeyi alanların yabancı devlet vatandaşlığını kazandıklarına dair bilgi ve belgeleri vermek zorunda oldukları ifade edilerek verilen sürenin kullanılmasının disipline edilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir.

diği andır ve bu anda Türk vatandaşlığı kaybedilir. Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin nüfus aile kütüklerindeki kayıtları kapatılır ve bu kişiler kayıp tarihinden itibaren yabancı muamelesine tâbi tutulur.

b. Çıkmanın Eş ve Çocuklar Üzerindeki Etkileri

5901 sayılı TVK'nun 27. maddesinin ikinci fıkrası, aynen 403 sayılı TVK'nun 31. maddesinde olduğu gibi, eşlerden birinin çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybetmesinin diğer eşin vatandaşlığına tesir etmeyeceği ilkesini kabul etmiştir. 5901 sayılı TVK'nun, çıkmanın çocukların vatandaşlığı üzerindeki etkisi ile ilgili düzenlemesi, 403 sayılı TVK'dan farklıdır. 403 sayılı TVK'nun 32. maddesinde, çıkmanın çocukların vatandaşlığı üzerindeki etkisi, çocukların küçük olması ön şartıyla, vatandaşlıktan çıkan kişinin ana veya baba olması halleri için ayrı ayrı düzenlenmiş; ancak her iki durumda da diğer eşin muvafakat etmesi şartı aranmış ve muvafakatin verilmemesi halinde hâkim kararına göre işlem yapılacağı öngörülmüştü. 5901 sayılı TVK, çıkan kişinin ana veya baba olmasına göre yapılan ayrıma son vermiştir. Yeni Kanun'un 27(2). maddesinde, Türk vatandaşlığını kaybeden ana ya da babanın talebinin bulunması ve diğer eşin de muvafakat etmesi halinde çocukların da kendileri ile birlikte Türk vatandaşlığını kaybedecekleri belirtilerek, muvafakatin verilmemesi halinde hâkim kararına göre işlem yapılacağı öngörülmüştür. Söz konusu maddede, küçük olma şartından bahsedilmemekte, sadece çocuklar ibaresine yer verilmektedir. 5901 sayılı TVK'nun tanımlarla ilgili 3. maddesine çocuk ile ne kastedildiği de belirtilmemiştir. Her ne kadar çocuk ile kastedilenin, reşit olmayanlar yani küçükler olduğu sonucuna varmak mümkünse de, bu hususun Kanun'da açık olarak belirtilmesi bu konuda ortaya çıkacak tartışmaları bertaraf edeceğinden daha uygun bir çözüm tarzı olurdu.

5901 sayılı TVK'nun 27. maddesinin üçüncü fıkrasında, vatandaşlığın kaybı, çocukları vatansız kılacak ise çocukların Türk vatandaşı olarak kalacağı belirtilmektedir.

4. Çıkma İzni Almak Suretiyle Türk Vatandaşlığını Kaybeden Kişilere Tanınan Haklar

403 sayılı TVK'nın 29. maddesinde "kaybın sonuçları" üst başlığı altında "yabancı muamelesi ve saklı tutulan haklar" alt başlığı açılarak vatandaşlığın kaybı ile ilgili ortak sonuç ve vatandaşlıktan çıkma ile ilgili özel sonuçlar düzenlenmiş, çıkarma ve vatandaşlığa alınmanın iptaline bağlanan ağırlaştırılmış sonuçlar saklı tutulmuştur. 5901 sayılı TVK'da ise, her bir kayıp hali için ilgili maddelerde özel düzenleme getirilmiştir. Çıkma ile ilgili özel sonuçlar ise, 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesinde yer almaktadır:²⁷ "Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocukları; milli güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme ve muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler".

B. Türk Vatandaşlığını Kaybettirme

5901 sayılı TVK'da, 403 sayılı TVK'da yer alan kaybettirme sebeplerinin büyük bir çoğunluğuna yer verilmeyerek bu hususta çağdaş bir adım atılmıştır. Yeni Kanun'un 29. maddesinde, 403 sayılı TVK'da yer alan sekiz kaybettirme sebebinden ikisine yer verilmiş, ayrıca yeni bir kaybettirme sebebi eklenmiştir.²⁸

²⁷ Aynı hüküm bazı kelime farklılıkları dışında 403 sayılı TVK'da da yer almaktadır.

²⁸ 403 sayılı TVK'da yer alan, ancak yeni TVK'da kaldırılmış bulunan kaybettirme sebepleri hakkında değerlendirme için bkz. Tiryakioğlu, Bilgin, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Türk Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybedilmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler", (Tasarı), Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 689-691.

1. Kaybettirme Sebepleri

Yukarıda da belirtildiği gibi, 5901 sayılı TVK'da yer alan üç kaybettirme sebebinden ikisi 403 sayılı TVK'da da bulunmaktadır. Yeni Kanun'un 29. maddesinde üç bent halinde sayılan eylemlerde buldukları resmî makamlarca tespit edilen kişilerin Türk vatandaşlığı, Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile kaybettirilebilir.

5901 sayılı TVK'nun 29(1). maddesinin (a) bendinde sayılan kaybettirme sebebi 403 sayılı TVK'nun 25/I(b). bendinde düzenlenmiş olan kaybettirme sebebine karşılık gelmektedir. Yeni Kanun'un 29(1). maddesinin (a) bendi uyarınca, yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da bu görevi bırakmaları kendilerine yurt dışında dış temsilcilikler, yurt içinde ise mülkî idare amirleri tarafından bildirilmesine rağmen, üç aydan az olmamak üzere verilecek uygun bir süre içerisinde kendi istekleri ile bu görevi bırakmayanlar hakkında kaybettirme kararı verilebilecektir. Bu bent hükmünün uygulanmasında, hizmetin yurt içinde veya dışında verilmesi arasında herhangi bir fark gözetilmediği gibi, söz konusu hizmetin herhangi bir yabancı devlet için yapılan resmî veya özel, askerî veya sivil hizmet olması da önemli değildir. Hizmetin Türkiye'nin menfaatlerine uyup uymadığı yetkili makamın takdirine bırakılmıştır. Benzer bir kayıp sebebi, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 7(1)(d) maddesinde de yer almaktadır.²⁹

Yeni TVK'nun 29(1)(b). maddesinde, TVK'nun 25/I(c). maddesindeki "*Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde Bakanlar Kurulunun izni olmaksızın kendi istekleriyle çalışmaya devam edenler*" için getirilmiş olan kaybettirme yaptırımı muhafaza edilmiştir. Türkiye ile savaş halinde olan bir devletin hizmetinde izinsiz ve gönüllü olarak çalışmaya devam etmek vatandaşlık görevi ile bağdaşmadığından, bu

²⁹ Gerek Sözleşme'de, gerek 5901 sayılı Kanun'da kullanılan menfaat kriteri ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Tiryakioğlu, Tasarı, s. 692.

kaybettirme sebebinin 5901 sayılı TVK'da muhafaza edilmiş olmasının isabetli bir yaklaşım olduğunu düşünüyoruz.

Yeni TVK'nın 29(1). maddesinin (c) bendinde yer alan izin almaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapanlar ile ilgili kaybettirme sebebi 403 sayılı TVK'da bulunmamaktaydı. Bu hüküm ile, askerlik hizmetinin yabancı bir ülkede gönüllü olarak yapıyor olması yaptırımı bağlanmış olmaktadır. Benzer bir sebep, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 7(1). maddesinin (c) bendinde de yer almaktadır.

2. Türk Vatandaşlığının Kaybettirilmesinin Geçerliliği ve Sonuçları

403 sayılı TVK'nın vatandaşlığın kaybının genel sonuçlarını düzenleyen 29. maddesinde, Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulacağı belirtilmiş, ancak vatandaşlığın hangi anda kaybedilmiş olacağı ile ilgili bir düzenlemeye yer almamıştı. 5901 sayılı TVK'nın 30(1). maddesinde Türk vatandaşlığının kaybettirilmesinin, Bakanlar Kurulu kararının *Resmî Gazete*'de yayımlandığı tarihten itibaren hüküm ifade edeceği öngörülmüş ve böylelikle bu konudaki tartışmalarda da son verilmiştir.

5902 sayılı TVK, 403 sayılı TVK'da olduğu gibi kaybettirme kararının kişisel olduğunu ve ilgilinin eş ve çocuklarının vatandaşlığını etkilemeyeceğini kabul etmiştir (m. 30(2)).

C. Türk Vatandaşlığının İptali

5901 sayılı TVK'nın 31. maddesi, 403 sayılı TVK'da "*vatandaşlığa alınmanın iptali*" olarak adlandırılan müesseseyi, bazı değişiklikler getirerek yeniden düzenlemiştir. Yeni Kanun'un "*vatandaşlığa alınmanın iptali*" yerine, "*vatandaşlığın iptali*" kavramını tercih etmesinin altında yatan temel neden, Kanun'un yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kaza-

nulmasına ilişkin maddelerinde de (m. 11, 12, 13, 14, 16 ve hatta 17) "*vatandaşlığa alınma*" terimine yer verilmemiş olmasıdır. Bununla beraber, "*Türk vatandaşlığının iptali*" kavramı, hangi yolla kazandıklarına bakılmaksızın Türk vatandaşlarının vatandaşlığının iptal edilebileceği şeklinde bir yoruma yol açabilir. Esasen 5901 sayılı TVK, iptal müessesesini Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin tüm kararları içerecek şekilde düzenlemiş bulunduğundan, "*Türk vatandaşlığının iptali*" kavramı yerine "*vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin kararların iptali*" teriminin kullanılması gerekirdi.

1. İptal Sebepleri

5901 sayılı TVK'nın 31(1). maddesinde yer alan "*Türk vatandaşlığını kazanma kararı; ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda vuku bulmuş ise kararı veren makam tarafından iptal edilir*" hükmü ilk bakışta 403 sayılı TVK'nın 24. maddesinde yer alan "*vatandaşlığa alınma, ilgilinin yalan beyanı ve önemli hususları gizlemesi sonucu vukubulmuş ise*" hükmü ile ayrı şartları içeriyor gibi görünmektedir. Bununla beraber, 5901 sayılı TVK'nın ifade tarzındaki önemsiz görünen bazı farklılıklar yanlış anlaşılmalara sebep olacak niteliktedir. 403 sayılı TVK'nın 24. maddesindeki hüküm, esasen hem yalan beyanın, hem bazı hususların gizlenmesinin vatandaşlığa alınma kararı üzerinde etkili olması gereğinden bahsetmektedir.³⁰ Buna karşılık, yeni Kanun'un 31(1). maddesinin ifade tarzı, "*vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin kararın verilmesine esas teşkil etme*" kıstasının yalan beyanı kapsamadığı; sadece gizlenen önemli hususları kapsadığı şeklinde yorum yapılmasına elverişlidir. Oysa vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin kararlar, ister yalan beyan nedeniyle, ister bazı hususların gizlenmesi nedeniyle iptal edilsin, burada önemli olan, bunların Türk vatandaşlığının kazanılması kararı üzerinde etkili olup olmadığıdır. Nitekim

³⁰ İlgili kişi yalan beyanda bulunmasaydı veya önemli hususları gizlemeydi hakkında vatandaşlığa alınma kararı verilmeyecek idiyse, bu durumda iptal için sebepler oluşmuş demektir.

5901 sayılı TVK'nun 31. maddesinin gerekçesinde, "vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin karar, başvuru sahibinin gerçek dışı beyan ya da önemli hususları gizlemesi sonucu verilmiş ise kararın iptal edilmesi öngörülmüştür" açıklaması getirilmek suretiyle, esasen söz konusu kıstasın yalan beyan bakımından da geçerli olacağı ifade edilmiş olmaktadır.

2. Süre

403 sayılı TVK'da, vatandaşlığa alınma kararının iptal edilebilmesi için beş yıl süre öngörülmüş iken, 5901 sayılı TVK'da herhangi bir süre yer almamaktadır. Esasen Yeni Kanun'a ilişkin hazırlanan Tasarı'nın metninde bu süre on yıl olarak belirlenmişti. Tasarı'nın İçişleri Komisyonunda kabul edilen metninden, "işlemin baştan itibaren yok hükmünde olduğu" gerekçesiyle on yıllık süreyi öngören ikinci fıkra çıkarılmıştır.³¹ Kanaatimizce, vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin kararların iptali, ilgili kişinin vatandaşlık statüsü ile ilgili olması sebebiyle, 403 sayılı TVK'da olduğu gibi bir süre kabul edilmesi ve bunun beş yıl olarak belirlenmesi isabetli bir tercih olurdu.

3. Yetkili Makam

İptal konusunda, 5901 sayılı TVK'nun 403 sayılı TVK'dan diğer bir farkı da, iptal kararını vermeye yetkili kılınan makamlar ile ilgilidir. 403 sayılı TVK'nun 24. maddesinde, Bakanlar Kurulu vatandaşlığa alınma kararlarını iptal etmekle yetkili makam olarak tespit edilmişti. Böyle bir düzenleme, TVK'nun 8. maddesinin 2003 yılında değiştirilmesinden önceki orijinal hali göz önüne alındığında, yetkide paralellik ilkesi ile uyum içinde bulunuyordu. 403 sayılı TVK'da 2003 yılında yapılan değişikikten önce, vatandaşlığa alınma kararları için yetkili olan tek makam Bakanlar Kurulu olduğundan (TVK m. 6, 7 ve 8), bu kararların iptali yetkisi de Bakanlar Kurulu'na

³¹ Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 23, Yasama Yılı 2, S. Sayısı: 90.

BİLGİN
TIRYAKIOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

verilmişti. 2003 yılında 8. maddede yapılan değişiklik sonucu bazı hallerde vatandaşlığa alınma kararı için İçişleri Bakanlığı yetkili kılınmıştı. İçişleri Bakanlığı'nın kararı ile vatandaşlığın kazanıldığı bu durumlarda iptal kararının da anılan Bakanlık tarafından verilmesi gerekirdi. Ancak, 8. madde değiştirilirken, ona paralel olarak 24. maddede her hangi bir değişiklik yapılmadığından, vatandaşlığa alınma kararı hangi makam tarafından verilirse verilsin, bu kararların iptal edilmesi yetkisi Bakanlar Kurulunda kalmıştı.

5901 sayılı TVK'nun 31(1). maddesinde "...kararı veren makam tarafından iptal edilir" hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme, Kanun'un kendi sistemi içinde uyumlu olup yine yetkide paralellik esasına dayanmaktadır.

4. İptal Kararının Geçerliliği ve Sonuçları

5901 sayılı TVK'nun 32(1). maddesinde iptal kararının karar tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği ve iptal kararının ilgili kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan eş ve çocuklar hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür.

5901 sayılı TVK'nun 33(1). maddesinde, 403 sayılı TVK'da olduğu gibi, ilgili kişinin yabancı statüsüne girmesinin yanı sıra, iptal kararına bağlı olarak ortaya çıkabilecek ek sonuçlar hakkında da düzenleme yapmış ve vatandaşlığı iptal edilenlerin mallarının tasfiyesi ile ilgili özel bir hükme yer vermiştir: "*Vatandaşlığı iptal edilenler hakkında 15.7.1950 tarih ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Bunlardan mallarının tasfiyesi gerekli görülen hallerde, bu husus iptal kararında belirtilir. Bu kişiler en geç bir yıl içinde Türkiye'deki mallarını tasfiye etmek zorundadır. Aksi halde, malları Hazinece satılarak bedelleri nam ve hesaplarına kamu haznedarlığı sistemine dahil bir kamu bankasına yatırılır*".

Malların tasfiyesi, iptal kararının kanundan doğan bir sonucu olmayıp, yetkili makamın gerekli görmesi halinde verilebilecektir. Tasfiye yaptırımını içeren bir iptal kararı üzerine, ilgili kişiye tasfiyeyi yapması için bir yıllık süre tanınmıştır.

Bir yıllık süre, hak düşürücü süre olarak öngörülmüş olup, anılan süre içinde tasfiye yapılmadığı takdirde, malları tasfiye yetkisi hazineye geçmektedir. Yeni Kanun'un 33(2). maddesi uyarınca, *"bu kişiler iptal kararı aleyhine yargı yoluna başvurdukları takdirde malların tasfiyesi dava sonuna bırakılır"*.

D. Seçme Hakkının Kullanılması ile Türk Vatandaşlığının Kaybedilmesi

5901 sayılı TVK'da seçme hakkının kullanılması, Türk vatandaşlığının kaybedilmesinin ikinci yolu olarak düzenlenmiştir. 403 sayılı TVK'da seçme hakkı ile vatandaşlığın kaybı Türk vatandaşlığını kazanan çocuklar (m. 27) ile evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kadına tanınmış iken, 5901 sayılı TVK, seçme hakkını kullanacak kişiler arasında evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kadına yer vermemiştir. Bunun nedeni, 5901 sayılı TVK'da evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının, yetkili makam kararı ile kazanma olarak düzenlenmesi ve yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanma halinde ise, vatandaşlığı kazanan kişiye daha sonra seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılma imkânı tanınmasıdır. 5901 sayılı TVK'da evlenme yoluyla vatandaşlığı kazananlara seçme hakkı ile vatandaşlığın kaybı imkânı verilmemiş olduğundan, seçme hakkını kullanacak grup olarak, sadece Türk vatandaşlığını kazanmış olan çocuklar kalmıştır.

1. Seçme Hakkını Kullanabilecek Olanlar

5901 sayılı TVK'nun 34(1). maddesinde, Türk vatandaşlığını kazanmış olan çocuklardan hangilerinin bu hakkı kullanacağı düzenlenmiştir. Düzenleme, süre ve seçme hakkını kullanacak kişiler bakımından 403 sayılı TVK'dan ayrılmıştır. 403 sayılı TVK'da seçme hakkının kullanılması için öngörülen süre reşit olma tarihinden başlayarak iki yıl (TVK m. 27/I) olarak belirlenmiş iken, Yeni Kanun'da süre yine reşit olma tarihinden itibaren başlamak üzere üç yıl olarak öngö-

rülmüştür. Yeni Kanun, 403 sayılı TVK'nun 27. maddesinde ilk kategori olarak düzenlenen grubun kapsamına girenleri genişletirken, seçme hakkını kullanacak kişiler arasına yeni bir kategori daha eklemiştir. Geriye kalan üç grup hem yeni Kanun'da, hem 403 sayılı TVK'da aynıdır.

403 sayılı TVK'nun 27. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca, seçme hakkını kullanacak ilk grup "*analarına bağlı olarak doğumla Türk vatandaşı oldukları halde doğumla veya sonradan yabancı babalarının vatandaşlığını kazananlar*"dır. 5901 sayılı TVK'nun 34(1). maddesinin (a) bendi, bu ayrımcılığı ortadan kaldırarak "*ana ya da babadan dolayı soy bağı nedeniyle doğumla Türk vatandaşı olanlardan yabancı ana veya babanın vatandaşlığını doğumla veya sonradan kazananlar*" hükmüne yer vermiştir.

5901 sayılı TVK'nun 34 (1). maddesinin (b) bendinde yer alan kategori ise 403 sayılı TVK'da yer almamaktadır.³² 5901 sayılı TVK, soy bağı nedeniyle ana veya babadan Türk vatandaşlığını kazanan çocukların, doğum yeri esasına göre yabancı bir devlet vatandaşlığını da kazanmaları halinde onlara seçme hakkı tanımak suretiyle, reşit olana kadar geçen dönemde Türk vatandaşlığı yanında her hangi bir şekilde yabancı bir vatandaşlığı da kazanan bütün küçük çocukları kapsamına alarak, onlara, reşit olmalarından sonra, istekleri halinde, Türk vatandaşlığından ayrılma imkânı tanımış olmaktadır.

5901 sayılı TVK'da seçme hakkını kullanacak olan diğer kategoriler, 403 sayılı TVK'da düzenlenenler ile aynıdır. Bunlar evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığını kazananlar (m. 34(1)/c)), doğum yeri esasına göre Türk vatandaşı oldukları halde, sonradan yabancı ana veya babasının vatandaşlığını kazananlar (m. 34(1)(ç)) ve herhangi bir şekilde Türk vatandaşlığını kazanmış ana veya babaya bağlı olarak Türk vatan-

³² 403 sayılı TVK, doğum yeri esasına göre Türk vatandaşı olduktan sonra, yabancı ana veya babasının vatandaşlığını kazanan küçüklere bu imkânı tanıırken (TVK m. 27/I(c)), soy bağı nedeniyle ana veya babasından Türk vatandaşlığını kazanıp, doğum yeri esasını nedeniyle de yabancı bir devlet vatandaşlığını kazananlara bu imkânı tanımamıştı.

daşlığını kazananlardır (m. 34(1)(d)). 5901 sayılı TVK'da, vatansızlığı önlemek amacıyla, seçme hakkını kullanarak vatandaşlığın kaybının ilgiliyi vatansız kılacak olması halinde seçme hakkının kullanılmayacağı belirtilmektedir. Aynı hüküm 403 sayılı TVK'nun 27. maddesinin ikinci fıkrasında da yer almaktaydı.

2. Seçme hakkı ile Türk Vatandaşlığını Kaybetmenin Geçerliliği ve Sonuçları

Seçme hakkı ile Türk vatandaşlığının kaybının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği konusunda 5901 sayılı TVK, 403 sayılı TVK'dan farklı bir yaklaşım kabul etmiştir.³³ Yeni Kanun'un 35(1). maddesi, seçme hakkı ile Türk vatandaşlığının kaybının bu hakkın kullanılmasına dair şartların varlığının tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğini öngörmektedir.

5901 sayılı TVK'nun 35(2). maddesi, seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin eşleri ve çocukları hakkında, Türk vatandaşlığından çıkmamanın geçerliliğini ve sonuçlarını düzenleyen 27. maddeye atıfta bulunmaktadır. Bu çerçevede, eşlerden birinin seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybetmesi, diğer eşin vatandaşlığını etkilemeyecektir. Çocuklar ise, Türk vatandaşlığını seçme hakkını kullanarak kaybeden ana ya da babanın talebinin bulunması ve diğer eşin de muvafakat etmesi halinde onlarla birlikte Türk vatandaşlığını kaybedeceklerdir. Muvafakatin verilmemesi halinde hâkim kararına göre işlem yapılacaktır. Bununla beraber seçme hakkını kullanan ana veya baba-

³³ 403 sayılı TVK'nın 43. maddesinde, seçme hakkının, anılan maddede öngörülen makamlara yazılı bildirimde bulunulmak suretiyle kullanılacağı belirtilmekle beraber, seçme hakkının kullanılmasının hangi andan itibaren hüküm doğuracağına ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Yönetmeliğin 38. maddesinde, hiç bir makamın tasarrufuna gerek kalmaksızın, seçme hakkının kullanılmasının, ilgili kişinin bu yönde iradesini açıklamasıyla birlikte hüküm ifade edeceği belirtilmiştir.

ya bağlı olarak vatandaşlığın kaybı, çocukları vatansız kılacak ise çocuklar Türk vatandaşı olarak kalacaklardır.

Sonuç

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 5901 sayılı TVK, 403 sayılı TVK'nın günümüz ihtiyaçlarına uymayan birçok hükme ve çelişkili durumlara son vermiştir. Yeni Kanun, vatandaşlık hukuku alanında değişen anlayışları da yansıtmaktadır. Bu çerçevede, çifte/çok vatandaşlık için izin sisteminin kaldırılmış olması, Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine ilişkin eski Kanun'da yer alan sebeplerin büyük bir çoğunluğunun bertaraf edilmesi ve özellikle çıkarma müessesesini tümüyle kaldırılması çok önemli gelişmelerdir. Yeni Kanun'un, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile uyumun sağlanması amacını da büyük ölçüde başardığı gözlenmektedir.

Olumlu yanlarının ağır basmasına rağmen, 5901 sayılı TVK'nın bazı hükümleri eleştirilere açıktır.

Yeni Kanun'da, Türk vatandaşlığını yeniden kazanacak kişilerin bir kısmı için ikamet şartının araması, bir kısmı için aramaması ayrımcılık teşkil etmektedir.

Seçme hakkı ile Türk vatandaşlığını kazanacak kişiler bakımından 5901 sayılı TVK'nın 21. maddesinde 35. maddeye açıkça atıf yapılmadığından kanunilik ilkesi ile bağdaşmayan uygulamaların ortaya çıkması ihtimali vardır.

5901 sayılı TVK'nın vatandaşlığın kazanılması için Türkiye'de beş yıl kesintisiz ikamet şartını öngörülüşü 11. madde bakımından, yurt dışında geçirilecek olan sürelerin toplam altı ayı geçmemesi koşulunu (m. 15) araması ise günümüzün hayat koşulları ile bağdaşmamaktadır.

**ERWERB UND VERLUST DER STAATSANGEHÖRIGKEIT NACH
DEM DEUTSCHEN STAATSANGEHÖRIGKEITSGESETZ IN DER
THEORIE UND PRAXIS**

Wolfgang SCHULZ *

BEITRAG:
WOLFGANG SCHULZ

Sehr geehrter Herr Rektor,
Sehr geehrter Prof. Hailbronner,
Sehr geehrter Herr Dekan,
Sehr geehrte Damen und Herren,

Ich möchte mich herzlich für die freundliche Einladung zu Ihnen nach Eskişehir bedanken. Ich arbeite seit etwa drei Jahren am deutschen Generalkonsulat in Istanbul in der Rechtsabteilung als Leiter der Passstelle.

Als die Einladung zu dieser Tagung bei uns einging, fiel mein Blick erst einmal in mein Bücherregal direkt neben mir. Dort steht natürlich an prominenter Stelle der Kommentar von Prof. Hailbronner zum deutschen Staatsangehörigkeitsrecht, eines der Werkzeuge, derer ich mich häufig im Gebiet des Staatsangehörigkeitsrechts bediene. Umso mehr freue ich mich, heute mit Ihnen zusammen diese Fragen besprechen zu dürfen.

Ich möchte Ihnen gern einen Einblick in die Praxis unserer Arbeit an unserem Generalkonsulat geben.

Deutschland hat neben Istanbul auch in Ankara, Izmir und Antalya Auslandsvertretungen, die für die zahlreichen in der Türkei sesshaften Deutschen und für die Touristen mit Rat und Tat zur

* Der Verfasser ist Leiter der Passstelle am deutschen Generalkonsulat in Istanbul.

BEITRAG:
WOLFGANG SCHULZ

Seite stehen. Nicht zuletzt auch wegen der großen Visastelle ist Istanbul das größte deutsche Generalkonsulat weltweit mit über 120 Beschäftigten. Allein in Istanbul leben rund 10000 Deutsche dauerhaft und wir haben es jährlich mit rund 1300 Passanträgen zu tun, d.h. mit über 1300 Prüfungen der Staatsangehörigkeit.

Im Unterschied zu vielen anderen Ländern ist diese Prüfung in der Türkei oftmals kompliziert. Die wichtigste Fragestellung ist regelmäßig, ob der Antragsteller **auch heute noch** die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. In 50 Fällen pro Jahr müssen wir leider feststellen, dass die deutsche Staatsangehörigkeit verloren gegangen ist und müssen die Pässe einziehen. Im Amtsbezirk der Botschaft Ankara liegt diese Zahl deutlich höher.

Ein kleiner Teil dieses Personenkreises besteht aus gebürtigen Deutschen, die nach vielen Jahren Türkeiufenthalt die türkische Staatsangehörigkeit annehmen, ohne vorher eine Beibehaltungsgenehmigung bei uns zu beantragen. Diese Fälle werden aber immer seltener, da sich das Instrument der Beibehaltungsgenehmigung bei den Deutschen herumgesprochen hat und wir auch aktiv dafür werben. Das zuständige Bundesverwaltungsamt erteilt die Genehmigungen in der Türkei recht großzügig, da Ausländer im türkischen Alltag nachweislich zahlreiche Nachteile hinnehmen müssen.

Häufiger betreffen die Probleme ursprünglich türkische Bürger, die in Deutschland eingebürgert wurden und die nach dem 1. Januar 2000 wieder die türkische Staatsangehörigkeit angenommen haben. Da es seit dem Jahr 2000 unerheblich ist, wo die Personen wohnen, führt dieser Wiedererwerb automatisch zum Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit und gilt ab dem Datum des Wiedererwerbs.

Häufig kommen die Antragsteller erst Jahre später zu uns, wenn der Pass abgelaufen oder verloren ist und erfahren dann von uns, dass sie die deutsche Staatsangehörigkeit seit Jahren nicht mehr besitzen. Die Reaktionen der Antragsteller sind fast immer Unverständnis, über die genauen Zusammenhänge und rechtlichen Folgen kennt sich fast niemand aus. Für diese Menschen bricht dann sprichwörtlich eine Welt zusammen, so dass

wir dann im Beratungsgespräch auf die Rückkehrmöglichkeit nach § 38 AufenthG und auch die Wahrung der sozialen Rechte, vor allem der Rentenansprüche hinweisen.

Nicht zu unterschätzen ist aber die Problematik für die Personen, die nur zu Besuch in der Türkei sind und ihren deutschen Pass verloren haben, dann aber keinen neuen erhalten können. Um rechtzeitig zur Schule oder zur Arbeitsstelle zurückzukommen, müssen sie sich zunächst einen türkischen Reisepass ausstellen lassen, anschließend einen Termin zur Visumbeantragung erhalten und dann müssen auch das Generalkonsulat und die lokale Ausländerbehörde schnell entscheiden, dass die Wiedereinreise möglich ist. In wenigen Tagen gelingt das nur sehr selten.

Festzustellen ist, dass es im Bereich von Staatsangehörigkeitsfragen nur sehr wenige Fälschungen gibt, so dass uns die Tatsachenfeststellung „deutsch – oder nicht deutsch“ nicht künstlich schwer gemacht wird.

Wir machen bei diesen Staatsangehörigkeitsfragen von den Möglichkeiten, die das türkische Recht vorsieht, um die Staatsangehörigkeit nachzuweisen, regelmäßig Gebrauch. Dadurch haben wir gegenüber den innerdeutschen Behörden auch immer einen Wissensvorteil, da man sich in Deutschland auch in Zweifelsfällen üblicherweise nicht die einschlägigen Unterlagen aus der Türkei vorlegen lässt.

Ich möchte an dieser Stelle die schlechteste aller Varianten im deutsch-türkischen Verhältnis erwähnen. Dieser Fall betrifft Personen, die sich in Deutschland haben einbürgern lassen. Nach dem Jahr 2000 erwerben sie auch wieder die türkische Staatsangehörigkeit und sind der irrigen Meinung, beide Staatsangehörigkeiten zu besitzen. Später erfährt man dann, dass der Erwerb der türkischen Staatsangehörigkeit zum Verlust der deutschen führt und will die Situation dadurch klären, dass man sich in der Türkei schnell wieder ausbürgern lässt, bevor die Deutschen etwas davon mitbekommen. Die türkischen Behörden gehen davon aus, dass der Betroffene Doppelstaater ist und entlassen ihn aus der türkischen Staatsangehörigkeit. Da der Betroffene aber schon im Zeitpunkt des Wiedererwerbs der türkischen Staatsan-

BEITRAG:
WOLFGANG SCHULZ

gehörigkeit die deutsche verloren hat, steht er am Ende dieser Kette ohne Staatsangehörigkeit da und muss nunmehr mühselig versuchen, wieder eine der beiden verlorenen Staatsangehörigkeiten wiederzuerlangen.

Die meisten Fragen, die an das Generalkonsulat herangetragen werden, betreffen zwei Bereiche:

1. Die Möglichkeiten einer Einbürgerung im Ausland, die mittlerweile an sehr hohe Hürden geknüpft ist, so dass es praktisch keine Fälle mehr gibt.
2. Die Staatsangehörigkeit von neugeborenen Kindern bei gemischtnationalen Ehen. Hier können wir die jungen Eltern immer wieder positiv überraschen, dass die Kinder sowohl von deutschen als auch vom türkischen Elternteil die Staatsangehörigkeit automatisch erhalten und diese auch dauerhaft behalten können. Eingeschränkt wird diese gute Nachricht nur bei Jungen, wenn wir kurz auf die Frage des Wehrdienstes für Doppelstaater aufmerksam machen.

Ich hoffe, ich konnte Ihnen einen kleinen Einblick in die praktische Arbeit unseres Generalkonsulates geben. Bei Fragen stehe ich selbstverständlich gern zur Verfügung.

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

TÜRK VATANDAŞLIĞININ YİTİRİLMESİNE İLİŞKİN İDARİ KARARLARA KARŞI YARGI YOLUNUN KAPATILMASI

Prof. Dr. Nuray EKŞİ*

Giriş

Türk vatandaşlık hukukunda, 22.4.1964 tarihinde yürürlüğe giren 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 40. maddesi (TVK) ile vatandaşlıkla ilgili idari işlemlere karşı yargı yolu ilk defa düzenlenmiştir. 1869 Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi¹ ile 1929 yılında yürürlüğe giren ve 1964 yılında 403 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda,² sadece Türk vatandaşlığının kazanılması ve yitirilmesine ilişkin hükümler yer alıyordu. Her iki mülga kanunda vatandaşlıkla ilgili kararlara karşı yargı yolu düzenlenmemiştir.

Türk vatandaşlığı ile ilgili yeni bir tasarı hazırlanmıştır.³ Tasarı'da, 403 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile aynı veya buna benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasa'nın 125/I. maddesi karşısında böyle bir hükme ihtiyaç olmadığı düşünülebilir. Bununla beraber Anayasa'nın 66/V. maddesindeki vatandaşlıktan *çıkarma* ile ilgili karar ve işlemlere karşı yar-

NURAY EKŞİ'NİN
TEBLİĞİ

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

¹ Düstur: I. Tertip, C. 1, s. 16. 1869 Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmud Fuad, *Tabiiyet*, (Transkripsiyonu yapan Cihan Osmanağaoğlu), İstanbul 2006; Cihan Osmanağaoğlu, *Tanzimat Dönemi İtibariyle Osmanlı Tabiiyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi*, İstanbul 2004.

² RG, 4.6.1928/904.

³ İçişleri Komisyonu'nun Kabul Ettiği Metin: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90m.htm> (15.5.2009).

NURAY EKŞİ'NİN
TEBLİĞİ

gı yolunun kapatılmayacağına ilişkin hüküm, yargı yoluna başvurma konusunda 125. maddeden farklı sonuçlara götürebilir. Çünkü Anayasa'nın 125/I. maddesinde her türlü eylem ve işlem den söz edilmişken 66/V. maddesinde sadece vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili işlem den söz edilmekte ve çıkarma dışında kalan işlemlere yargı yolunu kapatmış izlenimi vermektedir. Bu sebeple TVK Tasarısı'na, ya 40. madde paralelinde bir hüküm koymak ya da 66/V. maddedeki bu ifadeyi düzeltmek gerekir.

403 sayılı TVK'da vatandaşlıkla ilgili işlemler konusunda İçişleri Bakanlığı ve Bakanlar Kurulu'na yetki verilmiştir. Vatandaşlıkla ilgili işlemlerin, belirli bir siyasî görüşe sahip İçişleri Bakanlığı ve Bakanlar Kurulu tarafından gerçekleştirilmesi idari yargı yoluyla yapılacak denetimin önemini daha da artırmaktadır. Ancak idari yargı yolu ile yapılacak denetimin, idarenin takdir hakkını ortadan kaldıracak şekilde kullanılmaması gerekir. Çünkü devletin egemenlik haklarını ilgilendiren vatandaşlığa alma ve vatandaşlıktan atma konusunda idareye takdir yetkisinin verilmesi bir ihtiyaç değil, zorunluluktur. Bununla beraber idarenin, vatandaşlığa alma veya vatandaşlıktan atma işlemlerini değerlendirip sonuçlandırırken kullandığı takdir yetkisinin sınırlarının iyi çizilmesi gerekir. Bu yetkinin geniş tutulması, vatandaşlığın verilmesinde ve alınmasında keyfi muamelelere sebebiyet verebilir. Diğer yandan idarenin elinin kolunun bağlanması ve takdir yetkisinin ortadan kaldırılması sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Çünkü Türk vatandaşlığına alma veya Türk vatandaşlığından atma, TVK'nun aradığı şartların yanı sıra genel güvenlik ve kamu menfaatleri açısından yapılacak bir değerlendirmeyi de gerekli kılmaktadır.

I. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 40. Maddesi

TVK'da, vatandaşlıkla ilgili olarak alınan kararlara karşı yargı yolu ayrı bir hükümle düzenlenmiştir. TVK'nun 40. maddesine göre, Türk vatandaşlığı hakkında idari makamlarca her ne şekilde olursa olsun verilen kararlar aleyhine Danıştay'a

başvurulabilir. TVK, 22.5.1964 tarihinde yani 1961 Anayasası döneminde yürürlüğe girmiştir. 1961 Anayasası'nın 114/I. maddesine göre, idarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz. TVK'nın 40. maddesi, hem 1961 Anayasası'nın 114/I. maddesine hem de 1982 Anayasası'nın 125/I. maddesine paralel bir düzenleme içermektedir. TVK'nın 40. maddesinin yanı sıra TVK'nın 39. ve 41. maddelerinde, bir kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı konusunda İçişleri Bakanlığı tarafından verilen kararlara karşı Danıştay'a başvurulabileceği belirtilmiştir. TVK'da vatandaşlıkla ilgili işlem ve kararlara karşı dava açma süresi, yetkili mahkeme ve yargılama usulüne ilişkin hükümlerin olmaması sebebiyle İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) yer alan hükümler uygulanacaktır.

TVK'nın, 22.4.1964 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra yapılan muhtelif değişikliklerle İçişleri Bakanlığı'nın vatandaşlıkla ilgili yetkileri artırılmış ve ayrıca Bakanlığa yeni yetkiler tanınmıştır.⁴ Örneğin, TVK'nın 8. maddesinde belirtilen üç durumda, İçişleri Bakanlığı, Türk vatandaşlığını yeniden kazanma kararı vermektedir. TVK'nın 12. ve 13. maddeleri ile ek 1. maddesinde sayılan kişilerin valilik veya konsolosluklara yaptıkları seçme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanma talebi bu makamlar tarafından İçişleri Bakanlığı'na intikal ettirilmektedir. Kanun'da belirtilen şartların varlığı halinde, TVK'nın 21. maddesi uyarınca, İçişleri Bakanlığı tarafından Türk vatandaşlığından çıkma izni verilmektedir. TVK'nın 22. maddesinin III. fıkrasına göre, yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanıp da bu vatandaşlığın yanı sıra Türk vatandaşlığını da muhafaza etmek isteyenlere İçişleri Bakanlığı tarafından izin verilebilir. TVK'nın 27-28. maddelerinde düzenlenen seçme yoluyla Türk vatandaşlığından ayrılmak için valilik ve konsolosluklara yapılan başvurulara ilişkin dosyalar, bu makamlar tarafından İçişleri Bakanlığı'na gönderilirler. TVK'da,

⁴ İçişleri Bakanlığı'nın vatandaşlıkla ilgili işlemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *Danıştay Kararları Işığında Türk Vatandaşlığı Kanununa İlişkin İdarî Davalar*, İstanbul 2008, s. 9 vd..

NURAY EKŞİ'NİN
TEBLÜĞİ

hem idari makamlar tarafından hem de mahkemeler tarafından kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı hususundaki tereddütlerin İçişleri Bakanlığı'na sorularak giderileceği düzenlenmiştir. Türk vatandaşlığı hususunda idarî makamlarca tereddüt edilmesi halinde TVK'nun 39. maddesi; Danıştay dışında yargı organları tarafından tereddüt edilmesi halinde TVK'nun 41. maddesi uyarınca İçişleri Bakanlığı'na sorulacaktır.

TVK, 22.4.1964 tarihinde yürürlüğe girdiğinde idari yargı alanında sadece Danıştay vardı, henüz idare mahkemeleri ile bölge idare mahkemeleri kurulmamıştı. Bu sebeple TVK'da yer alan bazı hükümlerde yalnızca Danıştay'dan söz edilmiş ve idare mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerine yer verilmemiştir. TVK'da sadece Danıştay'dan söz edilmesi karşısında vatandaşlıkla ilgili idari işlemlerde idare mahkemelerine başvurulup vurulamayacağı önemli bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. 403 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, 1982 yılında idari yargı alanında yapılan yasal düzenlemeler dikkate alınarak bunlara paralel bir değişiklik TVK'da yapılmamıştır. Bu açıdan, vatandaşlıkla ilgili idari işlemlere karşı yargı yolunu düzenleyen TVK'daki hükümlerle 1982 yılında yürürlüğe giren 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da⁵ yer alan hükümler örtüşmemektedir.

İdarî yargılama hukukumuzda, idari uyuşmazlıklarda genel görevli mahkeme idare mahkemesidir. Danıştay, özel görevli mahkemedir. Danıştay'ın hangi idari uyuşmazlıkları çözmekle görevli olduğu 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde tahdidî olarak sayılmıştır. Bakanlar Kurulu tarafından vatandaşlıkla ilgili olarak alınan kararlara karşı Danıştay'a başvurulduğunda tereddüt yoktur. Nitekim Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar sıralanmıştır. Bu maddenin 1(a) bendine göre, Danıştay, ilk derece mahkemesi olarak Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılacak iptal ve tam yargı davalarını karara bağlar. Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi-

⁵ RG, 20.1.1982/17580.

nin 1(c) bendinde, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakanlıkların düzenleyici işlemlerine karşı açılacak iptal ve tam yargı davalarını da karara bağlayacağı öngörülmüştür. Ancak dikkat edilirse burada bakanlıkların işlemelerine karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da dava açılabilmesi için işlemin, "düzenleyici" nitelikte olması gerekir. 403 sayılı Kanun'da İçişleri Bakanlığı tarafından alınan kararlara karşı Danıştay'a gidilemeyecektir. Bu kararlara karşı idare mahkemelerinde dava açılacaktır.⁶

Aybay, TVK'nın 40. maddesinin, 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile 2576 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁷ Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalar, Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde belirlendiğine göre, bunlar dışında kalan davalar idare mahkemelerinde görülecektir. Bununla birlikte, Bakanlar Kurulu tarafından verilen vatandaşlığa alınma istemlerinin reddi (TVK m. 6-8), Türk vatandaşlığına alınma kararının iptali (TVK m. 24), kaybettirme (TVK m. 25) ve çıkarma (TVK m. 26) kararlarına karşı açılan davalara yine Danıştay ilk derece mahkemesi olarak bakacaktır. Buna karşın TVK'nın 5, 11, 39 ve 41. maddelerinde olduğu gibi bazı maddelerde İçişleri Bakanlığı tarafından yapılacak işlemlerle ilgili olarak açılacak davalar idare mahkemelerinde görülecektir.⁸

Nomer ve Doğan, idari yargılama alanındaki mevcut düzenlemeler karşısında TVK'nın 40. maddesindeki "Danıştay" kavramının "idari yargı yolu" olarak anlaşılması gerektiğini; vatandaşlık hukuku alanında Bakanlar Kurulu tarafından yapılan işlemlere karşı Danıştay'da; İçişleri Bakanlığı tarafın-

⁶ Nuray Ekşi, "Türk Vatandaşlığı Kanununda Yapılması Gerekli Değişiklikler", II(2005)1 YÜHFD, s. 15.

⁷ Rona Aybay, *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, s. 290.

⁸ Aybay, 290-291.

dan yapılan işlemlere karşı ise idare mahkemelerinde dava açılması gerektiğini ifade etmiştir.⁹

Doğan/Odabaşı'na göre, TVK'nın 40. maddesinde yer alan "Danıştay" kelimesinin "idari yargı" olarak düzeltilmesi daha isabetli olacaktır.¹⁰ Çünkü mevcut yasal düzenlemeler karşısında "vatandaşlık hukuku alanında, Bakanlar Kurulu tarafından alınacak kararlara karşı açılacak davalarda Danıştay ilk derece mahkemesi olarak görev yapacaktır. Ancak, İçişleri Bakanlığınca alınacak kararlara karşı açılacak davalarda Danıştay ilk derece mahkemesi olarak görev yapamayacak, idare mahkemeleri bu davalara bakacaktır".¹¹ Danıştay da muhtelif tarihlerde verdiği kararlarında aynı sonuca varmıştır.¹²

Özden, 2576 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, özel kanunlarda, Danıştay'ın görevli olduğu belirtilen davalarda idare mahkemelerinin görevli kılındığını; 2576 sayılı Kanun ile Danıştay'ın idari yargılamada tek mahkeme olmaktan çıkarıldığını; 2576 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki "özel kanun" ifadesiyle 2576 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan kanunların kastedildiğini; bu kanunlar arasında TVK'nın da yer aldığını; bu sebeple 1964 yılında yürürlüğe giren TVK'da yer alan ve Danıştay'ı görevli kılan maddelerin yeniden değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹³ Özden'e göre, İçişleri Bakanlığı tarafından verilen kararlara karşı açılan davalar Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin kapsamı dışında kaldığından TVK'nın 40. ve 41. maddelerindeki "Danıştay"ı "idare mahkemeleri" olarak algılamak gerekir.¹⁴

⁹ Ergin Nomer, *Vatandaşlık Hukuku*, 16. bası, İstanbul 2007, s. 165; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 8. bası, Ankara 2008, s. 180-183.

¹⁰ Vahit Doğan/Hasan Odabaşı, *Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku*, Ankara 2004, s. 220.

¹¹ Doğan, 182-183; Doğan/Odabaşı, 220.

¹² Kararlar için bkz. Doğan/Odabaşı, 220-225.

¹³ Bülent Özden, "Vatandaşlık Hakkında Verilen Kararların Yargısal Denetimi ve 2576 Sayılı Yasanın 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 40. ve 41. Maddelerine Etkisi", 69(1995)4-6 *İBD*, s. 308-310.

¹⁴ Özden, 308-310. Özden tarafından önerilen TVK'nın 40. ve 41. maddelerine ilişkin metinler için bkz. Özden, 311.

Danıştay'ın uygulaması da vatandaşlıkla ilgili davalarda TVK'nun 40. maddesine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşler paralelindedir. Danıştay 10. Dairesi, 7.10.1998 tarihli kararında¹⁵ İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün işlemine karşı Danıştay'da değil idare mahkemesinde dava açılması gerektiğine karar vermiştir.

“Dava, kısıtlı Polikseni Pistikas adlı kişiyi temsilen Hasan Baydar Çimilli tarafından söz konusu kişinin Türk vatandaşlığına alınması isteminin İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün 17.8.1998 tarih ve 040053 sayılı kararıyla reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. 2576 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, idare mahkemelerinin genel görevli mahkemeler olduğu hükme bağlanmış; 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde de ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar tek tek sayılmıştır. Davacının sübjektif hukukî durumuna ilişkin bulunan ve uygulama işlemi olan işlemin iptali istemiyle açtığı davanın görünüm ve çözümü idare mahkemesinin görev alanı içinde bulunduğundan davanın görev yönünden reddine oybirliğiyle karar verildi”.

Danıştay 10. Dairesi 20.2.2001 tarihinde verdiği kararında¹⁶ İçişleri Bakanlığı'nun kararına karşı idare mahkemesinde dava açılması gerektiği sonucuna varmıştır.

“Dosyanın incelenmesinden İran vatandaşı davacıların, doğdukları tarihten itibaren Türkiye'de ikamet ettiklerinden bahisle Türk vatandaşlığına geçme isteğiyle başvuruda buldukları, başvurularının İçişleri Bakanlığınca reddi üzerine işlemin iptali istemiyle dava açtıkları anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında açılan dava 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde sayılan davalardan hiçbirine girmediğinden davanın genel görevli idare mahkemesince çözümlenmesi gerekmektedir. Davanın görev yönünden reddine, dosyanın Ankara idare mahkemesine gönderilmesine oybirliğiyle karar verildi”.

¹⁵ Danıştay 10. Daire, E. 1998/5881, K. 1998/4753, T. 7.10.1998: Doğan/Odabaşı, 223-224.

¹⁶ Danıştay 10. Daire, E. 2001/280, K. 2001/646, T. 20.2.2001: Doğan/Odabaşı, 276.

NURAY EKŞİ'NİN
TEBLİĞİ

Darıştay 10. Dairesi, 4.7.2002 tarihinde verdiği diğeri bir kararında¹⁷ da aynı sonuca varmıştır. Karara konu olan olayda Ermenistan uyruğunda olan davacının Türk vatandaşlığına alınmak için yaptığı başvuru, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün 20.5.2002 tarih ve 037978 sayılı kararıyla reddedilmişti. Ret işleminin iptali için Darıştay'da dava açılmıştı. Darıştay 10. Dairesi, uyuşmazlığın Darıştay Kanunu'nun 24. maddesinde sayılan ilk derece mahkemesi olan Darıştay'da görülecek dava türlerinden olmadığını belirterek davanın görev yönünden reddine ve dosyanın Ankara İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermiştir.

II. Türk Vatandaşlığının Yitirilmesi İşlemine Karşı Yargı Yolunun Kapatılmasına Yol Açan Sebepler

Türk vatandaşlık hukukunun tarihi gelişimi incelendiğinde vatandaşlığın yitirilmesinin, idarî yargı denetimi dışındaki kalmasına yol açan sebepleri ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan birincisi idari yargı yolunun mevcut olmaması ve bunun yanı sıra yasal düzenlemeleri yargı denetimine tabi kılan bir sistemin henüz teşekkül etmemiş olmasıdır. Vatandaşlığın yitirilmesinin yargı denetimine tabi tutulamamasına yol açan bu sebep, 1924 yılında Osmanlı Hanedanı ile ilgili olarak gerçekleşmiştir. 1924 yılında Osmanlı Hanedanı bir kanunla Türk vatandaşlığından çıkarılmıştı. Osmanlı Hanedanı'nın vatandaşlıktan çıkarılması, yasal bir düzenleme ile gerçekleşmiş; söz konusu yasal düzenlemenin icrası için herhangi bir idari karar alınmamıştı. 1924 yılında idari yargı henüz faaliyete geçmemişti. Üstelik 1924 yılında yasaların yargısal denetimine ilişkin bir sistem de mevcut değildi. Dolayısıyla 1924 yılında idari yargı kurulmuş ve faaliyete geçmiş olsaydı dahi vatandaşlıktan çıkarmaya ilişkin idari bir karara mevcut olmadığından sonuç değişmeyecekti.

¹⁷ Darıştay 10. Daire, E. 2002/3815, K. 2002/2671, T. 4.7.2002: Doğan/Odabaşı, 224.

Türk vatandaşlık hukukunun tarihçesinde vatandaşlıkla ilgili işlemlerin idari yargı denetiminin dışında kalmasına yol açan ikinci sebep, yasal bir düzenleme ile yargı yolunun kapatılmasıdır. 12 Eylül 1980-6 Aralık 1983 tarihleri arasında yürürlükte bulunan Anayasa Düzeni Hakkında Kanun ile Bakanlar Kurulu kararlarına karşı idari yargı yolu kapatılmıştı. Türk vatandaşlığının yitirilmesi işlemlerini idari yargı denetimi dışında bırakan her iki sebep aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

A. Yasaların Yargısal Denetimine İlişkin Sistemin Yokluğu veya İdari Yargının Henüz Faaliyete Geçmemiş Olması

Devletin izlediği ulusal ve uluslararası politikaların yanı sıra yaşanan siyasi gelişmeler de vatandaşlık kanunlarına yansımaktadır. Bu yansımanın sonucunda bir dönem kişinin vatandaşlığını yitirmesine sebep olan bir olay daha sonra vatandaşlık kanunlarından çıkarılabilmekte; hatta söz konusu sebeple Türk vatandaşlığını yitiren kişiye tekrar Türk vatandaşlığını kazanması için özel hükümler konulmaktadır. Siyasî gelişmelerin vatandaşlık kanunlarına yansımasının tipik örneklerinden birini 1924 yılında yürürlüğe giren 431 sayılı Kanun oluşturmaktadır.

Hilafetin İlgasına ve Hanedan-ı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair 431 sayılı Kanun'un¹⁸ 1. maddesinde halifeliğin kaldırıldığı ifade edilmiştir. Bu Kanun'un 2. maddesinde ise, halife ve Osmanlı Hanedanı'nın erkek, kadın bilcümle azası ve damatlar Türkiye Cumhuriyeti içinde ikamet etme hakkından ebediyen mahrum bırakılmıştır. Aynı zamanda bunların Türk vatandaşlık sıfatı da kaldırılmıştır (431 sayılı Kanun m. 4). 1952 yılında Hilafetin İlgasına ve Hanedan-ı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Olan 431 sayılı Kanunun 2. maddesinin Değiştirilmesi ve Aynı Kanu-

¹⁸ RG, 6.3.1924/63; Düstur: III. Tertip, C. V., 2. bası, s. 668.

NURAY EKŞİ'NİN
TEBLÜĞİ

na Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında 5958 sayılı Kanun¹⁹ yürürlüğe girmiştir. 5958 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe göre, Padişah sülbünden olan erkekler ve bunların furuu dışında kalan kişiler Türkiye'ye gelebilir veya Türkiye'de ikamet edebilirler. Ayrıca müracaatları halinde, Türkiye'ye gelmek ve Türkiye'de ikamet etmek şartları aranmaksızın vatandaşlığa alınmalarına Bakanlar Kurulu karar verebilir. 1974 tarihinde yürürlüğe giren Cumhuriyetin 50. Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında 1803 sayılı Kanun²⁰ ile 431 sayılı Kanun'un 2-5. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. 1803 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, Halife ve Osmanlı Hanedanı'nın erkek, kadın bircümle azası ve bunlardan doğanlar, Türkiye'ye gelebilirler. Ayrıca Türk vatandaşlığına geçmek için başvurabilirler.²¹

Osmanlı hanedanı kadın ve erkekler, 431 sayılı Kanun'la yani bir yasama işlemi ile vatandaşlıklarını yitirmişlerdir. 431 sayılı Kanun uyarınca herhangi bir idari işlemin yapılmasına gerek kalmaksızın kendiliğinden vatandaşlık hakları ellerinden alınmıştır. İlginç olan yeni kurulan bir Cumhuriyet olmasına rağmen vatandaşlıktan çıkarmanın bir idari kararla değil, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde tartışılarak hazırlanan bir kanunla gerçekleştirilmesidir. Acaba kanunla vatandaşlıktan çıkarılan Osmanlı Hanedanı için o dönemde yargı denetimi var mıydı?

Danıştay, "*Şûrayı Devlet*" adıyla 1868 yılında kurulmuştur. İmparatorluk döneminde 54 yıl süreyle görev yapan Şûrayı Devlet'in faaliyeti, 4.11.1922 tarihinde İstanbul'daki bütün merkez kuruluşlarının TBMM Hükümeti'nin idaresine geçtiği sırada sona ermişti.²² 30.10.1338 (1922) tarih ve 307 sayılı, Osmanlı İmparatorluğu'nun İnkıraz Bulup TBMM Hü-

¹⁹ RG, 23.6.1952/8148.

²⁰ RG, 18.5.1974/14890 Mükerrer.

²¹ Nuray Ekşi, *Yabancıların Türkiye'deki Taşınmaz Mallar Üzerindeki Hakları*, İstanbul 2006, s. 82-84; Nuray Ekşi, *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, 2. bası, İstanbul 2007, s. 139-140.

²² <http://www.danistay.gov.tr/kurulus.htm> (10.5.2009).

kümeti Teşekkül Ettiğine Dair Heyeti Umumiye Kararı²³ ile İmparatorluk tüm kurumlarıyla sona erdirilmiştir. 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun, 51. maddesinde Şûrayı Devlet düzenlenmiştir.²⁴

1924 Anayasası'nın 51. maddesine istinaden 1925 yılında Şûrayı Devlet Kanunu kabul edilmiş; 1927 yılında üye seçimi gerçekleştirilmiş ve Şûra-yı Devlet aynı yıl göreve başlamıştır.²⁵ 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu, ilk defa, Şûrayı Devlet'i, üyelerinin seçimi ve görevleriyle birlikte düzenlemiştir. Böylece Şûrayı Devlet anayasal bir kurum niteliği kazanmıştır. Üstelik idari dava kavramı Türk hukuk sistemine ilk defa 1924 Anayasası'nın 51. maddesi ile girmiştir.²⁶ "1924 Anayasası'nın dilinin, 10.1.1945 tarih ve 4695 sayılı Kanun ile sadeleştirilmesi ile 51. maddede düzenlenen Şûrayı Devlet teriminin yerini "Danıştay" terimi almıştır. Bu tarihten sonra 1946 yılında Şûrayı Devlet Kanununda değişiklik yapan 4904 sayılı Kanun'da da Danıştay adı kullanılmıştır. 1952 yılında 5997 sayılı Kanun ile Anayasa'nın eski diline dönmüştür. Buna uygun olarak da 1954'teki Kanun değişikliğinde Devlet Şûrası, 1959 yılındaki Kanun değişikliğinde ise tekrar Şûrayı Devlet terimleri kullanılmıştır".²⁷ 1924 Anayasası'nın 51. maddesinden, 1924-1927 döneminde idarenin yargısal denetiminin teorik olarak kabul edildiği anlaşılacakla beraber, Şûrayı Devlet'in 1927 yılında göreve başlaması nedeniyle bu ara dönemde idari yargının fiilen işlemediği söylenebilir. Üstelik Osmanlı hanedanının erkek ve kadın azası, 431 sayılı Kanun ile vatandaşlıktan çıkarılmış; 431 sayılı Kanun'da yer alan bu hükmü icra etmek üzere ayrı bir idari işlem yapılmamıştır.

²³ Düstur, 3. Tertip, C. 3, s. 149.

²⁴ 1924 Anayasası'nın 51. maddesine göre, "idari dâva ve ihtilâfları rüyet ve hal, Hükümetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun lâyhaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalâa, gerek kendi kanunu mahsusu ve gerek kavanini saire ile muayyen vezaifi ifa etmek üzere bir Şûrayı Devlet teşkil edilecektir. Şûrayı Devletin rüesa ve âzası vazai mühimmede bulunmuş ilim, ihtisas ve tecrübe-leri ile mütemeyyiz zevat meyanından Büyük Millet Meclisin-ce intihab olunur".

²⁵ Onur Karahanoğulları, *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*, Ankara 2005, s. 233.

²⁶ Karahanoğulları, 234.

²⁷ Karahanoğulları, 252-253 dn. 569.

NURAY EKŞİ'NİN
TEBLÜĞÜ

Bu dönemde kanunların yargısal denetimine ilişkin bir sistem mevcut değildi.²⁸ Sonuç olarak, 431 sayılı Kanun ile Türk vatandaşlığından çıkarılan Osmanlı hanedanı, gerek kanunların yargısal denetimine ilişkin sistemin yokluğu ve gerekse idari yargının henüz faaliyete geçmemiş olması sebebiyle başvurabilecekleri bir yargısal koruma mekanizmasına sahip değildi.

1.1.1928-22.5.1964 tarihleri arasında yürürlükte bulunan 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun²⁹ 15. maddesi ile, 23.5.1927 tarihli ve 1041 sayılı Kanun³⁰ saklı tutulmuştur. Ancak 1312 sayılı Kanun'unda, 431 sayılı Kanuna ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. 22.5.1964 tarihinde yürürlüğe giren 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ise 431 sayılı Kanun'unun vatandaşlıkla ilgili hükümlerini saklı tutmuştur. 403 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğin 59. maddesinde, 431 sayılı Kanun ile bu Kanunu değiştiren kanunlar saklı tutulmuş; 1041 sayılı Kanun ise yürürlükten kaldırılmıştır. O halde 431 sayılı Kanun halen yürürlüktedir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere Türk vatandaşlık hukukunun tarihi gelişiminde, vatandaşlıkla ilgili idari kararların yargısal denetimi ilk defa yürürlükteki 403 sayılı TVK'nın 40. maddesi ile düzenlenmiştir. Bununla beraber 1.1.1929-22.5.1964 tarihleri arasında yürürlükte kalan 1312 sayılı TVK döneminde de idari makamlarca verilen vatandaşlıkla ilgili kararların idari yargının kontrolü altında olduğunda tereddüt edilmemekteydi.³¹ Hatta 1927 yılında yürürlüğe giren ve 403 sayılı TVK ile, 1964 yılında yürürlükten kaldırılan 1041 sayı-

²⁸ Makalenin, 431 sayılı Kanun'a istinaden vatandaşlıktan çıkarılan Osmanlı Hanedanı'nın kadın ve erkek azalarının bu kararlara karşı idari yargı yoluna başvurup başvuramayacaklarına ilişkin kısmını, Prof. Dr. Tayfun Akgüner ve Doç. Dr. Onur Karahanoğulları tarafından verilen bilgiler ışığında yazılmıştır. Katkılarından dolayı Prof. Dr. Tayfun Akgüner'e ve Doç. Dr. Onur Karahanoğulları'na teşekkür ederim.

²⁹ RG, 4.6.1928/904.

³⁰ Şeraiti Muayyeney-i Haiz Olmayan Osmanlı Tebaasının Türk Vatandaşlığından İskatı Hakkında 23.5.1927 Tarihli ve 1041 Sayılı Kanun: *Resmî Ceride*, 31.5.1927/598.

³¹ Nomer, 162.

lı Kanun'a istinaden Bakanlar Kurulu tarafından verilen Türk vatandaşlığından çıkarma kararlarının Devlet Şurası'nın denetimine tabi idari tasarruf olduğu içtihadı birleştirme kararı ile kabul edilmiştir. Devlet Şurası 1927 yılında fiilen faaliyete başlamış olduğu için bu tarihten itibaren idari yargı denetimi açıktı. Ancak buna rağmen uygulamada, 1041 sayılı Kanun uyarınca siyasi sebeplerle Bakanlar Kurulu'nca verilen vatandaşlıktan çıkarma kararlarının Devlet Şurası'nın denetimine tabi olup olmadığına tereddüt ediliyordu. Çünkü bu Kanun uyarınca verilen vatandaşlıktan çıkarma kararlarının siyasi tasarruf mu, yoksa idari tasarruf mu olduğu konusunda Devlet Şurası'nın kararları arasında farklılık vardı. Bu farklılık, 1943 yılında verilen içtihadı birleştirme kararı ile giderilmiştir. Devlet Şurası Dâva Daireleri Umumî Heyeti tarafından 1943 yılında verilen içtihadı birleştirme kararına³² göre:

"Müddei Umumî Birinci Sınıf Muavin Şevket Özenap'ın 26.6.1940 tarihli müzakeresinde: 1041 sayılı Kanuna tevfikân siyasi sebepten dolayı Hükümetçe vatandaşlıktan iskat edilen kişiler tarafından bu baktaki tasarruflar aleyhine açılan davalar, Dava Daireleri Umumî Heyetinin 38/243 sayılı ve 6.12.1938 tarihli kararıyla Hükümet tasarrufu mahiyetinde görülerek kazaî mürakabeden azade tutulduğu halde aynı mahiyetteki tasarruflar hakkında beşinci dairenin 39/1424 sayılı ve 6.11.1939 tarihli kararı ile vazife dahilinde görüldüğünden 3546 sayılı Devlet Şurası Kanununun 29. maddesi mücibince bu mübeyyin içtihatların tevhidî istenilmektedir.

Müddei Umumînin Mütalası: 1041 nolu Kanununun vazettiği esaslara vaziyetleri tevafuk edenlerin Vekiller Heyeti kararıyla Türk tabiyetinden iskat edileceği mezkur kanun hükmü icabından olmakla bu gibi muamelelerin mahiyeti itibariyle siyasi veçhesi olmadığından idari tasarruf olan bu gibi muameleler Devlet Şurası'nın mürakabesine tabi olacağından içtihadın bu yolda tevhidî mütalaa edilmektedir.

³² Devlet Şurası Dâva Daireleri Umumî Heyeti, E. 40/209, K. 43/83, T. 21.5.1943, (1943)22 Kararlar Mecmuası, s. 45-46.

NURAY EKŞİ'NİN
TEBLİĞİ

Türk Ulusu adına hüküm veren Devlet Şurası Dava Daireleri Umumî Heyeti tarafından işin gereği düşünüldü: 1041 nolu Kanunun, Vekiller Heyetine vermiş olduğu tabiyeti iskat selahiyetinin mahiyeti itibariyle siyasi bir tasarruf olmayıp Devlet Şurasının mukabesine tabi bir idari tasarruf bulunduğu hususunda içtihat istikrar bulmuş olduğundan içtihadın bu veçhile tevhidinde 21.5.1943 tarihinde ekseriyetle karar verildi".

B. Vatandaşlıkla İlgili İşlemlere Karşı Yargı Yolunun Yasal Düzenleme ile Kapatılması

1. Anayasa Düzeni Hakkındaki Kanun Uyarınca Vatandaşlığın Yitirilmesine İlişkin Bakanlar Kurulu Kararlarına Karşı Dava Açılmasının Yasaklanması

Siyasi gelişmelerin vatandaşlık kanunlarına yansımalarının ikinci tipik örneğini TVK'nın 25. maddesinin mülga (g) bendi oluşturmaktadır. Mülga (g) bendi, TVK'ya 1981 yılında 2383 sayılı Kanun'un³³ 6. maddesi ile eklenmişti. Türk Vatandaşlık Kanunu'nda bazı değişiklikler yapan 2383 sayılı Kanun, Milli Güvenlik Konseyi tarafından 13.2.1981 tarihinde kabul edilmiştir. Bu bend, 1992 yılına kadar yürürlükte kalmış; 1992 yılında TVK'da değişiklik getiren 3808 sayılı Kanun'la³⁴ yürürlükten kaldırılmıştır.

1981-1992 yılları arasında yürürlükte bulunan TVK'nın 25. maddesinin (g) bendi, 12 Eylül döneminde sıkça uygulanmıştır. TVK'nın 25. maddesinin mülga (g) bendine göre, yurt dışında bulunup da Türkiye Cumhuriyeti'nin iç ve dış güvenliği ile kanunun suç saydığı şekilde iktisadî ve malî güvenli-

³³ 11 Şubat 1964 Tarih ve 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna İki Ek Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun, Kanun No: 2383, Kabul Tarihi: 13.2.1981, RG, 17.2.1981/17254.

³⁴ 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 25. Maddesinin (g) Bendi ile Bu Maddenin İkinci Fıkrasının Yürürlükten Kaldırılması ve Bu Kanuna İki Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun, Kanun No: 3808, Kabul Tarihi: 27.5.1992, RG, 4.6.1992/21248.

ği aleyhinde faaliyette bulunan veya yurt içinde bu faaliyetlerde bulunup da her ne suretle olursa olsun yurt dışına çıkan ve hakkında Türkiye'de bu nedenle kamu davası açılmasına veya ceza kovuşturmasına veya hükmün infazına olanak bulunmayan ve gelmesi için yapılan duyuruya rağmen üç ay içinde, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bir ay içinde yurda dönmeyenlerin Türk vatandaşlığını kaybettiklerine Bakanlar Kurulu karar verebilir.

TVK'nun 25. maddesinin mülga (g) bendi uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından Türk vatandaşlığının kaybettirilmesi kararının verilebilmesi için:

1. Kişinin Türk vatandaşlığını doğumla kazanması,
2. Yurt dışında bulunması,
3. Yurt dışında Türkiye Cumhuriyeti'nin iç ve dış güvenliği ile kanunun suç saydığı şekilde iktisadî ve malî güvenliği aleyhinde faaliyette bulunması veya yurt içinde bu faaliyetlerde bulunup da her ne suretle olursa olsun yurt dışına çıkması,
4. Yurt dışında bulunması sebebiyle hakkında Türkiye'de kamu davası açılmasına veya ceza kovuşturmasına veya hükmün infazına olanak bulunmaması,
5. Yurda dönmesi için duyuru yapılması,
6. Duyuruya rağmen üç ay içinde, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bir ay içinde, yurda dönmemesi,

gerekir. Ayrıca sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde (g) bendi uyarınca Türk vatandaşlığını kaybedenler hakkında, 35. maddenin I. fıkrasının uygulanmasına karar verilebileceği öngörülmüştü. TVK'nun 35. maddesinin I. fıkrası malların tasfiye edilmesine ilişkindir. Bu hükmün uygulanmasında Bakanlar Kurulu takdir yetkisine sahipti. 1992 yılında 3808 sayılı Kanun ile TVK'ya eklene geçici 4. maddede, 25(g) uyarınca haklarında Türk vatandaşlığını kaybettirme işlemi yapılması sonucunda Türkiye'de bulunan ve Hazinece tasfiye edilen malların veya bu malların millî bankada adlarına açılan hesaba

NURAY EKŞİ'NİN
TEBLİĞİ

yatırılmış olan bedellerinin hak sahiplerine iade edileceği ifade edilmiştir.

TVK'nun 25. maddesinin mülga (g) bendi uyarınca Türk vatandaşlığını kaydenlerden biri de Türkiye İşçi Partisi Başkanı Behice Boran'dır. 1910 (1326) yılında Sinop'ta doğan³⁵ Behice Boran, 1987 yılında Brüksel'de vefat etmiştir. Cenazesi Turgut Özal tarafından Türkiye'ye getirilerek "Devlet Töreni" ile gömülmüştür. 12 Eylül 1980 ihtilâlinin ardından kısa bir süre ev hapsinde tutulan Behice Boran daha sonra Kasım ayında yurt dışına çıkmıştır. 16.2.1981 tarihinde sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmayı amaçlamak için komünizm propagandası yaptığı iddiasıyla Sıkıyönetim 1 Numaralı Mahkemesince yargılanan ve 8 yıl 9 ay hapse mahkum edilen Behice Boran aynı yıl Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığını yitirmişti.³⁶ Behice Boran'ın Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararı *Resmî Gazete*'de yayınlanmıştır.³⁷ Karar, Devlet Başkanı Kenan Evren, Başbakan Bülent Ulusu ve diğer bakanlar tarafından imzalanmıştır. 8/8018 sayılı Bakanlar Kurulu kararı şöyledir:

"Ekli listede kimlikleri yazılı 2 (iki) kişinin³⁸ Türk vatandaşlığının kaybettirilmesi ve bu kişilerin Türkiye'de bulunan mallarının Hazinece tasfiye edilmesi; İçişleri Bakanlığı'nun 18.5.1981 tarihli ve 631.116-5199-5200/8897 sayılı yazısı üzerine, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25 inci maddesine 13.2.1981 tarihli ve 2383 sayılı Kanununun 6 nci maddesiyle eklenen (g) bendi ve 3 üncü fıkra ile 403 sayılı Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrası hüküm-

³⁵ Behice Boran'ın Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine ilişkin 8/8018 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının ekinde nüfus kimlik bilgileri de yer almaktadır. Behice Boran'ın nüfus kimlik bilgileri için bkz. RG, 5.6.1981/17361.

³⁶ <http://www.byegm.gov.tr/yayinlarimiz/AyinTarihi/1981/subat1981.htm> (9.5.2009).

³⁷ RG, 5.6.1981/17361.

³⁸ Behice Boran ile birlikte Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. maddesinin (g) bendi uyarınca Bakanlar Kurulu kararıyla vatandaşlığını yitiren ikinci kişi, Gültekin Gazioglu'dur.

lerine göre, Bakanlar Kurulunca 25.5.1981 tarihinde kararlaştırılmıştır”.

1981 yılında Bakanlar Kurulu tarafından verilen Behice Boran Hatko'nun Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine ilişkin kararın iptali için dava açılmıştı. Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 25.9.1981 tarihinde davanın esasına girmeden reddedilmesine karar vermişti.³⁹ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, kararı oy çokluğuyla almıştır. Ancak karara ilişkin muhalefet şerhi, davanın özüne değil harç kısmına ilişkindir. Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 25.9.1981 tarihli kararı ay-
nen şöyledir:

“28 Ekim 1980 gün ve 17145 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış bulunan 27.10.1980 gün ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun’un 4. maddesinde, Millî Güvenlik Konseyi’nin bildiri ve kararlarında yer alan ve yer alacak olan hükümlerle 12 Eylül 1980 tarihinden sonra çıkarılan ve çıkarılacak olan Bakanlar Kurulu kararnamelerinin ve üçlü kararnamelerin yürütülmesinin durdurulması ve iptali isteminin ileri sürülemeyeceğinin öngörülmesi karşısında, anılan Kanun kapsamında bulunan Bakanlar Kurulu kararına karşı açılmış bulunan davanın incelenmeksizin reddine oy çokluğuyla karar verildi”.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu kararını verdiği tarihte 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun⁴⁰ yürürlükteydi. 1980 yılında yürürlüğe giren 2324 sayılı Kanun, 12 Eylül askeri müdahalesi döneminde yapılan ilk yasal düzenlemedir.⁴¹ 2324 sayılı Kanun’un 4. maddesinde, Millî Güvenlik Konseyi’nin bildiri ve kararlarında yer alan ve yer alacak olan hükümlerle 12 Eylül 1980 tarihinden sonra çıkarı-

³⁹ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E. 1981/102, K. 1981/852, T.25.9.1981: (1982)46-47 *Danıştay Dergisi*, s. 156; Nuray Ekşi, *Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları*, İstanbul 2007, s. 656-657; Nuray Ekşi, *Pratik Çalışma Kitabı: Kanunlar İhtilâfı Kurallarına Milletlerarası Usul Hukukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları*, 2. bası, İstanbul 2007, s. 150-151.

⁴⁰ RG, 28.10.1980/17145.

⁴¹ Turgut Tan, 1982 Anayasası’nın Geçici 15. Maddesi Üzerine, *İlhan Öztirak Anısına Armağan*, Ankara 1994, s. 376.

NURAY EKŞİ'NİN
TEBLİĞİ

lan ve çıkarılacak olan Bakanlar Kurulu kararnamelerinin ve üçlü kararnamelerin yürütülmesinin durdurulması ve iptali isteminin ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Dolayısıyla 2324 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde Türk vatandaşlığı ile ilgili olarak alınan Bakanlar Kurulu kararlarına karşı iptal davası açılmamıştır.⁴² Diğer bir anlatımla, vatandaşlıkla ilgili kararlara karşı yargı yolu kapatılmıştır. Ancak dikkat edilecek olursa yargı yolu sadece Bakanlar Kurulu kararları için kapatılmış; İçişleri Bakanlığı kararlarından söz edilmemiştir.

2. Anayasa Düzeni Hakkındaki Kanun'un Yürürlükten Kaldırılması Sonucunda Bu Dönemde Verilen Vatandaşlığın Yitirilmesi Kararlarının İdari Yargıda Dava Konusu Yapılıp Yapılamayacağı Meselesi

1982 Anayasası'nın geçici 3. maddesinin (a) bendinde, 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun'un, Anayasa'ya göre yapılacak ilk milletvekili genel seçimi sonucu Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp Başkanlık Divanı'nın oluşturulması ile yürürlükten kalkacağı öngörülmüştür. 2324 sayılı Kanun, 1982 Anayasası'nın halkoyu ile kabulünden sonra yapılan ilk seçimler sonucu Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı'nın 6.12.1983'de oluşturulması ile birlikte bu tarihten itibaren yürürlükten kalkmıştır.⁴³

⁴² İdarenin yargı denetimi dışında bırakılan işlemleri için bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, 6. bası, Bursa 2007, s. 808; Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Darüştay Yayınları No: 51, Ankara 1990, s. 161-163; İdarenin bazı işlem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulmasının AİHS'nin 6(1). maddesinin ihlali olarak değerlendirilebileceği haller için bkz. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı-Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, 2. bası, İstanbul 2005, s. 142-144.

⁴³ Anayasa Mahkemesi, E. 2001/216, K. 2004/120, T. 2.12.2004. TAN ise, Başkanlık Divanı'nın 7.12.1983 tarihinde oluşturulduğunu ve 2324 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırıldığını belirtmektedir (Tan, 377).

Anayasa'nın geçici 15. maddesinin son fıkrasında, 12 Eylül 1980 tarihinden ilk genel seçimler sonucu toplanacak TBMM Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçecek süre içinde çıkarılan kanunların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceği belirtilmiştir. Daha sonra geçici 15. maddenin son fıkrası 2001 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle yürürlükten kaldırılmıştır.⁴⁴

1991 yılında verilen Danıştay İçtihadı Birleştirme kararına⁴⁵ göre, 2324 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu 12.9.1980 ile 6.12.1983 tarihleri arasında verilen Bakanlar Kurulu kararlarına karşı idari yargı yolu kapatılmış olmakla beraber 2324 sayılı Kanun'un yürürlükten kalktığı 6.12.1983 tarihinden itibaren 60 gün içinde doğrudan veya İYUK'un 11. maddesindeki süreç işletilerek dava açılması mümkündür.

İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan sonra verilen Danıştay kararları da aynı yöndedir. Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu (DİDDK), merkez valisi iken 29.1.1982 tarihli ve 8/4226 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile re'sen emekliye sevk edilen kişinin re'sen emeklilik işleminin iptali ve emekli olarak geçirilen sürenin fiili hizmet süresine eklenmesine ilişkin talebin reddine karşı açılan davada verdiği 19.4.2007 tarihli kararında,⁴⁶ Anayasa'nın geçici 15. maddesinin son fıkrasının yürürlükten kaldırılma gerekçesinin, 12 Eylül 1980-6 Aralık 1983 döneminde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararname ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesinin sağlanması olduğunu ifade etmiştir.

"Dolayısıyla, bu tarihten itibaren herhangi bir yargı kısıntısı olmadan idari işlemin yargısal denetiminin tam olarak yapılabilmesi, diğer bir ifadeyle işlemin dayanağı yasa kuralının iptali için iti-

⁴⁴ Türkiye Cumhuriyetinin Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 4709 Sayılı Kanun: RG, 17.10.2001/24556 Mükerrer.

⁴⁵ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, E. 1990/1, K. 1991/1, T. 28.2.1991: RG, 18.6.1991/20905.

⁴⁶ Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, E. 2005/2988, K. 2007/555, T. 19.4.2007: (2007)116 *Danıştay Dergisi*, s. 55-58.

NURAY EKŞİ'NİN
TEBLİĞİ

*raz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilmesi mümkün hale geldiğinden, bu yeni hukukî durumun 2577 sayılı İYUK'da belirtilen usule uygun olmak kaydıyla yeni bir dava açma hakkı tanıdığı-
nın kabulü gereklidir".*

O halde Bakanlar Kurulu'nun vatandaşlıkla ilgili olup 2324 sayılı Kanun'a istinaden yargı yolunun kapatıldığı kararlarına karşı dava açmak, 6.12.1983 tarihinden itibaren mümkün hale gelmiştir. Böyle bir davanın açılma olasılığı yok denecek kadar az olmakla beraber her ihtimale karşı konunun dava süresi açısından da incelenmesi gereklidir. Çünkü idari işlemlere karşı iptal davası açma süresi olan 60 gün geçmiş olacaktır. Bu durumda davanın süresinde açılmaması sebebiyle reddine mi karar verilecektir? DİDDK'ya göre, bu yeni hukukî durumun ilgililere İYUK'da belirtilen usule uygun olmak kaydıyla yeni bir dava açma hakkı tanıdığıının kabulü gereklidir. Diğer bir anlatımla, 6.12.1983 tarihinden itibaren 2577 sayılı İYUK'nun 11. maddesi uyarınca başvuru yapılacak; bu başvurunun reddedilmesi üzerine İYUK'nun 7. ve 11. maddelerinde öngörülen süreler içinde dava açılacaktır.

2383 sayılı Kanun ile 1981 yılında TVK'nun 25. maddesine eklenen (g) bendinin 3808 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırıldığını daha önce ifade etmiştik. 3808 sayılı Kanun, TVK'nun 25. maddesinin (g) bendini yürürlükten kaldırmakla kalmamış; siyasi düşünceleri sebebiyle Türk vatandaşlığını Bakanlar Kurulu kararıyla kaybeden kişilerin yeniden Türk vatandaşları olmalarının yolunu açmıştır. Üstelik bunun için ilgili kişilerin başvuru yapmasına gerek de görülmemiştir. 3808 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile TVK'ya geçici 2. madde eklenmiştir. Geçici 2. maddeye göre, 1981-1992 yılları arasında 25. maddenin mülga (g) bendi uyarınca haklarında Bakanlar Kurulunca Türk vatandaşlığını kaybettirme kararı alınmış olanların nüfus kütüklerindeki kayıtları, müracaatlarına ve herhangi bir işleme gerek kalmaksızın İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından canlandırılır. Nitekim TVK'nun 25. maddesine 2383 sayılı Kanunla eklenen (g) bendine istinaden Bakanlar Kurulu'nun 6.12.1982 gün ve 82/5762 sayılı kararı ile Türk vatandaşlığı kaybettirilen Yıl-

maz Güney (Pütün), (g) bendi, 3808 Kanunla kaldırıldıktan sonra geçici 2. maddeye istinaden Türk vatandaşlığını kanun gereği kendiliğinden tekrar kazanmış; 13.4.1993 tarihinde nüfus kütüğündeki Türk vatandaşlığının kaybı kararı silinerek nüfus kaydı canlandırılmıştır.⁴⁷

III. Vatandaşlığın Yitirilmesi İşlemlerine Karşı Yargı Yolunun Kapatılması ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İnsan hakları, kural olarak, evrensel ve şartsız herkese tanınmıştır. Ancak bu kuralın bazı haklardan faydalanmaktan mahrumiyet veya belirli grupta bulunan kişilere daha fazla hakların verilmesi gibi istisnaları bulunmaktadır. Örneğin, sınır dışı ve suçluların iadesinin sadece yabancılara uygulanan yaptırımlar olması; ülkeye giriş, kamu hizmetlerine katılma, seçme ve seçilme hakkı gibi bazı hakların sadece vatandaşlara tanınması, insan haklarının evrensel niteliğine getirilen istisnaları teşkil etmektedirler.⁴⁸

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde (İHAS)⁴⁹ temel haklarla ilgili genel ve soyut hükümler öngörülmüş; koruma altına alınan hakların somut olayda ihlâl edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde komisyona ve mahkemeye geniş takdir yetkisi verilmiştir.⁵⁰ Ayrıca, taraf devletler ulusal hukuklarını İHAS ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük vatandaşlık kanunları için de geçerlidir.⁵¹

İHAS'da vatandaşlığa ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, vatandaşlık başvurularının key-

⁴⁷ *Milliyet Gazetesi*, 8 Ocak 2009.

⁴⁸ René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge 2002, s. 25-26.

⁴⁹ RG, 19.3.1954/8662.

⁵⁰ Matti Pellonpää, *Expulsion in International Law A Study in International Law and Human Rights with Special Reference to Finland*, Helsinki 1984, s. 124.

⁵¹ Ali Heyrani Nobari, *An Examination of the Concept of Nationality in Europe*, Lausanne 2005, s. 81-82.

NURAY EKŞİ'NİN
TEBLİĞİ

fi veya hukuka aykırı olarak reddi veya keyfi veya hukuka aykırı olarak vatandaşlıktan atma kararlarının İHAS'a aykırı olabileceği ve bunun üye devletlerin İHAS'dan kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlâli anlamına gelebileceği kabul edilmektedir. Açık bir hüküm olmamasına rağmen, vatandaşlıkla ilgili işlemlerin İHAS'ın bazı maddeleri ile bağlantısı kurulmaktadır.

İHAS ve Ek Protokolleri, vatandaşlık hakkını teminat altına almamaktadır.⁵² Ancak taraf devletlerin vatandaşlıkla ilgili

⁵² *Kafkaslı v. Turkey* davasında, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, İHAS'ın vatandaşlığın kazanılmasını teminat altına almadığına karar vermiştir. *Kafkaslı*, 1939 yılında göçmen olarak Gürcistan'dan Türkiye'ye gelmişti. 28.9.1940 tarihinde Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığını kazanmıştı. Türkiye'de iş bulamaması ve yoksulluk sebebiyle Gürcistan'a dönmeye çalışırken SSCB-Türkiye sınırında durdurulmuş ve ajanlık yaptığı gerekçesiyle onbeş yıl hapse mahkûm edilmişti. Aftan yararlanarak hapisten çıkan *Kafkaslı*, 1955 yılında devlet güvenliği aleyhine faaliyette bulunması sebebiyle Türk vatandaşlığından çıkarılmış ve ülkeyi terk etmeye davet edilmişti. Türkiye'yi terk etmeyi reddeden ve vatansız olduğu için idarece re'sen sınırdışı edilemeyen *Kafkaslı* bir Türk bayanla evlenmiş ve Türk vatandaşlığını kazanmak için başvurmuştu. 1983 yılında başvurusu reddedilen *Kafkaslı* 1991 yılında başvurusunu yenilemiş ancak bu da reddedilmişti. 1992 yılında üçüncü defa Türk vatandaşlığını elde etmek için yaptığı başvuru, vatandaşlık verilmesi için önceki başvurulara nazaran yeni sebeplerin ortaya çıkmadığı gerekçesiyle İçişleri Bakanlığı tarafından reddedilmişti. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuran *Kafkaslı*, Türkiye'nin İHAS'ın 8. maddesinin ihlâl ettiğini iddia etmişti. *Kafkaslı*, Türk vatandaşlığından çıkarılması ve yeniden Türk vatandaşlığını kazanmak için yaptığı bütün başvuruların reddedilmesi sebebiyle kırk yılı aşkın bir süreden beri vatansız bir kişi olarak Konya'da oturduğunu; üç çocuğunun ve onüç torununun olduğunu; vatansız olması sebebiyle her üç ayda bir yabancılar şubesine giderek oturma iznini uzatmak zorunda kaldığını; Konya dışına çıkıp aile üyelerini ve yakınlarını ziyaret etmek istediğinde polisten izin almak zorunda olduğunu belirterek Türkiye'nin kendisine vatandaşlık vermemesi sebebiyle vatansız kalması sonucunda bir yabancı olarak maruz kaldığı muamelenin İHAS'ın 8. maddesine aykırı olduğunu ifade etmiştir. Türk Hükûmeti savunmasında, vatandaşlık vermenin İHAS'ın kapsamına girmediğini; âkit devletlerin vatandaşlık vermeye zorlanamayacağını; *Kafkaslı*'nın ikamet ve seyahat etme hakkından mahrum edilmediğini; vatansız olması sebebiyle *Kafkaslı*'ya uygulanan bazı formalitelerin özel ve aile hayatına müdahale teşkil etmediğini belirtmiştir. Komisyon, *Kafkaslı*'nın seyahat hakkının elinden alınmadığını; bulunduğu yeri

işlemleri ile İHAS'ın bazı maddeleri arasında bağlantı kurmak ve bu işlemleri İHAS kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim İHAM da aynı sonuca varmıştır. İHAM, *Karashev v. Finland* davasında, bir devletin keyfi olarak vatandaşlık başvurusunu reddetmesinin İHAS'ın 8. maddesinin ihlâline yol açabileceğini ifade etmiştir.⁵³

Kanaatimizce, vatandaşlıkla ilgili işlemlerde dikkate alınabilecek diğer bir madde İHAS'ın 13. maddesidir. İHAS'ın 13. maddesinde, işbu Sözleşme'de tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen her şahsın, ihlâl fiili, resmî vazifelerini ifa eden kimseler tarafından bu vazifelerin ifası sırasında yapılmış olsa dahi, millî bir makama fiilen müracaat hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, vatandaşlık başvurusu reddedilen veya vatandaşlıktan atılan kişiye, İHAS kapsamındaki haklarıyla ilgili olarak, tarafsız ve bağımsız ulusal mercilere başvurma olanağının tanınması ve başvurunun uygun biçimde incelenip değerlendirilmesinin sağlanması gerekir.

Ayrıca adil yargılanma hakkını düzenleyen 6(1). madde ile de vatandaşlıkla ilgili işlemler arasında bağlantı kurmak mümkündür. İHAS'ın 6(1). maddesine göre, her şahıs gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklarda gerekse herhangi bir suç isnadı halinde makul bir süre içinde bağımsız ve tarafsız mahkemelerde adil ve kamuya açık bir şekilde yargılanma hakkına sahiptir. Bu maddede medenî hukuk ve ceza hukuku alanlarından söz edilmesi sebebiyle

terk etmesi için polisten izin almasının özel ve aile hayatına müdahale teşkil etmediğini; milletlerarası hukuka göre yabancıların ülkeye giriş, ikamet ve seyahatlerinin devlet tarafından kontrol edilebileceğini; *Kafkaslı*'ya uygulanan tedbirler ile İHAS kapsamında sahip olduğu haklar arasında adil bir dengenin olduğunu; uygulanan tedbirlerin fahiş olmadığını belirtmiştir. Komisyon, yetkili makam kararıyla vatandaşlık vermeye âkit devletlerin zorlanamayacağına; Türkiye'nin vatandaşlık vermemesi ve vatansız olan *Kafkaslı*'ya uyguladığı usulün İHAS'ın 8. maddesini ihlâl etmediğine karar vermiştir [*Kafkaslı v. Turkey*, European Commission of the Human Rights (Request No. 21106/92) Commission Report adopted on July 1, 1997].

⁵³ *Andrei Karashev and Family v. Finland* (Application No. 31414/96), ECHR IV, 12 January 1999.

idari yargı alanında uygulanıp uygulanmayacağına tereddüt edilebilir. Her şeyden önce, 6(1). maddedeki kavramlar ulusal hukuklardan bağımsız olarak yorumlanmalıdır. Dolayısıyla ulusal mahkemelerce bir konunun disiplin hukuku veya idare hukuku kapsamına dahil olduğu kabul edilerek 6(1). maddenin öngördüğü kontrol mekanizmasının işlemesi engellenmemelidir.⁵⁴ Böylece idare hukuku alanındaki uyumsuzlukların önemli bir kısmı da 6(1). maddenin kapsamına dahil edilmeli ve bu maddenin getirdiği güvencelerden yararlandırılmalıdır. İHAM'ın, medeni hak ve yükümlülük kavramını esnek ve liberal bir yaklaşımla yorumlamakla⁵⁵ beraber vatandaşlığa ilişkin uyumsuzlukları genellikle kamu hukukuna dahil görülüp 6. maddenin kapsamı dışında tuttuğu ifade edilmiştir. Doktrinde İHAM'ın kararlarının aksine görüşler de vardır.⁵⁶

Sonuç

Vatandaşlık hukuku tarihçesinde, olağanüstü durumlarda, vatandaşlıkla ilgili işlemlerin yasal düzenleme ile yargı denetiminin kapsamı dışında tutulduğu veya Osmanlı Hanedanı'nda olduğu gibi yasal düzenleme ile Türk vatandaşlığından toplu olarak çıkarmanın gerçekleştiği istisnai haller mevcuttur. Türkiye'de yaşanan siyasi gelişmelerin vatandaşlık kanunlarına nasıl yansındığını göz önüne seren söz konusu yasal düzenlemeler yürürlükten kaldırılsalar bile tarihi açıdan önemlerini korumaktadırlar.

⁵⁴ Clare Ovey/Robin C.A. White, *Jacobs & White European Convention on Human Rights*, 3rd edition Oxford 2002, s. 140-145.

⁵⁵ Ovey/ White, 146.

⁵⁶ Ovey/White, yabancıların ülkeye girişine, mülteci veya sığınmacı başvurularına ve sınır dışı edilmelerine ilişkin hükümlerin sadece ulusal hukuklarda yer almadığını, milletlerarası antlaşmalarda da hükümler olduğunu; ülkeye sokmama veya sınır dışı etme kararının kişinin ekonomik ve kişisel refahı üzerinde çok önemli etkileri olduğunu belirterek bu konularla ilgili kararların 6. madde kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmektedirler (Ovey/ White 148).

Türk hukukunda, vatandaşlığın yitirilmesi kararlarına karşı idari yargı denetimini engelleyen ilk ve son yasal düzenleme 12 Eylül 1980 ile 6 Aralık 1983 tarihleri arasında yürürlükte bulunan Anayasa Düzeni Hakkında Kanun'dur. Anayasa Düzeni Hakkında Kanun, istisnai bir durum öngörmüştü. Belirtmek gerekir ki, 6 Aralık 1983 tarihinden beri vatandaşlıkla ilgili idari işlemlere karşı yargı yoluna başvurulmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Vatandaşlıkla ilgili olarak İçişleri Bakanlığı ve Bakanlar Kurulu tarafından yapılan gerek kurucu gerekse açıklayıcı işlemlere karşı idari yargı yoluna başvurulabilir. Elbette vatandaşlıkla ilgili bir idari işlemin dava konusu yapılabilmesi için idari yargılama mevzuatında aranılan şartların gerçekleşmesi gerekir. Gelecekte Anayasa Düzeni Hakkında Kanun gibi yargı yoluna başvurmayı yasaklayan hükümler getiren başka yasal düzenlemelerin yapılmamasını ve özellikle siyasi görüşleri sebebiyle kişilerin vatandaşlık haklarından mahrum bırakılmamasını temenni ederiz.

AVRUPA VATANDAŞLIK SÖZLEŞMESİ VE TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU TASARISI*

Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR**

Tebliğ Plânı ve Kapsamı

FERİHA BİLGE
TANRIBİLİR'İN
TEBLİĞİ

Tebliğin konusu, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı¹ ile Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi² hükümlerinin karşılaştırılmasıdır.

Sözleşme ve Tasarı, vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin hükümlerin yanı sıra başka konuları da düzenlemektedirler. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde (AVSöz.) vatan-

* Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı, 28.5.2009 günü akşamı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda görüşülmüş, ancak hiçbir eleştiri dikkate alınmadan 29.5.2009 gününün ilk saatinde kabul edilmiştir (5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu için bkz. RG, 12.6.2009-27256). Bununla beraber, sunum ve yayın tarihindeki farklılık çalışma konusunda herhangi bir değişikliğe neden olmayacağı için, tebliğ metninde bu tebliğin sunulduğu sempozyum tarihi esas alınmış ve "Türk Vatandaşlığı Kanunu" yerine "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı" ifadesi kullanılmıştır.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Bilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Metin için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0458.pdf>. Tasarı, 22. Dönemde TBMM'ye sevk edilmiş ve bu dönem içerisinde kanunlaşamadığı için 23. Dönem çalışmalarına eklenmiştir. Bu dönemde Tasarı yine komisyonlara gönderilmiş ve raporları alınmıştır. Ancak anılan dönemde de 22. Dönem İçişleri Komisyonu raporu aynen benimsenmiştir. TBMM 22. Dönem (S. Sayısı: 1232) Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum ile İçişleri Komisyonları raporları (1/1192) için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yilo1/ss1232m.htm>. TBMM 23. Dönem (S. Sayısı: 90) Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve İçişleri Komisyonu raporu (1/458) için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yilo1/ss90m.htm>.

² *European Treaty Series*, No.166. İngilizce metin için bkz. *International Legal Materials*, Vol. 37(1998), S. 1-3, 47-55.

daşlıkla ilgili işlemlerde takip edilecek usulü, çok vatandaşlık, devletin halefiyeti (*state succession*), çok vatandaşlık halinde askerlik yükümlülüğü meselelerine ilişkin hükümler getirilmiştir. Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı (Tasarı) ise vatandaşlığın ispatı, usul ve çok vatandaşlık gibi hususlara ilişkin muhtelif hükümler içermektedir. Ancak tebliğ konusu vatandaşlığın kazanılması ve sona ermesini düzenleyen hükümlerle sınırlandırılmıştır. Aynı şekilde Tasarı'nın sistematigi, hükümlerinin isabeti ve birbiriyle uyumu ile Tasarı'nın diğer kanunlarla uyumu da bu tebliğin inceleme konusu dışında tutulmuştur.³

Konu esas itibariyle dört ana başlık altında ele alınacaktır. İlk önce her iki metnin kısaca hazırlanma nedenleri belirtilecektir. Daha sonra vatandaşlık hukukunda kabul edilen ilkelere Sözleşme ve Tasarı'da ne ölçüde dikkate alındığı hususuna değinilecektir. Üçüncü ve dördüncü başlıklar ise Sözleşme ile Tasarı'nın vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin hükümlerine ayrılmıştır.

I. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Tasarı Hakkında Genel Bilgi

Türk hukukunda gerçek kişilerin vatandaşlığı 1964 yılında yürürlüğe giren 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda

³ Tasarı'nın gerekçesi, vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin hükümleri üç ayrı maddede ele alınmıştır. Bu çalışma, anılan makalelerdeki bazı hususlar ile Komisyon raporlarını içerecek şekilde hazırlanmıştır. Makaleler için bkz. Tanrıbilir, F.B., Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Hazırlanması Nedenleri Üzerine, (Nedenler), *TBBĐ*, S. 72, Eylül Ekim 2007, s. 37 vd.; Tanrıbilir, F.B., Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri, (Kazanma), *TBBĐ*, S. 75, Mart Nisan 2008, s. 27 vd.; Tanrıbilir, F.B., Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kaybına İlişkin Hükümleri, (Kayıp), *TBBĐ*, S. 76, Mayıs Haziran 2008, s. 27 vd.

Tasarı'nın bütünü üzerinde metin içi bütünlüğü ve diğer kanunlarla uyumu sağlayacak önerileri içeren çalışma için bkz. Tanrıbilir, F.B., Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı İçin Bazı Öneriler, (Öneriler), *TBBĐ*, S. 81, Mart Nisan 2009, s. 75 vd.

(TVK)⁴ düzenlenmiştir. Ancak 2006 yılında yeni bir Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın hazırlanıp Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edildiği kamuoyuna açıklanmıştır. Vatandaşlıkla ilgili yeni bir kanun tasarısının hazırlanması nedenleri gerekçede şu şekilde ifade edilmiştir:⁵

1. 403 sayılı TVK'da yapılan değişiklikler nedeniyle bu Kanun'un yapısının esaslı bir şekilde bozulmuş olması,
2. Anayasa'nın vatandaşlığı düzenleyen 66. maddesinde değişiklik yapılmış olması,
3. Yeni bir Türk Medeni Kanunu'nun hazırlanmış olması ve bu Kanun'un TVK ile uyumunun sağlanması,
4. AVSöz.'e katılmanın, Avrupa Birliği üyeliği sürecinde gündeme gelme ihtimalinin bulunması,
5. Vatandaşlığa alınma usulünü kolaylaştırma.

Tasarının gerekçesinde sözü edilen AVSöz., Avrupa Konseyi tarafından 1997 yılında kabul edilmiş ve 2000 yılında yürürlüğe girmiştir. AVSöz.'ü toplam 18 devlet onaylayıp taraf olmuştur.⁶ Bu milletlerarası sözleşme, taraf devletlerin vatandaşlık kanunlarını yaparken uyacakları ilke ve kurallar hususunda yol gösterme amacıyla hazırlanmıştır. AVSöz. hükümlerinin taraf devletlerde doğrudan uygulanması söz konusu değildir. AVSöz.'de yer alan ilke ve kuralların devletler tarafından kendi özel şartları dikkate alınarak iç hukuklarına aktarılması gerekmektedir. AVSöz.'de açıkça devletlerin kendi vatandaşlarını kendi kanunlarıyla belirleme yetkilerinin bu-

⁴ RG, 22.2.1964-11638.

Bu Kanun 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıbilir, Nedenler, s. 39 vd.

⁶ Bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=166&CM=8&DF=7/2/2009&CL=ENG> (10.5.2009). AVSöz.'ne Almanya, Arnavutluk, Avusturya, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Hollanda, İsveç, İzlanda, Macaristan, Malta, Makedonya, Moldova, Portekiz, Romanya, Slovakya, Ukrayna taraf olan devletlerdir.

lunduğu hükme bağlanmıştır (m. 3).⁷ Türkiye AVSöz.'e taraf olmamakla beraber, Tasarı'nın gerekçesinde kullanılan ifadelerden bu milletlerarası sözleşme hükümlerinin göz önünde bulundurulduğu anlaşılmaktadır.⁸ Bu nedenle çalışmada her iki metin birlikte ele alınarak benzerlik ve farklılıklara işaret edilecektir.

II. İlkeler

Vatandaşlık hukukunda devletlerin vatandaşlık kanunlarını hazırlarken göz önünde bulundurdıkları bazı direktif ilkeler vardır.⁹ AVSöz., milletlerarası hukuk ve milletlerarası toplumdaki değişimleri ve gelişmeleri dikkate alarak bu ilkeleri yeniden tespit etmiştir (AVSöz. m. 4-5).¹⁰ Esasen bu il-

⁷ Bir devletin kendi vatandaşını belirleme konusunda sahip olduğu münhasır yetki ve münhasır yetki esası hakkında bkz. Güngör, G., Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, *MHB*, Yıl 17-18(1997-98), s. 231-234.

⁸ Türk hukuk uygulamasında birçok kanunun hazırlanmasında taraf olunmayan milletlerarası sözleşmelerin veya bölgesel organizasyonların kurallarının dikkate alındığı gözlenmektedir. Örneğin 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un hazırlanmasında Avrupa Birliği kuralları göz önünde bulundurulmuştur. Bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı: 47, <http://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>.

⁹ Milletlerarası hukukta genel kabul gören kuralların başında "Vatandaşlık hukukunun direktif ilkeleri" veya "Vatandaşlık hukukuna hâkim olan ilkeler" olarak adlandırılan üç ilke bulunmaktadır:

1. Herkes mutlaka bir vatandaşlığa sahip olmalıdır (vatansızlığı önleme),

2. Herkesin sadece bir vatandaşlığı olmalıdır (çok vatandaşlığı önleme),

3. Herkes vatandaşlığını değiştirmekte serbest olmalıdır (ilgilinin iradesinin rolü).

¹⁰ AVSöz.'de tespit edilen ilkeler şunlardır:

1. Herkes vatandaşlık hakkına sahiptir (m. 4/a),

2. Vatansızlık önlenmelidir (m. 4/b),

3. Hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından yoksun bırakılamaz (m. 4/c),

4. Bir âkit devlet vatandaşı ile yabancı arasındaki evliliğin veya evliliğin sona ermesinin yahut evlenmenin devamı sırasında eşlerden birinin vatandaşlığını değiştirmesinin, diğer eşin vatandaşlığını otomatik

FERİHA BİLGE
TANRIBİLİR'İN
TEBLİĞİ

keleri üç ana başlıkta toplamak mümkündür: Vatansızlık önlenmelidir, evlilik vatandaşlığı etkilememelidir ve ayırım yasaktır.

A. Vatansızlığın Önlenmesi İlkesi

AVSöz.'nin vatansızlığın önlenmesi hususuna özel bir önem verdiği görülmektedir. Buna göre devletler bir yandan vatansızlara vatandaşlık kazandıracak düzenlemeler yaparken, diğer yandan vatansızlığa yol açacak düzenleme ve uygulamalardan kaçınmalıdırlar. 403 sayılı TVK, vatansızlığı önleme gayesine yönelik birçok hüküm ihtiva etmektedir. Tasarı'da ise, yürürlükteki kanundan farklı bir ifade tarzı benimsenmiş; "vatansız çocuk" veya "vatansız eş" türünden ifadelere yer verilmemiştir. Bununla beraber, Tasarı'nın vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin hükümleri bir bütün olarak incelendiğinde vatansızlığı önleme gayesi hemen dikati çekmektedir. Bu konuda tek istisna, vatandaşlığın irade dışı kaybı halleri için söz konusu olmaktadır. Ancak bu halde de keyfi olarak vatandaşlığın sona erdirilmesine yol açacak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususa ileride tekrar değinilecektir.

B. Evlenmenin Kendiliğinden Vatandaşlığı Etkilememesi İlkesi

AVSöz. prensip olarak, evlenmenin kendiliğinden vatandaşlığı etkilememesini kabul etmiştir (AVSöz. m. 4/d). 403 sayılı TVK evlenmenin vatandaşlığa etkisinin benzer şekilde düzenlemiştir. Tasarı'da evlenmenin kendiliğinden vatandaşlığı etkilememesini kabul etmiştir. Tasarı'da evlenme sadece vatandaşlığın kazanılması açısından ele alınmıştır. Tasarı'ya göre bir Türk vatandaşıyla evlenme doğrudan yabancı eşe Türk vatandaşlığını kazandırmaz. Ancak yabancı

olarak etkilememelidir (m. 4/d),

5. Vatandaşlığa ilişkin düzenlemeler ayrımcılığa neden olabilecek herhangi bir hüküm içermemelidir (ayırım yasağı) (m. 5).

eş, Tasarı'da belirtilen şartlarla talepte bulunduğu anda yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığı kazanabilir (Tasarı m. 16). Tasarı'da yabancı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığının etkilenmesi isabetli olarak düzenlenmemiştir.¹¹ Sonuç olarak, evlenmenin vatandaşlığı kendiliğinden etkilememesi hususunda AVSöz. ile Tasarı hükümleri uyumludur.

C. Ayırım Yasağı İlkesi

"Ayırım yasağı" veya "ayırım yapmama ilkesi", insan hakları ile ilgili olarak hazırlanan bütün milletlerarası belgelerde özellikle yer verilen bir ilkedir.¹² AVSöz.'e göre taraf devletlerin vatandaşlık düzenlemeleri cinsiyet, ırk, renk veya etnik köken itibarıyla ayrımcılığa neden olacak herhangi bir hüküm içermemelidir (AVSöz. m. 5/1). Ayrıca taraf devletler vatandaşları arasında vatandaşlığın doğumla veya sonradan kazanılmış olması açısından da ayırım yapmamalıdır (AVSöz. m. 5/2). Bununla beraber, devletler vatandaşlığa alınma şartlarını belirlerken, bazı kişilere diğerlerine nazaran daha kolay şartlarla vatandaşlık verebilir. Örneğin yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanmada o devlette konuşulan dili bilme, o ülkede dünyaya gelme veya o devlet vatandaşlarının soyundan gelme gibi hallerde daha kısa ikamet süresi öngörülebilir.¹³

Türk vatandaşlık hukukunda (ve genel olarak Türk hukukunda) cinsiyet, ırk, din, renk veya etnik köken bakımından herhangi bir ayırım yapılması reddedilmiştir. En başta

¹¹ Bkz. Güngör, s. 235; Tanrıbilir, Kayıp, s. 33.

¹² Bu konuda Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan milletlerarası sözleşmelerden örnekler verilebilir. Örneğin, "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Hakkında Milletlerarası Sözleşme" (m. 2), "Medeni ve Siyasi Haklar Hakkında Milletlerarası Sözleşme" (m. 2), "İrk Ayrımının Her türlü Şeklinin Önlenmesi Hakkında Milletlerarası Sözleşme" (m. 1), "Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Milletlerarası Sözleşme" (m. 1), "Çocuk Hakları Sözleşmesi" (m. 2) ve "Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme" (m. 3) ayırım yasağı hükümleri ihtiva etmektedir.

¹³ Bkz. *European Convention on Nationality, Explanatory report*, 6.

FERİHA BİLGE
TANRIBİLİR'İN
TEBLÜĞİ

TC Anayasası'nın¹⁴ 10. maddesinde bu husus açıkça belirtilmiştir: "*Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*". Yine Anayasa'nın 66. maddesinde "*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür*" hükmü ile objektif anlamda vatandaşlığa işaret edilmiş ve kişilerin özellikleri yönünden hiçbir ayrıma gidilmeksizin vatandaşlık bağı esas alınmıştır. Tasarı'da da cinsiyet, ırk, din, renk veya etnik köken bakımından ayrıma yol açabilecek herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.¹⁵ 403 sayılı TVK'nın kadını korumaya yönelik cinsiyet ayrımı Tasarı'da, isabetli olarak, terk edilmiştir. Öte yandan Tasarı'da vatandaşlığın doğumla kazananlar ile sonradan kazananlar arasında ayırım yapıldığını gösteren herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

III. Vatandaşlığın Kazanılması

AVSöz.'nin vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin hükümleri altıncı maddede yer almaktadır. Anılan hüküm, sözleşmenin dördüncü ve beşinci maddelerinde belirtilen ilkeleri karşılayacak şekilde düzenlenmiştir.

Sözleşme'de vatandaşlığın kanun yoluyla, doğum yeri esasıyla ve yetkili makam kararıyla kazanılması yollarına ilişkin esaslar ele alınmaktadır (m. 6/1-3). Daha sonra da taraf devletlerin maddede sayılan bazı kişilerin vatandaşlığını ka-

¹⁴ RG, 9.11.1982-17863-mükerrer.

¹⁵ Ayırım yapmama ilkesi açısından, Türk vatandaşlığını istisnai yoldan kazanacak kişiler arasında sayılan "göçmen olarak kabul edilen kişiler" dikkat çekebilir. Türk hukukunda İskân Kanunu'na (RG, 26.9.2006-26301) göre Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olan kişiler göçmen olarak kabul edilmektedir. Ancak AVSöz.'ün gerekçesinde de ifade edildiği üzere, soy nedeniyle vatandaşlığın kazanılmasında daha kolay şartlara tabi tutulma, ayırım olarak görülmemektedir. Tasarıda buna benzer iki hüküm daha bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Türk soylu yabancılar için ikamet süresi, 31.12.2010'a kadar iki yıl olarak uygulanması öngörülmüştür (geçici madde 1). Diğer hüküm ise doğumla Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlığını kazanmış olanlarla ilgilidir (m. 42).

zanmasını kolaylaştırıcı düzenlemeler yapması hususuna değinilmiştir.

A. Vatandaşlığın Kanun Yoluyla (*ex lege*) Kazanılması

Sözleşme'de vatandaşlığın kanun yoluyla kazanılmasının düzenlenmesinde taraf devletlerin iç hukuklarında özellikle dikkat etmeleri gereken hususlar tespit edilmiştir. Tespit edilen hususlar Tasarı (ve TVK'da) ile karşılaştırıldığında Tasarı'nun meseleyi daha geniş olarak düzenlediği görülmektedir.

1. Vatandaşlığın Soybağı (Kan Esası) ile Kazanılmasında Doğum Yeri Etkili Olmamalıdır.

Vatandaşlığın doğum anında çocuk ile anası veya çocuk ile babası arasında kurulan soybağının sonucu olarak kazanılması kan (soybağı) esasıdır (*jus sanguinis*). Taraf devletler vatandaşlık kanunlarında kendi ülkesi dışında, kendi vatandaşlığına sahip ana ve/veya babadan dünyaya gelen çocukların soybağı esasına göre vatandaşlık kazanmalarını sağlayacak düzenlemeler yapmalıdırlar (AVSöz. m. 6/1, a). Başka bir ifadeyle taraf devletler kendi vatandaşı olan ana ve/veya babadan olan çocukların, nerede dünyaya gelirlerse gelsinler kendiliğinden, kan esasıyla vatandaşlık kazanmalarını kabul etmelidirler.

Tasarı'da vatandaşlığın soybağıyla kazanılması bakımından doğum yerinin bir önemi yoktur. Çocuk Türkiye içinde veya dışında dünyaya gelse de doğum anında soybağı kurulan Türk vatandaşı ana ve/veya babasının vatandaşlığını kazanır (Tasarı m. 7/1-2).¹⁶

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıbilir, Kazanma, s. 31 vd.; Güven, P., Türk Vatandaşlığının Doğumla Kazanılması-Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Konunun Değerlendirilmesi, *Türk Vatandaşlığı Kanunu Sempozyumu* (29 Şubat 2008) Bildiriler, Ankara 2008, s. 119 vd.

2. Vatandaşlık, Doğum Dışında Bir Sebep Soybağının Kurulması Halinde de Kazanılabilmelidir.

Çocuk ile ana ve babası arasındaki soybağı tanıma, mahkeme kararı veya benzer bir yolla kuruluyor olabilir. AVSöz., soybağının, doğum sonrasında, doğum dışında başka bir sebeple kurulması halinde de taraf devlet vatandaşlığının kazanılmasını sağlayacak düzenlemelerin yapılmasını öngörmektedir (AVSöz. m. 6/1, a).

Tasarı'ya göre Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk soybağının kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanacaktır. (Tasarı m. 7/3). Tasarı'ya göre bu şartlarda vatandaşlık doğumla kazanılmaktadır ve doğum anından itibaren hüküm ifade eder (Tasarı m. 6).

3. Bulunan, Terk Edilmiş Çocukların Vatansız Kalmaları Önlenmelidir.

AVSöz.'de taraf devletlere ülkelerinde bulunmuş çocukların vatansız kalmalarını önleyecek düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirilmektedir (AVSöz. m. 6/1, b). Tasarı'ya göre, Türkiye'de bulunan çocuklar aksi sabit olmadıkça Türkiye'de doğmuş sayılırlar ve toprak esasıyla doğrudan Türk vatandaşlığını kazanırlar (Tasarı m. 8/2).

B. Vatandaşlığın Doğum Yeri Esasına Göre Kazanılması

AVSöz.'ne göre taraf devletler kendi ülkelerinde dünyaya gelen ve doğumla başka bir devlet vatandaşlığını kazanamayan çocuklara kendi vatandaşlığını verecek iç hukuk düzenlemesini yapmalıdırlar. AVSöz. taraf devletlere toprak esasını düzenleme konusunda iki yoldan birini seçme olanağı vermektedir:

1. Doğum anında kanun yoluyla, kendiliğinden vatandaşlık kazandırma (AVSöz. m. 6/2, a) veya

2. Doğumdan sonra çocuk tarafından veya onun adına yapılan bir başvuru üzerine vatandaşlık kazandırma (AVSöz. m. 6/2, b).

Taraf devletler ikinci seçeneği tercih ederlerse bazı ek şartlar ileri sürmeleri mümkündür: Çocuğun doğum anında başka bir devlet vatandaşlığını kazanamaması veya daha sonra vatansız kalması hallerini kapsayan bir düzenleme yapabilirler. Taraf devletler başvurunun yapıldığı tarihten geriye doğru beş yılı aşmayan bir süreyle o ülkede hukuka uygun olarak mutaden oturmuş olma şartı getirebilirler.

TVK'nda olduğu gibi, Tasarı da doğum yeri esasıyla vatandaşlığın kazanılmasını doğum anında kazanılan vatandaşlık olarak düzenlemiştir. Başka bir ifadeyle Türk vatandaşlık hukukunda, Sözleşme'deki birinci seçenek yıllardan beri kullanılmaktadır. Tasarı'ya göre Türkiye'de doğan ve ana baba-sının vatandaşlığını doğumla kazanamayan çocuklar doğum anından itibaren Türk vatandaşdır (Tasarı m. 8).

C. Yetkili Makam Kararıyla Vatandaşlığı Kazanma

AVSöz., yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanma yolu için taraf devletlerin vatandaşlık kanunlarını düzenlerken uymaları gereken kuralları sınırlı bir kapsamda hükme bağlamıştır. Yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanmaya ilişkin altıncı maddenin üçüncü paragrafı bu yolun şartlarını düzenleme hususunda devletleri serbest bırakmıştır. Ancak taraf devletler herhalde ülkelerinde hukuka uygun olarak mutaden oturan kişilerin vatandaşlığa alınmasını sağlayacak düzenlemeler yapmalıdırlar. Sözleşme'ye göre taraf devletler yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanmada aranan ika-met süresine "on yılı" aşmayacak bir şekilde kanunlarında yer vermelidirler.

Tasarı'nın yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanma-yı düzenleyen hükümleri incelendiğinde aranan şartların ilgi-

FERİHA BİLGE
TANRIBİLİR'İN
TEBLİĞİ

li ile devlet ve toplum arasındaki yakınlığı tespiti yönelik olduğu görülmektedir. Bu şartların büyük bir bölümü diğer vatandaşlık kanunlarında da genel olarak vatandaşlığa alınmak için aranan şartlardır.

Türk hukukunda yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanma için aranan ikamet süresi, başvuru tarihinden geriye doğru beş yıl olarak belirlenmiştir (m. 6/2, b).¹⁷ Bir yabancı için ikamet, Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye'de oturaktır (m. 15). Dolayısıyla Sözleşme ile Tasarı arasında bu noktada da uyum mevcuttur.

D. Vatandaşlığı Kazanmada Kolaylık Gösterilecek Kişiler

AVSöz., bazı kişilerin vatandaşlığı kazanmalarının kolaylaştırılmasını öngörmektedir. Taraf devletlerin altıncı maddede sayılan kişilerin vatandaşlığı yetkili makam kararıyla kazanma olarak düzenlemeleri şart değildir. Vatandaşlığı kazanma yollarından herhangi birisiyle bu kişilerin vatandaşlığı kazanmalarının düzenlenmesi yeterlidir.

Sözleşme'nin amacı sadece bu kişilerin, diğer yabancılara nazaran daha kolay şartlarla vatandaşlık kazanmalarının temin edilmesidir. Tasarı'da, Sözleşme'de sayılan kişilerin birçoğuna karşılık gelebilecek hükümler bulunmaktadır:

¹⁷ Bkz. Tiryakioğlu, B., Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararı ile Kazanılması, *Türk Vatandaşlığı Kanunu Sempozyumu* (29 Şubat 2008) Bildiriler, Ankara 2008, s. 79 vd.; Tanribilir, *Kazanma*, s. 36 vd.

AVRUPA VATANDAŞLIK SÖZLEŞMESİ	TVK TASARISI
Yabancı eşler (m. 6/4, a)	Türk vatandaşı ile evli olan yabancıların bazı şartlarla Türk vatandaşlığını kazanmaları kabul edilmiştir (m. 16)
Taraf devletler, vatandaşlarının çocuğu soybağı esasıyla vatandaşlık kazanamamışsa (m. 6/1, a) onlara vatandaşlık vermemelidir (m. 6/4, b).	Bu konuda hüküm bulunmamaktadır.
Taraf devletin vatandaşlığını kazanmış veya kazanacak kişilerin çocukları (m. 6/4, c).	Türk vatandaşlığını sonradan kazanan kişilerin velayeti kendilerine ait olan çocukları kendileriyle beraber Türk vatandaşlığını kazanırlar (m. 20/2). ^{***}
Taraf devletin vatandaşı tarafından evlât edinilenler (m. 6/4, d).	Bir Türk vatandaşı tarafından evlât edinilen ergin olmayan kişi, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunmamak şartıyla Türk vatandaşlığını kazanır (m. 17).
Kendi ülkesinde doğan ve burada yasal olarak mutaden oturanlar (m. 6/4, e).	Bu konuda hüküm bulunmamaktadır.
Taraf devlette doğmamakla beraber burada yasal ve mutaden oturanlar (m. 6/4, f). ^{****}	Bu konuda hüküm bulunmamaktadır.
Ülkesinde yasal ve mutaden oturan vatansızlar ile mülteciler (m. 6/4, g).	Bu konuda hüküm bulunmamaktadır.
Eski vatandaşlar (m. 9). Taraf devletler ülkelerinde yasal ve mutaden oturan eski vatandaşlarını yeniden vatandaşlığa almada kolaylık göstermelidirler.	• Yeniden vatandaşlığa alınma (m. 13 ve 14). • 403 sayılı Kanuna göre (m. 25/a, ç, d, e) Türk vatandaşlığını kaybedenler (m. 43)

* Bu halde, taraf devlet, vatandaşlarının Sözleşme'nin altıncı maddesinin (a) alt bendine giren çocukları hakkında düzenleme yapmak durumundadır. Başka bir ifadeyle taraf devletler kendi vatandaşından yurt dışında doğan çocuklar hakkında, onların vatandaşlık kazanmalarını sağlayacak düzenlemeler yapmalıdırlar.

** Türk vatandaşlık hukuku sistemi içerisinde Türk vatandaşı anadan doğan veya Türk vatandaşı babadan olan çocuğun Türk vatandaşlığını kazanamaması söz konusu değildir. Soybağının tesisıyla çocuk Türk vatandaşı ana veya babasının vatandaşlığını kazanır.

*** Ancak ana veya babasının Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte kendileri ile birlikte işlem görmeyen çocukları ergin olduktan sonra Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvurdukları takdirde diğer yabancılarla ayrı şartlarla (m. 11) ve yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanmaları mümkündür (m. 20/3). Türk hukukunda sadece Türk vatandaşlığının kazanıldığı anda çocukların Türk vatandaşlığını kazanmaları düzenlenmiştir.

**** AVSöz.'ün 6. maddesi 4. paragrafının (e) ve (f) bentlerinde sayılan çocuklar taraf devlette bulunan ikinci ve üçüncü nesil göçmenlerdir ve bu kişilerin yaşadıkları devletle yakın ilişkili oldukları varsayılmaktadır.

FERİHA BİLGE
TANRIBİLİR'İN
TEBLİĞİ

Sözleşme hükümlerine göre vatandaşlığa alınmaları kolaylaştırılacak kişilerden bazıları hakkında bunlara Tasarı'da karşılık gelecek hüküm bulunmadığı görülmektedir. Mevcut koşullar itibariyle Türkiye'nin yabancılara ilişkin düzenlemelerini (özellikle ikamet, çalışma bakımından) gözden geçirmesi ihtiyacı ortadadır. Dışa göç veren devletten içe göç alan bir devlet konumuna geçmeye başladığımızı göre bu koşullara uygun ve Türkiye'ye yerleşmiş olan kişilerin toplumla bütünleşmesine katkıda bulunacak Sözleşme'nin m. 6/4, e, f ve g benzeri hükümlerin Tasarı'ya eklenmesi yerinde olacaktır.

Tasarı'da yeniden vatandaşlığın kazanılması AVSöz.'den farklı düzenlenmiştir. Tasarı yeniden vatandaşlığa alınmayı ikamet şartının aranıp aranmamasına göre iki ayrı maddede hükme bağlamaktadır.¹⁸ Tasarı'ya göre yeniden vatandaşlığa alınma için aranan ikamet süresi üç yıldır. Bu süre genel olarak yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanmada aranan ikamet süresinden daha kısadır. Her iki halde de yeniden vatandaşlığa alınma yolundan yararlanmak isteyenlerin vatandaşlığı kazanmalarında milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmaması gerekmektedir. Görüldüğü üzere yeniden vatandaşlığa alınma bakımından Tasarı hükümleri Sözleşme'ye nazaran eski vatandaşlara daha kolay vatandaşlığa dönme olanağı sağlamaktadır.

IV. Vatandaşlığın Kaybı

Bilindiği üzere kişinin vatandaşlığı iki şekilde sona erebilir. Vatandaşlık, ya ilgilinin talebi ile ya da ilgilinin talebi olmaksızın (kanun gereği veya ilgili devletin bir işlemi ile) kaydedilebilir. AVSöz.'de vatandaşlığın sona ermesinin bu

¹⁸ Türk vatandaşlığından çıkarılanlar ile ana babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden ve süresi içerisinde seçme hakkını kullanmamış olan kişilerin ikamet şartı aranmaksızın yeniden vatandaşlığa alınma yolundan yararlanabilirler. Buna karşılık Türk vatandaşlığı kaybettirenler ile seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişiler ikamet şartını yerine getirerek yeniden vatandaşlığa alınma yolundan yararlanabilirler.

iki şekline ilişkin esasları tespit etmiş ve taraf devletlerin bu konudaki yetkilerini sınırlandırmıştır (AVSöz. m. 7). AVSöz. özellikle vatandaşlığın kanun gereği veya yetkili makam kararıyla kaybı noktasında vatandaşlığın sona erdirilmesi sebeplerini saymış ve sayılanlar dışında bir sebeple vatandaşlığın irade dışı sona erdirilmesini kabul etmemiştir.

Ayrıca AVSöz., kural olarak, vatandaşlığın sona erdirilmesinin hangi şekli olursa olsun, ilgilinin vatansız kalmaması şartını aramaktadır.¹⁹ Eğer kişi vatansız kalacaksa ilgilinin talebiyle veya ilgilinin iradesi dışında vatandaşlığın sona erdirilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

A. Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybı Halleri Bakımından

AVSöz.'ün yedinci maddesinde yedi alt başlıkta vatandaşlığın ilgilinin iradesi dışında sona erdirilebileceği haller sayılmıştır. Sözleşme'ye taraf olan devletler vatandaşlık kanunlarında bu sebeplerin hepsine veya bazılarına yer verebilirler. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, bu sebepler tahdid olup, taraf devletler başka sona erme sebeplerine kanunlarında yer veremezler.

Taraf devletler, Sözleşme'de sayılan irade dışı kayıp sebeplerini, vatandaşlık kanunlarında kanun yoluyla (*ex lege*) veya yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kaybı olarak düzenleyebilirler.

¹⁹ Bu kurala AVSöz.'de (m. 7/1, b'de belirtilen hale ilişkin olarak) istisna getirilmiştir.

FERİHA BİLGE
TANRIBİLİR'İN
TEBLİĞİ

AVRUPA VATANDAŞLIK SÖZLEŞMESİ	TVK TASARISI
Kendi isteği ile yabancı devlet vatandaşlığını kazanma (m. 7/1, a).	Bu konuda hüküm bulunmamaktadır.
Vatandaşlığın ilgilinin hileli davranışları, yanlış bilgi vermesi ya da olguları gizlemesi yoluyla kazanılması	Vatandaşlığın iptali (m. 31)
Yabancı silahlı kuvvetlerde gönüllü olarak hizmette bulunmak	İzin almaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapanlar hakkında kaybettirme kararı verilebilir (m. 29/c)
Taraf devletin hayati çıkarlarına ciddi olarak zarar veren davranışlarda bulunma	?
Taraf devlet ile mutaden yurt dışında oturan vatandaşları arasında gerçek bir bağın bulunmaması	Bu konuda hüküm bulunmamaktadır.
Çocuğun kanun yoluyla vatandaşlığı kazanmasına yol açan nedenlerin mevcut olmadığının tespiti	Bu konuda hüküm bulunmamaktadır.
Evlâtlık, evlât edinen karı kocadan birisinin veya her ikisinin vatandaşlığına sahip olması veya kazanması	Bu konuda hüküm bulunmamaktadır."

Görüldüğü üzere AVSöz.'de tahdidi olarak sayılan vatandaşlığın irade dışı sona erdirilmesi sebepleri ile Tasarı'nın irade dışı vatandaşlığın sona erdirilmesi sebepleri karşılaştırıldığında ciddi farklılıklar dikkati çekmektedir.

- * Tasarı'nın 29. maddesinin (a) ve (b) bentlerinin AVSöz.'ün bu hükmünün kapsamına dâhil edilmesi hususu tartışılabilir. Bu hususa aşağıda değinilecektir.
- ** Tasarı'ya göre (m. 34/c) evlâtlık ergin olduktan sonra üç yıl içinde seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılabilir.

1. AVSöz., vatandaşlığın kanun yoluyla (doğrudan) sona ermesini kabul ederken Tasarı'da (TVK'nda da olduğu üzere) Türk vatandaşlığının kendiliğinden sona ermesine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu durum, Türk vatandaşlık hukukunun vatansızlığı önlenme ilkesine verdiği önemin önemli kanutlarından birisidir.

2. AVSöz., milletlerarası bir sözleşme olması nedeniyle vatandaşlığı sona erdiren halleri daha ayrıntılı olarak tespit etmiş ve taraf devletleri bu sebepleri kabul konusunda serbest bırakmıştır. Taraf devletler dilerlerse bu yedi sebebin tamamına vatandaşlık kanunlarında yer verebilecekleri gibi dilerlerse bazılarını vatandaşlık kanunlarında kabul edebilirler. Tasarı'da vatandaşlığın irade dışı kaybı halleri iki ana başlıkta toplanmıştır: Kaybettirme (Tasarı m. 29) ve vatandaşlığın iptali (Tasarı m. 31).²⁰ Yukarıdaki tabloda da görüldüğü üzere, Tasarı'da vatandaşlığın irade dışı kaybı sebepleri, AVSöz.'e nazaran, oldukça sınırlıdır. Tasarı'da sayılan vatandaşlığın irade dışı kaybı sebeplerinden sadece ikisinin açıkça Sözleşme'de karşılığı bulunmaktadır (Tasarı m. 29/c ve 31). Tasarı'nın 29. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde kendi isteği ile çalışmaya ilişkin iki sebebin Sözleşme'de açıkça karşılığı tespit edilememektedir.

Bununla beraber her iki metne başka bir açıdan da yaklaşılması ve bu açıdan sona erme sebeplerinin karşılaştırılması mümkündür. Tasarı'da kaybettirme sebebi olarak düzenlenen "*yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde kendi isteği ile (savaş hali ve savaş hali dışına) çalışma*" hali, bir anlamda Sözleşme'nin 8. maddesinde sayılan "*Taraf devletin hayati çıkarlarına ciddi olarak zarar veren davranışlarda bulunma*" sebebi içerisinde düşünülebilir. Sözleşmede düzenlenen kayıp sebebi daha genel ve daha geniş kapsamlıdır. Tasarı'nın 29. maddesinin ilk iki bendinde sayılan sona erme sebepleri de Türkiye'nin hayati çıkarlarıyla ilgilidir. Ancak Tasarı, Türkiye'nin hayati çıkarlarına zarar ve-

²⁰ Bkz. Tanrıbilir, Kaybetme, s. 41 vd.

FERİHA BİLGE
TANRIBİLİR'İN
TEBLİĞİ

ren davranışları yabancı bir devletin hizmetinde bulunma durumuyla sınırlandırmıştır. Bu tarz düzenleme, AVSöz. ile uyumludur.

3. AVSöz.'ün vatandaşlığın sona ermesini düzenleyen yedinci maddesinde çocukların vatandaşlığına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Anılan maddenin ikinci paragrafında düzenlenen husus, taraf devletlerin, kural olarak, vatandaşlığı kaybeden ana babaya bağlı olarak çocukların da vatandaşlığını kaybetmesini hükme bağlayabilmeleridir. Ancak Sözleşme, "*yabancı bir devletin silahlı kuvvetlerine kendi isteğiyle katılma*" ve "*taraf devletin hayati çıkarlarına zarar verecek davranışlarda bulunma*" sebepleriyle vatandaşlık sona erdirildiğinde çocukların bu işleminden etkilenmesini istememiştir. Dolayısıyla taraf devletler, bu iki halin dışında, çocukların ana babalarına bağlı olarak vatandaşlıklarını kaybedip kaybetmeyeceğini düzenleme konusunda takdir yetkisine sahiptirler.

Tasarı vatandaşlığın irade dışı kayıp hallerinde kural olarak, çocukların vatandaşlığının etkilenmemesini kabul etmiştir (Tasarı m. 30/2). Sadece vatandaşlığı iptal edilen kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığı kazanan çocukların iptal kararından etkilenmeleri ve vatandaşlıklarını kaybetmeleri hükme bağlanmıştır (Tasarı m. 32). Çocukların vatandaşlığının düzenlenmesi konusunda Sözleşme ile Tasarı hükümlerinin uyumlu olduğu görülmektedir.

4. AVSöz., taraf devletlerden vatandaşlığın sona ermesine ilişkin düzenlemeleriyle vatansızlığa yol açmamalarını istemektedir (AVSöz. m. 7/3). Bu kurala yedinci maddenin ilk paragrafında sayılan ilgilinin hileli işlemleriyle vatandaşlık kazanmış olması hali (AVSöz. m. 7/1, b) bakımından istisna getirilmiştir. Tasarı'da vatandaşlığın irade dışı kayıp hallerinde ilgilinin vatansız kalmasını engelleyen herhangi bir ifade rastlanmamaktadır. Bu noktada AVSöz. ile Tasarı arasında farklılık bulunmaktadır. Türk hukukunda ilgilinin vatansız kalacak olması, hakkında vatandaşlığı kayıp kararının verilmesine engel olmaz.

B. Vatandaşlığın İradi Kaybı Halleri Bakımından

Vatandaşlık hukukunda herkesin vatandaşlığını değiştirme serbestisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Vatandaşlık kanunlarında hangi hallerde ilgilinin talepte bulunarak, kendi isteğiyle vatandaşlığını kaybedeceği düzenlenmektedir. AVSöz.'de taraf devletlere vatansız kalmamak kaydıyla vatandaşlarına çıkma izni verme yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak taraf devletler bu hakkı sadece yurt dışında oturan vatandaşlarına tanınmaları da mümkündür (AVSöz. m. 8).

TVK'da olduğu gibi Tasarı da kişilere kendi istekleriyle ve vatansız kalmamak kaydıyla Türk vatandaşlığından ayrılma olanağını tanımıştır. Tasarı'ya göre 25. maddede sayılan kişiler talepte bulunarak yetkili makam kararıyla (çıkma izni alarak) Türk vatandaşlığından ayrılabilirler. Tasarı ayrıca Türk vatandaşlığını doğumla veya sonradan kazanan bazı kişilere seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılma hakkı tanımıştır (Tasarı m. 34). Görüldüğü üzere iradi kayıp hali bakımından Sözleşme ile Tasarı arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Sonuç

Vatandaşlık hukukunun önemli milletlerarası hukuk kaynaklarından birisi olan AVSöz. ile TVK Tasarısı arasında kabul edilen ilke ve kurallar bakımından büyük ölçüde uyumun mevcut olduğu görülmektedir. Her iki metin arasındaki temel farklılıklar daha ziyade vatandaşlığın irade dışı kaybı hallerinde karşımıza çıkmaktadır. Tasarı'nın bu bölümün yeniden gözden geçirilerek, vatandaşlık hukukundaki eğilimlere uygun düzenleme yapılması yerinde olacaktır.²¹

²¹ Tebliğ konusunun sınırlandırılmasında da belirtildiği üzere, Tasarı'nın sistematigi, hükümlerinin isabeti ve hükümlerinin birbiriyle uyumu konusundaki eleştirilerimiz saklıdır.

DAS DEUTSCHE STAATSANGEHÖRIGKEITSGESETZ UND DAS EUROPÄISCHE ÜBEREINKOMMEN ÜBER DIE STAATSANGEHÖRIGKEIT

Ass. jur. Katja SCHNEIDER*

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

I. Das Europäische Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit

1. Inkrafttreten

Das Europäische Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit vom 6. November 1997¹ ist im institutionellen Rahmen des Europarats vorbereitet und ausgehandelt worden.² Es handelt sich mithin um einen regionalen völkerrechtlichen Vertrag i.S.d. Art. 2 lit. a des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens.³

* Die Verfasserin ist seit Juli 2007 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht von Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner sowie am Exzellenzcluster „Kulturelle Grundlagen von Integration“ an der Universität Konstanz. Der Beitrag ist die erweiterte Fassung des Vortrages, der auf der Tagung in Eskişehir im Mai 2009 gehalten wurde. Der Vortragsstil wurde im Wesentlichen beibehalten.

¹ ETS Nr. 166; Volltext in Deutsch siehe Gesetz zu dem Europäischen Übereinkommen vom 6.11.1997 über die Staatsangehörigkeit, BGBl. 2004 II, S. 578 oder <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/166.htm> (15.6.2009); Volltext in Englisch siehe <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/166.doc> (15.6.2009).

² Zur Entstehungsgeschichte des Abkommens siehe *Knocke*, Das Europäische Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit als Schranke für die Regelung des nationalen Staatsangehörigkeitsrechts. Stand der Vereinbarkeit des Staatsangehörigkeitsrechts der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland, des Vereinigten Königreichs und Frankreichs mit den Vorgaben des Übereinkommens, 2005, S. 40 ff.

³ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl. 1985 II, S. 926.

Nachdem die ersten drei Staaten Österreich, Moldawien und die Slowakische Republik das Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit ratifiziert haben, ist es am 1. März 2000 in Kraft getreten.

2. Die Bedeutung des Abkommens

Die wesentliche Bedeutung des Abkommens besteht darin, dass zum ersten Mal mehrere grundlegende staatsangehörigkeitsrechtliche Fragen wie die Vermeidung von Staatenlosigkeit und die Regelung mehrfacher Wehrpflicht in einer völkerrechtlichen Kodifikation zusammen behandelt werden.⁴ Aufgrund der Ereignisse in Zentral- und Osteuropa nach 1989 erfasst das Abkommen sogar Fragen des Wechsels der Staatsangehörigkeit bei Staatensukzession (Art. 18 ff.). Neben diesen schwierigen Themen geht das Übereinkommen auch auf alle anderen wesentlichen Aspekte der Staatsangehörigkeit wie Erwerb, Beibehaltung, Verlust sowie Wiedererwerb der Staatsangehörigkeit ein und enthält überdies Verfahrensrechte. So fordert es zum Beispiel erleichterte, faire und nicht-willkürliche oder diskriminierende Einbürgerungsverfahren sowie die Einrichtung der Möglichkeit, gegen Einbürgerungsentscheide Beschwerde erheben zu können (Art. 12). Ferner verbietet es automatische Auswirkungen bei Staatsangehörigkeitsänderung des einen Ehepartners auf den anderen (Art. 4d). Zudem zielt das Übereinkommen darauf ab, die Möglichkeiten des Verlustes der Staatsangehörigkeit zu begrenzen und den willkürlichen Entzug der Staatsangehörigkeit zu verhindern.

Mithin versucht dieses umfassende Vertragswerk, das in 10 Kapitel mit insgesamt 32 Artikeln untergliedert ist, die elementaren nationalen Bestimmungen auf einem Rechtsgebiet zu harmonisieren, welches noch nahezu ausschließlich aufgrund der

⁴ So auch Kreuzer, *StAZ* 5/1997, S. 125 sowie Hailbronner, *Staatsangehörigkeitsgesetz*, 4. Aufl. 2005, S. 55.

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

Staatsouveränität⁵ und Personalhoheit in den Regelungsbereich der Nationalstaaten fällt.⁶

Schließlich verfolgt das Abkommen das Ziel der Zusammenarbeit der Mitgliedsländer des Europarates auf dem Gebiet des Staatsangehörigkeitsrechts. Dies soll durch folgende Verpflichtungen der Vertragsstaaten erreicht werden:⁷ Zunächst sind die Vertragsstaaten verpflichtet, dem Generalsekretär des Europarats Angaben über ihr innerstaatliches Staatsangehörigkeitsrecht zu übermitteln (Art. 23 Abs. 1 lit. a). Daneben sollen die Vertragsstaaten einander auf Ersuchen Angaben über ihr innerstaatliches Staatsangehörigkeitsrecht und über die Entwicklungen hinsichtlich der Anwendung des Übereinkommens zukommen lassen (Art. 23 Abs. 1 lit. b).

Durch diese Zusammenarbeit zwischen den Vertragsstaaten wird ebenfalls die europaweite Angleichung staatsangehörigkeitsrechtlicher Prinzipien und Regelungen gefördert. Auch indem das Abkommen die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs (IGH), des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) mit einbezieht, trägt es zur Weiterentwicklung des Staatsangehörigkeitsrechts auf europäischer Ebene bei.

Das Übereinkommen ersetzt bisherige Verträge des Europarates wie das Übereinkommen über die Verringerung der Mehrstaatigkeit und über die Militärdienstpflicht von Mehrstaatern aus dem Jahre 1963 nicht, sondern ergänzt diese vielmehr (Art. 26 Abs. 2 lit. a). Ebenso lässt es andere internationale Verträge und innerstaatliche Vorschriften, die im Einklang mit der Konvention stehen bzw. dem Einzelnen im Bereich der Staatsangehörigkeit günstigere Rechte gewähren, unberührt (Art. 26 Abs. 1 und 2 lit. b).

⁵ Diese aus der Souveränität der Staaten fließende grundsätzliche Kompetenz zur Regelung ihrer Staatsangehörigkeit ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt und kann als allgemein anerkannter Grundsatz bezeichnet werden, vgl. Knocke, S. 70 f. (o. Fn. 2).

⁶ Zum Ziel der Rechtsharmonisierung bei den elementaren Staatsangehörigkeitsfragen vgl. Präambel u. Art. 23 sowie Knocke, S. 37 (o. Fn. 2).

⁷ Vgl. Präambel, Satz 10 und Art. 23.

Neben all den genannten Vorzügen besteht ein Mangel des Abkommens jedoch darin, dass es keine Lösungen bei Gesetzeskollisionen aufgrund von Mehrstaatigkeit bzw. zum diplomatischen Schutz von Mehrstaatern⁸ enthält. Andererseits hätte die Aufnahme solcher Bestimmungen möglicherweise den Rahmen des Abkommens gesprengt.

3. Die Vertragsstaaten sowie der aktuelle Stand der Ratifizierungen und Unterzeichnungen

Nach Art. 27 Abs. 1 S. 1 des Abkommens können Vertragspartner zum einen die Mitgliedstaaten des Europarates⁹ und zum anderen diejenigen Staaten sein, die an der Ausarbeitung des Vertragswerkes mitgewirkt haben. Zu den letzteren gehören Armenien, Aserbaidschan, Weißrussland, Bosnien-Herzegowina, Kanada, Georgien, der Heilige Stuhl, Kirgisien und die USA,¹⁰ welche einen Beobachterstatus im Europarat¹¹ haben bzw. hatten.

⁸ Zwar verweist das Abkommen in Art. 17 Abs. 2 und in Nr. 102 des Erläuterungsberichts des Europarates (*explanatory report*) zu diesem Abkommen auf völkerrechtliche Vorschriften wie die Haager Konvention von 1930, gibt aber selbst keine Antworten auf die zu diesem Themengebiet im Völkerrecht bestehenden Streitfragen, vgl. hierzu *Hailbronner, Staatsangehörigkeitsgesetz*, 4. Aufl. 2005, S. 123 ff.

⁹ Zurzeit (Stand Mai 2009) gibt es 47 Mitgliedstaaten des Europarates.

¹⁰ Vgl. *explanatory report*, Nr. 141; <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/166.htm>.

¹¹ Der Beobachterstatus ermöglicht es nichteuropäischen Staaten, die bereit sind, mit dem Europarat zusammenzuarbeiten und die Grundsätze der Demokratie und des Vorrangs des Rechts sowie den Grundsatz, wonach für jede Person unter seiner Rechtsprechung die Menschenrechte und die Grundfreiheiten gelten, zu respektieren, Beobachter in die Fachausschüsse, zu den Konferenzen der Fachminister oder in die Parlamentarische Versammlung zu entsenden. Der Beobachterstatus verleiht jedoch keinen Anspruch auf Vertretung im Ministerkomitee oder in der Parlamentarischen Versammlung, wenn nicht ein besonderer Beschluss dieser Organe vorliegt. Vgl. Statutarische Resolution (93) 26 des Ministerkomitees des Europarates über den Beobachterstatus, angenommen vom Ministerkomitee am 14.5.1993 in seiner 92. Sitzung. Beobachterstatus im Ministerkomitee haben gegenwärtig Kanada (29.5.1996), der Heilige Stuhl (7.3.1970), Japan (20.11.1996), Mexiko (1.12.1999) sowie die Vereinigten Staaten von Amerika (10.1.1996). Beobachter aus nationalen Parlamenten bei der Par-

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

Außerdem enthält das Abkommen eine sog. Öffnungsklausel in Art. 28 Abs. 1, wonach auch Nichtmitgliedstaaten des Europarates, die nicht an der Ausarbeitung des Vertragstextes mitgewirkt haben, auf Einladung des Ministerkomitees dem Abkommen beitreten können.

Bis heute haben 18 Staaten das Abkommen ratifiziert¹² und es wurde von 10 weiteren Staaten unterzeichnet.¹³ Bei allen Staaten handelt es sich um Mitgliedstaaten des Europarates. Es ist folglich bis heute weder von der Öffnungsklausel Gebrauch gemacht worden, noch ist ein Nichtmitgliedstaat aufgrund seiner Mitwirkung an der Vertragsausarbeitung gemäß Art. 27 Abs. 1 S.1, 2. Alt. der Konvention beigetreten.¹⁴

Bei der Unterzeichnung oder Ratifikation des Abkommens kann der Beitrittsstaat grundsätzlich einen oder mehrere Vorbehalte¹⁵ erklären, also die Rechtswirkung einzelner Vertragsbe-

lamentarischen Versammlung haben: Kanada (28.5.1997), Israel (2.12.1957) und Mexiko (4.11.1999), vgl. http://www.coe.int/T/D/Com/Europarat_kurz/Mitgliedslander/default.asp. (15.6.2009) Vor ihrem Beitritt zum Europarat hatten Bosnien-Herzegowina (1994 bis 2000), Aserbaidschan (1996 bis 2001), Armenien (1997 bis 2001) und Serbien-Montenegro (2001 bis 2002) einen Sondergaststatus in der Parlamentarischen Versammlung. Denselben Status hatte auch Weißrussland ab 1992 inne, bis er aufgrund gravierender Verstöße des Staates gegen die Menschenrechte und gegen die Demokratie- und Rechtsstaatsgrundsätze im Januar 1997 ausgesetzt wurde.

¹² Bis Mai 2009 haben folgende Staaten das Abkommen ratifiziert: Albanien, Bosnien-Herzegowina, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Island, Mazedonien, Moldau, Niederlande, Österreich, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Tschechische Republik, Ukraine und Ungarn. Hiervon sind 11 Staaten Mitglied der Europäischen Union. Vgl. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=166&CM=8&DF=4/5/2009&CL=GER> (15.6.2009).

¹³ Das Abkommen unterzeichnet haben: Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Luxemburg, Malta, Norwegen, Polen und Russland. Vgl. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=166&CM=8&DF=4/5/2009&CL=GER> (15.6.2009).

¹⁴ Bosnien-Herzegowina ist seit dem 24.4.2002 Mitgliedstaat des Europarates und hat das Staatsangehörigkeitsübereinkommen am 22.10.2008 ratifiziert.

¹⁵ Gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. d der Wiener Vertragsrechtskonvention bedeutet „Vorbehalt“ eine wie auch immer formulierte oder bezeichnete, von einem Staat bei der Unterzeichnung, Ratifikation, Annahme oder Genehmigung

stimmungen ausschließen oder ändern (Art. 29 Abs. 1 S. 2), solange sie mit dem Gegenstand und dem Zweck des Übereinkommens vereinbar sind.

Gemäß Art. 29 Abs. 1 S. 1 des Europäischen Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit sind allerdings Vorbehalte zu den Bestimmungen über allgemeine Angelegenheiten, allgemeine Grundsätze sowie zur Staatennachfolge und Staatsangehörigkeit, sprich zu den Kapiteln I, II und VI, nicht möglich.

4. Der Vertragsstaat Deutschland

Die Bundesrepublik Deutschland hat das Abkommen am 4. Februar 2003 unterzeichnet und am 11. Mai 2005 ratifiziert.¹⁶ Es ist im Bundesgebiet zum 1. September 2005 in Kraft getreten.

Da die Bestimmungen des Europaratsübereinkommens von 1997 mit dem deutschen Staatsangehörigkeitsrecht nicht völlig kompatibel sind, hat Deutschland vier Vorbehalte und zwei Erklärungen abgegeben.¹⁷

II. Die vier Vorbehalte Deutschlands gegenüber dem Abkommen

Drei Vorbehalte Deutschlands betreffen Art. 7¹⁸ des Abkommens, also den Verlust der Staatsangehörigkeit kraft Gesetzes

eines Vertrags oder bei dem Beitritt zu einem Vertrag abgegebene einseitige Erklärung, durch die der Staat bezweckt, die Rechtswirkung einzelner Vertragsbestimmungen in der Anwendung auf diesen Staat auszuschließen oder zu ändern.

¹⁶ Bekanntmachung über das Inkrafttreten zum 1.9.2005 vom 8.12.2006, BGBl. 2006 II, S. 1351.

¹⁷ Vgl. BGBl. 2006 II, S. 1352; Inwieweit die deutsche Einbürgerungspraxis den Vorgaben des Abkommens genügt, wird bei der vorliegenden Betrachtung der deutschen und europäischen Staatsangehörigkeitsregelungen ausgeklammert, da eine diesbezügliche Untersuchung den Rahmen dieses Beitrages übersteigen würde. Hierzu wird auf die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE. vom 20.5.2009, BT-Drs. 16/13090, verwiesen; vgl. BT-Drs. 16/13321.

¹⁸ Artikel 7 – Verlust der Staatsangehörigkeit kraft Gesetzes oder auf Veranlas-

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

oder auf Veranlassung eines Vertragsstaates. Ein weiterer Vorbehalt betrifft Art. 22, d.h. die Befreiung von der Militärdienstpflicht. Zunächst werden die Vorbehalte bezüglich Art. 7 des Abkommens erläutert.

1. Die drei Vorbehalte bezüglich Art. 7 des Abkommens

a. Die Optionsregelung des § 29 StAG und der Vorbehalt zu Art. 7

Der erste seitens Deutschlands zu dieser Vorschrift abgegebene Vorbehalt betrifft nach dem 31. Dezember 1999 in Deutschland geborene Kinder ausländischer Staatsangehöriger, die

sung eines Vertragsstaats:

1. Ein Vertragsstaat darf in seinem innerstaatlichen Recht nicht den Verlust der Staatsangehörigkeit kraft Gesetzes oder auf seine Veranlassung vorsehen, außer in folgenden Fällen:
 - a. freiwilliger Erwerb einer anderen Staatsangehörigkeit;
 - b. Erwerb der Staatsangehörigkeit des Vertragsstaats durch arglistiges Verhalten, falsche Angaben oder die Verschleierung einer erheblichen Tatsache, die dem Antragsteller zuzurechnen sind;
 - c. freiwilliger Dienst in ausländischen Streitkräften;
 - d. Verhalten, das den wesentlichen Interessen des Vertragsstaats in schwerwiegender Weise abträglich ist;
 - e. Fehlen einer echten Bindung zwischen dem Vertragsstaat und einem Staatsangehörigen mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland;
 - f. Feststellung während der Minderjährigkeit eines Kindes, daß die durch innerstaatliches Recht bestimmten Voraussetzungen, die zum Erwerb der Staatsangehörigkeit des Vertragsstaats kraft Gesetzes geführt haben, nicht mehr erfüllt sind;
 - g. Adoption eines Kindes, wenn dieses die ausländische Staatsangehörigkeit eines oder beider adoptierenden Elternteile erwirbt oder besitzt.
2. Ein Vertragsstaat kann – außer in den Fällen des Absatzes 1 Buchstaben c und d – den Verlust seiner Staatsangehörigkeit für Kinder vorsehen, deren Eltern diese Staatsangehörigkeit verlieren. Kinder verlieren jedoch diese Staatsangehörigkeit nicht, wenn einer ihrer Elternteile sie beibehält.
3. Ein Vertragsstaat darf – außer in den in Absatz 1 Buchstabe b genannten Fällen – in seinem innerstaatlichen Recht den Verlust der Staatsangehörigkeit nach den Absätzen 1 und 2 nicht vorsehen, wenn der Betreffende dadurch staatenlos würde.

nach § 4 Abs. 3 StAG¹⁹ durch Geburt im Bundesgebiet (*ius soli*²⁰) die deutsche Staatsbürgerschaft neben einer ausländischen Staatsangehörigkeit erworben haben oder gemäß § 40b StAG²¹ privilegiert eingebürgert worden sind. Diese Personen müssen nach § 29 StAG bei Erreichen der Volljährigkeit, also mit Vollendung des 18. Lebensjahres erklären, ob sie die deutsche oder die ausländische Staatsangehörigkeit behalten wollen.²² Wird bis zur Vollendung des 23. Lebensjahres keine Erklärung abgegeben, tritt automatisch der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit ein.²³ Gleiches gilt für den Fall, dass sich diese Personen nach Erreichen der Volljährigkeit für die ausländische Staatsangehörigkeit entscheiden und dies gegenüber der zuständigen Behörde erklären.²⁴ Entscheiden sich diese Personen für das Beibehalten der deutschen Staatsangehörigkeit, müssen sie gemäß § 29 Abs. 3 S. 1 StAG die Aufgabe oder den Verlust der ausländischen

¹⁹ Gemäß § 4 Abs. 3 StAG erwirbt ein Kind ausländischer Eltern durch die Geburt im Inland die deutsche Staatsangehörigkeit, wenn ein Elternteil

1. seit acht Jahren rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat und
2. ein unbefristetes Aufenthaltsrecht oder als Staatsangehöriger der Schweiz oder dessen Familienangehöriger eine Aufenthaltserlaubnis auf Grund des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (BGBl. 2001 II, S. 810) besitzt.

²⁰ *Ius soli*: Erwerb der Staatsangehörigkeit durch Geburt im Inland. Im Gegensatz hierzu *ius sanguinis*: Erwerb der Staatsangehörigkeit der Eltern durch Abstammung.

²¹ Nach § 40b StAG ist ein Ausländer, der am 1. Januar 2000 rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland und das zehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, auf Antrag einzubürgern, wenn bei seiner Geburt die Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 Satz 1 vorgelegen haben und weiter vorliegen. Der Antrag konnte bis zum 31.12.2000 gestellt werden.

²² Die ersten Fälle in der Praxis gibt es seit dem 1.1.2008. Im Jahr 2008 mussten 3.316 Personen optieren. In den Folgejahren bis 2017 werden voraussichtlich jährlich weitere 3.800 bis zu 7.000 Personen von der Regelung betroffen sein. Ab 2018 wird mit einer Steigerung der Zahl der Betroffenen auf ca. 40.000 jährlich gerechnet, vgl. <http://www.wider-den-optionszwang.de/hintergrund.html> (15.6.2009).

²³ Vgl. § 29 Abs. 2 S. 2 StAG.

²⁴ Vgl. § 29 Abs. 2 S. 1 StAG.

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

dischen Staatsangehörigkeit nachweisen. Wird dieser Nachweis nicht bis zur Vollendung des 23. Lebensjahres erbracht und liegt keine vorherige Genehmigung für die Beibehaltung der deutschen neben der ausländischen Staatsangehörigkeit²⁵ vor, geht die deutsche Staatsangehörigkeit verloren (§ 29 Abs. 3 S. 2 StAG). Mithin enthält § 29 StAG drei Konstellationen des Verlustes der deutschen Staatsangehörigkeit.

Nach Art. 7 des Abkommens darf ein Vertragsstaat in seinem innerstaatlichen Recht nur in den dort bestimmten Fällen den Verlust der Staatsangehörigkeit kraft Gesetzes oder auf Veranlassung eines Vertragsstaates vorsehen. Da keiner der in Art. 7 abschließend aufgeführten Fälle für den Verlust der Staatsangehörigkeit mit den Verlustregelungen des § 29 StAG übereinstimmt, hielt die Bundesregierung diesen Vorbehalt für erforderlich.²⁶

Sowohl die Optionspflicht als auch der diesbezügliche Vorbehalt werden in der juristischen wie soziologischen Literatur und politischen Öffentlichkeit stark kritisiert.²⁷ Insbesondere die verfassungsrechtlichen Fragen sind in der Literatur²⁸ und im

²⁵ Die Beibehaltungsgenehmigung ist nach § 29 Abs. 4 StAG zu erteilen, wenn die Aufgabe oder der Verlust der ausländischen Staatsangehörigkeit nicht möglich oder nicht zumutbar ist oder bei einer Einbürgerung nach Maßgabe des § 12 Mehrstaatigkeit hinzunehmen wäre oder hingenommen werden könnte.

²⁶ Für nicht erforderlich hält *Knocke* diesen Vorbehalt, da es sich bei der Verlustregelung des § 29 StAG um die Folge eines „Mehr“ handle, was vom Schutzzumfang der Konvention nicht erfasst sei. Vgl. *Knocke*, S. 432 (o. Fn. 2).

²⁷ Statt vieler siehe z.B. *de Groot*, Staatsangehörigkeitsrechtliche Behandlung der Zweiten Generation in Europa, Präsentation auf den Hohenheimer Tagen zum Ausländerrecht 2009, http://www.akademie-rs.de/fileadmin/user_upload/pdf_archive/barwig/DeGroot_Staatsangehoerigkeitsrechtliche_Behandlung.pdf (15.6.2009); *Wallrabenstein*, Integration und Staatsangehörigkeit: Das Optionsmodell im deutschen Staatsangehörigkeitsrecht, in: *Sahlfeld u.a. (Hrsg.), Integration und Recht*, 2003, S. 243 ff.; einen Überblick über die wesentlichen, aus soziologischer Sicht geäußerten Kritikpunkte gibt *Dornis*, ZRP 2001, S. 547 (548); siehe zudem die Internetseite eines Bündnisses aus Wissenschaft, Politik, Gewerkschaften und Kirchen zur Abschaffung der Optionspflicht: www.wider-den-optionszwang.de (15.6.2009).

²⁸ Vgl. statt vieler *Hailbronner*, NVwZ 1999, S. 1273 ff.; *ders.*, in: *Renner/Hailbronner*, Das Staatsangehörigkeitsrecht, 4. Aufl. 2005, Teil I. F. Rn. 74

Rahmen einer öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 10. Dezember 2007²⁹ bereits eingehend erörtert worden und sollen daher in diesem Beitrag nicht erneut diskutiert werden.³⁰ Stattdessen soll der Fokus auf der Vereinbarkeit der Optionsregel inklusive Vorbehalt mit der Konvention liegen.

Da der Optionszwang nicht für Doppelstaatler, die die deutsche Staatsangehörigkeit kraft *ius sanguinis* erhalten haben,³¹ gilt, bestehen Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem sich aus Art. 5 Abs. 2 des Abkommens ergebenden Nichtdiskriminierungsgebot, wonach eine Diskriminierung zwischen den Staatsangehörigen eines Staates, insbesondere zwischen denen, die ihre Staatsangehörigkeit originär durch Geburt erhalten haben, und solchen, die sie später erworben

ff.; Niesler, ZAR 2007, S. 275 (276 f.); v. Mangoldt, ZAR 1999, S. 243 (250 f.); Masing, Recht in Europa 2003, S. 171 (179 ff.).

²⁹ Siehe Stellungnahmen der Sachverständigen unter <http://www.bundestag.de/Ausschuesse/a04/anhoeerungen/Anhoeerung10/Stellungnahmen/index.html> (15.6.2009).

³⁰ Im Wesentlichen ging es hierbei um die Frage, ob der in § 29 Abs. 3 StAG auch gegen den erklärten Willen des Betroffenen vorgesehene Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit einen unzulässigen Staatsangehörigkeitsentzug i.S.d. Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG oder einen zulässigen Verlust i.S.d. Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG darstellt, wobei die wohl heutige h.M. – z.T. im Wege einer verfassungskonformen Auslegung und Anwendung der Norm – eine Vereinbarkeit der Bestimmung mit Art. 16 Abs. 1 GG annimmt. Ferner ist nach wie vor streitig, ob die Optionsregelung mit der deutschen Verfassung im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 Abs. 1 GG sowie das Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vereinbar ist; siehe hierzu den Beitrag von Marx in diesem Tagungsband.

³¹ Hierzu zählen Kinder aus einer bi-nationalen Ehe, die aufgrund der doppelten Anwendung des *ius sanguinis*-Prinzips oder bei Geburt von einem deutschen Elternteil im Ausland aufgrund des dort geltenden *ius soli*-Prinzips sowohl die deutsche als auch eine oder mehrere andere Staatsangehörigkeiten erworben haben, z.B. das Kind einer Deutschen und eines Amerikaners, das aufgrund des in Amerika geltenden *ius soli*-Prinzips und des nach deutschem Recht zugleich Anwendung findenden *ius sanguinis*-Prinzips sowohl die deutsche als auch die amerikanische Staatsangehörigkeit erworben hat. Ebenso wenig gilt die Optionspflicht für Kinder, die nach ihrer Geburt aus einem anderen Grund deutsche Mehrstaater geworden sind.

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

haben, unterbleiben soll.³² Zwar handelt es sich hierbei wohl nicht um ein striktes Diskriminierungsverbot, sondern vielmehr um ein Leitprinzip.³³ Dennoch muss jede nationale Bestimmung grundsätzlich eine gewisse Konformität mit dieser Maxime aufweisen, zumal auch die Konventionsverfasser als gerechtfertigte Ausnahme hiervon nur schwerwiegende Gründe wie die in Art. 7 Abs. 1 lit. b) angegebenen³⁴ vor Augen hatten und die Nichtdiskriminierung mit der Aufnahme in der Präambel zum allgemeinen Leitmotiv für staatliches Handeln auf dem Gebiet des Staatsangehörigkeitsrechts erklärt worden ist.³⁵ Daher bedarf grundsätzlich jede unterschiedliche Behandlung der Staatsangehörigen eines Staates einer sachlichen Rechtfertigung. Eine solche ist auch nicht etwa entbehrlich, weil es sich bei dem Abstammungserwerb nach § 4 Abs. 1 StAG (*ius sanguinis*) und dem nach § 4 Abs. 3 (*ius soli*) um an sich unterschiedliche und unvergleichbare Tatbestände handelt.³⁶ Denn Art. 5 Abs. 2 des Abkommens knüpft lediglich an die Eigenschaft als Staatsangehöriger und nicht an die Erwerbsgründe und -formen an. Aus diesem Grunde ist es auch gleichgültig, ob hier eine Differenzierung nach unterschiedlichen Erwerbstatbeständen, nämlich infolge des Territorialitätsprinzips einerseits und aufgrund des Abstammungsprinzips andererseits, erfolgt.³⁷

Ein Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung wird in dem Festhalten Deutschlands an dem Grundsatz der Vermei-

³² Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 2: *Jeder Vertragsstaat lässt sich vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung unter seinen Staatsangehörigen leiten, gleichviel ob es sich bei diesen um Staatsangehörige durch Geburt handelt oder ob sie die Staatsangehörigkeit später erworben haben.*

³³ So auch *explanatory report*, Nr. 45; Knocke, S. 279 (o. Fn. 2); de Groot, *The European Convention on Nationality: a step towards a ius commune in the field of nationality law*, *Maastricht journal of European and comparative law*, 2000, S. 117 ff. (128).

³⁴ Siehe Fn. 18.

³⁵ Vgl. *explanatory report*, Nr. 46.

³⁶ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE. vom 20.5.2009, BT-Drs. 16/13321, S. 3.

³⁷ So aber hinsichtlich der Frage der Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG *Hailbronner*, *NVwZ* 2001, S. 1329 (1331).

derung von Mehrstaatigkeit³⁸ gesehen, obwohl Deutschland z.B. insbesondere im Verhältnis zu Unionsbürgern und Staatsangehörigen der Schweiz vermehrt von diesem Grundsatz abrückt und hier die Mehrstaatigkeit toleriert (vgl. § 12 Abs. 2 StAG). Auch in zahlreichen anderen Fällen wird die Mehrstaatigkeit hingenommen, etwa bei der Einbürgerung von Aussiedlern (§§ 7, 40a StAG), bei der Wiedereinbürgerung nach Art. 116 Abs. 2 S. 1 GG oder bei Kindern aus bi-nationalen Ehen (§ 4 Abs. 1 S. 1 StAG).

Außerdem war die Bundesrepublik zwar zum Zeitpunkt der Einführung der Optionsregelung im Jahr 1999 noch Vertragsstaat des Europäischen Übereinkommens über die Verringerung der Mehrstaatigkeit, sie hat dieses jedoch im Dezember 2001 gekündigt, so dass das Abkommen für Deutschland seit dem 22. Dezember 2002 außer Kraft ist³⁹ und mithin im Zeitpunkt der Ratifizierung des Europäischen Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit im Jahr 2005 längst keine Bindungswirkung mehr für Deutschland entfaltet. Das Europäische Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit hingegen enthält keinen allgemeinen Grundsatz bzgl. der Vermeidung der Mehrstaatigkeit. Es lässt vielmehr die Frage der Erwünschtheit oder Unerwünschtheit mehrfacher Staatsangehörigkeit offen und überlässt es den Mitgliedstaaten zu entscheiden, welche Politik sie diesbezüglich verfolgen möchten, vgl. Art. 14 und 15 des Abkommens. Es verhält sich somit in der Frage der Vermeidbarkeit der Mehrstaatigkeit

³⁸ Siehe Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/744, S. 4 und BT-Drs. 14/533, S. 16 und zuletzt bekräftigt in der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE. vom 20.5.2009, BT-Drs. 16/13321, S. 2.

³⁹ Vgl. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=043&CM=8&DF=9/11/04&CL=GER> (15.6.2009); Die Kündigung erfolgte aufgrund der Reform des deutschen Staatsangehörigkeitsrechtes im Jahr 1999, damit die neu eingeführte Regelung zur generellen Hinnahme der Mehrstaatigkeit bei der Einbürgerung von Unionsbürgern, wenn Gegenseitigkeit besteht, wirksam werden konnte; vgl. Presserklärung der Bundesregierung vom 20.9.2001, <http://archiv.bundesregierung.de/bpaexport/artikel/70/56370/multi.htm> (15.6.2009); bzgl. dem früheren Erfordernis der Gegenseitigkeit im Verhältnis zu den einzelnen Staaten siehe Wiedemann, Die Neuregelung des deutschen Staatsangehörigkeitsrechtes unter besonderer Berücksichtigung von Rechtsfragen mehrfacher Staatsangehörigkeit, 2005, S. 188.

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

zwar grundsätzlich neutral,⁴⁰ verpflichtet aber die Vertragsstaaten in Art. 14 Abs. 1 lit. a), bei Kindern die durch Geburt „ohne weiteres“ entstandene Mehrstaatigkeit zu akzeptieren. Dies gilt vorbehaltlich der in Art. 7 aufgeführten Verlusttatbestände (Art. 14 Abs. 2). Allenfalls wenn man den Erwerbstatbestand in § 4 Abs. 3 StAG nicht als automatischen Erwerb im Sinne der Konvention einstuft, sondern als eine Form des erleichterten Staatsangehörigkeitserwerbs,⁴¹ kann eine Vereinbarkeit mit der Konvention angenommen werden. Zu dieser Einschätzung könnte man gelangen, da § 4 Abs. 3 StAG neben der Geburt im Bundesgebiet für den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit noch die Erfüllung weiterer Voraussetzungen in der Person eines Elternteils verlangt. Letzteres ist zwar richtig, dennoch spricht gegen diese Auffassung, dass Art. 14 Abs. 1 der Konvention die Verpflichtung der Mitgliedstaaten an die entscheidende Tatsache knüpft, dass der Staatsangehörigkeitserwerb per Geburt ohne jegliches Zutun und damit unabhängig vom Willen des Kindes oder der Eltern stattfindet, also automatisch kraft Gesetzes. Dies ist jedoch in den Fällen des § 4 Abs. 3 StAG der Fall, da die Prüfung der Voraussetzungen von Amts wegen erfolgt und bei der Feststellung der Erfüllung dieser Voraussetzungen kraft Gesetzes ein Staatsangehörigkeitserwerb eintritt, ohne dass die Eltern den automatischen Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit für ihr Kind ausschlagen können.⁴² Überdies ist der Auffassung der Bundesregierung zu widersprechen, dass es trotz der Verpflichtung aus Art. 14 des Abkommens den Vertragsstaaten, die den Grundsatz der Vermeidung von Mehrstaatigkeit anwenden, offen steht, bei den Betroffenen nach Erreichen der Volljährigkeit den Verlust einer Staatsangehörigkeit herbeizuführen.⁴³ Denn folgte man dieser Auffassung, käme das einer Umgehung der Verpflich-

⁴⁰ So auch de Groot, *The European Convention on Nationality: a step towards a ius commune in the field of nationality law*, *Maastricht journal of European and comparative law*, 2000, S. 117 ff. (120).

⁴¹ So Knocke, S. 513 (o. Fn. 2).

⁴² Vgl. Hailbronner, *NVwZ* 2001, S. 1329 (1330).

⁴³ Siehe Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke und der Fraktion der PDS vom 8.3.2000, BT-Drs. 14/2784 und Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 14/2871.

tung und damit einem Zuwiderlaufen des Sinn und Zwecks der Regelung gleich. Zwar spricht für diese Auffassung der Wortlaut „Kinder“ und auch die Verfasser der Konvention gestehen den Mitgliedstaaten das Recht auf Einführung einer entsprechenden Verlustregelung für von Art. 14 Abs. 1 der Konvention betroffene, erwachsen gewordene Personen zu, verweisen bezüglich der Verlustregelung jedoch ausdrücklich auf Art. 7, insbes. Abs.1 lit. e), des Abkommens. Folglich wollten die Verfasser der Konvention diese Personen privilegieren und eine Aufhebung der Privilegierung nur bei außergewöhnlichen, sprich den in Art. 7 genannten Umständen gestatten, z.B. wenn es an einer echten Bindung zwischen dem Vertragsstaat und seinem Staatsangehörigen etwa wegen gewöhnlichen Aufenthaltes im Ausland fehlt.⁴⁴ Von letzterem kann jedoch gerade bei den von § 29 Abs. 3 StAG betroffenen Personen nicht generell ausgegangen werden. Vielmehr betrifft diese Bestimmung wohl vornehmlich Menschen, die sich seit ihrer Geburt in Deutschland aufhalten und Teil dieser Gesellschaft sind. Mithin wäre an sich, um einen Konventionsverstoß zu vermeiden, ein Vorbehalt zu Art. 14 der Konvention erforderlich gewesen.⁴⁵ Da Art. 14 Abs. 2 des Abkommens allerdings auf Art. 7 verweist, ist es möglich, die Verpflichtung aus Art. 14 Abs. 1 der Konvention als von dem zu Art. 7 erklärten Vorbehalt Deutschlands umfasst anzusehen. Wenn aber schon der Rechtfertigungsgrund, sprich das Festhalten am Prinzip der Vermeidung der Mehrstaatigkeit, mit einem Vorbehalt belastet ist, kann dieser allein wohl kaum eine Ungleichbehandlung tragen. Außerdem müsste der Vorbehalt selbst konventionskonform sein. Bedenken diesbezüglich bestehen, weil gemäß Art. 29 Abs. 1 des Abkommens Vorbehalte mit dem Ziel und Zweck der Konvention vereinbar sein müssen, die Nichtdiskriminierung aber zu den allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens zählt sowie einen

⁴⁴ Vgl. *explanatory report*, Nr. 95.

⁴⁵ Gleicher Ansicht war die Bundesregierung noch im Jahr 2000, vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke und der Fraktion der PDS vom 8.3.2000, BT-Drs. 14/2871.

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

Platz in der Präambel⁴⁶ gefunden hat und damit als eines der Leit-motive der Konvention eingeordnet werden kann.

Gerechtfertigt wird die Ungleichbehandlung zum Teil auch mit der Annahme, das herkömmliche Abstammungsprinzip und das 1999 ins deutsche Recht eingeführte *ius soli*-Prinzip beruhen auf einer unterschiedlichen Integrationsausgangslage: Während bei einem Erwerb der Staatsangehörigkeit kraft Abstammung von einem deutschen Elternteil die Verbundenheit mit Deutschland in der Regel quasi in die Wiege gelegt sei und aufgrund der familiären Bindung auch lebenslang fortbestünde, existiere eine solche Bindung hingegen bei Kindern ausländischer Eltern nicht oder nicht im gleichen Maße allein durch die Geburt im Inland.⁴⁷ Dieser Annahme kann zwar intuitiv grundsätzlich nicht widersprochen werden und außerdem sieht auch die Konvention gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. e) in der fehlenden Bindung zwischen dem Vertragsstaat und einem Staatsangehörigen einen zulässigen Verlustgrund. Dennoch ist gegen diese Ansicht einzuwenden, dass die Optionsregelung in bestimmten Konstellationen auch dann zu einem Staatsangehörigkeitsverlust führt, obwohl eine tatsächliche Verbindung zwischen dem Betroffenen und der Bundesrepublik existiert.⁴⁸ Außerdem ist dieser Optionszwang wohl kaum einer guten Integration bzw. dem Aufbau einer Bindung zu Deutschland zuträglich, wenn den Betroffenen von Geburt an das Gefühl vermittelt wird, nicht gleichwertige Mitglieder

⁴⁶ Vgl. Präambel, Satz 5.

⁴⁷ Hailbronner, NVwZ 2001, S. 1329 (1331); Knocke, S. 276 f. (o. Fn. 2).

⁴⁸ Ein Verlust trotz existierender Bindung zur Bundesrepublik ist zum Beispiel möglich, wenn der Betroffene sich zwar für die deutsche Staatsangehörigkeit entscheidet, aber obgleich (nachgewiesenen) Verlustes der anderen Staatsangehörigkeit die Erklärung der Beibehaltung zu spät bei der zuständigen Behörde eingeht. Gleiches gilt, wenn die Unterlagen, die dem Nachweis der Aufgabe der zweiten Staatsangehörigkeit dienen, verloren gegangen sind. Nicht zu vergessen sind die Fälle, in denen sich der Betroffene durchaus Deutschland verbunden fühlt, er sich aber aufgrund nachteiliger rechtlicher Konsequenzen, die sich bei einem Verzicht auf die andere ausländische Staatsangehörigkeit im Heimatland der Eltern ergeben würden, für den Beibehalt der ausländischen und mithin den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit entscheidet.

der Gesellschaft zu sein.⁴⁹ Vielmehr wird diese in Europa einmalige⁵⁰ Bestimmung zu Recht als „integrationspolitisch kontraproduktiv“ kritisiert.⁵¹

Folglich ist zu konstatieren, dass sich die aus der in § 29 Abs.3 StAG geregelten Optionspflicht ergebende Ungleichbehandlung deutscher Staatsangehöriger nur schwerlich mit dem Verweis auf den Grundsatz der Vermeidung der Mehrstaatigkeit und die unterschiedliche Integrationsausgangslage sachlich rechtfertigen lässt. Eine Konformität der Bestimmung mit dem Europäischen Übereinkommen für Staatsangehörigkeit entbehrt einer starken Grundlage und wird momentan im Wesentlichen von dem zu Art.7 der Konvention erklärten Vorbehalt getragen.⁵²

Aus diesen Gründen hat die Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN im Mai 2009 zu Recht einen Gesetzentwurf zur Streichung dieses Optionszwangs im Staatsangehörigkeitsrecht zur Beratung im Bundestag vorgelegt.⁵³

b. Der Vorbehalt zu Art. 7 Abs. 1 lit. f)

Der zweite Vorbehalt Deutschlands zu Art. 7 des Abkommens betrifft dessen Abs. 1 lit. f).

⁴⁹ So auch Marx, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages zu „Einbürgerung/Staatsangehörigkeit“, A-Drs. 16(4)311 A, S. 25.

⁵⁰ Siehe die Untersuchung von de Groot, Staatsangehörigkeitsrechtliche Behandlung der Zweiten Generation in Europa, Präsentation auf den Hohenheimer Tagen zum Ausländerrecht 2009, http://www.akademie-rs.de/fileadmin/user_upload/pdf_archive/barwig/DeGroot_Staatsangehoerigkeitsrechtliche_Behandlung.pdf (15.6.2009).

⁵¹ Statt vieler siehe Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN in BT-Drs. 16/12849.

⁵² Für eine völkerrechtliche Zulässigkeit der Regelung Wallrabenstein, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages zu „Einbürgerung/Staatsangehörigkeit“, A-Drs. 16(4)311 B, S. 6.

⁵³ Siehe BT-Drs. 16/12849, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/128/1612849.pdf> (15.6.2009); siehe auch den früheren, mit gleicher Zielsetzung in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Gesetzentwurf von der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN vom 20.09.2006, BT-Drs. 16/2650 sowie den Antrag der Fraktion DIE LINKE. vom 31.05.2006, BT-Drs. 16/1770.

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

Entgegen dieser Bestimmung sieht das deutsche StAG den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nicht nur bei Minderjährigen, sondern auch bei Erwachsenen vor, wenn die Voraussetzungen, die zum Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit geführt haben, nicht mehr erfüllt sind. Die Verfasser des europäischen Abkommens wollten zum Beispiel Fälle, in denen ein Kind aufgrund seiner Abstammung die Staatsangehörigkeit eines Landes erworben hat, sich später jedoch herausstellt, das es sich nicht um das leibliche Kind des Vaters oder der Mutter handelt, unter Art. 7 Abs. 1 lit. f) gefasst wissen.⁵⁴

c. Der Vorbehalt zu Art. 7 lit. g)

Der dritte Vorbehalt Deutschlands zu Art. 7 bezieht sich auf lit. g), also den Verlust der Staatsangehörigkeit bei der Adoption eines Kindes.

Entgegen dieser Vorschrift tritt gemäß § 27 StAG der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit auch bei Adoption einer erwachsenen Person ein, wenn die adoptierte Person dadurch die Staatsangehörigkeit des Annehmenden erwirbt und nicht mit einem deutschen Elternteil verwandt bleibt. § 27 StAG erfasst mithin auch volljährige deutsche Staatsangehörige, weil diese bei der Adoption selbst mitwirken und damit selbst über ihre Staatsangehörigkeit entscheiden können. Der deutsche Gesetzgeber wollte hierdurch eine Besserstellung Volljähriger gegenüber Kindern, die vertreten werden, vermeiden. Außerdem wollte er eine Ungleichbehandlung der Volljährigen, die kraft Gesetzes infolge einer Adoption eine ausländische Staatsangehörigkeit erwerben, und den Volljährigen, die eine ausländische Staatsangehörigkeit freiwillig im Zusammenhang mit einer Adoption erwerben, vermeiden.⁵⁵

Da es sich bei den von den letzten beiden Vorbehalten erfassten Fällen um wenige Einzelfälle in der Praxis handeln dürfte,

⁵⁴ Vgl. *explanatory report*, Nr. 73.

⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 7/3061, S. 67.

erscheint eine eingehende Analyse dieser Vorbehalte an dieser Stelle als entbehrlich. Die geringe Praxisrelevanz sollte jedoch Anlass für eine Überprüfung der deutschen Rechtslage und gegebenenfalls für eine Gesetzesänderung und anschließende Rücknahme dieser Vorbehalte geben.

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

2. Der Vorbehalt bezüglich Art. 22

Schließlich hat die Bundesrepublik Deutschland bei der Ratifikation des Abkommens einen Vorbehalt zu Art. 22 erklärt, der zum Ziel hat, Wehrpflichtige mit mehrfacher Staatsangehörigkeit vor einer Doppel- bzw. Mehrfachheranziehung zu bewahren.

Im Wesentlichen besagt Art. 22 folgendes:

1. Hat ein Mehrstaater ersatzweise Zivildienst geleistet oder ist er von der Wehrpflicht befreit, so gilt seine Militärdienstpflicht auch gegenüber dem Vertragsstaat als erfüllt, dessen Staatsangehörigkeit er ebenfalls besitzt (Art. 22 lit. a) i.V.m. Art. 21 Abs. 3 lit. c).
2. Ist eine Person Staatsangehöriger eines Vertragsstaats, der keine Wehrpflicht vorsieht, so gilt ihre Wehrpflicht als erfüllt, wenn sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet dieses Vertragsstaats hat. Dennoch gilt ihre Wehrpflicht gegenüber einem Vertragsstaat oder Vertragsstaaten, deren Staatsangehörigkeit sie ebenfalls besitzt und in denen Wehrpflicht vorgesehen ist, nicht als erfüllt, sofern nicht der gewöhnliche Aufenthalt bis zu einem bestimmten Alter aufrechterhalten wurde, das jeder betroffene Vertragsstaat bei der Unterzeichnung oder bei der Hinterlegung seiner Ratifikations-, Annahme- oder Beitrittsurkunde notifiziert.
3. Ebenso gilt bei einer Person, die Staatsangehöriger eines Vertragsstaats ist, der keine Wehrpflicht vorsieht, die Wehrpflicht als erfüllt, wenn die Person freiwillig in den Streitkräften des betreffenden Staates einen Wehrdienst von mindestens der gleichen tatsächlichen Gesamtdauer abgeleistet hat, wie sie für den aktiven Wehr-

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

dienst des oder der Vertragsstaaten vorgesehen ist, deren Staatsangehörigkeit sie ebenfalls besitzt, gleich wo sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Gemäß dem von Deutschland erklärten Vorbehalt wird Art. 22 des Abkommens grundsätzlich in Deutschland nicht angewandt. Lediglich Art. 22 lit. a) findet im Hinblick auf Personen, die anstelle des Militärdienstes Zivildienst geleistet haben oder bei denen die Befreiung von der Wehrpflicht auf der Leistung eines dem Wehr- oder Zivildienst gleichwertigen Dienstes beruht, Anwendung. Dies hat zur Konsequenz, dass die Militärdienstpflicht eines Mehrstaaters, der seinen Militärdienst, Zivildienst oder diesen gleichwertigen Dienst gegenüber einem Vertragsstaat im Einklang mit dessen Rechtsvorschriften geleistet hat, auch gegenüber dem Vertragsstaat als erfüllt gilt, dessen Staatsangehörigkeit er ebenfalls besitzt.

Die Einbeziehung des Zivildienstes und mithin der Vorbehalt wurde aus Gründen der Gleichbehandlung für zwingend erachtet. Die Einbeziehung gleichwertiger Dienste wie Zivil- oder Katastrophenschutz und Entwicklungsdienst erfolgte gemäß der Erklärung der Bundesrepublik Deutschland bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunde aus Gründen der Sachgerechtigkeit.

Des Weiteren führt der Vorbehalt Deutschlands hinsichtlich Art. 22 des Abkommens dazu, dass die anderen in dieser Vorschrift aufgeführten Wehrdienstbefreiungsgründe bei in Deutschland wohnhaften Mehrstaatern keine Anwendung finden.

Hierdurch wollte die Bundesregierung die durch die Übereinkommen über die Verringerung der Mehrstaatigkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern vom 6. Mai 1963 bestehende Rechtslage festschreiben, obwohl sie jenes Abkommen am 20. Dezember 2001 gekündigt hat. Sie wollte verhindern, dass durch die Anwendung von Art. 22 des Abkommens sich in Deutschland lebende Doppelstaater auf Wehrdienstausnahmen berufen können, die das deutsche Recht nicht vorsieht. Eine dadurch entstehende Privilegierung der Mehrstaater gegenüber Wehrpflichtigen ohne weitere Staatsangehörigkeit sollte vermieden werden.

Gleiches gilt für die Fälle, in denen auf einer der beiden Seiten die Wehrpflicht nicht existiert.

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

III. Die Erklärungen Deutschlands bezüglich des Abkommens

Neben den bereits erläuterten Vorbehalten hat die Bundesrepublik Deutschland zwei Erklärungen bei der Ratifikation des Abkommens abgegeben.

Diese Erklärungen haben das Ziel, Missverständnissen über die Anwendung des deutschen Rechts vorzubeugen. Es handelt sich also um keine Vorbehalte im eigentlichen Sinne.

1. Die Erklärung zu Art. 8 des Abkommens

Die erste Erklärung betrifft den in Art. 8 des Abkommens geregelten Verlust der Staatsangehörigkeit auf Veranlassung der Person.⁵⁶ Nach dieser Bestimmung muss jeder Vertragsstaat die Aufgabe seiner Staatsangehörigkeit gestatten, sofern die Betroffenen dadurch nicht staatenlos werden.

Allerdings kann gemäß Art. 8 Abs. 2 des Abkommens ein Vertragsstaat in seinem innerstaatlichen Recht vorsehen, dass die Aufgabe nur von Staatsangehörigen bewirkt werden kann, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben. Weitere Versagungsgründe sind nicht zulässig.

Entgegen dieser Vorschrift bestimmt § 22 StAG, dass Wehrpflichtige⁵⁷ und alle Personen, die in Deutschland in einem öffent-

⁵⁶ Der Wortlaut des Artikel 8 – Verlust der Staatsangehörigkeit auf Veranlassung der Person:

1. Jeder Vertragsstaat gestattet die Aufgabe seiner Staatsangehörigkeit, sofern die Betroffenen dadurch nicht staatenlos werden.
2. Ein Vertragsstaat kann in seinem innerstaatlichen Recht jedoch vorsehen, dass die Aufgabe nur von Staatsangehörigen bewirkt werden kann, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben.

⁵⁷ Der Personenkreis der Wehrpflichtigen ergibt sich aus §§ 1, 3, 49 WPflG. Hier-

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

lich-rechtlichen Dienst- oder Amtsverhältnis zum Staat stehen,⁵⁸ nicht aus der deutschen Staatsangehörigkeit entlassen werden, es sei denn es handelt sich um ehrenamtlich tätige Personen oder Mehrstaater.⁵⁹ Mithin können folgende Personen nicht aus der deutschen Staatsangehörigkeit entlassen werden: Beamte, Richter, Soldaten der Bundeswehr, sonstige Personen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- oder Amtsverhältnis stehen, solange ihr Dienst- oder Amtsverhältnis nicht beendet ist, sowie Wehrpflichtige, solange nicht das Bundesverteidigungsministerium oder die von ihm bezeichnete Stelle erklärt hat, dass gegen die Entlassung keine Bedenken bestehen.⁶⁰

Da die Versagung der Entlassung aus der deutschen Staatsangehörigkeit für diese Personen von den Bestimmungen des Europäischen Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit abweicht, war zumindest eine Erklärung seitens Deutschlands zu Art. 8 erforderlich.

zu zählen alle der Wehrpflicht unterliegenden Männer mit deutscher Staatsangehörigkeit.

⁵⁸ Zum Beispiel Gebietskörperschaften, andere Körperschaften des öffentlichen Rechts, öffentlich-rechtliche Anstalten oder Stiftungen.

⁵⁹ Mehrstaater können bei Erfüllung der in § 26 StAG aufgeführten Voraussetzungen ausnahmsweise durch eine schriftliche Erklärung auf ihre deutsche Staatsangehörigkeit verzichten. Danach ist erforderlich, dass die Person seit mindestens 10 Jahren ihren dauernden Aufenthalt im Ausland hat (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 1). Wehrpflichtige können zudem dann auf die deutsche Staatsangehörigkeit verzichten, wenn sie ihren Wehrdienst in einem der Staaten, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, geleistet haben oder eine Unbedenklichkeitserklärung des Bundesverteidigungsministeriums bzw. der von ihm bezeichneten Stelle vorlegen (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 2).

⁶⁰ Bei der Entscheidung der Wehrverwaltung, ob die Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 Nr. 2 StAG erteilt wird, ist neben dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung der Wehrfähigkeit und Wehrgerechtigkeit auch das private Interesse an der Aufgabe der deutschen Staatsangehörigkeit zu berücksichtigen, wobei die Grundrechte des Betroffenen ebenso zu beachten sind wie die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit; siehe hierzu OVG Hamburg v. 14.3.2006, 3 Bf 425/01 und VG Ansbach v. 27.3.2002, AN 15 K 01.00834, juris.

2. Die Erklärung zu Art. 10 des Abkommens

Die zweite Erklärung Deutschlands betrifft Art. 10, wonach die Antragsbearbeitung in angemessener Zeit⁶¹ stattzufinden hat, sowie die sog. Spätaussiedler und deren Aufnahme in Deutschland. Spätaussiedler⁶² sind deutsche Volkszugehörige mit vormaligem Wohnsitz in den ehemaligen Ostblockstaaten, die im Rahmen eines speziellen Aufnahmeverfahrens⁶³ nach Deutschland übergesiedelt sind. Es handelt sich mithin um sog. Statusdeutsche i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG. Sie genießen alle Rechte und Pflichten eines deutschen Staatsangehörigen, besitzen jedoch nicht die deutsche Staatsangehörigkeit. Diese erwerben sie gemäß der §§ 3 Nr. 4, 7 StAG am Ende des Aufnahmeverfahrens mit der Ausstellung der Bescheinigung zum Nachweis ihrer Spätaussiedlereigenschaft nach § 15 Abs. 1 oder Abs. 2 des Bundesvertriebenengesetzes (BVFG).

Mit dieser Erklärung wollte die Bundesregierung klarstellen, dass das Aufnahmeverfahren für sog. Spätaussiedlerbewerber sowie deren Ehegatten und Abkömmlinge rechtlich selbständig gegenüber dem Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit ist, und dass die zum Teil bestehende mehrjährige Wartezeit aufgrund der Kontingentierung der aufzunehmenden Spätaussiedler keinen Verstoß gegen Art. 10 des Abkommens darstellt.

⁶¹ Der Wortlaut des Artikel 10 – Bearbeitung der Anträge:

Jeder Vertragsstaat stellt sicher, daß Anträge auf Erwerb, Beibehaltung, Verlust, Wiedererwerb oder Bestätigung der Staatsangehörigkeit in angemessener Zeit bearbeitet werden.

⁶² Eine Legaldefinition für Spätaussiedler findet sich in § 4 Bundesvertriebenengesetz (BVFG).

⁶³ Um in die Bundesrepublik Deutschland einreisen und als Spätaussiedler anerkannt werden zu können, benötigt man einen *Aufnahmebescheid*. Diesen erhält man, wenn man in einem formalen schriftlichen Aufnahmeverfahren, das im BVFG geregelt ist, seine deutsche Volkszugehörigkeit nachweist (z.B. durch ausreichende deutsche Sprachkenntnisse, die nicht in einem Sprachkurs erworben sein dürfen). Nach der Einreise mit einem Aufnahmebescheid erhalten diese anerkannten Spätaussiedler und die in den Aufnahmebescheid einbezogenen nichtdeutschen Familienangehörigen eine *Bescheinigung zum Nachweis ihrer Spätaussiedlereigenschaft* nach § 15 Abs. 1 oder Abs. 2 des BVFG.

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

Denn obwohl gemäß der §§ 3 Nr. 4, 7 StAG am Ende des Verfahrens die deutsche Staatsangehörigkeit erworben wird, ist das Aufnahmeverfahren nicht auf den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit gerichtet oder Bestandteil eines solchen Verfahrens. Wesentliches Ziel dieses Verfahrens ist vielmehr, in Deutschland Aufnahme zu finden, also einreisen und sich im Bundesgebiet niederlassen zu dürfen.

Aufgrund des automatischen Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit kraft Gesetzes im Zeitpunkt der Ausstellung der Spätaussiedlerbescheinigung handelt es sich hierbei zwar um eine Sonderbehandlung deutscher Volkszugehöriger und deren Ehegatten oder Abkömmlinge. Diese ist jedoch als eine Form der Kompensation für das von dieser Bevölkerungsgruppe in der Vergangenheit erlittene Unrecht anzusehen und stellt mithin keine ungerechtfertigte Bevorzugung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 des Abkommens aufgrund der nationalen Herkunft oder Volkszugehörigkeit dar.⁶⁴ Zudem kann die bevorzugte Behandlung der Statusdeutschen bei der Gewährung der deutschen Staatsangehörigkeit mit deren besonderen Bindung an die Bundesrepublik Deutschland durch die Sprache und Abstammung gerechtfertigt werden.⁶⁵

IV. Resümee

Die Verabschiedung des Europäischen Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit ist ein wichtiger Schritt für die Harmonisierung der nationalen Gesetze auf dem Gebiet des Staatsangehörigkeitsrechts. Das Abkommen stellt zwar keine wesentlich neuen Grundsätze auf, bündelt jedoch erstmalig alle grundlegenden staatsangehörigkeitsrechtlichen Aspekte in einer völkerrechtlichen Kodifikation und systematisiert die Erwerbs- und Verlusttatbestände. Somit werden die größtenteils zwar schon bestehenden Prinzipien auch für die Staaten verbindlich; die an-

⁶⁴ So auch Knocke, S. 265 (o. Fn. 2).

⁶⁵ Siehe zu diesem Rechtfertigungsgrund *explanatory report*, Nr. 40.

dere internationale Abkommen bezüglich der Staatsangehörigkeit nicht ratifiziert haben.

Bemerkenswert sind zudem der Bezug auf die Menschenrechte⁶⁶ sowie die Aufnahme eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes in Art. 5 des Abkommens, so dass zum ersten Mal auf völkerrechtlicher Ebene ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen in Staatsangehörigkeitsangelegenheiten nicht allein aufgrund des Geschlechts, sondern auch aus Gründen der Rasse, der Hautfarbe, der nationalen Herkunft oder der Volkszugehörigkeit verboten sind.⁶⁷

Die europäische Kodifikation ist nicht nur als „Schranke im Sinne einer verbindlichen Vorgabe für das nationale Staatsangehörigkeitsrecht“⁶⁸ zu betrachten, sondern bietet auch für die Gesetzgeber von (Noch-) Nichtmitgliedstaaten einen Anreiz zur Änderung der nationalen Staatsangehörigkeitsnormen und dient hierbei sowie bei der Rechtsanwendung als Orientierungshilfe.⁶⁹ Ihm kommt folglich eine Vorbildwirkung zu. Heute wird das Abkommen zudem als zusätzliche Argumentationshilfe bei der Kritik an nationalen Normen, wie zum Beispiel an der Optionspflicht in § 29 des deutschen StAG, und als Anlass bzw. zur Begründung von Gesetzesänderungsinitiativen herangezogen⁷⁰, so dass es auch eine unterstützende Wirkung auf innerstaatliche Reformbestrebungen hat. Indem es in Art. 6 Abs. 4⁷¹ das Ziel der

⁶⁶ Vgl. Präambel, Satz 6.

⁶⁷ So auch Knocke, S. 270 (o. Fn. 2).

⁶⁸ So Knocke, S. 552 (o. Fn. 2).

⁶⁹ So hat z.B. der türkische Gesetzgeber das türkische Staatsangehörigkeitsrecht u.a. im Hinblick auf eine in Betracht gezogene Unterzeichnung des Abkommens geändert, vgl. die Gesetzesbegründung zum Änderungsgesetz Nr. 4866 zum türkischen Staatsangehörigkeitsgesetz: „403 sayılı Kanun, Ülkemizin de imzalamayı düşündüğü Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi göz önüne alınarak değerlendirmeye tâbi tutulmuş ve söz konusu değişikliklerin yapılması gerekli görülmüştür.“, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss115m.htm> (15.6.2009).

⁷⁰ Vgl. Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die GRÜNEN vom 5.5.2009, BT-Drs. 16/12849.

⁷¹ Art. 6 Abs. 4: *Jeder Vertragsstaat erleichtert in seinem innerstaatlichen Recht folgenden Personen den Erwerb seiner Staatsangehörigkeit:*

BEITRAG:
KATJA SCHNEIDER

erleichterten Einbürgerung bestimmter Personen verfolgt, kann man es schließlich auch für die Integration als förderlich erachten, sofern man der These beipflichtet, die Einbürgerung sei Voraussetzung bzw. der Schlüssel für eine gute Integration in die Gesellschaft des Aufnahmestaates, da erst die Gewährung staatsbürgerlicher und politischer Teilhaberechte ein Engagement in und für die Gemeinschaft fördere.⁷²

-
- a. Ehegatten von Staatsangehörigen;
 - b. Kindern eines Staatsangehörigen, die unter die Ausnahmen des Absatzes 1 Buchstabe a fallen;
 - c. Kindern, wenn ein Elternteil seine Staatsangehörigkeit erwirbt oder erworben hat;
 - d. Kindern, die von einem seiner Staatsangehörigen adoptiert wurden;
 - e. Personen, die in seinem Hoheitsgebiet geboren sind und sich dort rechtmäßig und gewöhnlich aufhalten;
 - f. Personen, die sich seit einem durch das innerstaatliche Recht des betroffenen Vertragsstaats festgelegten Zeitpunkt vor Vollendung des 18. Lebensjahrs rechtmäßig und gewöhnlich in seinem Hoheitsgebiet aufhalten;
 - g. Staatenlosen und anerkannten Flüchtlingen, die sich rechtmäßig und gewöhnlich in seinem Hoheitsgebiet aufhalten.

⁷² Zu diesem Thema siehe den Beitrag von Heckmann im vorliegenden Tagungsband.

**TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU TASARISI -
AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU AÇISINDAN
BİR DEĞERLENDİRME- TÜRKİYE'NİN AVRUPA
TOPLULUĞUNA KATILIM SÜRECİ**

Prof. Dr. Vahit DOĞAN*

I. Giriş

1964 tarih ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu,¹ 1980'li yıllardan başlayarak önemli değişiklikler geçirmiştir.² Yapılan değişiklikler, kanunun sistematliğini bozmuş, renk uyumu olmayan yamalı bohça haline getirmiştir. Bu konudaki son girişim, 403 sayılı Kanun'un yerine geçmek üzere İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanmış ve 2006 yılı Nisan ayında TBMM'ye sunulmuş ve alt komisyonlarda görüşmeler tamamlanarak TBMM gündemine alınmış olan TVK Tasarısı'dır. İçişleri Komisyonunda görüşmeler esnasında hükümet teklifinde yer alan bazı hükümler değiştirilerek İttüdüğün 91. maddesine göre temel kanun olarak görüşülmek üzere TBMM gündemine alınmıştır.³

VAHİT
DOĞAN'IN
TEBLÜĞİ

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ RG, 22.02.1964-11638.

² İlk değişiklik, 1981 yılında 13.12.1981 tarih ve 2383 sayılı Kanun ile yapılmış (RG, 17.2.1981-17254) ve bu değişikliği 1989 yılında, 20.4.1989 tarih ve 3540 sayılı Kanunla (RG, 29.4.1989-20153) yapılan değişiklik izlemiştir. TVK'da, 1992, 1995, 2003 ve 2004 yıllarında olmak üzere dört kez daha değişiklik yapılmıştır. Bkz. 27.5.1992 tarih ve 3808 sayılı Kanun (RG, 4.4.1992-21248), 7.6.1995 tarih ve 4112 sayılı Kanun (RG, 12.6.1995-22311), 4.6.2003 tarih ve 4866 sayılı Kanun (RG, 12.6.2003-25136), 29.6.2004 tarih ve 5203 sayılı Kanun (RG, 6.7.2004-25514).

³ Tasarı 22. yasama döneminde meclise sunulmuş olmakla beraber bu yasama döneminde görüşülemediği için İttüdüğün 77. maddesi uyarınca hükümsüz hâle gelmiştir. Ancak, Tasarı, Bakanlar Kurulu'nca yeni-

VAHİT
DOĞAN'IN
TEBLİĞİ

7 Nisan 2006 tarih ve 1/458 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın⁴ genel gerekçesinde, 403 sayılı TVK'nun yürürlüğe girmesinden bu yana ortaya çıkan gelişmelerden bahsedilerek, vatandaşlıkla ilgili yasal düzenlemelerin gözden geçirilmesinin ve yeni bir düzenleme yapılmasının zorunlu hale geldiği ifade edilmiş, aynı zamanda, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi (AVS) ve Avrupa Birliği ile uyum konusuna da vurgu yapılmıştır.⁵

II. Vatandaşlık Hukuku Üzerine Yapılan Düzenlemelerin Temel Felsefesi

XIX. yüzyılda yaşanan iki büyük savaş esnasında ve daha ziyade savaş sonunda özellikle Avrupa'da yoğun göç dalgası yaşanmıştır.⁶ İnsanlar, vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları devleti terk etmiş ve başka bir devlete göç etmişlerdir.

Göç eden kişilerin sahip olacakları haklar ile ilgili olarak I. Dünya Savaşı'ndan sonra Milletler Cemiyeti, II. Dünya Savaşı'ndan sonra ise Birleşmiş Milletler bünyesinde çalışmalar yürütülmüştür. Uluslararası örgütlerce yapılan çalışmalar, konunun uluslararası boyutunu ele almakta ve göç eden kişilere uluslararası hukukun koruması sağlanmaya çalışılmaktadır. Milletler Cemiyeti döneminde bir kısım çalışmalar yapılmasına rağmen arzu edilen sonuçlar elde edilememiştir. II. Dünya Savaşı sonunda kurulan Birleşmiş Milletler de mülteciler ve göç sorununa el atmış ve 1951 yılında Mültecilerin

lenerek 23. yasama döneminde tekrar meclisin gündemine alınmıştır. Bkz. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün, TBMM Başkanlığı'na hitaben yazmış olduğu 8.11.2007 tarihli yazı: <http://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0458.pdf> (erişim tarihi: 07.05.2009).

⁴ Hükümetin teklif metni ile İçişleri Komisyonu'nun kabul ettiği metin ve gerekçe için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>. (erişim tarihi: 07.05.2009).

⁵ TBMM gündeminde bulunan Tasarı, 29.05.2009 tarihinde 5901 sayılı Kanun olarak kabul edilmiştir. (RG, 12.5.2009-27256)

⁶ 1. Dünya savaşı sonunda 5 milyondan fazla kişi devletini terk ederek başka bir devlete göç etmiştir. Bkz. Çiçekli, B., *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar*, Ankara 2009, s. 20.

Hukukî Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi imzalanmıştır. Ancak, uluslararası alanda yapılan düzenlemeler, göç olgusunu azaltmadığı gibi, göçmenlerin ve göçmen kabul eden devletlerin yaşadıkları problemlere de yeterince çözüm oluşturamamıştır.

Savaş döneminde ve savaşın hemen sonunda güvenlik gerekçesi ile yaşanan göç hareketleri, zamanla nitelik değiştirmiş ve daha ziyade ekonomik gerekçeler ön plana çıkmıştır. Ekonomik gerekçelerin, günümüzde etkinliğini devam ettirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Dünyada göç hareketlerinin yoğunlaştığı dönem, insan hakları alanında da yoğun çalışmaların yapılmasını zorunlu kılmaktadır. İnsan hakları ile ilgili yapılan çalışmalarda, vatandaşlık hukuku ya da vatandaşlık hakları ile göç ve göçmenlerin durumları da nazara alınmaktadır. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nde yaşanan göç dalgasının etkilerini azaltmaya yönelik hükümlere yer verildiği gibi, vatandaşlık hukuku ya da vatandaşlık hakları ile ilgili temel ilkelere de yer verilmiştir.

İnsan hakları ya da vatandaşlık hukuku ile ilgili ulusal veya uluslararası metinler hazırlanırken, göç olgusunun göz ardı edilmesi mümkün değildir. Büyük savaşlar veya dünyayı etkileyen siyasî gelişmelerden sonra, uluslararası alanda yaşanan göç dalgaları, vatandaşlık kavramının ulus-devlet sınırları içindeki anlamını tekrar sorgulama zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır.

Savaşın hemen sonrasında, yüzyıllardan beri Avrupalı birçok aydının rüyası olan Avrupa'nın birleştirilmesi fikrinin ilk somut adımları atılmıştır. Birlik fikri; kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını temelleri üzerine oturtulmuştur. Birlik fikrinin hayata geçmesinden sonra ortaya çıkan ekonomik gelişme, yeni işgücü ihtiyacını doğurmuş, bunun sonucunda da hem üye devletler arasında, hem de üçüncü devletlerden Birlik üyesi devletlere göç hareketlerini artırmıştır.

VAHİT
DOĞAN'IN
TEBLİĞİ

Başlangıçta ekonomik gerekçelerle gerçekleşen göç hareketlerinin geçici olduğu yönünde yaygın bir kanaat hakimdi. Örneğin, Almanlar ekonomik gerekçelerle göç eden kişileri "Gastarbeiter", "misafir işçi" olarak adlandırılmaktaydı. Ancak, aradan geçen zaman ekonomik gerekçelerle yapılan göç hareketlerinin geçici olmadığını, Almanların ifadesi ile "misafir" olmadıklarını, kalıcı olduklarını göstermiştir. Bunun üzerine, uluslararası sözleşmelerde ve Topluluk bazında, çifte vatandaşlık, vatandaşlığa alınmanın kolaylaştırılması, imtiyazlı yabancı, Topluluk vatandaşlığı gibi çözüm önerileri gündeme gelmeye başlamıştır.

Birlik bünyesinde, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın 1960'lı yılların sonundan itibaren geliştirmeye başladığı içtihat hukuku ile üye devlet vatandaşlarının birbirlerinin devletlerinde sahip olması gereken asgari haklar tanınmaya başlanmıştır. 1970'li yılların başlarından itibaren Avrupa vatandaşlığı fikri de Avrupa Topluluklarının gündemini meşgul etmeye başlamıştır. Bu konuya ilişkin ilk fikirler 10 Aralık 1974 Paris zirvesi sonucu yayımlanan deklarasyonda görülmektedir. Bu zirvenin ardından üye devlet vatandaşlarına birtakım haklar verilmesi konusunda çalışma yapmak üzere bir çalışma grubu oluşturulmuşsa da somut bir netice alınamamıştır.⁷ 5 Nisan 1977 tarihinde Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon'un kabul ettikleri ortak bir bildiri ile temel haklar Topluluğunun siyasi kurumları düzeyinde de tanınmıştır.

Maastricht Antlaşması arifesinde 1990 yılında Dublin'de toplanan Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi'nde İspanyol delegasyonunun teklifi üzerine Birlik yurttaşlığı ile ilgili hükümler antlaşma metnine dâhil edilmiştir. Ortak yurttaşlığın, Birliğin temellerinin, özellikle kuruluşta kabul edilen dört temel serbestinin gelişmesinin teminatı olacağı gibi, Birliğin demokratik meşruiyetinin de temelini oluşturacağı kabul edilmiştir. Ayrıca antlaşmanın başlangıcında "bir Birlik yurttaşlığı

⁷ Birlik Yurttaşlığı için bkz. Tezcan, E., Avrupa Birliği Yurttaşlığı: Gelişim ve Perspektifler, *Birikim*, Sayı:157, (2002), s.54; Ulutaş, A., Avrupa Birliği Yurttaşlığı, Ankara 2005, s.25 vd. (Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi)

oluşturmak suretiyle üye devlet vatandaşlarının hak ve menfaatlerinin korunmasını arttırmak" ifadesine de yer verilmiştir.⁸

1990'lı yıllarda meydana gelen diğer bir önemli gelişme de, Doğu Bloku'nun yıkılmasıdır. Doğu Bloku'nun yıkılması özellikle, Avrupa'da yeni ve daha önce yaşananlardan farklı bir göç dalgasını ortaya çıkarmıştır. Ekonomik, sosyal ve siyasal boyutları olan halen devam eden bu göç dalgası, birçok ülkenin vatandaşlık mevzuatında acil değişiklik yapılması sonucunu doğurmuştur. Özellikle, evlenme yolu ile vatandaşlık kazanmaya ilişkin pozitif düzenlemeler, son yaşanan göç dalgasının etkisi ile önemli değişime uğramıştır.

Kısa açıklamadan da görüldüğü gibi, göç hareketleri vatandaşlık hukuku ile ilgili yapılacak düzenlemelere doğrudan etki etmektedir.

Türk Vatandaşlığı Kanun Tasarısı'nın gerekçesinde, 403 sayılı TVK'nın günün ihtiyaçlarına cevap vermediğinden, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve AB müktesebatı ile uyum sağlanmasından bahsedilmektedir. AVS ve AB müktesebatı ile uyum aşağıda kapsamlı olarak ele alınacaktır. Hazırlanan Tasarı, özellikle Türkiye'nin göç politikaları nazara alınarak günün ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde mi hazırlanmıştır sorusunu kısaca ele almakta fayda vardır.

Tasarının genel yapısına bakıldığında, Türkiye'nin göç politikaları ile uyumlu olduğunu söyleyebilmek oldukça zor. Özellikle, dışa göç politikaları ile uyumsuzluk bariz bir şekilde göze çarpmaktadır. Şöyle ki, resmi rakamlara göre yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının sayısı üç buçuk milyonu aşmıştır. Bunların önemli bir kısmı Almanya, Avusturya, Hollanda, İsveç, Danimarka gibi AB'ye üye ülkelerde yaşamaktadırlar. AB üyesi ülkelerin önemli bir kısmında (örneğin, Almanya, Avusturya, İsveç, Norveç, Danimarka) vatandaşlığın kazanılabilmesi, önceki vatandaşlıktan ayrılma şartına bağlanmaktadır. Tasarı vatandaşlıktan çıkma ile ilgili TVK m. 20 hükmünü kısmen ağırlaştırarak kabul etmiştir. Buna

⁸ Tezcan, s.55.

VAHİT
DOĞAN'IN
TEBLİĞİ

karşılık, yetkili makamlardan izin almadan yabancı ülke vatandaşlığını kazanan kişilere vatandaşlık hukuku bakımından uygulanan kaybettirme müeyyidesine Tasarı'da yer verilmemiştir. Diğer taraftan, yetkili makamlardan izin alarak Türk vatandaşlığından çıkanlar ile onlara bağlı olarak Türk vatandaşlığından çıkanların Türkiye'de yararlanabilecekleri hakları düzenleyen madde, haklardan yararlanacak kişilerde sınırlama yapmaktadır. Tasarı'da yer alan bu hükümlere bakıldığında, Tasarı'nın dışa göç politikası bağlamında herhangi bir yenilik getirmediğini söyleyebiliriz.

TVK Tasarısı'nın Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve AB hukuku ile uyumu aşağıda kapsamlı olarak ele alınacaktır. Her iki metinde de, vatandaşlık hukuku alanında düzenleme yapma yetkisinin münhasıran devletlere ait olması ilkesine riayet edildiği görülmektedir.

III. Kavramsal Değerlendirme

İnsan hakları ile ilgili uluslararası metinlere bakıldığında ilk ilkenin eşitlik olduğunu söyleyebiliriz. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde (m. 2), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (m.14), Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda (m. 20 vd) ve buna paralel olarak Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Anlaşma'da eşitlik ilkesi kabul edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer alan hükme göre, *"Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Beyanname ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir."* (m. 2). Beyanname de temel hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından insanların eşit olduğu kabul edildikten sonra, *"Herkesin bir vatandaşlığa hakkı"* olduğu da hükme bağlanmıştır (m. 15/1).

Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nottebohm* kararında yaptığı tanımlamaya göre tâbiyet, *"Temelinde bir toplumsal bağlılık vakası, karşılıklı hak ve görevlerle birlikte gerçek bir varlık, men-*

faat, ilgi ve duyu dayanışması yaratan bir hukukî bağıdır".⁹ İç hukuklar bağlamında yapılan tanımlamalarda vatandaşlık, devlet ile birey arasındaki hukukî ve siyasi bağ olarak nitelendirilmektedir. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde ise, kişi ile devlet arasında kurulan ve kişinin etnik kökenine işaret etmeyen bir bağ olarak kabul edilmektedir (m. 2-a). Sözleşmede, vatandaşlığın siyasi yönü nazara alınmamıştır. Bunun nedeni, sözleşmenin ulusal hukuklar bağlamında değil, uluslararası hukuk bağlamında vatandaşlığı ele almış olmasıdır.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde benimsenen, vatandaşlığın kişinin etnik kökenine işaret etmeyen bir bağ olduğu anlayışı, uluslararası metinler için yeni olmasına rağmen, Türk hukuku (1982 AY m. 66/1; 1961 AY m. 54/1) gibi birçok devlet hukukunda uzun zamandan beri kabul edilmektedir (StAG. m.1).

Türk hukukunda Anayasa'nın 66. maddesinde, "*Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk*" olarak kabul edilmiştir. Yine Anayasa'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, vatandaşlar arasında ayırım yapılmaması Türk hukukunun genel ilkelerinden birisidir. Vatandaşlığın kişinin etnik kökenine işaret etmeyeceği ve vatandaşlık hukuku bağlamında eşitlik ilkesinin kabul edilmiş olması hasebiyle, AVS ve AB müktesebatı ile Türk hukuku arasında uyum sağlanmaktadır.

Avrupa Birliği hukukunda, Maastrich Anlaşması'nda "*Üye devletlerden herhangi birinin yurttaşı olan kişi Birlik yurttaşıdır*." hükmü yer almaktadır (m. 17). Bu hükme göre, üye devletlerden birisinin yurttaşı olmak birlik yurttaşı olmanın şartını teşkil etmektedir. Üye devlet vatandaşlığının nasıl kazanılacağı ise, ulusal mevzuata bırakılmıştır. Bu sebeple, her üye devlet kendi karar verecektir. Başka bir ifade ile vatandaşlık hukuku alanında bir kısım temel esaslar kabul edilmiş, ancak uyumlaştırma yapılmamıştır. Görüldüğü gibi Birlik yurttaş-

⁹ Unat, İ., *Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi*, Ankara, 1966, s. 21.

VAHİT
DOĞAN'IN
TEBLİĞİ

lığı, klasik vatandaşlık kazanma yöntemlerinden nesep veya toprak esasından farklı bir esasa göre kazanılmaktadır. Birlik yurttaşlığı bir üye devlet vatandaşı olma şartına bağlanarak, vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi gibi hususlar üye devletlerin ulusal düzenlemelerine bırakılmıştır. Bu sebeple, Birlik yurttaşlığının kazanılması, AB kurumlarının değil, üye devletlerin münhasır yetkisindedir denilebilir. Bu sonuç, AB yurttaşlığının üye devlet vatandaşlığının yerine geçmek gibi bir hedefinin bulunmadığını da göstermektedir. Ancak, üye devletlerde oluşabilecek tereddütleri bertaraf etmek amacı ile Amsterdam Antlaşması'nın 8. maddesine (yeni numaralama da 17. madde) ikinci bir cümle eklenmiş ve *Birlik yurttaşlığının üye devlet vatandaşlığının yerine geçmediği yalnızca o'nu tamamladığı* ifade edilmiştir.

Avrupa Birliği yurttaşlığı ile ifade edilmek istenen ile ulus devletler söz konusu olduğunda vatandaşlık ile ifade edilmek istenilenler arasında temel farklılıklar olduğundan şüphe yoktur. Her şeyden önce vatandaşlıktan bahsedebilmek için, uluslararası hukukun kabul ettiği bağımsız bir devletin varlığı gereklidir. Oysa günümüzde henüz Avrupa Birliği bağımsız bir devlet statüsünde değildir. Bu sebeple diğer unsurlara bakmaya gerek olmadan, Avrupa Birliği bağlamında bahsedilen yurttaşlık kavramı ile ulus devletler için vatandaşlık kavramının ve tabii ki bu kavramların içeriğinin farklı olduğunu kabul etmek gereklidir. Tarihi sürece bakıldığında, Avrupa Birliği'nde yurttaşlık anlayışının elitler Avrupasından yurttaş-halk Avrupa'sına gidişte kabul edilen bir çıkış yolu olarak görüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Özellikle, serbest dolaşımın ve yerleşme hakkının kabul edilmesiyle, vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devleti terk edip diğer bir üye devlete yerleşmek amacı ile giden kişilerin konularının üçüncü devlet kökenli diğer yabancılardan ayrılması gerektiği kabul edilmiş ve çıkış yolu aranırken, muhtelif kavramlar önerilmesine rağmen nihayet, Avrupa yurttaşlığı kavramında mutabakat sağlanmıştır. Yoksa AB yurttaşlığı ile klasik anlamdaki vatandaşlığın kast edildiğini söylemek doğru olmasa gerek. Kaldı ki, AB yurttaşlığının kişiye sağladığı

haklar nazara alındığında da, aynı sonuca ulaşılabilecektir. Ulus devletlerde vatandaşlar, kanunlarda yasaklama veya kısıtlama yapılmadığı müddetçe her tür hakka sahiptirler. Oysa AB yurttaşları, anlaşmalarda sayılan haklarla sınırlı bir hak kullanımına sahiptirler.¹⁰ Bunun yanında, ulus devlet vatandaşlığı söz konusu olduğunda, vatandaşların devlete karşı bir kısım yükümlülüklerinin olduğu da kabul edilmektedir. Oysa AB yurttaşlarının AB'ye karşı herhangi bir yükümlülükleri öngörülmektedir.

Uluslararası metinlerde yer alan hükümlere bakıldığında, vatandaşlık kavramının, eşitlik ilkesinin yanında, iki temel özelliğinin daha kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bunlar;

- Devlet ile birey arasındaki hukukî-siyasi ilişki,
- Etnisiteyi göstermeyip hukukî bağı gösteren bir ilişki.

AB yurttaşlığı söz konusu olduğunda, birey ile siyasi bağın varlığından, en azından şimdilik, bahsedebilmek mümkün değildir.

Görüldüğü gibi kavramsal boyutta, AB hukuku ile AVS ve Türk hukukunun uyuşması da söz konusu olamaz.

IV. Vatandaşlık Hukuku Alanında Münhasır Yetki

Bilindiği gibi, devletin maddi unsurları insan topluluğu, toprak parçası (ülke) ve egemenliktir. Devletler kendilerini oluşturan insan topluluğunun kimlerden oluşacağını, sayısını, niteliklerini vb. bilmek isteyeceklerdir. Bu sebeple, dev-

¹⁰ Anlaşmalarda AB yurttaşlarına sağlanan haklar şunlardır:

Üye devletlerin toprakları üzerinde serbest dolaşım ve ikamet etme hakkı,

İkamet edilen üye devletin yerel seçimleri ile Avrupa Parlamentosu seçimlerinde oy kullanma ve seçilme hakkı,

Uyruğunda olduğu devletin temsil edilmediği üçüncü ülkelerin topraklarında, herhangi bir üye devlet yetkililerinin diplomatik ve konsolosluk korunmasından yararlanma hakkı,

Avrupa Uzlaştırıcısı (Ombudsman) nezdinde şikayet hakkı.

VAHİT
DOĞAN'IN
TEBLİĞİ

letlerin vatandaşlık hukuku alanındaki yetkilerinin münhasır yetki olduğu hem doktrinde hem de uluslararası metinlerde kabul edilmektedir (AVS m. 3/1). Tabii ki, devletlerin münhasır yetkisinin sınırı, uluslararası hukuktur. Uluslararası hukukun kabul ettiği genel ilkelere aykırı düzenlemeler yapılır ise, yapılan düzenleme uluslararası alanda etkin olmayacaktır.

Vatandaşlık hukuku alanında düzenleme yapma yetkisinin münhasıran devletlere ait olması ilkesi, AB müktesebatında da kabul edilmektedir. AB'ye üye devletler vatandaşlık hukuku alanında düzenleme yaparken münhasır yetkiyi haizdirler. AB müktesebatında, bir üye devletin vatandaşı olan herkesin Birlik yurttaşlığını iktisap edeceği hükmü kabul edilmektedir. Birlik yurttaşlığının kazanılması üye devlet vatandaşlığının kazanılmasına bağlandığı için, bir anlamda, Birlik yurttaşlığının kazanılmasında da, üye devletlerin münhasır yetkisi devam etmektedir.

V. Vatandaşlık Hukukunun Genel İlkeleri

Karşılaştırmalı hukukta vatandaşlık hukuku alanında genel kabul gören ilkeler, AVS'de farklı şekilde düzenlenmiş, günün şartlarına göre güncellenmiştir. AVS'de kabul edilen ilkeler;

- Herkesin vatandaşlığa sahip olma hakkı vardır (AVS m. 4-a)(Herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır)
- Vatansızlık önlenmelidir(m. 4-b)
- Hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından mahrum bırakılmayacaktır (AVS m. 4-c)
- Evlilik vatandaşlığa etki etmeyecektir(AVS m. 4-d).

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde, vatandaşlık hukuku alanında kabul edilen herkesin yalnız bir vatandaşlığı olmalıdır ilkesi göz ardı edilmiştir. Bunun nedeni, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra yaşanan göç hareketleri sonucunda vatandaşı olmadıkları devletlerde yaşamak zorunda kalan

insan sayısının giderek artış göstermesidir. Başlangıçta geçici göçmen olarak kabul edilen bu kişilerin, zamanla geçici olmadıkları anlaşılmış, özellikle ikinci ve sonraki kuşakların vatandaşları olmadıkları bu devletlerde yaşamaya devam ettikleri görülmüştür. Bu sebeple, önceki dönemlerde kabul gören çifte veya çok vatandaşlığın önlenmesi ilkesi, artık terk edilmeye başlanmıştır. AVS'de yer alan hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, çifte veya çok vatandaşlığın bir vaka olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz.

İnsan hakları ile ilgili metinlerde vatandaşlık hukuku bakımından iki temel prensibin kabul edildiği görülmektedir: Her şahsın bir tabiiyeti olması ile vatandaşlıktan çıkarma işlemlerinin keyfi olmayacağı ve kişilerin vatandaşlık değiştirmelerine keyfi olarak engel olunamayacağı kabul edilmektedir. Bu iki prensip Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde de kabul görmektedir.

A. Her Şahsın Bir Tabiiyeti Olmalıdır

Uluslararası alanda herkesin bir vatandaşlığı olması ilkesi doğrultusunda, 28 Ağustos 1961 tarihli "*Vatansızlık Hâllerinin Ortadan Kaldırılması ve Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*" imzalanmış olmasına rağmen vatansızlık hâllerinin önüne geçilememektedir. Vatansızlık halleri devletlerce istenmeyen bir durum olarak görülmesine ve kanunlarda bu ilkeye hizmet edecek hükümlere yer verilmesine rağmen, devletler vatandaşlık kanunları ile ilgili düzenlemeler yaparlarken kendi menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde bu direktif ilke, fiiliyatta ihlâl edilmekte, hiçbir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan, vatansız kişilere rastlanmaktadır.

Örneğin, 403 sayılı TVK'da ve hükümet Tasarısı'nda tabiiyet hukukunun bu genel ilkesi doğrultusunda bir düzenlemeye yer verilmiştir. Şöyle ki, her iki metinde de, Türk hukukunda vatandaşlığın kazanılmasında soy bağı esası kabul edilmiş olmasına rağmen Türkiye'de doğan çocukların ana veya babalarından vatandaşlık kazanamamaları durumun-

VAHİT
DOĞAN'IN
TEBLİĞİ

da doğum yeri esasından hareketle Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri kabul edilmektedir. Buna rağmen, bazı istisnai durumlarda kişinin iradesi dışında yetkili makam kararı ile vatandaşlığını kaybedebileceği de kabul edilmektedir.¹¹ Meclis gündeminde bulunan Tasarı, yürürlükte olan 403 sayılı TVK'ya göre, kişinin iradesi dışında vatansızlıkla sonuçlanabilecek kayıp hâllerini oldukça azaltmıştır. Tasarı'da, vatandaşlığın iptali (m. 31) ve vatandaşlığın kaybettirilmesi (m. 29) kişinin iradesi dışında Türk vatandaşlığını kaybetmesine sebep olabilecek haller olarak kabul edilmiştir. Bu iki hâlde, kişinin vatansız kalıp kalmayacağı nazara alınmıştır.

B. Vatandaşlık Hukukunda Keyfilğin Önlenmesi

İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nde "*Hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından veya vatandaşlığını değiştirme hakkından mahrum edilemez.*" (m. 15/2) hükmü yer almaktadır. Bu ilkeyi iki başlık halinde ele almakta fayda vardır. İlk olarak kişinin iradesi dışında vatandaşlığın kayıp hâllerinin keyfi nitelikte olmaması ve kişinin iradesi ile vatandaşlık değiştirmesinin keyfi olarak engellenmemesi. Başka bir ifade ile kişinin vatandaşlığını değiştirmede serbest olması ve irade dışı kayıp hâllerinin keyfi olmaması ilkesi olarak ayırmakta fayda vardır.

1. Hiç Kimse Keyfi Olarak Vatandaşlığını Değiştirme Hakkından Mahrum Edilemez (Kişi Vatandaşlığını Değiştirmede Serbest Olmalıdır)

Bu ilke günümüzde insan hakları kavramı içinde mütalaa edilmekte ve denilmektedir ki, kişiye doğumla iradesi dışında kazanmış olduğu vatandaşlığı dilediği zaman kendi iradesi doğrultusunda değiştirebilme imkânı tanınmalıdır. Günümüzde bu ilke feodal rejimler ve komünist rejimler dışın-

¹¹ TVK m. 24-25-26.

da kalan hemen hemen bütün devletlerce kabul edilmektedir. Ancak, kişinin vatandaşlık değiştirebilmesi bazı şartlara bağlanmaktadır. Kanunlarda önceden objektif olarak tespit edilmiş olan bu şartları yerine getiren kişi, dilediği zaman vatandaşlığını değiştirebilmektedir. Devletlerin, kişinin vatandaşlığını değiştirme serbestisine engel olmamaları gerektiği kabul edilmektedir. Kişi, doğumu anında iradesi dışında kazanmış olduğu vatandaşlığını, daha sonradan değiştirebilme imkânına sahip olmalıdır. Başka bir ifade ile kişiye sevmediği, vatandaşlığında bulunmak istemediği bir devletin vatandaşlığını zorla yüklemenin, hem kişi hem de devlet açısından bir faydasının olmayacağı kabul edilmektedir. Bu sebeple de kişiye, kanunlarda öngörülen şartları taşıdığı takdirde, vatandaşlığını değiştirebilme imkânı tanınması gerektiği kabul edilmektedir. Tabii ki, kişi kendisine tanınan bu hakkı kötüye kullanmamalıdır. Aynı şekilde, kişi kendisine tanınan bu hakkı kullanarak, vatansız kalmayı tercih edemez. Çünkü kişiye vatansız kalma hakkı tanınmamaktadır. Dolayısıyla, kişinin vatandaşlık değiştirmede serbest olması gerektiği esasına getirilen genel sınır, kişinin vatansız kalmamasıdır.

Bu ilke yürürlükteki Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda kabul (TVK m. 20) edildiği gibi, Tasarı'da da muhafaza edilmiştir. Ancak, hem kanunda hem de Tasarıda kişinin vatandaşlık değiştirmede serbest olması ilkesini ihlâl eden bir düzenlemeye yer verildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Şöyle ki, Tasarı'da vatandaşlıktan çıkmanın şartlarını düzenleyen maddede,

- a. Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak,
- b. Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak,
- c. Herhangi bir suç veya askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak,
- ç. Hakkında herhangi bir mali ve cezai tahdit bulunmaması,

VAHİT
DOĞAN'IN
TEBLİĞİ

şartları aranmaktadır. Kanun'da ve Tasarı'da aranan bu şartlara bakıldığında ilk şart objektif nitelikli olmasına rağmen, diğer şartların objektif olarak tespit edilebilir olduğunu söyleyebilmek zor. Bir defa, kişiye Türk vatandaşlığından çıkma izninin verilebilmesi için yabancı devlet vatandaşlığını kazanacağına ilişkin inandırıcı emarelerin varlığının aranması, kişinin vatandaşlık değiştirme iradesine sınırlama getirilmesi olarak kabul edilebilir. Kişi Türk vatandaşlığından ayrılmak istiyor ise, kişiye çıkma izni verilmektedir. Çıkma izni verilmesi, kişinin Türk vatandaşlığından çıkması demek olmayıp, kişiye Türk vatandaşlığından çıkma izni verildiğini göstermektedir. Dolayısıyla, talepte bulunan herkese objektif şartların varlığı hâlinde bu iznin verilmesi, uluslararası hukukta genel kabul gören ilke ile uyumlu olacaktır. Çıkma izninin verilmesinden sonra, kişi izin süresi içinde yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanamıyor ise, kişinin Türk vatandaşlığı devam edecektir. Hâl böyle iken, izin verilmesi için yabancı bir devlet vatandaşlığının kazanılacağına ilişkin inandırıcı emarelerin aranması, kişiye uluslararası hukukta verilmiş bir hakın sınırlandırılması olarak değerlendirilmelidir.

Bunun yanında, hem Kanun'da hem de Tasarı'da yer alan, herhangi bir suçtan aranan kişilerden olmamak ve hakkında malî ve cezaî tahdit bulunmamak şartları da içerik olarak belirsizdir. İçerik olarak belirsiz kavramlara dayanan bir izin sisteminin kabul edilmesi, bir anlamda vatandaşlık değiştirmeye keyfi engel olunması olarak değerlendirilebilir. Vatandaşlıktan çıkmak için aranan şartlardaki belirsizliklere ilave olarak, kanun koyucu İçişleri Bakanlığı'na da takdir yetkisi vermiştir. İçişleri Bakanlığı, Kanun'un verdiği takdir yetkisini kullanırken yargı denetimine tabidir. Ancak, izin belgesinin verilmesi kişinin vatandaşlığı kaybetmesi sonucunu doğurmayacağı için, bakanlığın takdir yetkisine de gerek olmadığı kanaatindeyim.

2. Hiç Kimse Keyfi Olarak Vatandaşlığından Mahrum Edilemez

İrade dışı vatandaşlığın kaybının kabul edilmesindeki temel düşünce, devletin siyasi, sosyal ya da ekonomik nedenlerle kişiyi artık vatandaşlığında istememesidir. Devletin tek yanlı tasarrufu ile kişinin vatandaşlığına son verebileceği, uluslararası hukukta da kabul edilmektedir. Uluslararası hukukta kişinin iradesi dışında vatandaşlığına son verilmesinde tek bir şart aranmaktadır; keyfi olmamak. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 15. maddesinde şahısların keyfi olarak vatandaşlıktan çıkarılmayacakları kabul edilmiştir. Dolayısıyla, uluslararası hukukta, "keyfi" olmamak şartıyla devletin tek yanlı olarak kişinin iradesi dışında vatandaşlığına son verebileceği kabul edilmektedir. Kişinin iradesi dışında vatandaşlığına son verilmesinin "keyfi" olmaması için, bir kısım objektif şartların varlığı aranmaktadır. Bu şartlar;

-Kişinin iradesi dışında vatandaşlığına son vermeyi gerektirecek eylem veya işlemler önceden objektif olarak belirlenmiş olmalıdır. Hangi tür eylem veya işlemler sebebi ile kişinin vatandaşlığına son verilebileceği önceden, içeriği objektif olarak anlaşılabilir kavramlarla tespit edilmiş olmalıdır. İçeriği objektif olarak anlaşılabilen kavramlara dayanarak kişinin vatandaşlığına son vermek uluslararası hukuka aykırı olacaktır.

-Verilen kararlar yargı denetimine tâbi olmalıdır. Verilen kararlar yargı denetimine tâbi olmaz ise, idareye keyfi davranma imkânı tanınmış olacaktır ki, bu da kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla, kişinin iradesi dışında vatandaşlığına son verilebilmesinin uluslararası hukuka uygun kabul edilebilmesi, idarenin vermiş olduğu kararların bağımsız yargının denetimine tâbi olması şartına bağlanmaktadır.

Anayasa'da "*Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz.*" (m.66/4) hükmüne yer verilmiştir. 403 sayılı TVK'da ve Tasarı'da hangi tür eylemler sebebi ile kişinin vatandaşlığına iradesi di-

VAHİT
DOĞAN'IN
TEBLİĞİ

şında yetkili makam kararı ile son verileceği önceden objektif olarak tespit edilmiştir. Ayrıca, vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler sebebi ile verilen kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulabileceği de kabul edilmiştir. İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu kabul eden Anayasa'daki genel ilkenin yanında (m. 125), vatandaşlıktan çıkarma işlemleri bakımından özel düzenlemeye yer verilme gereği duyulmuştur. Buna göre, "*Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz.*" (m. 66/5). Aynı şekilde Vatandaşlık Kanunu'nda da, idarî makamlarca vatandaşlıkla ilgili olarak verilen her tür karar aleyhine yargı yoluna müracaat edilebileceği açık olarak ifade edilmiştir (m. 40). Vatandaşlık Kanun Tasarısı'nda, TVK m. 40'ı karşılayacak herhangi bir maddeye yer verilmemiştir. Ancak, bu bir eksiklik teşkil etmeyecektir. Çünkü Anayasa'da idarenin her türlü eylem ve işlemleri için yargı yolunun açık olduğu ifade edildikten sonra, vatandaşlıktan çıkarma işlemleri özel olarak düzenlenmiştir. Tabii ki, Vatandaşlık Kanun Tasarısı'nda çıkarma işlemlerine yer verilmediği için, 66/5 bir anlam ifade etmeyecektir.

C. Evlilik Vatandaşlığa Etki Etmeyecektir

Evlenme gibi kolay yoldan vatandaşlık kazanma, Türk hukukunda olduğu gibi bir kısım ülke hukuklarında da kötüye kullanılmıştır. Kanun koyucular, bu durumu nazara alarak evlenmenin doğrudan vatandaşlığa etki etmeyeceği yönünde özel düzenlemelere yer vermişlerdir. Başka bir deyişle, yabancı eşin vatandaş ile evlenmesi tek başına vatandaşlığın kazanılabilmesi bakımından yeterli görülmemekte, ek bir kısım şartların gerçekleşmesi aranmaktadır.

Evlenme yolu ile vatandaşlık kazanma hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi düşüncesi Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde de nazara alınmıştır. Sözleşme'ye göre, âkit devletlerden birinin vatandaşı ile bir yabancı arasındaki evlilik, evliliğin sona ermesi, eşlerden birinin evlilik sırasında va-

tandaşlığının değişmesi diğer eşin vatandaşlığına kendiliğinden etki etmeyecektir (m. 4-d).

Evlenmenin vatandaşlığa etki etmeyeceği hem yürürlükteki 403 sayılı TVK'da hem de Tasarı'da kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, evlenmenin vatandaşlığa etki etmeyeceği ilkesi bakımından Türk hukuku AVS ile uyumludur.

VAHİT
DOĞAN'IN
TEBÜĞİ

VI. Sonuç

TBMM'de gündeminde bulunan Türk Vatandaşlığı Kanun Tasarısı, birçok yönden AVS ve AB müktesebatı ile uyumludur. Hatta irade dışı kayıp halleri nazara alındığında, Tasarı'nın AVS'den daha ileri olduğunu söyleyebiliriz.

TÜRK HUKUKUNDA "ÇİFTE VATANDAŞLIK" BİR HAK MIDIR?

Prof. Dr. Rona AYBAY*

RONA
AYBAY'IN
TEBLİĞİ

Sunuşun amacı, başlıktaki soruya yanıt aramaktır: Türk hukukunda "*çifte vatandaşlık*" bir hakkın konusu mudur; yoksa belli durumlarda hoş görülen ya da¹ görmezden gelinen bir statü müdür?

Önce konumuzla ilgili temel birkaç olguya kısaca değinmek isterim:

I. Uluslararası Düzeydeki Gelişmeler

i. Uyruklu hukukunun geleneksel ilkelerine göre, bir insanın birden çok uyruklu olması kültürel, psikolojik, siyasal ve hukuksal açılarından sakıncalı bir durumdur. Dolayısıyla da, bu durumun, gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde yasal düzenlemelerle önlenmesi gerekir.

ii. Ancak gelişmeler karşısında, "*herkesin yalnız bir uyruklu olmalıdır*" ilkesinde biraz yumuşama görülmeye başlamıştır. Ekonomik ve toplumsal yaşamın gerçekleri ve artan uluslararası ilişkiler ve temaslar sonucunda; çifte uyruklu konusundaki hukuk kurallarında değişiklik yapılması zorunlu hale gelmiştir. Nitekim 2000 yılında yürürlüğe giren Uyruklu Konusunda Avrupa Sözleşmesi, taraf devletlerin bu konuda daha "*anlayışlı*" bir tutum benimsemelerini öngörmektedir. Sözleşme, çocukların doğumla birden çok uyruk-

* Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Başkanı.

¹ "veya" karşılığı kullanılmıştır.

luk kazanmaları ve evlenme sonucunda kendiliğinden yeni bir uyrukluğa kazanılması hallerinde, taraf devletler için çifte uyrukluğa kabul etme yükümlülüğü getirmektedir. Ancak, hemen belirtmem gerekir ki, "uyrukluğun yitirilmesi" konusuna ilişkin 7. maddede "bir yabancı devlet vatandaşlığını kendi isteğiyle kazanmanın uyrukluğa yitirme nedeni" olabileceği kabul edilmiştir.

II. Türkiye'nin Yakın Tarihi Açısından Durum

i. Osmanlı Devleti'nin çöküş döneminde; sürekli yenilgiler, toprak kayıpları ve yabancı ordular karşısında zorunlu göçler Türk halkında yabancılara karşı derin olumsuz duygular uyandırmıştı. Geleneksel Türk toplumsal ve siyasal kültüründe, kişinin yabancı bir uyrukluğa olması, sakıncalı ve tehlikeli bir durum sayılmaktaydı. Bunun sonucu olarak, II. Dünya Savaşı'nın sonlarına kadar uzanan dönemde, her yabancının potansiyel "casus" sayıldığı, yabancılarla temasın tehlikeli kabul edildiği bir gerçektir.

ii. 1876 Osmanlı Anayasası'nda ve Cumhuriyetin ilk Anayasası olan 1924 Anayasası'nda da "yabancı devlet vatandaşlığı iddiasında bulunmuş olmanın" milletvekili seçilmeye engel bir neden sayılması bu bakımdan ilginçtir.

iii. 1960'larda Almanya'ya "konuk-işçi"lerin gönderilmesiyle başlayan sürecin sonucunda, bugün Avustralya'dan İsveç'e kadar uzanan birçok ülkede, önemli sayıda Türk yaşamaktadır. Bugün Türkiye Cumhuriyeti nüfusunun en azından yirmide biri yaşamı yurt dışında sürdürmektedir demek yanlış olmaz.

iv. Bu yeni gelişme karşısında, yabancılarla temas etmek, iş ilişkilerine girmek ve evlenmek gibi durumlar normal karşılanır; giderek istenir olgular haline gelmiştir. Bunun sonucu olarak, toplumsal değer yargılarında bir Türk'ün aynı zamanda yabancı devlet vatandaşı olması da, eskiden olduğu gibi sakıncalı bir şey olmaktan çıkmış; giderek devlet yetkililerince teşvik edilir bir durum haline gelmiştir.

III.Çifte Vatandaşlık Konusunda TVK'daki Düzenlemeler ve Uygulama

A. TVK m. 29 Açısından

Özellikle, Almanya'da 1991 yılında yürürlüğe giren Yabancılar Yasası'nın, belli bir süre Almanya'da çalışıp, geçimini sağlamış olanlara göre kolay yollardan Alman vatandaşlığı kazanma olanağı sağlaması karşısında, "çifte vatandaşlık" sorunu güncellik kazanmıştı. Ancak, Türk vatandaşlarının bu yasadan yararlanarak Alman vatandaşlığını kazanmaları için önemli bir koşul vardı: Türk vatandaşlığıyla ilişkinin kesilmesi gerekiyordu. Alman yasasının "reform" ve yenilik olarak getirdiği, "çifte uyrukluk" durumuna erginlik yaşına kadar "tahammül etmek" ten ibaretti. Bu yaşa ulaşan çocuk, "öteki" uyruklüğünü muhafaza etmek istiyorsa, Alman vatandaşlığından vazgeçmek zorundaydı.

Bu ise, Türklerin istekleriyle çelişiyordu; çünkü Türkler, Alman vatandaşlığını kazanırken, Türkiye'de yabancı duruma düşmek ve Türkiye'deki haklarından yoksun kalmak istemiyorlar, bu nedenle de Türk vatandaşlığını da muhafaza etmek istiyorlardı.

Bu aşılabilir bir durum gibi görünüyordu. Almanya'daki Türk Göçmenler Birliği'nin, bu soruna bir çözüm bulabilmek için benden görüş istemesi üzerine, 1991 yılında hazırladığım taslak, Aybay Hukuk Araştırmaları Vakfı'nda değerli hocalarımızın katılımıyla yaptığımız toplantıda da tartışılmıştır.² Sonuç olarak, hazırladığım "ön-tasarı" ya da "öneri", o zamanın iktidar ve muhalefet partilerine mensup bazı milletvekillerince benimsenerek, TBMM'ye kanun teklifi olarak sunulmuştur. Bu önerinin ana fikri: Türk vatandaşlığından izinle çıkmış olanlara, öteki yabancılardan farklı "ayrıcalklı" bir statü tanıyarak Türkiye'de ikamet, taşınmaz mal edinme ve fe-

² Prof. Dr. İlhan Unat, Prof. Dr. Nihal Uluocak ve Prof. Dr. Ergin Nomer, önerimizi aynen benimsemiş olmasalar da, değerli eleştirileriyle konunun olgunlaşmasına katkıda bulunmuşlardır. Bkz. Aybay, Rona, *Vatandaşlık Hukuku*, 3. bası, İstanbul Bilgi Üniv. yay. 2008, s. 87 vd.

rağ etme, çalışma gibi haklardan Türk vatandaşı imişçesine yararlanmalarını sağlamaktı.

Sonuç olarak, TVK'da 1995 yılında yapılan bir değişiklik, bizim 1991 yılında yaptığımız önerinin ana fikirlerinin yasa-
ma organınca da benimsenmiş olduğunu göstermiştir.

TVK m. 29'un özgün biçimi, Türk vatandaşlığını kaybe-
den kişilere, eski vatandaşlar olarak ayrıcalıklı bir statü tanı-
mıyor, onlara da yabancı muamelesi yapılmasını öngörüyor-
du. Oysa TVK m. 29'un değişik biçimi ile vatandaşlıktan "izin-
le" çıkmış olan eski vatandaşlara, Türkiye'de seçme-seçilme
hakkı dışında hemen bütün haklardan eşit biçimde yararlan-
ma olanağı getiriyordu. Böylece, bu insanların, Alman vatan-
daşlığını kazanmaları halinde, Türkiye'deki haklar bakımın-
dan durumları güvence altına alınmış oluyordu.

Almanya'da bazı meslektaşların bu kanundan *Lex Ay-
bay* diye söz ettikleri söyleniyor. Bu doğru ise, övünç duya-
rım. Ama duyduğuma göre, bazı Alman meslektaşlar bu ka-
nuna pek de olumlu bakmıyorlar, eleştiriyorlarmış. Anladığı-
ma göre, eleştiriler eski vatandaşlara böyle "ayrıcalıklar" tanı-
manın hukuka aykırı olduğu savına dayanıyormuş.

Doğrusu bu eleştirileri anlamakta güçlük çekiyorum: Bir
devletin, kendi iç hukununun kuralları uyarınca ya da taraf
olduğu ikili ya da çok-tarafli uluslararası antlaşmalar uya-
rınca, belli kategorilerdeki yabancılara bazı "ayrıcalıklar" ta-
numası bizim icadımız değil, dünyada yaygın ve alışılmış bir
uygulamadır.³ Bir devletin, kendince haklı nedenlerle bazı ya-
bancılara ötekilerden farklı bazı haklar ve olanaklar tanıması-
nı engelleyecek bir uluslararası hukuk ilkesi mi vardır? Böyle
bir uluslararası hukuk ilkesi varsa Avrupa Birliği üyesi dev-
letlerin öteki üye devlet uyruklarına tanıdıkları ayrıcalıklı sta-
tü ve çeşitli olanaklar nasıl açıklanacaktır.

³ Çeşitli örnekler için bkz. Aybay, Rona, *Yabancılar Hukuku*, 2. bası, İstan-
bul Bilgi Üniv. yay., 2007, s. 25 vd. Alman meslektaşlar, benzer örnekler
kendileri hukuklarında da bulmakta hiç zorluk çekmeyeceklerdir.

RONA
AYBAY'IN
TEBLİĞİ

Kaldı ki, eğer Alman hukuku yıllardır Almanya'da yaşayıp, geçimini sağlayan Türklere vatandaşlık vermekte bu denli engelleyici bir tutum sergilemiş olmasa ve "çifte uyruk-luk" konusunda bu denli katı bir tutum benimsemiş olmasa idi, bizim TVK m. 29'da böyle bir değişiklik yapmamız gereksiz olacaktı.

TVK m. 29'da yapılan değişiklikle bazı "eski" vatandaşlarımıza ayrıcalıklı bir statü tanımamızı eleştiren yabancı meslektaşlar, bu değişikliğin hangi durumun yarattığı sorunlara çözüm için yapılmış olduğunu araştırırlarsa, konuyu anlamları kolaylaşmış olacaktır.

B. TVK m. 25/a Açısından

1. Çıkma izni olarak çifte vatandaşlık

TVK'nun "Kaybettirme" başlıklı 25/a bendinin, 1964 yılında kabul edilmiş özgün biçimi, vatandaşlıktan çıkma izni-nin, Türk vatandaşlığını muhafaza etmek üzere verilemeye-ceği anlayışıyla kaleme alınmıştı. Yani çifte vatandaşlık için kullanılmaya elverişli değildi. Oysa 1981 yılında 2383 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra; kişi sadece Türk vatan-daşlığıyla ilişkisini kesmek (vatandaşlıktan çıkmak) için de-ğil, Türk vatandaşlığını muhafaza ederek ek bir vatandaşlık kazanmak için de izin alabilmektedir. Bu durum ilgili Yönet-meliğin hükümleriyle de açıklığa kavuşturulmuştur. Yönet-meliğin 31. maddesinin başlığı "Vatandaşlıktan Çıkma ve Başka Bir Devlet Vatandaşlığını Kazanma İzni"dir.⁴

2. İzin Almaksızın Yabancı Devlet Vatandaşlığı Kazanmanın Riski

TVK m. 25/a'nın değiştirilmiş biçimine göre "İzin al-maksızın kendi istekleriyle yabancı bir Devlet vatandaşlığını

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aybay, Rona, 2 sayılı dipnotta a. g. y., s. 225 vd.

kazananlar"ın Türk vatandaşlığını *kaybettiklerine* Bakanlar Kurulu'nca karar verilebilir.

Burada belirtilmesi gereken ilk nokta şudur: yabancı devlet vatandaşlığını "*kendi isteği dışında*" örneğin yabancı baba nedeniyle kazanmış olanlar bu hükmün kapsamı dışındadır. Bu konuda Danıştay içtihatları hiçbir duraksamaya yer bırakmayan bir açıklıktadır.

Belirtilmesi gereken ikinci önemli olan nokta da şudur: Türk vatandaşlığının yitirilmesi (kaybedilmesi) *kendiliğinden* ortaya çıkan bir sonuç değildir; bu ancak bir Bakanlar Kurulu kararıyla oluşmaktadır.

TVK m. 25/a'nın düzenlemesi, "*çifte vatandaşlık*" durumlarında, Bakanlar Kurulu'nca "*kaybettirme*" kararı alınmadıkça, durumun olduğu gibi sürmesi sonucu vermekte; kaybettirme ancak yönetimin (idarenin) işlem başlatıp, Bakanlar Kurulu'nca kaybettirme kararı alınmasını sağlamasıyla gerçekleşmektedir. Bakanlar Kurulu'nca böyle bir karar alınmadığı sürece, kişinin "*çifte vatandaşlık*" durumu devam etmektedir. Giderek, Yönetmeliğin 32. maddesi, bu kişilerden "*durumlarının tespitinden önce başvurarak Türk vatandaşlığını da koruma izni isteyen*"lerin de "*çifte vatandaşlık*" olanağından yararlanabilmelerine olanak vermektedir.

Bununla birlikte, izin almaksızın yabancı bir devlet vatandaşlığını kendi isteğiyle kazanmanın, vatandaşlığı kaybetme sonucu vermesi olasılığı da yok değildir.

Bu konuda, *Merve Kavakçı* olayı önemli bir örnek-olaydır. Kavakçı'nın, TVK'da öngörülen izni almaksızın ABD vatandaşlığını kendi isteğiyle kazandığı anlaşılmıştır. 1999 yılında milletvekili seçimlerine katılarak milletvekili seçildiğine ilişkin mazbatayı alıp TBMM'nin açılışına gelen Kavakçı'nın, milletvekili andını içmesi, öteki milletvekillerinince engellenmiştir. Türk anayasal geleneklerine göre, milletvekilliğine seçilmiş olma işlemi, ancak TBMM kürsüsünde ant içme ile tamamlanmış sayılmaktadır.

RONA
AYBAY'IN
TEBLİĞİ

Hemen ardından, Kavakçı'nın "izin almaksızın kendi isteğiyle" yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olması dolaşısıyla Türk vatandaşlığının kaybına Bakanlar Kurulu'nca karar verilmişti.⁵ Böylece, Kavakçı milletvekilliği için ön koşul olan vatandaşlıktan yoksun hale gelmiş oluyordu.⁶

Yönetimin (Bakanlar Kurulu'nun) bu konudaki uygulamada "seçici" davrandığı; TVK m. 25/a kapsamına giren kişilerin ancak çok küçük bir azınlığı için "kaybettirme" işlemi yapıldığı söylenebilir. TVK m. 25/a kapsamına giren pek çok "çifte vatandaş"ın olduğu, bunların büyük çoğunluğu hakkında "kaybettirme" yoluna gidilmediği bilinen bir gerçektir.

Vatandaşlıkla ilgili bütün konularda olduğu gibi, kaybettirme konusunda da, ilgililerin yargı yoluna başvurabilecekleri de, Türk hukuku bakımından belirtilmesi gereken önemli bir özelliktir.

⁵ Bkz. Aybay, Rona, "Dual Nationality under Turkish Law - Permitted or Tolerated?", *Digesta Turcica*, 1 (2005) p. 48 - 56.

⁶ Kavakçı'nın üyesi olduğu siyasal partinin (Fazilet Partisi), laikliğe aykırı eylemlerin odağı olduğu gerekçesi ile kapatılması üzerine Anayasa Mahkemesi'nce kapatılmasının sonucunda, Kavakçı'ya (ve 4 parti üyesine) 5 yıl süreyle başka siyasal partilere kurucu ya da üye olma yasağı uygulanmıştır. Kavakçı'nın bu yaptırımın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu gerekçesiyle yaptığı başvuru sonucunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uygulanan geçici yaptırımı, Sözleşme'ye Ek 1. Protokol'ün 3. maddesi açısından değerlendirmiştir. Mahkeme, Türkiye'de demokrasinin korunması açısından laiklik ilkesinin önemini belirtmiş ve söz konusu yaptırımın "meşru bir amaç", "düzensizliği önleme", "başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması" açılarından yerinde bulmakla birlikte, bu yaptırımın uygulanmasının ölçülülük ilkesi bakımından gereğinden fazla geniş kapsamlı olması bakımından Sözleşme'ye aykırı olduğuna karar vermiştir *Kavakçı-Turkey* (No 7190/01) Judgement 5.4.2007 (Section III).

Ancak, bu kararın Merve Kavakçı'nın "vatandaşlıktan yoksun bırakılması" yaptırımıyla ilgisi olmadığı dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamına giren haklar arasında "uyruklu" konusu bulunmamaktadır.

AUSGEWÄHLTE FRAGEN ZUM PROBLEM DER DOPPELTEN STAATSANGEHÖRIGKEIT FÜR TÜRKISCHE EINWANDERER UND DEREN ANGEHÖRIGE IN DEUTSCHLAND

Dr. Reinhard MARX*

I. Problemskizze

Das Staatsangehörigkeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland wird traditionell von dem Grundsatz geprägt, dass mehrfache Staatsangehörigkeit unerwünscht ist. Folglich muss, wer in Deutschland die Einbürgerung beantragt, grundsätzlich seine bisherige Staatsangehörigkeit aufgeben. Zwar wurden aufgrund der Reform des am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Staatsangehörigkeitsrechtes weitere behutsame Lockerungen von diesem Prinzip zugelassen sowie das Geburtsortprinzip (*ius soli*) für im Bundesgebiet geborene Kinder von ausländischen Eltern mit verfestigten Aufenthaltsrecht eingeführt. Die beschränkte Einführung des Geburtsortprinzips wurde jedoch zugleich mit einer Optionslösung verknüpft, wonach die Kinder, die auf diese Weise die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hatten, sich nach Erreichung der Volljährigkeit zwischen der deutschen und der Staatsangehörigkeit ihrer Eltern entscheiden müssen. Darüber hinaus wurde die sog. Inlandsklausel des § 25 Abs. 1 Satz 1 StAG aufgehoben. Zuvor verloren deutsche Staatsangehörige, die in Deutschland ihren gewöhnlichen Aufenthalt und durch Antrag eine ausländische Staatsangehörigkeit erworben hatten, nicht die deutsche Staatsangehörigkeit. Nur wer im Ausland lebte und dort freiwillig eine andere Staatsangehörigkeit erwarb, verlor seine deutsche Staatsangehörigkeit.

BEITRAG:
REINHARD MARX

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Frankfurt am Main. Schwerpunkt seiner anwaltlichen, publizistischen und Dozententätigkeit ist das Ausländer-, Asyl- und Flüchtlingsrecht sowie das Staatsangehörigkeitsrecht.

BEITRAG:
REINHARD MARX

Die Aufhebung der Inlandsklausel wird auch als *lex turka* bezeichnet, weil sie auf die deutsch-türkische Wohnbevölkerung zielte. Der deutsche Gesetzgeber reagierte damit auf eine ständige Praxis der türkischen Konsularvertretungen im Bundesgebiet, wonach den um die Entlassung nachsuchenden türkischen Staatsangehörigen, die in Deutschland eingebürgert werden wollten, das Entlassungsformular und zugleich ein Formular zur Wiedereinbürgerung zur Unterschrift vorgelegt wurde. Nach Entlassung aus der türkischen Staatsangehörigkeit wurden die Betroffenen in Deutschland eingebürgert. Wurde ihnen anschließend durch Ministerratsbeschluss die türkische Staatsangehörigkeit erneut verliehen, blieben sie im Besitz der deutschen Staatsangehörigkeit, weil sie ja nicht im Ausland lebten. Dadurch, dass das Inlandsprivileg mit Wirkung zum 1. Januar 2000 aufgehoben wurde, verloren türkischstämmige Deutsche, die nach diesem Zeitpunkt die beantragte türkische Staatsangehörigkeit wieder erlangten, *ipso iure* ihre deutsche Staatsangehörigkeit. Der nachträgliche Verzicht auf die erneut erworbene türkische Staatsangehörigkeit kann den einmal eingetretenen Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nicht wieder beseitigen.

Im Sommer 2005 erlebte die türkisch-deutsche Wohnbevölkerung eine böse Überraschung: Zunächst war ihr die an die Aufhebung des Inlandsprivilegs geknüpfte Erlöschenswirkung für ihre deutsche Staatsangehörigkeit zumeist wohl gar nicht bewusst geworden. Wohl die Mehrzahl der türkischen Konsulate in Deutschland setzte ihre traditionelle Praxis bis etwa 2003/2004 fort und riet weiterhin zur doppelten Antragstellung, nämlich Entlassung und nachfolgende Wiedereinbürgerung. Erst als im Sommer 2005 die türkische Presse über die damals bereits vor fünf Jahren erfolgte Rechtsänderung informierte, wurde diese Praxis abgestellt und war das Erstaunen groß. Doch da war es zu spät. Der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit trat automatisch mit dem Wiedererwerb der türkischen Staatsangehörigkeit nach dem 1. Januar 2000 ein, unabhängig davon, ob der Antrag auf Wiedereinbürgerung vor oder nach dem 1. Januar 2000 gestellt worden war.

Die Aufhebung des Inlandsprivilegs wie auch die Einführung des Optionsmodells sind besondere Ausprägungen des deutschen Prinzips der Vermeidung von Mehrstaatigkeit. Beide Rechtsänderungen verfolgen das Ziel, nach Möglichkeit Mehrstaatigkeit zu vermeiden, obwohl dieses Prinzip auch im deutschen Recht schon seit langem nicht mehr strikt eingehalten werden kann und auch nicht wird. Beide Änderungen haben zwar abstrakt-generellen Charakter, d.h. sie betreffen alle, auf die die entsprechenden gesetzlichen Änderungen zutreffen. In der soziologischen Wirklichkeit treffen beide Änderungen aber insbesondere die deutsch-türkische Wohnbevölkerung: Die Aufhebung der Inlandsprivilegierung zielte bewusst auf diese Gruppe und das Optionsmodell betrifft die deutsch-türkische Wohnbevölkerung deshalb im besonderen Maße, weil diese rein quantitativ die größte Migrationsgruppe in Deutschland darstellt.

II. Das Prinzip der Vermeidung von Mehrstaatigkeit als Integrationshindernis?

Der Gesetzgeber hat mit den Änderungen im Jahre 2000 eine paradoxe Situation hervorgerufen. Ziel der Reform war es, Anreize für die Einbürgerung zu schaffen und dem entgegenstehende Hindernisse nach Möglichkeit zu erleichtern. Verfassungspolitisch steht der einfache Gesetzgeber insoweit unter Handlungsdruck: Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes hat der Gesetzgeber wegen der erheblichen Zunahme des Anteils der Ausländer an der Gesamtbevölkerung die Möglichkeit, auf eine derartige Lage mit entsprechenden staatsangehörigkeitsrechtlichen Regelungen zu reagieren, um die Kluft zwischen der dauerhaft hier ansässigen ausländischen Wohnbevölkerung und der deutschen Bevölkerung zu verringern, etwa dadurch, dass denjenigen Ausländern, die sich auf Dauer in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassen haben, sich hier rechtens aufhalten und deutscher Staatsgewalt mithin in einer den Deutschen vergleichbaren Weise unterworfen sind, der Erwerb der deutschen

BEITRAG:
REINHARD MARX

Staatsangehörigkeit erleichtert wird.¹ Seit 1990 hat der Gesetzgeber diesem vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Auftrag schrittweise Rechnung tragen wollen. Allerdings haben die bisherigen gesetzgeberischen Angebote – wie eingangs aufgezeigt – nicht nur keinen wirksamen Erfolg gezeitigt, vielmehr hat sich aufgrund der objektiven Auswirkungen der Reformen die gute Absicht des Gesetzgebers in ihr Gegenteil verkehrt.

Die Zahl der Einbürgerungen ist seit 1999 signifikant zurückgegangen. Zwar hatte sich die Zahl der Einbürgerungen nach dem 1. Januar 2000 zunächst leicht erhöht. Inzwischen ist sie jedoch weit unter das Niveau des Jahres 1999 abgesunken. Nach dem Höchststand der Einbürgerungen im Jahre 2000 mit 186.688 und 178.098 im Jahre 2001 wurden 2002 insgesamt 154.547 und 2003 lediglich noch 140.731 Einbürgerungen registriert. Die Zahl der Einbürgerungen lag damit sogar noch unter der Zahl der Einbürgerungen für das Jahr 1999, in dem 143.267 Einbürgerungen festgestellt wurden.² Dieser negative Trend hat sich in den Folgejahren weiter verschärft: 2004 wurden 127.153, 2005 117.241, 2006 124.566 und 2007 113.030 Personen eingebürgert.³ 2008 wurden nach Presseberichten sogar nur noch ca. 94.500 Personen und damit 18.600 (16%) weniger als 2007 eingebürgert.⁴

Nach einer Studie des Instituts für Demoskopie in Allensbach von Anfang 2009 leben von den 1581 befragten Eingewanderten 69 Prozent gerne in Deutschland, 58 Prozent fühlen sich als Teil der deutschen Gesellschaft, nur fünf Prozent empfinden sich als nicht zugehörig zu ihr. Von den befragten türkischen Migranten hatten jedoch nur 29 Prozent Deutschland als ihr Heimatland bezeichnet. Von den hier geborenen befragten türkischen Migranten haben immerhin 50 Prozent angegeben, zur deutschen Gesellschaft zu gehören. Die Studie hat insoweit unter den tür-

¹ BVerfGE 83, 37 (52).

² Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration, August 2005, S. 337.

³ BMI, www.bmi.bund.de/cIn_104/SharedDocs/Standardartikel/DE/Themen/MigrationI.

⁴ Süddeutsche Zeitung, 13. Juni 2009.

kischstämmig Befragten ein „ausgeprägtes Minderwertigkeitsgefühl“ festgestellt. 61 Prozent hätten erklärt, dass sie sich weniger anerkannt fühlten als jemand, der aus Deutschland stamme. 24 Prozent hätten sich vollkommen fremd in Deutschland gefühlt.⁵ Zugleich weisen die Statistiken aus, dass die Bereitschaft der türkischstämmigen Wohnbevölkerung, in Deutschland die Einbürgerung zu beantragen, drastisch zurückgegangen ist. Wurden 2001 noch 76.573 und 2002 sogar 82.861 türkische Personen nach Entlassung aus der türkischen Staatsangehörigkeit in Deutschland eingebürgert,⁶ waren es im Jahre 2008 nur noch etwa 25.200 türkische Einbürgerungsbewerber. 1,69 Millionen türkische Migranten lebten 2008 ohne deutschen Pass im Bundesgebiet.⁷

Gesicherte empirische Analysen darüber, ob die im Jahre 2000 beschlossenen Änderungen des deutschen Staatsangehörigkeitsrechtes ursächlich für den Rückgang der Einbürgerungen sind, gibt es nicht. Es gibt jedoch Evidenzen, welche diese Schlussfolgerung zumindest für die türkische Wohnbevölkerung in Deutschland aufdrängen. Bereits in den 1990er Jahren wurde in der zuständigen Ministerialbürokratie beklagt, dass der Grundsatz der Vermeidung von Mehrstaatigkeit sich als das *zentrale Einbürgerungshindernis* entwickelt habe.⁸ Hierauf wollte der Gesetzgeber des Jahres 1999 reagieren, jedoch mit einem paradoxen Befund. Es ist die Handhabung des Prinzips der Vermeidung mehrfacher Staatsangehörigkeit, welches eines der größten Stolpersteine auf dem Weg zu einer gelungenen Integration der eingewanderten Minderheiten darstellt. Hiervon ist die türkische Wohnbevölkerung allein aufgrund ihrer zahlenmäßigen Größe am stärksten betroffen.

Nachfolgend soll deshalb zunächst aufgezeigt werden, dass das Prinzip der Vermeidung mehrfacher Staatsangehörigkeit nicht mehr die Bedeutung hat wie früher. Anschließend werden

⁵ Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15. Juni 2009.

⁶ BT-Drs. 14/9815, S. 3.

⁷ Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung vom 24. März 2009.

⁸ Meireis, StAZ 1994, 241 (246).

BEITRAG:
REINHARD MARX

die beiden zentralen Hindernisse gegen eine optimale Integration vorgestellt, die insbesondere die türkischstämmige Wohnbevölkerung betrifft, nämlich die Aufhebung der Inlandsprivilegierung und das Optionsmodell.

III. Das Prinzip der Vermeidung von Mehrstaatigkeit im deutschen Staatsangehörigkeitsrecht

Nach allgemeinem Völkerrecht wird Mehrstaatigkeit nicht als unzulässig angesehen.⁹ Die Staatenpraxis ist in diesem Gesichtspunkt sehr uneinheitlich. Eine Reihe von europäischen Staaten will in Übereinstimmung mit der deutschen Praxis Mehrstaatigkeit regelmäßig nicht hinnehmen, in anderen ist die Beibehaltung der bisherigen Staatsangehörigkeit grundsätzlich kein Hindernis gegen die Einbürgerung.¹⁰ Eine überwiegende, gegen die Hinnahme von Mehrstaatigkeit gerichtete Staatenpraxis¹¹ kann daher kaum festgestellt werden. Weder im 19. Jahrhundert wurde noch jetzt wird Mehrstaatigkeit systematisch bekämpft. Zwar hat es auch im 19. Jahrhundert Versuche gegeben, Mehrstaatigkeit einzuschränken. Prominentes Beispiel hierfür sind die sogenannten *Bancroft-Verträge* zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und einigen europäischen Staaten, unter diesen auch der Norddeutsche Bund, welche die Vereinbarung enthielten, dass nach fünfjährigem Aufenthalt in den Vereinigten Staaten die Einbürgerung gegenseitig anerkannt und an die bisherige Staatsangehörigkeit nicht mehr angeknüpft wurde.¹²

Darüber hinaus unterblieben jedoch ernsthafte Anstrengungen zur Reduzierung der Mehrstaatigkeit. Gerade die Entwicklung des Vertragsrechts verdeutlicht den dramatischen Wandel, den die Staatenpraxis in dieser Frage in den letzten Jahrzehnten

⁹ S. hierzu Marx, in: GK-StAR, IV – 2, Einführung zu § 1 StAG Rdn. 389 bis 400.

¹⁰ De Groot, Staatsangehörigkeitsrecht im Wandel, 1989, S. 261.

¹¹ So aber Ziemseke, Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Grundgesetz, 1995, S. 199

¹² Breunig, DVBl. 1975, 758 (762 FN 36); de Groot, Staatsangehörigkeitsrecht im Wandel, 1989, S. 320; s. hierzu auch Marx, in: GK-StAR, IV – 2, § 17 StAG Rdn. 16 f.

vollzogen hat. Diese Entwicklung verdeutlicht, dass wegen der unterschiedlichen Konzeptionen der Staatsangehörigkeit in der Staatenpraxis in Verbindung mit der zunehmenden Mobilität der Menschen aufgrund globaler ökonomischer und sozialer Ursachen sowie der Anknüpfung des Abstammungserwerbs an beide Elternteile aufgrund der fortschreitenden Durchsetzung des Prinzips der Gleichberechtigung Mehrstaatigkeit seit dem 19. Jahrhundert wohl eher zugenommen haben dürfte. Die Entwicklung zur vermehrten Akzeptanz der Mehrstaatigkeit ist im Gegensatz zur früheren allgemein ablehnenden Staatenpraxis heute ebenso uneinheitlich wie die zugrundeliegenden Rechtssysteme und die hierbei eingesetzten Instrumente. Unverkennbar ist freilich die generelle Tendenz, wonach teilweise Elemente des *ius soli* Eingang in das Staatsangehörigkeitsrecht einiger Staaten gefunden haben und damit der Mehrstaatigkeit Vorschub geleistet wird, ohne dass administrative Korrekturinstrumente verfügbar sind.¹³

In seiner grundlegenden Entscheidung zum Staatsangehörigkeitsrecht vom 21. Mai 1974 hat das Bundesverfassungsgericht zwar festgestellt, dass innerstaatlich wie international doppelte oder mehrfache Staatsangehörigkeit als Übel betrachtet werde, das sowohl im Interesse der Staaten wie im Interesse der betroffenen Bürger nach Möglichkeit vermieden oder beseitigt werden sollte. Von Seiten der Staaten werde Ausschließlichkeit der jeweiligen Staatsangehörigkeit erstrebt, um ihre *Personalhoheit* klar abzugrenzen. Sie wollten der – notfalls bis zum Einsatz des Lebens gehenden – *Treuepflicht* ihrer Bürger sicher sein und diese nicht durch mögliche Konflikte mit einer fremden Staaten geschuldeten Loyalität gefährdet sehen. Demgemäß bilde gerade die Wehrpflicht des Staatsangehörigen den Hauptgrund dafür, doppelte Staatsangehörigkeit zu vermeiden.¹⁴

Auf der anderen Seite könne doppelte Staatsangehörigkeit für den Bürger auch Vorteile haben. Er besäße in jedem der beiden Heimatstaaten die gleichen Rechte wie alle übrigen Staatsbürger

¹³ Renner, Wozu noch Staatsangehörigkeit?, Der Ausländerbeauftragte Thüringen (Hrsg.), 1995, S. 13 f.

¹⁴ BVerfGE 37, 217 (254 f.) = NJW 1974, 1609 = DÖV 1974, 774.

BEITRAG:
REINHARD MARX

einschließlich der sozialen Förderung und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und habe die Möglichkeit, sich für das Land zu entscheiden, dem er sich stärker verbunden fühle. Bezogen auf die Prüfungsfrage, ob das eheliche Kind einer deutschen Mutter und eines ausländischen Vaters durch Geburt die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben soll, kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Schluss, dass vom Standpunkt des betroffenen Kindes insgesamt die Nachteile der doppelten Staatsangehörigkeit nicht so erheblich seien, dass sie das Kindesinteresse am Erwerb der Staatsangehörigkeit der deutschen Mutter überwögen.¹⁵ Danach hat das Bundesverfassungsgericht dem Prinzip der Vermeidung von Mehrstaatigkeit keinen verfassungsrechtlichen Rang eingeräumt, der den einfachen Gesetzgeber binden würde.¹⁶ Vielmehr referiert das Gericht den damals herrschenden Diskurs in dieser Frage, ohne daraus zwingende, aus der Verfassung folgende Verpflichtungen abzuleiten. Dem einfachen Gesetzgeber verbleibt vielmehr ein weiterer Gestaltungsspielraum, wobei er allerdings aus der Wehrpflicht folgende Loyalitätskonflikte der Bürger berücksichtigen muss. Rein ordnungspolitische Gesichtspunkte haben danach aber nicht ein derartiges Gewicht, dass sie der gut begründeten und nachvollziehbaren Ausweitung der Ausnahmebestimmungen vom Prinzip der Vermeidung von Mehrstaatigkeit im Wege stehen würden.

Gleichwohl hatte der Gesetzgeber bereits erstmals 1969 für den Sollanspruch ausländischer Ehegatten deutscher Staatsangehöriger das Prinzip der Vermeidung von Mehrstaatigkeit gesetzlich festgeschrieben und hatten 1977 die Einbürgerungsrichtlinien dieses Prinzip verallgemeinert. 1990 hat der Gesetzgeber diese administrativen Vorgaben ebenfalls für das gesamte Staatsangehörigkeitsrecht verallgemeinert.

Der Gesetzgeber steht in dieser Frage vor der Aufgabe, die ordnungspolitische Komponente der einfachen Staatsangehörigkeit mit den anderen möglicherweise übergeordneten verfassungsrechtlichen oder verfassungspolitischen Zielsetzungen

¹⁵ BVerfGE 37, 217 (256 f.) = NJW 1974, 1609 = DÖV 1974, 774.

¹⁶ So auch Goes, Mehrstaatigkeit in Deutschland, 1997, S. 86 ff.

abzuwägen.¹⁷ Entscheidend fällt bei dieser Abwägung das staatliche Interesse an einer Einbürgerung der Arbeitsmigranten ins Gewicht. Die Bundesrepublik kann es sich nicht leisten, einer Millionen zählenden Minderheit den Zugang zum politischen und gesellschaftlichen Willensbildungsprozess dauerhaft zu versperren.¹⁸ Daher ist das Interesse an einer weitgehenden Übereinstimmung von Wohnbevölkerung und Staatsvolk abzuwägen gegen das Prinzip der Vermeidung von Mehrstaatigkeit. Da der Grundsatz der Vermeidung von Mehrstaatigkeit als das *zentrale Einbürgerungshindernis* angesehen wird,¹⁹ kommt diesem angesichts der überragenden Bedeutung des staatlichen Interesses an einer vollwertigen Integration der Arbeitsmigranten eine nachrangige Bedeutung zu.

Der *zentrale Einwand* gegen Mehrstaatigkeit beruht auf dem in der Staatsangehörigkeit verkörperten Loyalitätsaspekt. Danach könnten ein wegen mehrfacher Staatsangehörigkeit geminderter Pflichtenstatus und die etwa korrelierende Verkürzung der Schutzfunktion des Heimatstaates eine geminderte Loyalität des Betroffenen gegenüber jedem seiner Heimatstaaten bewirken. Dadurch würden wesentliche Entscheidungen, an denen der Doppelstaater als Bürger mitzuwirken berufen sei, aus stärkerer Loyalität zu einem anderen Heimatstaat unter Gesichtspunkten getroffen, die den Interessen des betroffenen Staates abträglich, ja schädlich seien.²⁰ Diese aus dem »Herr-Knecht-Verhältnis« abgeleitete starke Betonung des staatlichen Durchsetzungsanspruchs gegenüber dem Staatsangehörigen entspricht jedoch nicht mehr dem modernem Souveränitätsverständnis.²¹ Die damit begründete und heute nicht mehr betonte wesensmäßige Unvereinbarkeit mehrerer Staatsangehörigkeiten miteinander

¹⁷ Meireis, StAZ 1994, 241 (246).

¹⁸ Schiffer, ZAR 1981, 163 (170).

¹⁹ Meireis, StAZ 1994, 241 (246).

²⁰ Von Mangoldt, JZ 1993, 965 (967); ders., ZAR 1999, 242; Córdova, Yearbook of the International Law Commission, Vol., 1954, S. 42 (43 f.).

²¹ Meireis, StAZ 1994, 241 (246); Rittstieg, NJW 1991, 1383 (1387); Marx, ZAR 1997, 67 (73).

BETRAG: entsprang dem möglichst weitreichenden Herrschaftsanspruch
 REINHARD MARX des absolutistischen Staates.

Entkleidet man die Argumente der Loyalitätstheorie ihres intensiven gefühlsbetonten Überschusses und führt sie auf einen sachlichen Kern zurück, so bleibt als ordnungspolitische Notwendigkeit, wegen der personalen Komponente der staatlichen Hoheitsgewalt der einfachen Staatsangehörigkeit Priorität einzuräumen. Dies entspricht dem prinzipiellen völkerrechtlichen Verständnis vom Verhältnis der Staaten zueinander. Die auf zunehmende Verflechtung gerichtete Entwicklung der Staatengemeinschaft legt aber umgekehrt kein Verbot der mehrfachen Staatsangehörigkeit nahe. Die Ordnungsfunktion der einfachen Staatsangehörigkeit ist ein dogmatisches Argument, das auf das Interesse an Klarheit und Übersichtlichkeit der zwischenstaatlichen Beziehungen zielt. Doch sollten die ethnischen und religiösen Konflikte, die aus doppelter Loyalität entstehen können, nicht überschätzt werden.²² In der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages vom 10. Dezember 2007 betonten deshalb auch alle angehörten Sachverständigen, dass in der Staatenpraxis und völkerrechtlichen Entwicklung die früher übliche negative Bewertung mehrfacher Staatsangehörigkeit weitgehend ihre Bedeutung verloren habe.²³

IV. Wegfall der »Inlandsklausel« mit Wirkung zum 1. Januar 2000

1. Zweck der Neuregelung

Bis zum 31. Dezember 1999 konnte der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit als Folge des antragsgemäßen und freiwilligen Erwerbs einer ausländischen Staatsangehörigkeit nur dann eintreten, wenn der Betreffende »im Inland weder seinen Wohnsitz noch seinen dauernden Aufenthalt« gehabt hatte. Dieser als »Inlandsklausel« bezeichnete Verlusttatbestand des

²² Hallbronner, ZAR 1999, 51 (55).

²³ Deutscher Bundestag, 16. WP, Protokoll des Innenausschusses, 54. Sitzung, Nr. 16/54.

§ 25 Abs. 1 RuStAG 1913 ist mit Wirkung zum 1. Januar 2000 durch das Staatsangehörigkeitsreformgesetz (StARG) aufgehoben worden. Der Gesetzgeber begründet die Aufhebung damit, dass die »Inlandsklausel« häufig dazu benutzt worden sei, den Grundsatz der Vermeidung von Mehrstaatigkeit bei der Einbürgerung dadurch zu unterlaufen, dass die vor der Einbürgerung aufgegebene ausländische Staatsangehörigkeit nach der Einbürgerung wieder erworben werde. Durch die Beseitigung der »Inlandsklausel« werde diese Missbrauchsmöglichkeit aufgehoben (BT-Drs. 14/533, S. 15). Die Streichung der »Inlandsklausel« beruht auf der neu eingeführten staatsangehörigkeitsrechtlichen Grundkonzeption, dass die deutsche Staatsangehörigkeit nicht im Wege der Generationenfolge unbegrenzt weitergegeben werden soll, wenn keine Verknüpfung mit Deutschland mehr besteht. Eine unbegrenzte Weitergabe der deutschen Staatsangehörigkeit kraft Abstammung erscheint damit vor dem Hintergrund der Einführung des Geburtsortprinzips und der erleichterten Einbürgerung nicht mehr vertretbar.²⁴

Dementsprechend findet die Aufhebung der »Inlandsklausel« in § 25 Abs. 1 StAG ihre Rechtfertigung darin, dass bei einer dauerhaften Auswanderung, die im freiwilligen Erwerb der Staatsangehörigkeit des Auswanderungslandes ihren Ausdruck findet, die staatsangehörigkeitsrechtlich erforderlichen Bindungen zu Deutschland entfallen und deshalb die deutsche Staatsangehörigkeit auch nicht mehr im Wege der Generationenfolge weitergegeben werden soll. Wer umgekehrt die Staatsangehörigkeit des Auswanderungslandes Bundesrepublik Deutschland erworben hat, soll nicht nachträglich seine bisherige staatsangehörigkeitsrechtliche Bindung zum Herkunftsland wieder erneuern. Als Ausgleich hat der Gesetzgeber für die Fälle, in denen die freiwillige Annahme der Staatsangehörigkeit des Auswanderungslandes nicht zugleich den individuellen Entschluss zur dauerhaften Abwendung von Deutschland dokumentiert, die Voraussetzungen der Genehmigung zur Beibehaltung der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 25 Abs. 2 StAG herabgestuft. Diese

²⁴ Hailbronner, NVwZ 1999, 1273 (1275).

BEITRAG:
REINHARD MÄRX

Genehmigung muss jedoch vor dem Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit, kann also nicht nachträglich eingeholt werden.

2. Auswirkungen der Neuregelung auf türkischstämmige Deutsche

Durch den Wegfall der »Inlandsklausel« wird insbesondere der früher häufigen Praxis, dass türkische Staatsangehörige nach der Entlassung aus der türkischen Staatsangehörigkeit und der Einbürgerung im Inland unverzüglich die türkische Staatsangehörigkeit ohne nachteilige Folgen für ihre deutsche Staatsangehörigkeit wieder erlangen konnten, der Boden entzogen.²⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat die gesetzgeberische Absicht, durch Aufhebung dieser Klausel eine derartige "Missbrauchsmöglichkeit" zu beseitigen, ausdrücklich für legitim angesehen.²⁶ Die Einschätzung, dass sich durch die frühere Praxis türkischer Einbürgerungsbewerber die Entstehung von Mehrstaatigkeit um eine fünfstellige Zahl erhöht habe,²⁷ erscheint allerdings bei weitem überzogen und wird auch nicht belegt.

Mit der Aufhebung der Inlandsklausel hat der Gesetzgeber insbesondere jene türkische Einbürgerungsbewerber besonders hart getroffen, die mehrere Jahre vor dem Inkrafttreten des StARG nach der deutschen Einbürgerung ihre türkische Staatsangehörigkeit wieder beantragt hatten und zu diesem Zeitpunkt gar nicht damit rechnen mussten, dass Jahre nach ihrem nicht beschiedenen Wiedereinbürgerungsantrag der deutsche Gesetzgeber die Inlandsklausel streichen werde. Der Verlusttatbestand tritt jedoch auch dann ein, wenn der Betroffene sich über den Zeitpunkt des Erwerbs der ausländischen Staatsangehörigkeit irrt.²⁸

²⁵ Renner, ZAR 1999, 154 (160); Weber, DVBl. 2000, 369 (371); von Mangoldt, ZAR 1999, 243 (251); Uslucan, InfAuslR 2005, 207 (208).

²⁶ BVerfG (Kammer), NVwZ 2007, 441 (442).

²⁷ Renner, ZAR 1999, 154 (160).

²⁸ BVerfG (Kammer), NVwZ 2001, 1393.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit dieser Frage ausführlich auseinander gesetzt und den betroffenen türkischstämmigen Eingebürgerten vorgeworfen, dass sie besonderen Anlass gehabt hätten, sich über die Rechtsfolgen ihres Antrags auf Wiedereinbürgerung auf dem Laufenden zu halten. Die Aufhebung des Inlandprivilegs sei seit langem im Gespräch gewesen. Einer besonderen, gezielten Aufklärung über die Folgen eines Wiedererwerbs der türkischen Staatsangehörigkeit habe es deshalb von Verfassungs wegen nicht bedurft.²⁹ Das Bundesverfassungsgericht bestätigt damit die zuvor in der Rechtsprechung entwickelte Ansicht, dass der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit auch dann eintritt, wenn der Antrag auf Wiedererwerb der türkischen Staatsangehörigkeit vor dem 1. Januar 2000 gestellt worden war.³⁰

Diese Argumentation ist nicht überzeugend, weil ein insbesondere die türkische Wohnbevölkerung einbeziehender Diskurs vor und auch nicht nach der Gesetzesreform stattgefunden hat. Der Hinweis auf die Verpflichtung, sich auf dem Laufenden über die Entwicklung der deutschen Gesetze zu halten, mag das Gewissen der Mehrheitsgesellschaft beruhigen, wird jedoch der tatsächlichen Situation der türkischen Wohnbevölkerung in Deutschland kaum gerecht, verfestigt vielmehr die vorherrschenden, gegeneinander gerichteten Verständnisbarrieren sowie voneinander abgeschotteten Diskursebenen. Denn die türkische Wohnbevölkerung informiert sich über die Situation in Deutschland überwiegend eben nicht aus der deutschen, sondern aus der in Deutschland ausgelieferten türkischen Presse, welche kein Interesse daran zeigte, über diese Frage zu informieren. Verfassungsrechtlich mag der Verzicht auf eine Übergangsregelung nicht angreifbar sein. Verfassungspolitisch wäre diese jedoch in Ansehung der den deutschen Behörden bekannten, seit Jahren systematisch betriebenen türkischen Politik der Wiedereinbürgerung angezeigt gewesen. Die türkischen Behörden haben jedoch

²⁹ BVerfG (Kammer), NVwZ 2007, 441 (442, 444).

³⁰ BVerfG (Kammer), NVwZ 2007, 441 (444); BayVGH, NVwZ-RR 2006, 732; OVG Rheinland-Pfalz, AuAS 2007, 66 (67); VG Bremen, InfAuslR 2005, 474 (476); VG Ansbach, InfAuslR 2005, 326.

BEITRAG:
REINHARD MARX

häufig mehrere Jahre für die Bearbeitung der Wiedereinbürgerungsanträge benötigt. Der türkischstämmigen Wohnbevölkerung ist überwiegend erst nach über fünf Jahren nach Aufhebung der Inlandsklausel aufgrund der Berichterstattung in der türkischen Presse bewusst geworden, dass durch Rückerwerb der türkischen Staatsangehörigkeit die deutsche Staatsangehörigkeit erloschen ist. Seit dem Zeitpunkt des Eintritts des Verlustgrunds haben die hiervon Betroffenen häufig ohne Kenntnis vom Eintritt des Verlustgrundes Wehrdienst in der Bundesrepublik geleistet und andere mit dem Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit verbundene Verpflichtungen erfüllt.

Es ist vielleicht nicht zufällig, dass ein derartiges Problem sich gerade im Verhältnis zwischen zwei Staaten, die traditionell ein inklusives Modell des Nationalstaates pflegen und sich nur mühsam aus traditionellen Strukturen zu lösen vermögen, mit dieser Schärfe entwickelt hat. Hier prallen zwei Systeme mit grundsätzlichem Ausschließlichkeitsanspruch aufeinander und schaffen für die davon Betroffenen einen rechtlosen Zustand. Diese Feststellung bedarf der Begründung: Anders als nach deutschem Recht, nach dem die Einbürgerung erst mit Aushändigung der Einbürgerungsurkunde wirksam wird (vgl. § 16 Abs. 1 Satz 1 StAG), wird die Wiedereinbürgerung (Art. 8 TStAG Nr. 403) nach türkischem Recht bereits mit Erlass des entsprechenden Beschlusses des Ministerrates rechtlich wirksam (Art. 10 Abs. 1 TStAG Nr. 403) und der Einbürgerungsbewerber wird häufig über diesen Beschluss nicht unverzüglich, sondern erst bei Gelegenheit der Vorsprache bei der zuständigen türkischen Auslandsvertretung aus anderem Anlass informiert. Häufig war für den Wiedereinbürgerungsantrag keine vorwerfbare "Missbrauchsabsicht" ursächlich, sondern die generelle Praxis türkischer Auslandsvertretungen, den türkischen Einbürgerungsbewerbern aus Anlass ihrer Vorsprache zur Beantragung der Entlassung aus der türkischen Staatsangehörigkeit zugleich kommentarlos den Vordruck zur Beantragung der Wiedereinbürgerung nach Art. 8 TStAG Nr. 403 zur Unterzeichnung vorzulegen. Die türkischen Auslandsvertretungen in Deutschland hatten diese Praxis in Kenntnis der Aufhebung der Inlandsklausel wohl überwiegend noch bis 2003/2004 geübt. Es

kann auch nicht festgestellt werden, dass die zuständigen deutschen Behörden wirksam und nachhaltig gegen diese treuwidrige Behandlung türkischstämmiger Deutscher gegenüber den türkischen Behörden vorgegangen wären.

Die Rechtsfolge des § 25 Abs. 1 Satz 1 StAG ist eindeutig. Mit dem antragsgemäßen Erwerb der türkischen Staatsangehörigkeit haben die türkischstämmigen Deutschen ihre deutsche Staatsangehörigkeit unabhängig davon verloren, in welchem Zeitpunkt sie den Wiedereinbürgerungsantrag gestellt hatten. Der erhobene Zeigefinger ist jedoch häufig unangebracht, weil überwiegend durch eine nationalkonservativ geprägte türkische Politik türkischstämmige Deutsche treuwidrig behandelt wurden. Die Folgen treffen nach offiziellen türkischen Schätzungen etwa 50.000 Personen. Vermutlich dürfte die Zahl der betroffenen Personen signifikant größer sein. Die Bundesregierung hatte Anfang Dezember 2005 mitgeteilt,³¹ von den deutschen Behörden seien etwa 21.500 Personen ermittelt worden, die seit dem 1. Januar 2000 ihre deutsche Staatsangehörigkeit durch Rückwerb der türkischen Staatsangehörigkeit verloren hätten.

Diese Zahl ist viel zu niedrig. Nach offiziellen Angaben sind 2001 76.573 und 2002 82.861 türkische Personen nach Entlassung aus der türkischen Staatsangehörigkeit in Deutschland eingebürgert worden.³² Geht man davon aus, dass die Praxis der türkischen Auslandsvertretungen, den um Entlassung nachsuchenden türkischen Antragstellern zum gleichzeitigen Antrag auf Wiedereinbürgerung zu raten, bis etwa 2004 fortgesetzt wurde, geht man weiterhin davon aus, dass diese Praxis wie auch zuvor nahezu ausnahmslos in dieser Weise praktiziert wurde, geht man schließlich davon aus, dass wegen der langen türkischen Bearbeitungszeiten von mehreren Jahren seit 1997 gestellte Anträge auf Wiedererwerb in die Berechnung einzustellen sind, wäre bei einem Zeitraum von acht Jahren und einer Einbürgerung von durchschnittlich 75.000 türkischen Antragstellern pro Jahr eine Personengruppe von potenziell 600.000 Personen betroffen.

³¹ BT-Drs. 16/139.

³² BT-Drs. 14/9815, S. 3.

BEITRAG:
REINHARD MARX

Auch wenn man wegen diverser Unsicherheitsfaktoren in dieser Berechnung nur etwa die Hälfte, also 300.000 Personen oder auch weniger, als betroffen von der Aufhebung der Inlandsprivilegierung ansehen mag, wird deutlich, dass hier eine bislang in Deutschland nicht zur Kenntnis genommene soziale Zeitbombe tickt, die nur der Gesetzgeber zu entschärfen vermag: Etwa 300.000 Personen leben in Deutschland, die tatsächlich nicht mehr deutsche Staatsangehörige sind, dies aber aus Furcht vor den Konsequenzen nicht mehr zu offenbaren wagen. Denn die maßgebliche Frist von sechs Monaten für die Umwandlung der früheren Staatsangehörigkeit in ein gesichertes Aufenthaltsrecht nach § 38 Abs. 1 Satz 2 AufenthG ist seit Jahren abgelaufen. Auf Unkenntnis über die Folgen des Wiedererwerbs der türkischen für die deutsche Staatsangehörigkeit werden sich die Betroffenen angesichts der öffentlichen Aufregung im Sommer 2005 kaum noch berufen können. Diese Personengruppe lebt damit illegal in Deutschland. Der deutsche Pass schützt sie vor Entdeckung, dokumentiert aber nicht mehr den tatsächlichen Besitz der deutschen Staatsangehörigkeit. Die Offenlegung des Wiedererwerbs der türkischen Staatsangehörigkeit durch die türkische Regierung, wie von der Bundesregierung vehement gefordert, würde das fragile Schutzschild zerstören. Die nach Wiedererwerb der türkischen Staatsangehörigkeit geborenen Kinder haben nicht die deutsche Staatsangehörigkeit erworben und leben wie ihre Eltern illegal in Deutschland. Die deutsche Staatsangehörigkeit konnten sie deshalb nicht erwerben, weil die Eltern im Zeitpunkt der Geburt nicht mehr im Besitz der deutschen Staatsangehörigkeit waren. Ein Aufenthaltsrecht konnten sie deshalb nicht erlangen, weil ihre Eltern weder formal noch materiell ein Aufenthaltsrecht haben.

V. Integrationsfeindliche Wirkung des Optionsmodells

Das Optionsmodell nach § 29 StAG, welches als Kompromiss auf Vorschlag der FDP-Fraktion durch das StARG 1999 eingeführt wurde, war von Anfang an verfassungsrechtlich umstritten. Zweck des Optionsmodells ist es, die Entscheidung zwischen der

kraft ius-soli erworbenen deutschen Staatsangehörigkeit und der fortbestehenden ausländischen Staatsangehörigkeit der Eltern auf den Zeitpunkt der Volljährigkeit zu verschieben.

BEITRAG:
REINHARD MARX

1. Vereinbarkeit mit Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG

Besonderes Gewicht im Gesetzgebungsverfahren 1999 hatte die Frage, ob § 29 StAG mit dem Entziehungsverbot des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar ist. Diese kontrovers geführte Diskussion zielte auf die Frage, ob die Optionsklausel einen unzulässigen Entziehungstatbestand im Sinne des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG oder einen zulässigen Verlusttatbestand nach Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG darstellt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes stellt der auf einem selbstverantworteten und freien Willensentschluss beruhende Akt des Verlustes der deutschen Staatsangehörigkeit keine Entziehung der deutschen Staatsangehörigkeit dar. Daraus ist zu folgern, dass nur dann von einer Entziehung ausgegangen werden kann, wenn der Betroffene den Wegfall der Staatsangehörigkeit nicht beeinflussen kann.³³ Diese Schlussfolgerung wird vom Bundesverwaltungsgericht aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes gezogen. Danach setzt eine Entziehung der deutschen Staatsangehörigkeit voraus, dass deren Verlust von dem Betroffenen nicht beeinflusst werden kann.³⁴ Da die Optionsregelung einen **unvermeidlichen Abwahlzwang** für den Einzelnen beinhaltet, kann hierin schwerlich eine Freiwilligkeit gesehen werden. Gleichwohl geht die überwiegende Meinung davon aus, dass § 29 StAG nur den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit, der von den Betroffenen willensgesteuert beeinflusst werden könnte, regelt. Die Regelung sei so ausgestaltet, dass der Verlust nur eintrete, wenn er dem erklärten Willen des Betroffenen entspreche oder er die Handlung unterlasse, obwohl diese ihm zumutbar und möglich wäre.³⁵

³³ BVerfG (Kammer), EZAR 150 Nr. 10 = NJW 1990, 2193 = NVwZ 1990, 1163.

³⁴ BVerwGE 100, 139 (145) = NJW 1996, 2111 = NVwZ 1996, 1027 (LS),

³⁵ Renner, in: Renner/Hailbronner Kommentar zum StAR, Teil I F Rn. 79ff., Teil II

BEITRAG:
REINHARD MARX

Die Ansicht der Fraktion der FDP des Landtags von Schleswig-Holstein, aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Europäischen Haftbefehl sei eine Neubewertung des Optionsmodells erforderlich, weil dieses danach als Entziehung der deutschen Staatsangehörigkeit zu qualifizieren sei, dürfte die Mehrheitsmeinung kaum in Frage stellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes bilden die staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten, die für jeden Einzelnen mit dem Besitz der Staatsangehörigkeit verbunden sind, zugleich konstituierende Grundlagen des gesamten Gemeinwesens. Der Beziehung des Bürgers zu einem freiheitlichen demokratischen Gemeinwesen entspreche es daher, dass der Bürger von dieser grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden könne.³⁶ Damit wird jedoch nicht in Frage gestellt, dass ein Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit durch einen selbstverantworteten und freiwilligen Entschluss herbeigeführt werden kann.

Die Frage stellt sich jedoch, ob die Sanktion, einen in Deutschland geborenen deutschen Staatsangehörigen nach Ablauf von 18 Jahren Aufenthalt die deutsche Staatsangehörigkeit wegzunehmen, wenn er sich lediglich passiv verhält, mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Denn erklärt er sich nicht, verliert er die deutsche Staatsangehörigkeit (vgl. § 29 Abs. 2 Satz 2 StAG). Eine irgendwie geartete selbstverantwortete und freiwillige Entscheidung wird damit für den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nicht vorausgesetzt, vielmehr reicht hierfür bloße Passivität aus. Demgegenüber setzen die Verlusttatbestände des deutschen Staatsangehörigkeitsrechtes bis auf den Verlustgrund der Adoption eines Minderjährigen durch einen Ausländer (vgl. § 27 StAG) stets ein aktives, auf Abwendung von Deutschland gerichtetes Verhalten voraus, bloßes Nichtstun kann bei fortbestehender Bindung zu Deutschland also nicht den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit herbeiführen. Während darüber hinaus bei Einbürgerungen aktive Bemühungen um Entlassung aus der bis-

Art. 16, Rn 26 ff., § 29 Rn. 6; *Hailbronner NVwZ* 1999, 1273 f.; *Bülow*, in: *StAR Kommentar*, Teil 5/2, S. 1; *Dreier*, *Kommentar zum GG* Art. 16 Rn 37ff.; *Niesler*, *ZAR* 2007, 275 (276).

³⁶ *BVerfGE* 113, 273 (294).

herigen Staatsangehörigkeit noch damit gerechtfertigt werden können, dass die Betroffenen ja erst die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben wollen, wird hier von deutschen Staatsangehörigen verlangt, dass sie aktive Bemühungen um Entlassung aus der Staatsangehörigkeit der Eltern unternehmen müssen, wollen sie im Besitz der deutschen Staatsangehörigkeit bleiben. Angesichts der mit dem Verzicht auf die deutsche Staatsangehörigkeit verbundenen drastischen, integrationsfeindlichen Folgen kann hier kaum noch von einer zumutbaren Entscheidung gesprochen werden. Wer so argumentiert, zwingt die soziale Realität in eine rechtliche Fiktion.

2. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

Kaum diskutiert während des Gesetzgebungsverfahrens 1999 wurde, ob die Optionsregelung mit Art 3 Abs. 1 (Abs. 3) GG vereinbar ist. Kinder aus gemischt-nationalen Ehen erwerben ihre Staatsangehörigkeit auf Dauer durch Geburt, während deutsche Staatsangehörige, die durch Geburt im Inland nach § 4 Abs. 3 Satz 1 StAG die deutsche Staatsangehörigkeit erworben haben bzw. nach der Übergangsregelung des § 40b StAG eingebürgert wurden, der Optionsregelung nach § 29 StAG unterliegen und sich deshalb bei Eintritt der Volljährigkeit für eine der beiden Staatsangehörigkeiten entscheiden müssen.

In der Literatur wird in diesem Zusammenhang auf den für bedeutsam erachteten Unterschied hingewiesen, dass eine Einbürgerung im Regelfall schon deshalb nicht den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen könne, weil die Einbürgerung nur auf der Grundlage der im Gesetz vorgegebenen Kriterien und nur nach konkreter Prüfung der für die Einbürgerung sprechenden Gründe vorgenommen werde. Demgegenüber stelle sich die Frage der Gleichheit vor dem Gesetz schon eher bei einer „Federstrich-Einbürgerung“, d.h. wenn eine neue gesetzliche Regelung dazu führe, dass eine Gruppe von Personen automatisch die deutsche Staatsangehörigkeit erhalte, ohne die bisherige fremde Staatsangehörigkeit aufgeben zu müssen, also Mehrstaater werden, während alle anderen Staatsangehörigen nur eine einzige

BEITRAG:
REINHARD MARX

Staatsangehörigkeit innehätten. Hier sei nach Willkür oder einem rechtfertigenden Grund für eine solche Ungleichbehandlung zu fragen. Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage müsse sein, dass die Ausländereigenschaft allein kein sachlich rechtfertigender Grund für die Privilegierung sei, die mit dem Erwerb einer mehrfachen Staatsangehörigkeit verbunden sei. Sofern der Gesetzgeber sich allerdings für das Modell einer Regelung entscheide, die eine Mehrstaatigkeit nur für einen begrenzten Zeitraum zulasse, in dem der Mehrstaater sich für die eine oder andere Staatsangehörigkeit entscheiden müsse, dürfte dies kaum schwerwiegenden Bedenken begegnen.³⁷

Damit ist die Frage der Gleichbehandlung jedoch noch nicht erschöpfend behandelt. In dem Umstand, dass nur eine *einzig*e Gruppe von Mehrstaatern mit deutscher Staatsangehörigkeit, nämlich diejenigen, die kraft *ius soli* die deutsche Staatsangehörigkeit erworben haben, der Optionspflicht unterliegt, wird ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 3 Abs. 1 GG oder das Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gesehen. Begründet wird dies damit, dass eine derartige gesetzliche Unterscheidung unzulässigerweise als Differenzierungskriterium an die Abstammung anknüpfe und deshalb gegen Art. 3 GG verstoße.³⁸ Dem wird entgegen gehalten, dass sich ein sachliches Unterscheidungsmerkmal daraus ableiten lasse, dass das herkömmliche Abstammungsprinzip und das dem bisherigen deutschen Staatsangehörigkeitsrecht fremde *ius soli*-Prinzip auf unterschiedlichen Integrationsannahmen beruhten und daher gerechtfertigt seien.³⁹ Für den Erwerb kraft Abstammung von einem deutschen Elternteil sei die Verbundenheit zum Staat bereits aus der familiären Gemeinschaft begründet. Bei Geburt im Inland bestünde hingegen nicht in gleichem Maße eine sich bereits aus der familiären Verbundenheit dokumentierte Nähe zum Staatsvolk, während bei mehrstaatigen Kindern deutscher Elternteile

³⁷ Von Münch, Die deutsche Staatsangehörigkeit, 2007, S. 181.

³⁸ Martenczuk, KritV 2000, 194, 209 ff.

³⁹ Hailbronner, in: Renner/Hailbronner Kommentar zum StAR Teil I. F. Rn. 83 ff., § 29 StAG Rdn. 12; Hailbronner NVwZ 1999, 1273; Bülow, in: StAR Kommentar, Teil 5/2, S. 2.

idealtypisch von einer kraft Abstammung gegebenen lebenslangen Hinwendung zu Deutschland ausgegangen werden dürfe.⁴⁰

Eine „deutsche Familie“ ist danach etwas anderes als eine „Familie in Deutschland.“ Entscheidend ist jedoch, dass in Deutschland geborene Kinder, die der Optionspflicht nach § 29 StAG unterliegen, regelmäßig nicht weniger integriert sein dürfen als Kinder, die von einem deutschen Elternteil abstammen. Beide Personengruppen unterliegen der allgemeinen Schulpflicht und wachsen in die hiesigen gesellschaftlichen Verhältnisse von Geburt an hinein. Durch den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit kraft *ius soli* werden der bereits eingeleitete Integrationsprozess und die damit einhergehenden Rechte und Pflichten gefördert. Eine weitgehende Assimilation des Ausländers mit dem Deutschen als Voraussetzung für den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit geht am Ziel der Integration vorbei. Kindern muss von Anfang an die Chance eröffnet und damit das Bewusstsein gefördert werden, vollwertige Mitglieder der Gesellschaft zu sein. Das Fehlen der deutschen Staatsangehörigkeit grenzt die Kinder eher aus der Gesellschaft aus und schwächt mithin die Integration.

Problematisch erscheint vor diesem Hintergrund, dass durch die spätere Aufgabe der deutschen Staatsbürgerschaft die Integration nicht nur erschwert wird, sondern die Betroffenen ausgegrenzt werden. Bis dahin entstandene Rechte und Pflichten entfallen. Der frühere deutsche Staatsangehörige kann nicht mehr an der politischen Gestaltung der Bundesrepublik mitwirken. Das aktive Wahlrecht entfällt und etwaige politische Ämter müssen wieder aufgegeben werden. Die mit der Einführung des *ius soli*-Prinzip angestrebte Kongruenz zwischen dauerhafter Wohnbevölkerung und Stimmbürgerschaft wird teilweise wieder aufgehoben. Dem verfassungspolitisch vorgegebenen Ziel, die Kluft zwischen der hier faktisch integrierten Wohnbevölkerung und der deutschen Bevölkerung nach Möglichkeit zu verringern, wird entgegen gewirkt. Die vorübergehende Zugehörigkeit zur inlän-

⁴⁰ Hailbronner, in: Renner/Hailbronner Kommentar zum StAR Teil I. F. Rn. 84.

BEITRAG:
REINHARD MARX

dischen Mehrheitsbevölkerung und die erbrachten Leistungen erweisen sich im Nachhinein weitestgehend als nutzlos.⁴¹

Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz spricht danach zwar nicht zwingend gegen das Optionsmodell des § 29 StAG. Andererseits spricht das Kindesinteresse eher dafür, sich nicht gegen die Staatsangehörigkeit eines Elternteils oder beider Eltern entscheiden zu müssen. Diese Entscheidung wird nur einer Gruppe von Mehrstaatern abverlangt, nämlich den Deutschen, die kraft Gesetzes nach § 4 Abs. 3 Satz 1 StAG oder durch Einbürgerung nach § 40b StAG die deutsche Staatsangehörigkeit erworben haben, während allen anderen Mehrstaatern ein derartiger Zwang nicht auferlegt wird. Mit dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 GG ist der – nur dem Optionsmodell unterliegenden Mehrstaatern auferlegte – Zwang zur Aufgabe einer Staatsangehörigkeit kaum vereinbar.⁴² Dementsprechende Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 29 StAG mit dem Gleichheitsgrundsatz werden nunmehr auch von der Initiatorin des Optionsmodells, der FDP, geltend gemacht.⁴³

Der Abwahlzwang entfaltet bereits praktische Wirksamkeit, nämlich für die durch Einbürgerung nach § 40b StAG eingebürgerten Deutschen. Hierbei handelt es sich um Kinder, die am 1. Januar 2000 noch nicht das zehnte Lebensjahr vollendet, aber im Zeitpunkt ihrer Geburt die Voraussetzungen für den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit kraft Geburt im Inland erfüllt hatten. Seit dem 1. Januar 2008 besteht also die Notwendigkeit, sich zwischen der deutschen und der Staatsangehörigkeit der Eltern entscheiden zu müssen. Die Zahl der Betroffenen wird in naher Zukunft zunehmend steigen. Inzwischen scheint sich aber ein Konsens herauszubilden, dass das Optionsmodell integrationsfeindlich ist. Auch bei der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 10. Dezember

⁴¹ Renner, in: *Neue Regierung - neue Ausländerpolitik?* S. 147.

⁴² Vgl. auch *FrankenbeRG*, in *Die Zeit: Eine Rolle rückwärts* 8/1999.

⁴³ Vgl. *Presseinfo der FDP-Landtagsfraktion Schleswig-Holstein* v. 10. Oktober 2007.

2007 sprach sich die Mehrheit der angehörnten Sachverständigen für die Abschaffung des Optionsmodells aus.⁴⁴ Wann aus dieser Entwicklung die politischen Konsequenzen gezogen werden, ist derzeit offen, wird jedenfalls im Wahljahr 2009 wohl kaum beantwortet werden.

BEITRAG:
REINHARD MARX

⁴⁴ Deutscher Bundestag, 16. WP, Protokoll des Innenausschusses, 54. Sitzung, Nr. 16/54.

US EXPERIENCE WITH DOUBLE CITIZENSHIP

Prof. Philip MARTIN*

I. Highlights

ARTICLE BY
PHILIP MARTIN

The US had 38 million foreign-born residents in 2007, 12.6 percent of the population. About 16 million of these foreign-born residents were naturalized US citizens, 42 percent, and 12 million were unauthorized, 32 percent. In FY08, 1.1 million immigrants were admitted; almost 60 percent were already in the US and adjusted their status, and a million immigrants became naturalized US citizens.

Legal immigrants in the US at least five years and 18 may naturalize after they pass a test of English language and US history. The naturalization oath requires immigrants to renounce loyalties to other countries. The US does not inform other governments when their citizens naturalize in the US.

There is no estimate of the number of dual nationals in the US, but there is agreement that dual nationality among foreign-born US residents is increasing for several reasons, including encouragement by the US government and the governments of immigrant countries of origin, a US government requirement to replace immigrant ID cards at a cost similar to naturalization, and mid-1990s restrictions on the access of immigrants to many federal welfare benefits.

* The author is Professor and Chair of the UC Comparative Immigration & Integration Program at the University of California, Davis.

II. Immigration and Naturalization Data

The American Community Survey (www.census.gov/acs/www) estimated there were 38.1 million foreign-born US residents in 2007, including 11.7 million people born in Mexico; 1.9 million born in China; 1.7 million born in the Philippines; 1.5 million born in India; 1.1 million each born in El Salvador and Vietnam; and a million born in Korea. The next leading countries of birth are Cuba, Canada and the Dominican Republic.

Foreign-born US residents have a higher median age (40) than US-born residents (36). About 28 percent of the foreign-born entered the US between 2000 and 2007, 20 percent in the 1990s, and 43 percent before 1990. Some 52 percent of the foreign-born reported speaking English less than "very well;" by comparison, two percent of the US-born speak English less than "very well."

The harder it is to enter the US from a particular country, the higher the level of education of the foreign-born from that country in the US. US residents born in African countries such as Nigeria, Kenya and Egypt are most likely to be high-school graduates, while those born in Mexico and Central America are least likely to be high-school graduates. About 88 percent of US-born adults graduated from high school, compared with 68 percent of foreign-born US residents.

Families with US-born heads had a median annual income of \$62,904 in 2007, more than the \$50,633 of families with foreign-born heads. About 14 percent of all foreign-born families had incomes below federal poverty thresholds, compared to nine percent for native-born families.

The number of unauthorized foreigners appears to be falling with recession and more enforcement. The US is on track to apprehend about 550,000 foreigners in 2009, the lowest level since 1975, when about 600,000 foreigners were apprehended. Apprehensions peaked at 1.8 million in 2000. The US now spends \$2 billion a year on border enforcement.

ARTICLE BY
PHILIP MARTIN

III. Naturalization

Over a million immigrants became naturalized US citizens in FY08, including 23 percent from Mexico, almost seven percent from India, six percent from the Philippines, and four percent each from China and Cuba (about 120,000 naturalization petitions were denied in FY08, or over 10 percent of those who applied were not naturalized). The backlog of immigrants waiting to naturalize fell sharply, from 1.1 million at the end of 2007 to 500,000 at the end of 2008.

Legal immigrants in the US at least five years and age 18 or older may naturalize after they pass a test of English language and US history. Most immigrants are in the US more than five years before naturalizing; in FY08, those who naturalized spent a median nine years as immigrants. Immigrants wishing to naturalize pay a \$675 fee and complete an application form, provide fingerprints and personal data, and are called for an interview that includes an English test (www.uscis.gov/naturalization). If approved for naturalization, they are sworn in as US citizens, often in mass ceremonies on holidays such as July 4. A judge has them repeat an oath of allegiance that begins, "I hereby declare, on oath, that I absolutely and entirely renounce and abjure all allegiance and fidelity to any foreign prince, potentate, state, or sovereignty of whom or which I have heretofore been a subject or citizen."

However, the US government does not check to determine if a new citizen has "renounced" her citizenship in another country, and does not inform other governments when their citizens become naturalized US citizens. Thus, neither the US nor the other country necessarily know that an individual is a dual national.

Once naturalized, it is hard for a person to lose US citizenship. Polish immigrant Beys Afroyim naturalized in 1926, moved to Israel in 1950, voted in Israeli elections in 1951, and could not get his US passport renewed in 1960. He sued, and a 5-4 US Supreme Court decision concluded that Afroyim could not lose his US citizenship without his consent, and that voting in a foreign

election did not indicate Afroyim was giving up his US citizenship (Afroyim v. Rusk, 1967).

ARTICLE BY
PHILIP MARTIN

IV. Double Citizenship

Naturalization in the US often means double citizenship, and is increasing for 5 major reasons:

1. The US government encourages naturalization, seeking commitments from eligible immigrants to become US citizens. Civic groups and political parties also encourage naturalization — parties often have stands outside mass naturalization ceremonies to register new US citizens as Democrats or Republicans.
2. Governments in the major migrant-origin countries encourage their citizens to naturalize in the US. Mexico has since March 1998 allowed Mexicans who become US citizens to retain or re-acquire Mexican nationality, which grants many privileges in Mexico but not the right to vote or hold political office there. Children born to Mexican citizens in the US, who are automatically US citizens, can also acquire Mexican nationality. Governments of the Philippines, DR, India and other migrant-origin countries have taken similar steps to encourage their citizens to become naturalized US citizens.
3. The US government began to replace “lifetime” immigrant “green cards” with more secure IDs, and charged immigrants for the more secure cards. The notice sent to immigrants advising them that their green cards would have to be replaced emphasized that, for about the same cost, the immigrant could naturalize.
4. In 1996, welfare reforms made non-US citizens ineligible for many federal cash, food, and health benefits unless the applicant lived and worked in the US at least 10 years. Many immigrants who were receiving these benefits naturalized in order to remain eligible for these income-dependent benefits.

ARTICLE BY
PHILIP MARTIN

5. There is a quota of about 114,000 visas a year for spouses and children of immigrants, making the usual wait between an application for a family unification visa and its availability about five years. There is no wait for US citizens to obtain immigrant visas for spouses and children, encouraging naturalization to speed up family unification.

Other reasons cited for the recent spike in naturalizations include excitement over the 2008 election and fear of encounters with police due to stepped up interior enforcement.

Perspectives on the rise of double citizenship can be framed by two extremes. Those who believe transnational communities are the emerging norm believe that double citizenship confers widespread benefits, ranging from encouraging more immigrants to naturalize in the US to enhancing their individual opportunities. Those who oppose double citizenship emphasize that it may retard integration into the US, may increase welfare costs, and may complicate US interests in times of conflict.

Opponents of double citizenship seized on polls conducted in the US after the 9/11 terrorist attacks that found a majority of young Muslim US citizens would favor a Muslim country over the US in a conflict.

Scholars agree that double citizenship is increasing with the support of both the US and foreign governments and new patterns of circular migration. Most of the scholarly debate is over the meaning of US citizenship in the 21st century. Is naturalization more like joining a club that an individual can later leave if he/she finds a better offer, or is naturalization a formal commitment more akin to marriage that can not be abandoned lightly?

V. Dual Nationality and Immigrant Integration

US immigrant integration policy is largely a non-policy, that is, immigrants are admitted, but there are few government programs to "integrate" them. The exception is refugees, who are eligible for assistance upon arrival. NGOs, often church-related, receive federal funds to help refugees find housing and jobs.

Some researchers believe this US “non-integration policy” is the key to successful integration. There are success stories of newcomers beginning their American journeys with very little and succeeding in business, politics, and sports. Such stories have convinced most Americans and most immigrants that hard work (and luck) can bring the economic success immigrants seek in the US.

There are three other reasons why there are fewer US worries about integrating immigrants in the US than in many European countries — smaller government, flexibility, and strong anti-discrimination policies:

1. Government plays a smaller role in the US economy and labor market, so fewer decisions are required about which jobs are restricted to citizens. Government employs 1/6 of US workers (23 million of 137 million in 2008), but only the (non-postal) federal government, which has 2 million employees, generally requires US citizenship. State and local governments employing 3 and 15 million workers, respectively, usually require legal immigrant status, but not US citizenship.

Legal immigrants may join the Armed Forces, and about 8,000 a year do. They may apply for naturalization on their first day of active service, and become US citizens after six months of service, with the military covering fees. In a bid to attract recruits with more education and foreign language skills, the US Army in 2009 announced that it would allow up to 1,000 foreigners in the US on temporary student visas to enlist under the Military Accessions Vital to the National Interest program, the first time since the Vietnam War that non-immigrant visitors in the US at least two years have been allowed to enlist. About 82 percent of the 80,000 Army recruits in 2008 had high school diplomas; the Army hopes to attract foreign students enrolled in US universities.

2. The US labor market and society are flexible, celebrating immigrants and Americans who start at the bottom

ARTICLE BY
PHILIP MARTIN

and work their way to the top. The US education system offers students 2nd, 3rd, and 4th opportunities to succeed in school. School and university quality varies widely, but government agencies generally treat diplomas and degrees equally. Some children of immigrants become lawyers and practice public interest law, often suing government agencies and large employers on behalf of minorities. Law and activism is a common route to upward mobility for minorities in the US, including now-President Obama.

3. There is discrimination in the US, and affirmative action to remedy past government discrimination as well as laws that allow those who suffer economic losses because of discrimination to recover their losses and punitive damages. Affirmative action programs cover immigrants who did not suffer discrimination in the US, and are very controversial. The US Supreme Court, in a 5-4 decision (*Grutter v. Bollinger*) in 2003, said that public universities may consider race as one factor in deciding who to admit, but race cannot be the dominant or overriding factor. By extension, employers may consider race in hiring, but it cannot be the major factor in hiring decisions.

The EEOC (www.eeoc.gov) enforces federal anti-discrimination laws in the US, and Title 7 of the Civil Rights Act allows punitive damages if employers discriminate because of race, sex, national origin, religion to punish past wrongdoing and deter future wrongdoing. The combination of class action suits and punitive damages means that almost all employers have written policies and procedures to avoid discrimination in hiring, layoffs, promotion etc.

There is considerable uncertainty about how dual nationality, affirmative action, and anti-discrimination laws will interact to affect the integration of especially children of low-skill Hispanic immigrants (Mexican immigrants have an average eight years

schooling). As immigration changes the composition of the US population and dual nationality spread, American voters are reducing protections and preferences for minorities.

The US population of 305 million includes four major racial/ethnic groups; 68% whites, 15% Hispanics, 13% Blacks, and 4% Asians. The economic success ladder has whites and (immigrant) Asians on top followed by (immigrant- and US-born) Hispanics; mostly US-born Blacks are at the bottom. For example, the Hispanic unemployment rate (11%) is usually 1.5 times the white-Asian rate (7%); the Black rate (14%) is twice the white-Asian rate.

California has 37 million residents and they are 43% white, 36% Hispanic, 7% Black, and 14% Asian. California voters, who approved Proposition 187 in 2004 denying state-funded services to unauthorized foreigners, approved propositions ending minority preferences, Proposition 209 in 1996, and encouraging English-language teaching, Proposition 227 in 1998.

Market-oriented integration means getting immigrants into jobs — 63% of foreign born US residents 16 and older were employed in 2007, versus 60% of the US born. Work has several advantages for immigrant integration, including:

- Giving migrants what most want, jobs at higher wages
- Enlisting employers as advocates for migrants and reducing anti-immigrant feelings that arise from welfare dependence (politicians often say — we welcome those seeking a hand up the economic ladder, not a hand out for social benefits)
- Allowing children to see the importance of work, perhaps inspiring them to get the education needed to find better jobs than their parents

In short, the number one US integration instrument is employment, not necessarily naturalization.

ARTICLE BY
PHILIP MARTIN

Bibliography:

Legomsky, Stephen. 2003. Dual Nationality and Military Service: Strategy Number Two, in David A. Martin and Kay Hailbronner. Eds. *Rights and Duties of Dual Nationals: Evolution and Prospects.* Kluwer Law International. Pp 79-126.

Schuck, Peter. 1998. Plural Citizenships, in Noah Pickus. Ed. *Immigration and Citizenship in the Twenty-first Century.* Rowman and Littlefield. Lanham, MD. Pp 149-192.

DIE BEDEUTUNG DER STAATSANGEHÖRIGKEIT FÜR DIE INTEGRATION

Prof. Dr. Friedrich HECKMANN

1. Einführung

Messut Özil ist ein guter Fußballspieler; er spielt für Werder Bremen und die deutsche Nationalmannschaft. Nicht wenige Deutsche sagen, er sei ein „Türke mit deutschem Pass“. Von türkischer Seite wird Özil kritisiert, weil er jetzt nicht mehr, wie z. B. die ebenfalls in Deutschland aufgewachsenen Brüder Altintop, in der türkischen Nationalmannschaft spielen kann.

BEITRAG:
FRIEDRICH
HECKMANN

Hinter Formulierungen wie „ein Türke mit deutschem Pass“ steht eine Vorstellung vom Zusammenhang zwischen Staatsangehörigkeit und Integration, mein Thema.

Ich will bei meinem Thema auf zwei Fragen eingehen:

1. Welche **objektiven Wirkungen** ergeben sich mit der Einbürgerung für Integration?
2. Da Einbürgerung ein soziales Handeln ist und Integration damit als subjektiver Prozess zu verstehen ist, stellt sich die Frage nach dem **subjektiven Sinn der Einbürgerung** für die Eingebürgerten: was motiviert sie, wie wird Einbürgerung erfahren, welche Wirkungen werden wahrgenommen?

Die Beantwortung dieser Fragen wirft auch Licht auf das vieldiskutierte und in Deutschland politisch umstrittene Thema der Funktion der Einbürgerung im Integrationsprozess: **Abschluss oder Instrument** der Integration?

* Der Verfasser ist Professor für Soziologie und Leiter des europäischen forums für migrationsstudien (efms) an der Otto-Friedrich-Universität Bamberg.

BEITRAG:
FRIEDRICH
HECKMANN

Eingehen möchte ich auch auf neuere Entwicklungen im Einbürgerungsverfahren, die in Deutschland, aber auch als internationaler Trend beobachtet werden können: Sprachprüfungen, Einbürgerungstests und Einbürgerungsfeiern. Ich möchte das insgesamt als Bemühungen um eine **Verinnerlichung der neuen Staatsangehörigkeit** bezeichnen. Welche Wirkungen für Integration gehen von solchen Bemühungen aus?

Es hat sich in der soziologischen Forschung bewährt, Integration als Prozess zunehmender Mitgliedschaft und Partizipation in den Institutionen der Aufnahmegesellschaft sowie als Angleichung der Lebenslagen von Migranten und Einheimischen zu begreifen. Dabei unterscheiden wir vier Dimensionen dieses Prozesses: strukturelle, kulturelle, soziale und identifikatorische Integration (Heckmann 2003, 46-47). Strukturelle Integration bezieht sich auf die Mitgliedschaft in den gesellschaftlichen Kerninstitutionen; kulturelle Integration meint bei Migranten und Einheimischen den Erwerb von Kompetenzen und Einstellungen, die für Kommunikation und Interaktion mit den neuen Gruppen notwendig sind, soziale Integration bezeichnet die wechselseitige Akzeptanz im primärgruppenhaften Bereich von Freundschaften, Eheschließungen und sozialen Verkehrskreisen; identifikatorische Integration bezieht sich auf die Bereitschaft, sich mit der neuen Gesellschaft und dem neuen Staat zu identifizieren.

2. Objektive und subjektive Aspekte der Einbürgerung für Integration

Für die Dimension der **strukturellen Integration** lässt sich eindeutig und „objektiv“ feststellen, dass **Einbürgerung Integration verstärkt**: der Erwerb zusätzlicher Rechte, der im Prinzip gleichberechtigte Zugang zu Institutionen, Organisationen, Positionen und Ressourcen bedeuten eine Verstärkung der gesellschaftlichen Mitgliedschaft. Im Vordergrund steht die volle Mitgliedschaft in der rechtlichen und politischen Gemeinschaft. Mehr Rechte bedeuten mehr strukturelle Integration.

Die unschöne Wirklichkeit gesellschaftlicher Diskriminierung als ungerechtfertigter Ungleichbehandlung wird mit dieser Feststellung keineswegs negiert, sie schränkt die Wirkungen der Einbürgerung für Integration allerdings in bestimmten Fällen ein.

Bezüglich der subjektiven Seite der Einbürgerung und ihrer Beziehungen zur Integration möchte ich kurz auf ein Projekt eingehen, das am efms mit Förderung der Deutschen Forschungsgemeinschaft unter meiner Leitung durchgeführt wurde¹. Wir fragten in einem empirischen Forschungsprojekt:

- Wie erfahren die Eingebürgerten selbst den Prozess des Staatsangehörigkeitserwerbs?
- Welchen subjektiven Sinn verbinden sie damit?
- Was sind ihre Motive für die Einbürgerung? Und
- Welche Wirkungen bei den Eingebürgerten lassen sich feststellen?

Staatsangehörigkeitswechsel und -erwerb beinhalten zum einen gewissermaßen äußerliche rechtliche und verwaltungsmäßige Vorgänge, zum anderen komplexe subjektive Prozesse und Handlungen. Unsere Recherchen in der Literatur führten zu dem Ergebnis, dass die wesentlichen Dimensionen dieses Prozesses noch nicht bekannt waren und durch eine qualitative Methodologie erst zu eruieren seien.

Mit Hilfe der durch einen Leitfaden gestützten Technik des narrativen Interviews gelang es im Projekt, eingebürgerte Personen über ca. zwei Stunden ausführlich über ihre Einbürgerung berichten zu lassen und zugleich bestimmte Themenkomplexe anzusprechen. Die nach der Methode des „theoretical sampling“ ausgewählten 26 Interviews wurden transkribiert. Mit Hilfe des Softwareprogramms Atlas TI wurden bestimmte so genannte **Codefamilien** als inhaltlich zusammengehörige Aussagenkomplexe identifiziert, die dann zu einer Typenbildung weitergeführt wurden.

¹ Für die Veröffentlichung des Projektberichts vgl. Wunderlich 2005.

BEITRAG:
FRIEDRICH
HECKMANN

Die ermittelten Aussagenkomplexe beziehen sich auf folgende, unterschiedliche Dimensionen des Einbürgerungsprozesses:

- Motive
- Entscheidungsprozess für die Antragstellung
- Verwaltungsverfahren
- (subjektiv empfundene) Wirkungen.

Aufgrund der Anlage als qualitative Forschung und der gewählten Sampling Methode kann das Projekt zwar keine repräsentativen Aussagen machen, aber es kann bedeutsame Dimensionen eines subjektiven Sinns identifizieren und bei einigen vorläufige Urteile über ihr relatives Gewicht im Einbürgerungsprozess machen.

Motive

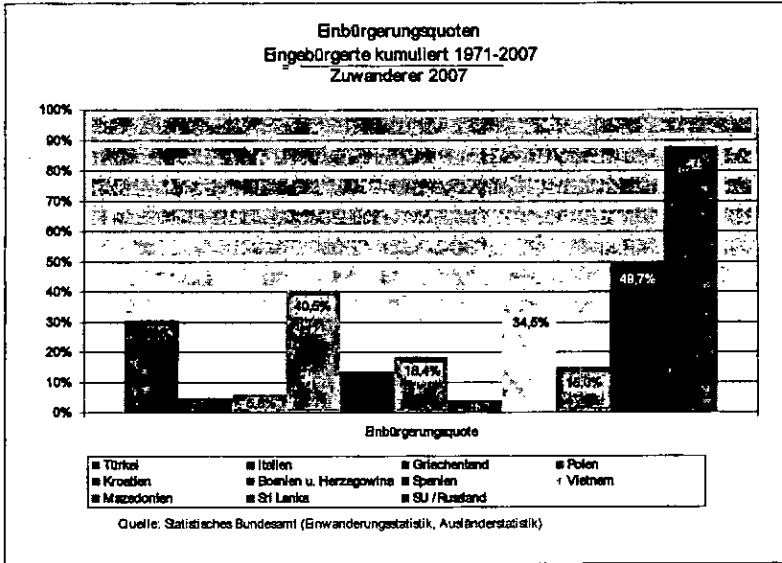
Der Wunsch zur Einbürgerung entsteht nicht aus einem einzelnen Motiv, sondern aus mehreren Motivgruppen. Deutlich im Vordergrund steht eine Motivgruppe, die wir als **instrumentelle Motive** zusammengefasst haben und die bei allen Befragten vorhanden sind. Diese Motive zielen auf eine Erleichterung des alltäglichen Lebens. Darunter fallen als verwandte, aber empirisch unterscheidbare der Wunsch nach Gleichbehandlung mit den Deutschen; nach Erleichterung beim Reisen und nach Erleichterungen beim Umgang mit Behörden. Auch die Hoffnung, mit der Einbürgerung berufliche Chancen zu verbessern, spielt eine Rolle.

Im Kontext von Gleichbehandlungswünschen wird auch der Wunsch nach politischer Partizipation genannt, steht aber eher am Rande.

Als motivationaler Anreiz im Bereich instrumenteller Motive wird auch die Qualität und Verlässlichkeit der Institutionen in Deutschland genannt. Die Bedeutung instrumenteller Motive lässt sich auch an der niedrigen Einbürgerungsquote von EU-Ausländern ablesen (vgl. Abbildung 1).

Abbildung 1: Einbürgerungsquoten nach Herkunftsländern

BEITRAG:
FRIEDRICH
HECKMANN



Neben der Gruppe der instrumentellen Motive lassen sich als weiterer Komplex bei einer Reihe von Befragten **familienbezogene Motive** feststellen. Die Zukunft der Kinder steht hier im Vordergrund, für die man klare Verhältnisse schaffen will.

Ein dritter Motivkomplex wird von uns als **zugehörigkeitsbezogene Motive** bezeichnet. Hier äußert man, dass Deutschland der Lebensmittelpunkt sei, man hier geboren wurde und aufwuchs, die Zukunft in Deutschland liege und man sich zugehörig fühle. Das Gefühl der Zugehörigkeit solle in Übereinstimmung mit dem rechtlichen Status gebracht werden.

Entscheidung für die Antragstellung

Im politischen Diskurs und Streit spielt die Frage der **Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit** als Einbürgerungserfordernis eine zentrale Rolle. In Surveys wird von vielen Befragten geäußert, dass die Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit ein Motiv sei, sich gegen eine mögliche Einbürgerung zu entscheiden.

BEITRAG:
FRIEDRICH
HECKMANN

Unsere Befragten hatten sich wie dargestellt für die deutsche Staatsangehörigkeit entschieden, eine Reihe berichtete aber, dass die Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit als starke Belastung empfunden wurde. Auf der anderen Seite stehen Personen, die ihre Identität als vom Pass unabhängig begreifen und aus dieser Sicht keine Bedenken haben, ihren bisherigen Pass einzutauschen.

Ein zweiter wichtiger Einfluss im Entscheidungsprozess ist die **Einstellung der Herkunftsfamilie, Herkunftsgruppe und des Freundes- und Bekanntenkreises**. In der Literatur werden sowohl hemmende als auch fördernde Einflüsse aus diesen Feldern berichtet. Die Stigmatisierung des sich Einbürgernden als „Verräter“ an der eigenen Herkunftsgruppe markiert einen Extrempunkt des negativen Einflusses. In unserer Untersuchung findet sich dieser Einfluss, es stehen allerdings beschleunigende Einflüsse eindeutig im Vordergrund.

Erfahrungen und Empfindungen im Verwaltungsverfahren

Die Bedeutung des Verwaltungshandelns im Einbürgerungsverfahren zeigt sich in Deutschland in stark unterschiedlichen Einbürgerungsraten zwischen den Bundesländern. Personen, die einen Antrag gestellt haben, haben es mit zwei Verwaltungen zu tun: der des jeweiligen Bundeslandes bzw. der Stadt, und der des Herkunftslandes.

Der Kontakt mit der deutschen Behörde (in Bamberg) ist für die Befragten größtenteils positiv verlaufen, im Falle der Behörden des Herkunftslandes wurden hingegen besonders von türkischstämmigen Befragten des öfteren negative Erfahrungen geschildert.

Für viele Befragte war das Verwaltungsverfahren von starken Emotionen begleitet: einerseits gab es Ängste und Befürchtungen, die Einbürgerungsvoraussetzungen nicht zu erfüllen, andererseits gab es z. T. Wut und Enttäuschung über die Länge des Verfahrens.

Bei der Mehrheit der Befragten verlief der Akt der Einbürgerung im Rahmen eines nüchternen Verwaltungshandelns in der Einbür-

gerungsbehörde ohne besondere feierliche Momente, was einige Befragte bedauerten. Diejenigen, die in Bamberg an den seit 2001 eingeführten kommunalen Einbürgerungsfeiern teilgenommen hatten, empfanden dies überwiegend als positiv. Für die Mehrheit der Befragten war der schließliche Vollzug der Einbürgerung mit positiven Emotionen verbunden.

BEITRAG:
FRIEDRICH
HECKMANN

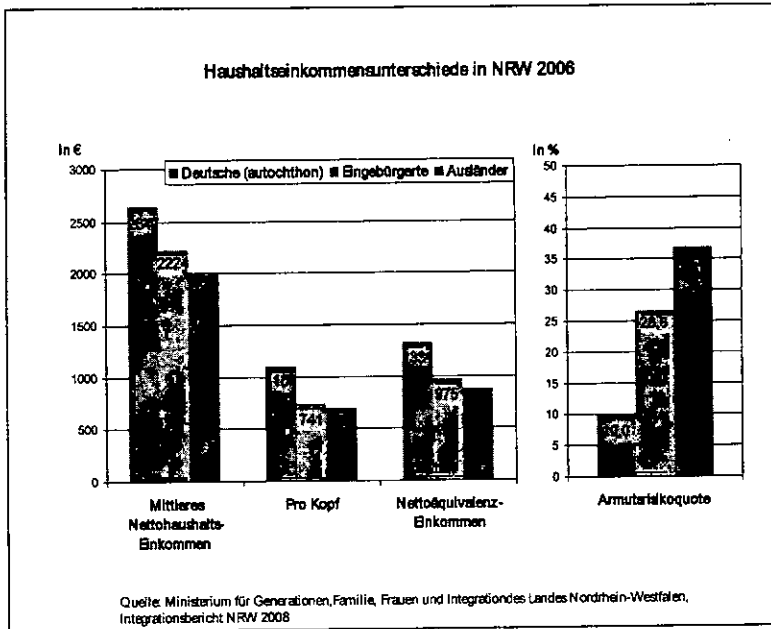
Wahrgenommene Wirkungen

Bei der Auswahl der Befragten war der Zeitpunkt der Einbürgerung bewusst variiert worden: einige waren bereits 20 Jahre eingebürgert, andere nur wenige Monate. **Die von den Befragten genannten instrumentellen Einbürgerungsmotive wurden ganz überwiegend auch als erreichte Wirkungen wahrgenommen und als relevanteste Veränderung bezeichnet.** In einem umfassenden Sinne wurden der Alltag und das Reisen einfacher. Eine größere Zahl der Eingebürgerten berichteten auch von gesteigertem politischen Interesse, wenige von einer Verbesserung der beruflichen Chancen. Eine größere Zahl betont auch das beruhigende Gefühl der Aufenthaltssicherheit, aber nur einzelne sprechen von einem verstärkten Zugehörigkeitsgefühl zu Deutschland.

Resümierend lässt sich auf der Basis der Projektergebnisse feststellen, dass Vorstellungen eines klaren „vorher-nachher“, also Wirkungen bei den Eingebürgerten eindeutig nur im Bereich struktureller Integration angebracht sind. Es scheint so zu sein, dass Prozesse sozialer, kultureller und identifikatorischer Integration nur relativ wenig vom Akt des Staatsangehörigkeitserwerbs beeinflusst werden. Man ändert seinen Freundeskreis nicht, weil man eingebürgert ist, auch nicht seine kulturellen oder kulinarischen Präferenzen. Vieles spricht dafür, dass bedeutsame Integrationsprozesse schon vor der Einbürgerung stattgefunden haben. Mit den Möglichkeiten des neuen Mikrozensus hat man in NRW z.B. schon 2006 Dimensionen von Integration zwischen Ausländern und Eingebürgerten untersucht, in der folgenden Grafik das Integrationsmerkmal des Haushaltseinkommens (vgl. Abbildung 2).

BEITRAG:
FRIEDRICH
HECKMANN

Abbildung 2: Haushaltseinkommensunterschiede in NRW 2006 nach Migrationsstatus



Schon zuvor hatten Salentin und Wilkening gezeigt, „dass eingebürgerte Zuwanderer eine wesentlich günstigere sozioökonomische Platzierung aufweisen als Ausländer der gleichen Herkunft“ (Salentin und Wilkening 2003, 278).

3. Maßnahmen zur „Verinnerlichung“ von Staatsangehörigkeit und Integration

In Deutschland wie in anderen Einwanderungsländern, z. B. im Vereinigten Königreich und den USA⁶, sind in der letzten Zeit Maßnahmen festzustellen, die ich als Bemühungen zur „Verinnerlichung“ von Staatsangehörigkeit bezeichnen möchte. Einbürgerung soll mehr sein als ein bloßer Wechsel der Staatsangehörigkeit („Türke mit deutschem Pass“), sondern Integration unterstützen und eine Rolle als Staatsbürger helfen spielen zu können.

Solche Maßnahmen sind:

- die Überprüfung eines bestimmten standardisierten Sprachniveaus
- die Organisation von Einbürgerungskursen bzw. die Schaffung eines über Medien verfügbaren standardisierten Lehrprogramms und die Prüfung eines festgelegten staatsbürgerlichen Wissens
- die Praktizierung einer bestimmten Einbürgerungskultur mit bestimmten Riten und einer Feier.

Diese Maßnahmen sind in Deutschland jetzt in Kraft getreten. Auch in den USA, die schon länger eine entwickelte Einbürgerungskultur kennen, ist man offensichtlich mit bisherigen Praktiken unzufrieden und hat im Jahre 2008 den Bericht einer Task Force an den Präsidenten mit dem Titel „Building an Americanization Movement for the Twenty-first Century“ mit vielen Maßnahmevorschlägen veröffentlicht.

Wie sind solche Maßnahmen unter dem Aspekt ihrer Wirkung auf Integration zu beurteilen? Die folgenden Thesen sind als Hypothesen zu begreifen, die einer empirischen Überprüfung bedürfen:

- strukturelle Integration wird durch im Einbürgerungsverfahren verbesserte Sprachkenntnisse und durch staatsbürgerliches Wissen gefördert, indem Partizipation in Institutionen erleichtert wird;
- verbessertes Sprachlernen gehört auch zum Kern kultureller Integration und eröffnet weiter den Zugang zur Kultur des Einwanderungslandes; kulturelle Integration wird also ebenfalls prinzipiell durch die neuen Maßnahmen gefördert;
- Sprache eröffnet auch die Möglichkeit, seine engen sozialen Beziehungen und Verkehrskreise zu erweitern und fördert damit prinzipiell die Dimension der sozialen Integration;
- Feiern und Riten sprechen vor allem das Gefühl an. Gefühle sind eine wichtige dynamische Kraft für die Änderung von Einstellungen und die Schaffung von

BEITRAG:
FRIEDRICH
HECKMANN

Identifizierungen. Wenn es mit der Einbürgerungskultur gelingt, positive Gefühle für das neue Land anzusprechen, dürfte die identifikatorische Integration gefördert werden. Die Bamberger Studie stützt das.

Die angesprochenen Wirkungen der neuen Verinnerlichungsmaßnahmen können selbstverständlich nur als ein eher kleineres Teilmoment im gesamten Integrationsprozess gesehen werden. Es wäre empirisch zu prüfen, ob die neuen Maßnahmen der Wirklichkeit, die hinter Formulierungen wie „ein Türke mit deutschem Pass“ steht, langsam den Boden entziehen.

Für die Frage „Einbürgerung als Abschluss oder Instrument der Integration?“ lassen sich unsere Ergebnisse dahingehend zusammenfassen, dass die Frage so falsch gestellt ist. Es zeigt sich nämlich, dass die Personen, die sich einbürgern lassen, in der Tat besser integriert sind als vergleichbare Gruppen („Abschluss der Integration“); wir zeigten die Statistik der Haushaltseinkommen. Für Türken belegt das eindrucksvoll die Studie des Berlin-Instituts von 2008 (Berlin-Institut 2008,37).

Auf der anderen Seite sollten unsere Ausführungen auch zeigen, dass der Einbürgerungsprozess Momente enthält, die die Integration weiter verstärken („Instrumente der Integration“).

Literatur:

Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung 2008:

Ungenutzte Potenziale. Zur Lage der Integration in Deutschland. Berlin.

Heckmann, Friedrich 2003:

From Ethnic Nation to Universalistic Immigrant Integration: Germany, in: Heckmann, Friedrich and Schnapper, Dominique (eds), The Integration of Immigrants in European Societies – National Differences and Trends of Convergence. Stuttgart: Lucius und Lucius, 45-78.

Salentin, Kurt und Wilkening, Frank 2003:

Ausländer, Eingebürgerte und das Problem eine realistischen Zuwanderer-Integrations-Bilanz, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 55, 2, 2003, 278-298.

Task Force on New Americans 2008:

Building an Americanization Movement for the Twenty-first Century. A Report to the President of the United States. Washington: US Government Printing Office.

Wunderlich, Tanja 2005:

Die neuen Deutschen. Subjektive Dimensionen des Einbürgerungsprozesses. Stuttgart: Lucius und Lucius.

BEITRAG:
FRIEDRICH
HECKMANN

TÜRK VATANDAŞLIĞINDAN AYRILAN VE YURTDIŞINDA YAŞAYANLARIN ÖZEL HUKUKİ STATÜSÜ

Yrd. Doç. Dr. Zeynep Derya TARMAN*

ZEYNEP DERYA
TARMAN'IN
TEBLİĞİ

Giriş

Türk vatandaşlığının kayıp hallerinden bir tanesi "*herkes vatandaşlığını değiştirmede serbest olmalıdır*" ilkesine dayanan izin olarak Türk vatandaşlığından çıkma durumudur. Bu kayıp hali kişinin kendi iradesine dayalı bir vatandaşlık kaybı olarak Türk Vatandaşlık Kanunu (TVK)'nda "*yetkili makam kararı ile kayıp*" ana başlığı altında 20-23 maddeleri arasında düzenlenmiştir.¹ İzin olarak çıkmanın sonuçları TVK m. 29'da; eş ve çocuklara olan etkisi ise m. 31 ve 32'de ele alınmıştır. TVK m. 29 ilk cümlesinde, Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin kayıp tarihinden itibaren yabancı muamelesine tabi tutulacaklarını belirttikten sonra 2. cümlesinde bir istisna hükmüne yer vermiştir. TVK m. 29'un getirdiği bu istisna hükmü ayrıntılı olarak incelenmeden önce izin olarak Türk vatandaşlığından çıkma ve çifte vatandaşlık konuları üzerinde durulacaktır.

* Tebliğ sunulduğu tarihte 5901 sayılı 12.6.2009 tarihli Türk Vatandaşlığı Kanunu henüz yasalaşmadığı için bu tebliğ 5901 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan 403 sayılı 11.2.1964 tarihli Türk Vatandaşlığı Kanunu esas alınarak hazırlanmıştır.

** Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Kişinin iradesini esas alan izinle vatandaşlıktan çıkma konusunun kişinin iradesinin rol oynamadığı iptal, kaybettirme ve çıkarma halleri ile birlikte aynı başlık altında düzenlenmesi hatalı bulunmuştur. Bkz. E. Nomer, *Vatandaşlık Hukuku*, 2007, s. 100; Aydanur Gürzumar, *Türk Vatandaşlığının Kaybında Şahıs İradesinin Önemi*, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, 1999, s. 137, dn.12.

I. Türk Vatandaşlığından Çıkma ve Çifte Vatandaşlık

Yabancı bir devlet vatandaşlığına geçmek isteyen bir Türk vatandaşı ya Türk vatandaşlığından çıkma izni talep edecektir, ya da Türk vatandaşlığını muhafaza etmek kaydıyla yabancı devlet vatandaşlığını (çifte vatandaşlık) kazanmak için izin isteyecektir. Bu iki yoldan birini takip etmeyecek başka bir devlet vatandaşlığını kendi iradeleriyle kazanan Türk vatandaşları Türk vatandaşlığını kaybettirme işlemine tabi tutulabilirler (m. 25a). Ancak izin almaksızın başka bir devlet vatandaşlığını kendi isteğiyle kazanan Türk vatandaşı idare kendisi hakkında kaybettirme kararı vermeden önce çıkma dileğinde bulunduğu takdirde kendisi hakkında artık Türk vatandaşlığını kaybettirme kararı verilemeyecektir (Yönetmelik m. 36 (a) ve m. 31). Diğer bir ifadeyle, çıkma dileğinde bulunmak kaybettirme müeyyidesinin uygulanmasını durdurucu bir etkiye sahip olmaktadır. Çıkma talebinin kaybettirme işlemine engel olabilmesi için gerekli şart, vatandaşlıktan çıkma talebinin yetkili makamların izinsiz yabancı vatandaşlığa geçme olayını tespit edip kaybettirme işlemine başlamalarından önce yapılmasıdır.²

A. Vatandaşlıktan Çıkma

Bir Türk vatandaşının kendi iradesine bağlı olarak yetkili makamın da bu konudaki izni ile Türk vatandaşlığı ile ilişkisinin kesilmesi Türk Vatandaşlık Kanunu'nda "*vatandaşlıktan çıkma*" olarak adlandırılmıştır.³ Kişinin kendi başvurusu üzerine Türk vatandaşlığından çıkması bu konudaki iradesini Türk makamlarına bildiren bir başvuruda bulunmasına ve yetkili makamın da bu konuda olumlu karar vermesine bağlıdır. Vatandaşlıktan çıkma talebinin kabul edilip edilmeyeceği konusunda İçişleri Bakanlığı'nın takdir yetkisi söz konu-

² Nomer, s. 132.

³ Çıkma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, s.113 vd.; Rona Aybay, *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2004, s. 193 vd.; Vahit Doğan/Hasan Odabaşı, *Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku*, Seçkin Yayınları 2004, s. 126 vd.

ZEYNEP DERYA
TARMAN'IN
TEBLİĞİ

sudur. İçişleri Bakanlığı'nın bu konuda takdir yetkisi olması TVK m. 20'deki '....çıkma izni aşağıdaki şartların varlığı halinde verilebilir....' ifadesinin gereğidir. Kişi, TVK m. 20'de belirtilen çıkma şartlarının tümünü gerçekleştirmiş olsa dahi, İçişleri Bakanlığı çıkma izni vermek zorunda değildir,⁴ bu hususta günün siyasi koşulları ve Türkiye Cumhuriyeti'nin milli güvenliği ve kamu düzenini de göz önünde bulundurmak suretiyle takdir yetkisini kullanarak çıkma izni verip vermeme konusunda serbesttir. Bu yönüyle vatandaşlıktan çıkma seçme hakkının kullanılması yoluyla Türk vatandaşlığının kaybından ayrılır.⁵ Ancak Bakanlığın bu konuda karar verirken keyfi bir uygulamada bulunmaması ve kişinin vatandaşlık değiştirme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılmaması gerektiği de kabul edilmelidir. Keyfi bir uygulama ile karşılaşıldığında idari makamlarca verilen kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulabileceği hususu hem Anayasa m.125 hem de TVK m. 40 tarafından hüküm altına alınmıştır.

1. Çıkma Şartları

Çıkma izninin verilmesinde TVK m. 20'de yer alan çıkma şartlarının tümünün yerine gelmiş olması aranacaktır. Çıkma şartları,

a. Mümeyyiz ve reşit olmak,⁶

⁴ Nomer, s. 114; Doğan/Odabaşı, s. 127; Gürzumar, s. 156. Vatandaşlığı terk etmek isteyen bir kişinin zorla Türk vatandaşlığında tutulmasının toplum menfaatlerine uygunluğunun tartışılması gereken bir konu olduğu hakkında bkz. Gürzumar, s. 163.

⁵ Gürzumar, s. 139.

⁶ MK m. 11'e göre, erginlik (rüşt) 18 yaşın tamamlanmasıyla elde edilmekle beraber, kişi daha küçük yaşta da evlenme (MK m. 11/II) veya yargı yoluyla (MK m. 12) erginlik kazanmış olabilir. Bu yoldan kazanılmış erginlik de vatandaşlıktan çıkma isteminde bulunabilmek için geçerlidir. Kanun metni kısıtlılar bakımından açıklayıcı değildir. Sezgin kısıtlıların da m. 20 çerçevesinde yetkili makam izni ile vatandaşlıktan çıkma hakkından yararlanabileceğini kabul etmek yerinde olacaktır. Bkz. Nomer, s. 115.

b. Herhangi bir nedenle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya başka bir devlet vatandaşlığını kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler⁷ bulunmak,

c. Herhangi bir suç nedeniyle aranmakta olan kişilerden olmamak,

d. Hakkında herhangi bir mali ve cezai tahdit bulunmaması

şeklinde sıralanabilir.⁸ Çıkma müessesinin vatandaşlık hukukundaki "kişi vatandaşlığını belirlemede serbest olmalıdır" ilkesi gereği düzenlenmiş olduğunu belirtmiştik. Kanun koyucu, bu konuda geçerli olan "ilgilinin vatandaşlıktan çıkmak suretiyle vatansız kalmaması" ilkesini de dikkate almış ve bu iki ilkeyi bağdaştırıcı bir çözüm yolu öngörmüştür. Her ne şekilde olursa olsun bir yabancı devletin vatandaşlığını kazanmış olmak ya da kazanacağına dair inandırıcı belirtiler gösterebilmek vatandaşlıktan çıkma başvurusunda bulunmanın en önemli koşuludur. Diğer bir ifadeyle, vatandaşlıktan çıkma hakkının kullanılması sonucunda kişinin vatansız kalması kabul edilmemektedir. Vatandaşlıktan çıkma başvurusunda bu-

⁷ Başvuran kişinin başka bir devlet vatandaşlığını kazanacağı hakkında inandırıcı belgelerin neler olacağı konusunda Yönetmelik m. 31 (d) bendinde açıklayıcı bir hüküm vardır. *Inandırıcı belirti olarak, ilgilinin vatandaşlığına geçmek istediği devlet makamlarından verilmiş, o devlet vatandaşlığına kabul edileceğine ilişkin belge veya ilgilinin Türk vatandaşı olarak o ülkede uzun zamandan beri oturmasına ve orada mesleki, ticari veya sınıai faaliyetlerde bulunmasına izin verildiğini gösteren belge veya o devlet vatandaşı ile evli olması ve bu durumun vatandaşlığa alınmasında kolaylıklar sağlayacağına anlaşılmış olması kabul edilebilir.* denmektedir. Yönetmelikte sayılan haller birer örnek olup yabancı devlet vatandaşlığının kazanılacağına ilişkin inandırıcı emarelerin bulunup bulunmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Doktrinde yabancı devlet vatandaşlığının kazanılacağına ilişkin inandırıcı belirtilerin aranmasının gereksiz olduğu hakkında bkz. Nomer, s. 117.

⁸ 7.6.1995 tarih ve 4112 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce bu koşullar arasında muvazzaf askerlik hizmetini yapmış olmak veya yapmış sayılmak da vardı. Niteliği gereği sadece erkek vatandaşları ilgilendiren bu hüküm, 4112 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece henüz muvazzaf askerlik hizmetini yapmamış erkek Türk vatandaşlarının da yetkili makamın izni ile Türk vatandaşlığından çıkabilmeleri mümkün olmuştur. Bkz. Gürzumar, s. 154-155.

ZEYNEP DERYA
TARMAN'IN
TEBLİĞİ

lanabilmek için yabancı devlet vatandaşlığının ne şekilde kazanıldığı veya kazanılacağı önem taşımamaktadır.⁹ Bir Türk vatandaşının yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış ya da kazanacak olup olmadığı ise vatandaşlığı kazanıldığı iddia edilen devletin vatandaşlık kanununa göre belirlenir. Çıkma şartlarının son ikisi 4.6.2003 tarihli ve 4866 sayılı Kanun'la eklenmiştir. Eklenen bentlerle getirilen koşulların sınırlarının oldukça belirsiz olduğu, bu konuda Yönetmeliğin bir açıklama getirmediği ve izinle çıkma konusunda idareye verilmiş olan takdir yetkisinin sınırlarının büyük ölçüde genişletilmesinin yerinde olmadığı ifade edilmiştir.¹⁰

2. Başvuru Usulü

Başvuru usulü, TVK m. 21'de düzenlenmiştir. Buna göre, Türk vatandaşlığından çıkma veya başka bir devlet vatandaşlığı kazanma dileği, Türkiye içinde ilgilinin oturduğu yerin en büyük mülkiye amirine, yurt dışında Türk konsolosluğuna bir dilekçe ile yapılır. Vatandaşlığın şahsa sıkı surette bağlı olduğu düşünüldüğünde vatandaşlıktan çıkmaya dair başvuruların bizzat veya vekaletname ile yapılabileceğini söylemek mümkündür. Başvurularla ilgili evrak İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'ne iletilir.¹¹ İçişleri Bakanlığınca yapılacak değerlendirmenin sonucuna göre çıkma izninin verilmesi konusunda karar oluşturulur. Daha önce de ifade edildiği üzere, kanunda öngörülen şartlar gerçekleşmiş olsa da, İçişleri Bakanlığı kişinin Türk vatandaşlığından çıkmasına izin vermeyebilecektir.¹²

⁹ Yönetmelik m.31 (d) bendinde '*ne sebeple olursa olsun...*' demek suretiyle bu husus vurgulanmıştır.

¹⁰ Aybay, s. 198-199. Herhangi bir suç nedeniyle aranan ya da hakkında mali ya da cezai tahdit bulunan kişinin kanunda özel olarak ifade edilmeseydi de çıkma izni alamayacağına ilişkin görüş için bkz. Doğan/Odabaşı, s. 129.

¹¹ Vatandaşlıktan çıkmak isteyen kişinin başvuru dilekçesinde belirtilmesi gereken hususlar Yönetmelik m. 32'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

¹² Nomer, s. 114; Doğan/Odabaşı, s. 137.

Türk Vatandaşlık Kanunu gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulur. Türk vatandaşlığının çıkma yoluyla kaybı anını, Türk vatandaşlığından çıkma başvurusunda bulunan kişinin aynı zamanda başka bir devletin vatandaşı olup olmamasına göre ele almak gerekir. TVK m. 22/f.1'e göre, vatandaşlıktan çıkmak isteyen kişi aynı zamanda başka bir devlet vatandaşı ise, çıkma belgesi kendisine derhal verilir. Çıkma belgesi adı verilen belge, ilgilinin Türk vatandaşlığından çıktığını gösteren ve verilmesi ile Türk vatandaşlığının kaybedilmesi sonucunu doğuran belgedir. Kişinin yabancı devlet vatandaşlığını kendi iradesi ile veya yabancı kanun hükmü icabı kazanmasının çıkma izni talep etmesi bakımından herhangi bir önemi yoktur. Ancak kişinin izinsiz olarak kendi iradesi ile yabancı devlet vatandaşlığını kazandığının yetkili makamlarca öğrenilmesi vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylem sayılıp TVK m. 25(a) hükmü gereğince vatandaşlığın kaybettirilmesine neden olabilir. Türk vatandaşlığından çıkmak isteyen kişinin aynı zamanda başka bir devlet vatandaşı olmayıp sadece başka bir devlet vatandaşlığını kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtileri varsa kendisine çıkma belgesi değil izin belgesi verilir (m. 22/f.2). Söz konusu izin belgesi, verildiği tarihten başlayarak üç yıl süreyle geçerlidir (m. 22/f.4). Kendisine izin belgesi verilen Türk vatandaşının belgenin geçerlilik süresi bitmeden vatandaşlığını istediği yabancı devletin vatandaşlığını kazanması ve o devletin yetkili makamlarından alacağı belgeyi yetkili Türk makamlarına vermesi gerekmektedir. Bunun üzerine kendisine çıkma belgesi verilecektir. İstenilen yabancı vatandaşlığının kazanılmaması durumunda izin belgesinin Türk makamlarına geri verilmesi gerekmektedir. Burada dikkat çeken husus, TVK m. 23/f.2'ye göre ilgili belge ve bilgileri Türk makamlarına vermemiş olanların Türk vatandaşlığını kaybettirilmelerine karar verilebileceğidir. İlgili süreler içinde yetkili Türk makamlarına gerekli bilgi ve belgelerin sunulmamasının yaptırımını olarak kaybetme kararının uygulanabilmesi ölçülülük ilkesine uygun de-

ZEYNEP DERYA
TARMAN'IN
TEBLİĞİ

ğildir ve ilgili açısından ağır sonuçlar doğurabilecektir.¹³ Bunun yerine bu konuda ihmali bulunan ilgililer hakkında idari para cezası uygulanması amaca daha uygun düşecektir.

B. Çifte Vatandaşlık

"Her ferdin tek vatandaşlığı olmalıdır" şeklinde ifade edilen vatandaşlık hukuku prensibi çifte vatandaşlık durumlarının kabul edilmesini ya da kolaylaştırılmasını değil, çok vatandaşlığın meydana gelmesini önlemeyi, mevcut çok vatandaşlık durumlarını azaltmayı veya ortadan kaldırmayı hedeflemektedir. Kişinin hiçbir vatandaşlığı olmaması gibi, birden çok vatandaşlığa sahip olması da karışıklığa ve sorunlara yol açabilecektir.¹⁴ Vatansızlığı önlemek için olduğu gibi çok vatandaşlığı önlemek için de uluslararası düzeyde çalışmalar yapılmıştır. 1963 tarihli *Çifte Vatandaşlığın Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi* bu amaca yönelik hükümler ihtiva etmektedir. "Her ferdin tek vatandaşlığı olmalıdır" prensibinin altında yatan düşünce, vatandaşın ancak tek bir ülkeye sadakat gösterebileceğidir. Ancak küreselleşme, uluslararası ulaşım ve iletişim alanındaki gelişmeler karşısında bu ilkenin biraz yumuşatılması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁵ Nitekim 1.3.2000 tarihinde yürürlüğe giren *Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi* de devletlerin çok vatandaşlık durumlarında daha anlayışlı davranmalarını öngörmektedir.¹⁶

Türk hukukunun çifte vatandaşlığa karşı yaklaşımı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun kabul edildiği 1964 yılından bu yana, Türkiye'den diğer ülkelere, diğer ülkelerden de Türkiye'ye yönelik nüfus hareketlerinin etkisiyle değişiklikler göstermektedir. Türkiye, 1980'li yıllara kadar, Türk vatandaş-

¹³ Nomer, s. 118; Gürzumar, s. 158.

¹⁴ Aybay, s. 59.

¹⁵ Aybay, s. 78; Bilgin Tiryakioğlu, Multiple Citizenship and its Consequences in Turkish Law, *Ankara Law Review*, 2006, s. 4-7.

¹⁶ Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi m.14-17 (Sözleşme metni için bkz. Aybay, s. 439 vd.); Nomer, s. 119.

lığını kazanacak olan yabancılardan önceki vatandaşlıklarını bırakması şartını aramamış, buna karşılık, yabancı bir devletin vatandaşlığını kazanan ya da kazanacak olan Türk vatandaşları bakımından daha katı politikalar izlemiştir.¹⁷ 1980'li yıllardan itibaren, yurt dışında yaşayan Türklerin yaşadıkları ülkelerin vatandaşlığını kazanmak ve Türk vatandaşlığını muhafaza etme isteklerine cevap vermek ihtiyacı ortaya çıkmış ve TVK'da yapılan değişikliklerle, çifte vatandaşlık açıkça teşvik edilmiştir. TVK m. 22/f.3'e göre, "*Başka bir Devlet vatandaşlığını kazanmak isteyen kişiye de Bakanlar Kurulunca tespit edilen esaslara uygun olarak İçişleri Bakanlığınca izin belgesi verilebilir*" denilerek Türk hukukunda çifte vatandaşlık kabul edilmiştir.¹⁸ Türk vatandaşlığını muhafaza ederek yabancı devlet vatandaşlığına geçmek isteyen kişilerin başvuru zamanında yabancı devlet vatandaşlığına geçip geçmedikleri ve eğer geçmişler ise bunun zamanı pek önem taşımamaktadır.¹⁹ Bununla birlikte yabancı devlet vatandaşlığına izin almadan geçmek TVK m. 25(a)'da öngörülen kaybettirme müeyyidesinin uygulanmasını gerektirebilir. Ancak yabancı devlet vatandaşlığını kazandıktan sonra iyi niyetli olarak başvuru yapıp durumu bildirerek Türk vatandaşlığını muhafaza etmek istediğini bildiren Türk vatandaşlarına kaybettirme müeyyidesi uygulanmamaktadır.²⁰

198-2000 yılları arasında, Türk vatandaşlarının yaşadığı bazı ülkelerde, çifte vatandaşlık karşıtı yaklaşımlar etkili olmaya başlamış ve o devletlerin vatandaşlığını kazanmak isteyen Türkler için Türk vatandaşlığını bırakma şartı getirilmiştir. Bu ülkelerin yaklaşımına tepki olarak TVK'da bazı değişiklikler yapılmış ve yetkili makam kararı ile Türk va-

¹⁷ Tiryakioğlu, s. 5; Aybay, s. 79.

¹⁸ Nomer, s. 32.

¹⁹ Çifte vatandaşlığa sahip kişiler, Türk vatandaşlıklarında herhangi bir değişiklik olmadığı takdirde Türkiye'de Türk vatandaşlarının yararlandıkları haklardan aynı şekilde yararlanmaya devam edecektir. Nitekim MÖHUK m. 4/b hükmü bu ilkeyi tekrar etmektedir.

²⁰ Danıştay'ın aynı yöndeki kararı için bkz. 10.D., E.1987/106, K.1988/397 (DD. 72-73, 1989, s. 677 vd.).

ZEYNEP DERYA
TARMAN'IN
TEBLİĞİ

tandaşlığını kazanacak bazı yabancıların şartlı olarak vatandaşlığa alınmasının yolu açılmıştır. 2000'li yıllardan sonra TVK'nın Türkiye'nin vatandaşlık politikalarını ve vatandaşlık hukukundaki yeni gelişmeleri yansıtmaması nedeniyle yeni bir Türk Vatandaşlığı Kanunu için tasarı hazırlanmış ve TBMM'ye sunulmuştur. Tasarı, tercihini çok vatandaşlık yönünde yapmak suretiyle,²¹ Türk hukukunun bugüne kadar çok vatandaşlığı hem teşvik eden hem önlemeye çalışan tutarsız yaklaşımını terk etmiştir.²²

II. Türk Vatandaşlığından Çıkmanın Sonuçları

A. Eş ve Çocuklar Bakımından

TVK m. 31 uyarınca vatandaşlıktan çıkma eşin vatandaşlığına etki etmeyecek, vatandaşlıktan çıkan kişinin eşi Türk vatandaşı ise Türk vatandaşlığı devam edecektir. Vatandaşlıktan çıkmanın çocuklar bakımından sonuçlarını düzenleyen 32. maddede ise, vatandaşlıktan çıkan ana veya babanın çocuklarının küçük olması, çocukların kayıptan etkilenmesinin ön şartı olarak belirtilmiştir. Çocuklar, ana veya babanın vatandaşlıktan çıktığı anda Türk vatandaşı oldukları için küçük olup olmadıkları Medeni Kanuna göre tespit edilecektir. Vatandaşlıktan çıkanın ana veya baba olmasına göre, ananın veya babanın ölmüş bulunması, ananın veya babanın yabancı olması, babanın belli olmaması ve velayetin ana veya babadan birinde bulunup diğer tarafın muvafakat vermesi alternatif şartlar olarak sayılmıştır. Muvafakat olmaması halinde ise mahkemeden alınacak karara göre işlem yapılacaktır. Madde 32, Türk vatandaşlığından çıkan ana ve babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını yitirmeleri bakımından çocukları koruyucu iki önemli kural daha getirmiştir. Buna göre, baba veya anaya bağlı olarak vatandaşlığın kaybında çocuk on beş yaşından büyük ise, çocuğun yazılı muvafakati-

²¹ Bkz. Türk Vatandaşlık Kanunu Tasarısı Esas No: 1/458. TVK'nın aksine TVK Tasarısı m. 45 çok vatandaşlık konusunu açıkça düzenlemiştir.

²² Tiryakioğlu, s. 16.

ni aramıştır. Ana veya babanın çıkmadan sonra vatandaşı olduğu ülke hukukunun çocukları vatandaşlığa kabul etmemesi halinde kaybın uygulanmayacağı yolunda düzenlemelere de yer vermiştir.²³

B. Kişi Bakımından

TVK gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulur (m. 29). Türk vatandaşlığından ayrılan kişi, vatansız da kalırsa, başka bir devlet vatandaşlığına sahip de olsa artık Türk hukukuna göre yabancı statüsündedir.²⁴ Türk vatandaşlığı kaybedildiği için nüfus kayıtları kapanır, kişisel durumlarda meydana gelen olaylar nedeniyle nüfus kaydının üzerinde işlem yapılamaz.²⁵ TVK'nın 29. maddesinin 2. cümlesi, ayrıcalıklı bir yabancı kategorisi yaratmış ve yetkili merciden izin almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkanların bir takım statü ve haklarını saklı tutmuştur. Bu kişilerin normal yabancı statüsüne tabi olmayıp, maddede sayılan haklar konusunda Türk vatandaşları ile aynı haklara sahip olacağı hüküm altına alınmıştır. Özel statülü yabancılar yaratılması yabancılar hukukunun genel esaslarına aykırı olmayıp belli bir siyasi tercihin ifadesidir. Nasıl bir devlet yapacağı yasalarla başka bir devletin vatandaşlık hukukunu düzenleyemez, kişilere o ülkenin vatandaşlığını kazandıramazsa; aynı şekilde başka bir devletin eski vatandaşlarına bazı ayrıcalıklar ve olanak-

²³ Nomer, s. 118.

²⁴ Nomer, s. 101. Kural olarak, eski Türk vatandaşlarının yararlanacağı haklar herhangi bir yabancından daha az değildir. Ancak bazı hallerde yabancı statüsüne giren kişilere genel olarak yabancılara tanınan haklardan daha azının tanındığı da görülmektedir. Örneğin, vatandaşlığa alınmanın iptali veya vatandaşlıktan çıkarma halinde, hakkında bu işlemlere başvuru olan kişinin Türk hukuku karşısındaki durumu herhangi bir yabancından daha kötüdür. Vatandaşlığa alınma kararı iptal edilen veya vatandaşlıktan çıkarılan kişinin malları tasfiye edilebilir (Bkz. m. 33, 35).

²⁵ Bu sebeple örneğin yaş tashihine ilişkin bir dava da açılmaz. Bkz. Yar. 18. HD., 21.06.2007, E. 5157/K. 5093.

ZEYNEP DERYA
TARMAN'IN
TEBLİĞİ

lar sağlamlasında hukuki bir engel yoktur. Bir devletin ülkesinde bulunan yabancılara hangi hak ve esaslardan hareketle hangi haklardan yararlanacağını belirlemesi tamamıyla bir iç hukuk meselesidir.²⁶ TVK m. 29'un istisna hükmü, maddenin 1995 değişikliğinden önceki ve sonraki şekline ilişkin açıklamalarla beraber ele alınacaktır.

1. TVK m. 29 (7.6.1995 Tarih ve 4112 Sayılı Kanun)

1995 değişikliğinden önce, TVK m. 29 uyarınca *Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulur. İkamet, gayrimenkul edinme ve ferağ, miras ve çalışma gibi konularda ancak Türk kanunlarının yabancılara tanıdığı haklardan faydalanabilirlerdi.* TVK'nun 29. maddesinin eski halinin temel özelliği, vatandaşlığın kaybı yolları ve kayıp nedenleri arasında hiçbir fark gözetmeksizin TVK'ya göre Türk vatandaşlığını kaybetmiş olan herkesi kayıp tarihinden itibaren yabancı muamelesine tabi kılması olmuştur.

TVK m. 29'da yer alan düzenlemeyi kişilerin menfaatlerine ve Türkiye'nin vatandaşlık hukuku politikasına aykırı gören kanun koyucu, 7.6.1995 tarih ve 4112 sayılı *Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*'un²⁷ 2. maddesi ile önemli bir yenilik getirmiştir. Buna göre, "*Bu kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulur. Ancak, doğumla Türk Vatandaşlığını kazanmış olup da sonradan Bakanlar Kurulundan çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişiler ve bunların kanuni mirasçıları, Türkiye Cumhuriyetinin milli güvenliği ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla ülkede ikamet, seyahat, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal iktisabı ile ferağ gibi konularda Türk Vatandaşlarına*

²⁶ Aysel Çelikel/Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, 2008, s. 8 ve 14.

²⁷ Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, No. 4112, Kabul Tarihi 7 Haziran 1995, RG, 12 Haziran 1995; 22311.

tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. 33 ve 35 inci maddeler hükümleri saklıdır”.

29. maddede yapılan değişikliğin amacı, yurt dışında ve özellikle de Avrupa’da yaşayan vatandaşlarımızın buldukları ülke vatandaşlıklarına idari ve yasal engeller olmaksızın ve aynı zamanda Türkiye’deki hakları ile tasarrufları konusunda herhangi bir endişeye kapılmaksızın geçiş yapmalarını sağlamaktır.²⁸ Özellikle Almanya,²⁹ Avusturya, Danimarka, Norveç ve İsveç gibi devletlerin vatandaşlık kanunlarının, bu devletlerin vatandaşlığının kazanılmasını Türk vatandaşlığından çıkma şartına bağlamış olmaları vatandaşlarımızı güç durumda bırakmıştır. Yaşadıkları ve çalıştıkları ülkelerde daha iyi yaşam şartlarına kavuşmak, ekonomik, sosyal ve siyasal haklardan yararlanmak amacı ile başka bir devlet vatandaşlığına geçmek isteyen vatandaşlarımız, Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 20. maddesi uyarınca Türk vatandaşlığından çıkmışlardır. 1995 yılından önce, Türk vatandaşlığından çıkma izni alan kişilerin nüfus kütüklerindeki kayıtları kapatılmakta ve yabancı muamelesine tabi tutulmakta, dolayısı ile ancak Türk kanunlarının yabancılara tanıdığı haklardan yararlanabilmekte ve Türk vatandaşlarına tanınan haklar bakımından ise sınırlamalara konu olmaktaydılar. İşte, 7.6.1995 tarih ve 4112 sayılı Kanun ile yurt dışında yaşayan vatandaşlarımızdan TVK’nun 29. maddesi gereğince *ülkede ikamet, seyahat, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal iktisabı ile ferağı gibi konularda Türk Vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri* belirtilmiştir. Bu haklardan yararlanabilmeyi kolaylaştırmak için ilgililere verilmek üzere İçişleri

²⁸ Bkz. Türk Vatandaşlığı Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu [1/846]: *TBMM Tutanak Dergisi*, C.LXXXVIII, S. Sayısı 842.

²⁹ Alman vatandaşlık hukukundaki düzenlemelere göre, kural olarak çifte vatandaşlık kabul edilmemekle beraber bulunduğu devletle vatandaşlık ilişkisini kesmesine hukuksal olanaksızlık bulunan ya da yetkili makamların çıkma izni vermemesi nedeniyle bu ilişkiyi kesemeyen kişiye istisnai olarak çifte vatandaşlık hakkı tanınmıştır. Bkz. Ayfer. Uyanık Çavuşoğlu, *Türk Vatandaşlığı Kanununda 5203 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Sonrasında Türk Vatandaşlığında Çıkma*, Yasa 260/2005, s. 21-22.

ZEYNEP DERYA
TARHAN'IN
TEBLİĞİ

Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nce bir kimlik belgesi düzenlenmiştir. Halk arasında "pembe kart" diye anılan bu belgenin resmi adı "4112 sayılı Kanunla Saklı Tutulan Hakların Kullanılmasına İlişkin Belge"dir.

4112 sayılı Kanun'la getirilen düzenleme gerek kişi gerek konu bakımından uygulamada tereddütlere ve belirsizliklere neden olduğundan doktrinde eleştirilmiştir.³⁰ Bu eleştiriler sonucu, Kanun 29.4.2004 tarihinde değiştirilerek bugünkü şeklini almıştır. Konunun daha iyi anlaşılması düşüncesiyle bugünkü metne geçmeden önce, 4112 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemenin eleştirilen noktaları üzerinde durulacaktır.

TVK m. 29'un tanıdığı haklardan doğumla Türk vatandaşı olup izinle vatandaşlıktan çıkanların yanı sıra bu kişilerin kanuni mirasçılarının da yararlanabilecek olması yerinde bulunmamıştır.³¹ Kanuni mirasçı olup da Türkiye ve Türk vatandaşlığı ile hiçbir ilgisi olmayabilecek bir yabancıdan diğer yabancılardan farklı olarak pek çok konuda Türk vatandaşlığıyla eşit haklardan yararlanması eleştirilmiştir.³² Bunun yanı sıra, TVK'nun 29. maddesindeki "Doğumla Türk Vatandaşlığını kazanmış olup da sonradan Bakanlar Kurulundan³³ çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişiler..."

³⁰ Bkz. Turgut Turhan, Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, Cilt 46, s. 41 vd.; Bülent Çiçekli, Türk Vatandaşlığından İzin Alarak Çıkma, *Ankara Barosu Dergisi*, 2000, s. 63 vd.

³¹ Turhan, s. 54 ve 57-58.

³² Gürzumar, s. 161.

³³ Maddenin ilk biçimindeki Bakanlar Kurulu ifadesi yerine, 4.6.2003 tarihli ve 4866 sayılı Kanunla "İçişleri Bakanlığından" sözcükleri konulmuştur. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda, çıkma izni verme ve yeniden vatandaşlığa alma yetkisinin Bakanlar Kurulu'na verilmiş olması sorun yaratmaktaydı. Bu yetki Bakanlar Kuruluna gereksiz bir yük yüklemekle ayrıca da Bakanlar Kurulu'nun yoğunluğu nedeniyle taleplere geç cevap vermesi yurt dışında bulunan vatandaşları mağdur etmekteydi. Zaten bütün araştırmaları İçişleri Bakanlığı yapmakta olup, Bakanlar Kurulu ile yazışma halinde olmaları sebebiyle, bu konudaki yetkinin doğrudan İçişleri Bakanlığı'na verilmesi gereksiz yere yazışmalar yapılmasını engelleyip, zaman, enerji ve kaynak tasarrufu sağlamıştır. Bkz. Çavuşoğlu, s. 28, dn 37.

ifadesi, Türk vatandaşlığından çıkma dileğinde bulunan kişinin 29. maddede saklı tutulan haklardan yararlanabilmesi için çıkma iznini aldığı tarih itibarıyla yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmamış olması gerekir şeklinde anlaşılmalıya müsaittir.³⁴ Diğer bir ifadeyle, Türkiye'de ikâmet, seyahat, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal iktisabı ve ferağı gibi konulardan Türk vatandaşı gibi yararlanabilmek için, vatandaşlıktan çıkma izninin alındığı tarihten sonra yabancı devlet vatandaşlığı kazanmış olmalıdır. Bu hüküm karşısında izin almaksızın başka bir devlet vatandaşlığını kazanmış ama bu durumun tespitinden önce kendiliklerinden izin için başvuruların durumunun ne olacağı sorunu tartışmalara neden olmuştur. TVK m. 29'un dar yorumu yerine amaca uygun bir yorumla izin almaksızın yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış ama durumları idarece saptanmadan önce başvurarak izin almış olanların da TVK m. 29'un olanaklarından yararlandırılmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir.³⁵ Buna karşılık, bu durumda olanların TVK m. 29'un kapsamına girme-
mesi; dolayısıyla da bu maddeyle sağlanan olanaklardan yararlandırılmaması gerektiği görüşü de savunulmuştur.³⁶ 4112 sayılı Kanuna getirilen diğer bir eleştiri, TVK m.29'un kapsadığı hakların ikamet, seyahat, çalışma, miras, taşınmaz mal edinme v.b. sıralandıktan sonra "gibi konularda" ibaresinin eklenmiş olmasıdır. Buradaki 'gibi' kavramını içeren düzenlemenin yeterli ölçüde açık olmadığı, hakların örnekler vererek sayma yolu ile tespit edilmesinin uygulamada kişilerin yarar-

³⁴ Çiçekli, s. 72.

³⁵ Aybay, s. 204; Çiçekli, s. 73; Doğan/Odabaşı, s. 138. Bakanlar Kurulu'ndan çıkma izni alan kişinin ister çıkma iznini almadan önce ister çıkma iznini aldıktan sonra yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış olsun kanunda getirilen istisnai haklardan yararlanacağı hakkında bkz. Danıştay, E.2000/3814; K.2002/1250.

³⁶ Turhan, s. 52; Fügen Sargın, *Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye'de Taşınmaz Mal ve Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmaları*, Ankara 1997, s. 187. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü de Türk vatandaşlığından çıkma izni almak üzere müraccat ettiklerinde herhangi bir şekilde yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış kişilerin bu hükmün dışında kaldığını ve belirtilen haklardan yararlanmalarının kanunen mümkün olmadığı şeklinde yorum yapmıştır. Bkz. Çiçekli, s. 72.

ZEYNEP DERYA
TARMAN'IN
TEBLİĞİ

lanabilecekleri hakların kapsamının tespitinde karışıklıklılara yol açabilecek nitelikte olduğu belirtilmiştir.³⁷ Bu hükmün istisnai nitelikte bir hüküm olması nedeniyle dar yorumlanması gerektiği düşünülse de Yönetmeliğin madde metninde zikredilmeyen yatırım, ticari faaliyet, kiralama gibi bazı konuları hükme dahil etmiş olması (m. 42 II) Kanunda sayılmış konuların sınırlı olmadığı sonucuna yol açmıştır.³⁸ Sayılan hak türlerinin sadece örnek olarak sayıldığı, madde hükmünün kapsamına giren hakların maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı ve İçişleri Bakanlığında çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin kural olarak Türk vatandaşlarının yararlandığı bütün haklardan aynen yararlanacağı belirtilmiştir.³⁹ Uygulamadan kaynaklanan problemleri ve belirsizlikleri ortadan kaldırmak amacıyla 2004 yılında yapılan değişiklikle⁴⁰ TVK m.29'a yeni bir biçim verilmiş, tartışma yaratan durum kısmen düzeltilmiştir.

2. TVK m. 29 (29.6.2004 Tarih ve 5203 Sayılı Kanun)

'*Yabancı Muamelesi Ve Saklı Tutulan Haklar*' başlıklı TVK m. 29, ilk cümlesinde bu kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulacaklarını belirttikten sonra ikinci cümlesinde belirli nitelikteki eski Türk vatandaşlarına istisnai olarak belirli ayrıcalıkların tanındığını belirtmiştir. TVK m. 29'un sağladığı haklardan sadece Türk vatandaşlığını İçişleri Bakanlığı'ndan izin almak suretiyle kaybedenlerin yararlanacağı, vatandaşlığı iptal edilenler ile vatandaşlıktan çıkarılanların bu haklardan yararlanamayacakları TVK m. 29'un son cümlesinde ayrıca belirtilmiştir.⁴¹

³⁷ Turhan, s. 56-57; Aybay, s. 204.

³⁸ Nomer, s. 102.

³⁹ Turhan, s. 57.

⁴⁰ Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, No. 5203, Kabul Tarihi 29 Haziran 2004, RG, 6 Temmuz 2004, 25514.

⁴¹ Kanununun 33 ve 35. madde hükümlerinin saklı tutulduğunu belirtilmesinin gereksiz olduğu hakkında bkz. Aybay, s. 206; Çavuşoğlu, s. 36.

a. Ayrıcalıklı Statüden Yararlanabilecek Olanlar

TVK m. 29'da ayrıcalıklı statüden kimlerin yararlanacağı konusunda önceki metinden kaynaklanan bazı tartışmalara son vermek amacıyla bazı düzeltmeler yapılmıştır. Ayrıcalıklı yabancı statüsünün uygulama şartlarından kişiye yönelik olan iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Kişinin Türk vatandaşlığını doğumla kazanmış olması ve bu kişinin İçişleri Bakanlığı'ndan vatandaşlıktan çıkma izni alması veya böyle bir kişinin vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocuklarından olması gerekir.

aa. Türk Vatandaşlığından Çıkma İzni Almak Suretiyle Ayrılanlar

TVK m. 29'da düzenlenmiş olan ayrıcalıklı yabancı statüsünden yararlanabilmek için Türk vatandaşlığını TVK m.1, 2 veya 4 hükümlerinden biri gereğince kan esası veya toprak esasına⁴² dayanarak doğumla -aslen- kazanmış olmak gerekmektedir. Türk vatandaşlığını doğumla kazanamayıp sonradan kazananlar ile Türk vatandaşlığını ilticacı statüsünde kazanan kişiler bu statüden yararlanamayacaklardır. TVK m. 29'un eski metninde doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da sonradan İçişleri Bakanlığı'ndan çıkma izni almak suretiyle yabancı devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin ayrıcalıklı statüden yararlanabilecekleri belirtilmişti. Bu durumda, TVK m. 22/f.3 ile sağlanan olanaktan yararlanarak başka bir devlet vatandaşlığını Türk vatandaşlığını da muhafaza ederek kazanan, ancak daha sonra çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılanların TVK m. 29 kapsamında sayılıp sayılmayacakları hususu tartışmalıydı. Bunun yanı sıra, izin almaksızın yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış olan ama durumları yetkili mercilerce anlaşılıp kaybettirme işlemi yapılmadan önce çıkma yoluyla Türk vatandaşlığını

⁴² Vatandaşlık hukuku sistemimizde kan esası yanında toprak esası da TVK m. 4 uyarınca doğum yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması yoludur.

ZEYNEP DERYA
TARMAN'IN
TEBLÜĞİ

kaybedenlerin durumu da duraksama yaratmaktaydı. Yapılan değişikliklerle, çıkma izni almadan yabancı bir devletin vatandaşlığını kazanmış olanlar da sonradan çıkma izni almak koşuluyla maddede sayılan haklardan yararlanabilecektir. Diğer bir ifadeyle, ayrıcalıklı yabancı statüsünden yararlanma olanağı açısından iznin yabancı devlet vatandaşlığının kazanılmasından önce veya sonra alınmış olması açısından bir fark gözetilmemektedir.

TVK m.29'un eleştirilecek yönü, ayrıcalıklı statüden yararlanacakların kapsamını belirtirken kullandığı *çıkma iznini alanlar* ifadesidir. Bu haliyle m. 29'un olanaklarından faydalanmak için çıkma izninin yeterli olduğu izlenimi verilmektedir. Halbuki Türk vatandaşlığının kaybı anı çıkma izninin değil çıkma belgesinin verildiği andır (m.23/f.1). Aynı maddede "...bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları..." ifadesine de yer verilmiş olması çıkma belgesi alınacağına işaret etmiş olsa da madde metninin özensiz bir biçimde kaleme alınmış olduğu söylenebilir.⁴³

bb. Türk Vatandaşlığından Çıkma İzni Almak Suretiyle Ayrılanların Çocukları

TVK m. 29'un sağladığı haklardan Türk vatandaşlığından çıkma izni almak suretiyle ayrılanların yanı sıra bu kişilerin çıkma belgelerinde kayıtlı reşit olmayan çocukları da yararlanacaktır. Önceki metinde yer alan ve tartışmalara yol açan "*kanuni mirasçılar*"⁴⁴ ifadesinin kaldırılmış olup "*çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocuklar*" ifadesine yer verilmiş olması yerindedir. Bu hükme göre, çıkma belgesinde yer al-

⁴³ Aybay, s. 207, dn. 26.

⁴⁴ TVK m. 29'a dahil edilen kanuni mirasçılar kavramının Türk yabancılar hukukunda mevcut olan bazı yasakların delinebilmesine veya en azından uygulamada bazı tereddütlere neden olacağı hakkında bkz. Turhan, s. 54.

mayan veya sonradan doğan çocuklar Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaya devam edemeyeceklerdir.⁴⁵

b. Yararlanılacak Hakların Kapsamı

TVK m. 29 kapsamındaki kişiler "...askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafiyet araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceklerdir. Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanılması temel kural olarak kabul edilmekte olup yararlanılmayacak olan haklar ise madde metninde tek tek sayılmaktadır. Buna göre, askerlik yapma yükümlülüğü, seçme-seçilme, kamu görevine girme⁴⁶ ve muafiyet araç veya ev eşyası ithal etme⁴⁷ konularında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanma söz konusu değildir. Önceki metinde yararlanılacak hakların örnekleme mahiyetinde sayılması farklı bakış açıları sebebi ile uygulamada karışıklıklara sebep olduğundan bu metinde yararlanılmayacak hakları sayma yöntemi tercih

⁴⁵ Nomer, s. 103.

⁴⁶ Kamu görevine girme hakkından ne anlaşılması gerektiği hususu tartışmalıdır. Doktrinde belirleyici kıstasın görülecek hizmetin kamu hizmeti niteliğinde olması ileri sürüldüğü gibi (bkz. Nomer, s. 105); madde de yer alan kamu görevine girme istisnasının dar yorumlanarak bundan sadece devlet memurluğunun anlaşılması gerektiği de ileri sürülmektedir (Bkz. Çavuşoğlu, s. 34). Özellikle Türk soylu yabancıların Türk Soylu Yabancılar İlişkin 2527 sayılı Yönetmelik m. 11 uyarınca Türk vatandaşlarına hasredilen işleri yapabilmelerine izin verildiği dikkate alınacak olursa eski asli Türk vatandaşlarına kamu hizmetlerine girmelerinin yasaklanması yerinde değildir. Dolayısıyla kamu görevine girme yasağının dar yorumlanması gerekmektedir.

⁴⁷ Burada muaf kavramı ile kastedilen belirli şartların varlığı durumunda yurtdışında bulunan vatandaşlarımızın ikametlerini Türkiye'ye nakletmeleri durumunda ev eşyalarını gümrük vergisi ödemedi Türkiye'ye ithal hakkına sahip olmalarıdır.

ZEYNEP DERYA
TARMAN'IN
TEBLİĞİ

edilmiştir. Böylece söz konusu hakların kapsamının da genişletilmiş olduğu belirtilmiştir.⁴⁸

Türk vatandaşlığını doğumla kazanıp da çıkma izni almak suretiyle kaybeden kişilerin ve onların reşit olmayan çocuklarının yabancı muamelesine tabi tutulmalarına m. 29/2. cümle bir istisna getirmekle beraber bu istisnanın uygulanması bakımından da bir sınır getirmiştir. TVK m. 29 kapsamına giren kişilerin "milli güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla" Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanabilecekleri kabul edilmiştir. Ancak milli güvenlik ve kamu düzeni adı altında açık hüküm bulunmadığından bu düzenlemeler her bir hak kategorisi için değişecektir. Bu nedenle, kişiler milli güvenlik veya kamu düzeni nedeniyle kendilerine ne gibi kısıtlamalar uygulanabileceğini önceden öngöremeyeceklerdir.⁴⁹ Türk hukuku açısından içi tam anlamıyla doldurulmamış kavramlara yer verilmesi uygulamada sınırlamaların kapsamının genişletilmesi suretiyle Kanunun amacına aykırı bir biçimde kullanılması tehlikesini beraberinde getirmektedir. Bu saklı hükmün nasıl uygulanacağı, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Dairesi Başkanlığı'nun Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 5203 sayılı Kanun'la değişik 29. maddesine ilişkin 2004/22-1593 nolu genelgesinde⁵⁰ belirtilmiştir. Söz

⁴⁸ İçişleri Komisyonu Raporu, Esas No: 1/815, Karar No. 68; Nomer, s. 102.

⁴⁹ Nomer, s.104-105; Çavuşoğlu, s. 35.

⁵⁰ Bkz. TC Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Dairesi Başkanlığı, B091TKG0160001/1365-0/1126 Sayılı 2004/22-1593 Genelge: *Türk vatandaşlığını doğumla kazanmış olup da, sonradan izin almak suretiyle (Asya ve Afrika'daki tüm devletler ile Avrupa'daki Polonya, Yunanistan, Bulgaristan, Romanya, Macaristan, Arnavutluk, Çek Cumhuriyeti, Slovakya ve Yugoslavya'nın dağılmasıyla ortaya çıkan Bosna-Hersek, Hırvatistan, Slovenya, Makedonya, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (Sırbistan) vatandaşlığına geçenler hariç) yabancı bir devlet vatandaşlığına geçen veya önceden yabancı bir devlet vatandaşlığına geçip de sonradan çıkma izni alan kişiler ile bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocuklarının taşınmaz mal iktisabı, ferağı, miras ve mülkiyetten ayrı aynı haklara ilişkin her türlü talepleri, yabancılara uygulanan kanuni kısıtlayıcı hükümler uygulanmaksızın aynen Türk vatandaşları gibi mer-*

konusu Genelgede bazı ülkeler sayılmış ve çıkma izni alıp da bu ülkelerin vatandaşı olanların 29. madde kapsamında öngörülen bazı haklardan yararlanamayacakları ifade edilmiştir. Genel Müdürlük, saklı hükmü somut olay içinde değerlendirmeyip genel olarak bazı ülke vatandaşlarına uygulanması yönünde yorumlamıştır.⁵¹ Bu durum, idareye "Türkiye Cumhuriyetinin milli güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla..." ifadesinden yola çıkarak sağlanan takdir hakkının ne denli geniş olarak kullanılabileceğinin bir göstergesidir. Halbuki bu sınırlamanın her somut olayda Türkiye Cumhuriyeti'nin milli güvenliğinin ve kamu düzeninin zarar görmesi söz konusu olduğunda devreye girmesi ve bu durumda ilgilinin m. 29'daki genel kural uyarınca yabancı muamelesine tabi tutulması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, TVK m.29'da belirtilen olanaktan yararlanmak için hangi devletin vatandaşlığına geçildiğine ilişkin herhangi bir sınırlama Kanun'da bulunmamaktadır. Normlar hiyerarşisine göre kanunda mevcut olmayan sınırlamanın bir genelge ile getirilmesi mümkün değildir.⁵² Bu sebeple doğumla Türk vatandaşı olup Türk vatandaşlığından çıkma izni alarak ayrılanların hangi devletin vatandaşlığına sahip oldukları önem taşımamaktadır.

c. Haklardan Yararlanma Usulü

TVK'nın 29. maddesinin 2. cümlesi kapsamında değerlendirilen yabancıların haklardan Türk vatandaşları gibi yararlanacaklarını ispat etmek üzere uygulamada ilgili kişilere istekleri üzerine yurt dışında Türk temsilcilikleri, yurt için-

keze sorulmadan ilgili tapu sicil müdürlüklerinde sonuçlandırılacaktır. 5203 Sayılı Kanuna tabi kişilerden olup da, yukarıdaki maddede parantez içinde gösterilen devletlerin vatandaşlığına geçenler ise, yalnızca miras haklarından Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gibi yararlanacağından bunların miras haklarına ilişkin talepleri merkeze sorulmadan ilgili tapu sicil müdürlüklerince karşılanacak, miras dışındaki taşınmaz mala ilişkin talepleri ise eskiden olduğu gibi merkeze sorularak alınacak cevaba göre sonuçlandırılacaktır.

⁵¹ Çelikel/Öztekın Gelgel, s. 243-244 ve 255.

⁵² Nuray Ekşi, *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, 2006, s. 131-132.

ZEYNEP DERYA
TARMAN'IN
TEBLİĞİ

de ise Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü ile İl Nüfus ve Vatandaşlık Müdürlüklerince "5203 Sayılı Kanunla Tanınan Hakların Kullanılmasına İlişkin Belge (uygulamadaki adı önce: Pembe Kart şimdi Mavi Kart)" adı verilen bir belge düzenlenmektedir.⁵³ Söz konusu belge kişilerin bizzat kendilerinin talebi halinde verilmektedir.⁵⁴ Ebeveynlerinin müracaatları halinde Türk vatandaşlığından çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocuklar adına da müstakil bir belge düzenlenmektedir. Mavi kart hamilleri belgenin sağladığı haklardan faydalanmak istediklerinde belgeyi ibraz etmek zorundadırlar (Yönetmelik m. 42/III). Bu kartları ibraz eden yabancılar, Türkiye'de ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz mal satın alma, ferağı ve kiralama gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaya devam edeceklerdir (Yönetmelik m. 42/II). Buna karşılık, uygulamada *Mavi Kart* hamillerinin tapu dairelerinde, bankalarda ve noterlerde mavi kartlarının tanınmaması nedeniyle birtakım zorluklarla karşılaşmaları söz konusudur. On dört senedir yürürlükte bulunan bir maddenin zaman zaman uygulanmaması düşündürücüdür. Başbakanlık, kamu kurum ve kuruluşlarının TVK m. 29'u amacı doğrultusunda uygulamaları için gereken önlemleri almaları konusunda bir Genelge⁵⁵ yayınlamıştır. Genelgeye göre, kamu ku-

⁵³ Vatandaşlıktan çıkmak isteyen kişi aynı zamanda başka bir devlet vatandaşı ise çıkma belgesi kendisine derhal verilir. Bu belge ile birlikte kendisine '5203 sayılı Kanunla Tanınan Hakların Kullanılmasına İlişkin Belge' de verilir. Vatandaşlıktan çıkmak isteyen kişi, başka bir devlet vatandaşı değil ise, İçişleri Bakanlığı tarafından kendisine izin belgesi, ilgili yabancı devlet vatandaşlığını kazandığını belirten belgeyi getirdiğinde çıkma belgesi verilir (TVK m. 22/f.2).

⁵⁴ Söz konusu kanunun tanıdığı haklardan yararlanmak isteğe bağlı olduğundan, mavi kart hamili olmasına rağmen bir takım gerekçelerle yabancı muamelesine tabi tutulmak isteyenler, talepleri halinde yabancı işleme (ikamet tezkeresi ve çalışma izni verilmesi gibi) tabi tutulabilirler.

⁵⁵ 2005/6 nolu Genelge. Bkz. RG, 25 Mart 2005-25766. İlgili genelgeye göre, "Türk Vatandaşlığından çıkan kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarına müracaatlarında, kurum ve kuruluşların kendi kanunlarındaki yabancılar için getirilmiş olan kısıtlayıcı hükümleri dikkate aldıkları ve bu nedenle mezkûr Kanun'un uygulanmasında çeşitli aksamalar olduğu, yapılan değişikliklerin

rum ve kuruluşlarının kendi görev alanına giren konularda 29. madde kapsamındaki kişilerle ilgili iş ve işlemlerde kendi özel kanunlarında mevcut yabancılar için getirilmiş kısıtlayıcı hükümler dikkate alınmayacaktır. Örneğin, yabancıların çalışma izinleriyle ilgili olarak Çalışma Bakanlığı'nun yapacağı uygulamada İçişleri Bakanlığı Vatandaşlık Genel Müdürlüğü tarafından verilen belgeleri esas alması gerekmektedir. TVK m. 29 kapsamındaki bir yabancı, yabancıların çalışmasına dair getirilen sınırlamalara tabi olmaksızın Türkiye'de rahatça çalışabilecektir. Bunlardan belirli meslekler bakımından Türk vatandaşı olma koşulu, çalışma izni, çalışma vizesi, çalışma amaçlı ikamet izni ve bunun gibi belgeler talep edilmeyecektir.

Sonuç

Göç veren ülkelerden olan Türkiye, yurt dışında yaşayan vatandaşlarının özellikle Alman vatandaşlığına geçişlerini teşvik etmek için pembe (mavi) kart uygulamasını yaratmıştır. 1995 ve 2004 yıllarında yapılan değişikliklerin ardından şekillenen TVK m. 29, yabancı bir devlet vatandaşlığının kazanılmasını teşvik etmek amacıyla özel statülü yabancılar kategorisi yaratmıştır. Söz konusu madde, gerek çifte vatandaşlığı reddeden Almanya'daki düzenlemeyi iç hukuk kuraları ile dolanarak "de facto" olarak etkisiz hale getirdiği gerekse yabancılar arasında ayırım yapmamış bulunan Türk Vatandaşlığı Kanununun sistemini yabancılar arasında imtiyazlı bir yabancılar grubu meydana getirmek suretiyle bozmuş ol-

amacına uygun şekilde uygulamalara yansıtılmadığı anlaşılmaktadır. Doğumla Türk Vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni almak suretiyle Türk Vatandaşlığını kaybedenler ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocuklarının, 403 sayılı Kanununun 29'uncu maddesi ile kendilerine tanınan haklardan yararlanmaları amacıyla İçişleri Bakanlığı tarafından bir belge verilmektedir. Kurum ve kuruluşlar kendilerine yapılan müracaatlarda 403 sayılı Kanununun 29'uncu maddesinin uygulanması için söz konusu belge ile birlikte müracaat sahibinin vatandaşı olduğu ülke makamlarınca verilen kimlik belgesi dışında başka bir ispat belgesi talep etmeyeceklerdir."

ZEYNEP DERYA
TARMAN'IN
TEBLİĞİ

duğu ileri sürülerek eleştirilebilir. Bununla beraber, özel statü yabancılar kategorisi yaratılması yabancılar hukukunun genel esaslarına aykırı değildir. Devletler, temel hak ve özgürlükler alanında eşitlik esasını benimsemekle beraber, yabancıların hangi haklardan, hangi şartlarla faydalanabileceklerini kendi milli menfaatlerini dikkate alarak kendileri belirlerler. Türkiye de bu madde kapsamındaki kişilerin hangi şartlarda hangi haklardan yararlanacağını özel hükümle düzenlemiştir. Bu uygulamanın söz konusu ülkelerde vatandaşlık kazanma yolunu seçerek daha fazla haktan yararlanabilecek Türk vatandaşları açısından faydalı yönleri göz önünde tutulmalıdır. Getirilen düzenlemeyle, ülkede bulunan diğer yabancılar ancak Türk yabancılar hukukunun getirdiği şartlar ve sınırlamalar doğrultusunda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanabilecek iken; çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olan bu kişiler, kural olarak Türk vatandaşlarına tanınan bütün haklardan aynen yararlanmaya devam edeceklerdir. Mavi Kart ile ayrıcalıklı yabancı statüsünü belgeleyen kişilerin askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme-seçilme, kamu görevlerine girme, muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında Türk vatandaşlığından kaynaklanan hakları saklı tutulur ve güvence altına alınır. 1995 değişikliği ile kabul edilen bu uygulamaya devlet bürokrasisi gerekli bilgilendirme ve hazırlık yapmadan başladığından vatandaşlar bir takım zorluklarla karşılaşmışlardır. 2005 yılında yapılan değişiklik ile vatandaşlara tanınan bu hak daha açık bir şekilde tanımlanmıştır. Fakat bu noktada devlet kurumlarına önemli bir görev düşmektedir. Kanunda yer almayan, normlar hiyerarşisine aykırı kısıtlamalar getirilmemeli ve yurtdışında yaşayan Türk vatandaşları bu maddenin kapsamı konusunda bilinçlendirilmelidir. Uygulamanın genelge ve talimatlarla yönlendirilmesi ve bu genelgelere erişimin zaman zaman zor olması hukukçuları zor durumda bırakmaktadır. Bu nedenle, idarenin düzenleyici işlemlerinin sistematik ve erişilebilir hale getirilmesi önem taşımaktadır. Böylelikle yurtdışında yaşayan Türk vatandaşlarının yaşadıkları devlet vatan-

daşlığına geçmeleri ile sosyal ve siyasal haklara kavuşmaları ve yaşadıkları ülkelere daha kolay uyum sağlamaları sağlanacaktır. TVK m. 29 ile kabul edilen imtiyazlı yabancı statüsünün kamu çalışanlarına çok açık ve seçik anlatılması, uygulamadaki tereddütlerin de kaldırılması gerekir. Aksi takdirde bu madde ile amaçlanan Türk vatandaşlarının yaşadıkları ve buldukları yabancı devlet vatandaşlığını teşvik etme amacına ulaşamaz. Bu konu üzerinde önemle durulması ve gerek eski Türk vatandaşlarımızın gerekse uygulamacıların m. 29 konusunda bilinçlendirilmesi gerekmektedir.

Kaynaklar

- Aydanur Gürzumar, *Türk Vatandaşlığının Kaybında Şahıs İradesinin Önemi, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, 1999*, s. 135-163.
- Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Türk Vatandaşlığı Kanununda 5203 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Sonrasında Türk Vatandaşlığında Çıkma, Yasa 260/2005*, s. 21-39.
- Aysel Çelikel/Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, Beta, İstanbul 2008.
- Bilgin Tiryakioğlu, *Multiple Citizenship and its Consequences in Turkish Law, Ankara Law Review*, 2006, s. 1-16.
- Bülent Çiçekli, *Türk Vatandaşlığından İzin Alarak Çıkma, Ankara Barosu Dergisi*, 2000, s. 63-75.
- Ergin Nomer, *Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007.
- Fügen Sargın, *Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye'de Taşınmaz Mal ve Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmaları*, Ankara 1997.
- Nuray Ekşi, *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, Beta, İstanbul 2006.
- Rona Aybay, *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2004.

ZEYNEP DERYA
TARMAN'IN
TEBLİĞİ

Turgut Turhan, Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, Cilt 46, s. 41-66.

Vahit Doğan/Hasan Odabaşı, *Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

ASKERLİK HİZMETİNİN TÜRK VATANDAŞLIĞI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Yrd. Doç. Dr. Mesut AYGÜN**

Giriş

Türk hukukunda askerlik, bir vatandaşlık görevi olarak kabul edilmiştir. Keza, Anayasa'nun "vatan hizmeti" başlığını taşıyan 72. maddesinde, askerlik, hem hak, hem de görev olarak kabul edilmiştir. Bu maddeye göre, 'vatan hizmeti her Türk'ün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir'. TC Anayasası, Askerlik Kanunu ve Askeralma Yönergesi başta olmak üzere mevzuatta askerlik yükümlülüğü ayrıntılı olarak kabul edilmiştir. Aynı zamanda bu konuya ilişkin olarak pek çok yargı kararı da bulunmaktadır.

Siyasi hak ve ödevler arasında değerlendirilen askerlik hizmeti, tâbiyet bağının gerektirdiği sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak genellikle vatandaşlar için öngörülen bir hak ve mükellefiyet alanı teşkil etmekte, yabancılar kapsam dışında tutulmaktadır. Aynı zamanda çoğu ülkede askerlik, erkek vatandaşları bağlayan bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır.

MESUT
AYGÜN'ÜN
TEBLİĞİ

* Bu tebliğ, önemli ölçüde, 'MSY 70-1C Milli Savunma Bakanlığı Askeralma Yönergesi' hükümlerinin tespiti ve değerlendirilmesinden hareketle hazırlanmıştır. Tebliğin sunumunun yapıldığı 15.05.2009 tarihinde Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı, TBMM'nin gündeminde olup, henüz yasalaşmamıştır. Ancak, askerlik yükümlülüğünün Türk vatandaşlığına etkisi bakımından önemli değişiklikler getiren Tasarı'nın ilgili hükümlerine çalışmada yer verilmiştir.

** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyesi.

MESUT
AYGÜN'ÜN
TEBLİĞİ

Askerlik yükümlülüğü, ülkeden ülkeye farklılıklar taşımakla birlikte çeşitli şekillerde düzenlenmiştir.¹ Aralarında Türkiye, İsrail ve İran'ın bulunduğu ülkelerde sadece silahlı kuvvetlerde değerlendirilmek üzere zorunlu askerlik sistemi kabul edilmiştir. Buna karşılık, İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Hollanda gibi ülkelerde zorunlu askerlik söz konusu değildir, askerlik gönüllülük esasına bağlanmıştır. Bu iki kategori dışında kalan ülkelerde ise, askerliğin kamu hizmeti olarak sivil kurumlarda ve/veya silahsız olarak orduda yapılması gibi karma sistemler benimsenmiştir. Dünya üzerinde askerlik sistemlerinin bu kadar farklılık arz etmesi, en çok, birden fazla tâbiyete sahip vatandaşlar açısından zorluk doğurmaktadır. Bu durumda birden fazla devletin vatandaşlığını taşıyan kişinin askerliğini hangi devlette yapacağı veya yapılmış askerliğin diğerlerinde geçerli olup olmayacağı önemli bir sorun olarak durmaktadır.

Askerlik yükümlülüğünün Türk vatandaşlığı üzerine etkisi üç şekilde karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak, askerlik yükümlülüğü, Türk vatandaşlığına geçmek isteyen yabancı, göçmen ve mülteciler ile Türk vatandaşlığını kaybetme durumunda olanlar üzerinde etki doğurur. Özellikle, Türk vatandaşlığının kaybı türlerinden olan "kaybettirme", askerlik hizmetinin yerine getirilmesi ile yakından ilgilidir. İkincisi, aynı zamanda vatandaşlıklarından biri Türk vatandaşlığı olan çifte veya çok tâbiyetlilerin durumu ile ilgilidir. Son olarak da, yabancı ülkede yaşayan Türk vatandaşlarının askerlik yükümlülüklerinin gerek ertelenmesi, gerek dövizle yerine getirilmesine ilişkin ortaya çıkan özel durumlardır. Çalışmamızda, askerlik yükümlülüğünün vatandaşlık müessesesi üzerindeki etkilerine ilişkin yukarıda sözünü ettiğimiz her üç durum da genel hatlarıyla incelenmiş ve çeşitli vargılara ulaşılmıştır.

¹ Çeşitli ülkelerdeki askerlik sistemleri üzerine hazırlanmış rapor için bkz. *Conscription and Armies in The World*: <<http://www.c3.hu/~farkashe/english/countries.htm>>, (21.04.2009).

I. Türk Vatandaşlığını Kazanma

1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun ikinci maddesine göre, askerlik yükümlüğü, Türk vatandaşlığını kazananlar üzerinde, Türk vatandaşlığına geçen yabancı, vatansız (*haymatlos*), mülteciler için farklı; göçmenler için farklı şekilde etki eder.

A. Yabancı, Vatansız (Haymatlos) ve Mülteciler Açısından

Burada incelenecek olanlar, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 3, 5, 6, 7, 8 ve 12. maddelerine göre Türk vatandaşlığını sonradan kazanan yabancı, vatansız veya mültecilerdir. Türk vatandaşlığına geçmek isteyen yabancı, vatansız veya mülteciler, Türk vatandaşlığını kazandıkları tarihte hangi yaşta iseler, o yaştaki yerli yükümlüler (emsalleri) gibi askerliklerini yaparlar. Bu kişiler *vatandaşlığı kazandıkları tarihte, ilk celp döneminde silah altına alınan emsalleri terhis olmuş iseler*, askerlik hizmetini yapmazlar, yedeğe aktarılırlar. Eğer, emsalleri henüz terhis olmamış iseler, bu kişiler tâbi oldukları statüde askerlik hizmetlerini tam olarak yerine getirirler. Bu durumu bir örnekle açıklayalım:

Örnek 1: 21.09.2006 tarihinde Türk vatandaşlığını kazanan kişi, 1985 doğumludur.

Doğum Tarihi : 01.01.1985

Vatandaşlığı Kazandığı Tarih : 21.09.2006

Vatandaşlığı Kazanmadan Önce : Yabancı / Vatansız / Mülteci

İlk Celp Döneminde Askere Alınan

Emsallerinin Terhis Tarihi : 21.05.2006 (21.02.2005 + 15 Ay)

Sonuç : **ASKERLİK YÜKÜMLÜLÜĞÜ YOK**

Yükümlünün emsallerinin ilk celp grubu, 21.02.2005 tarihinde silahaltına alınmış olup, 21.05.2006 tarihinde terhise tâbidir. Vatandaşlığı kazandığı tarihte emsallerinin ilk celp grubu terhis olduğundan, yükümlünün askerlik hizmeti söz konusu değildir. Öğrenim durumuna bakılmaksızın yedeğe aktarılacaktır.

MESUT
AYGÜN'ÜN
TEBLİĞİ

Örnek 2: 1985 doğumlu yükümlü, 20.05.2006 veya bu tarihten daha önce Türk vatandaşlığını kazanmıştır.

Doğum Tarihi : 01.01.1985
 Vatandaşlığı Kazandığı Tarih : 20.05.2006 (Veya Bu Tarihten Önce)
 Vatandaşlığa Kazanmadan Önce : Yabancı / Vatansız / Mülteci
 İlk Celp Döneminde Askere Alınan
 Emsallerinin Terhis Tarihi : 21.05.2006 (21.02.2005 + 15 Ay)
 Sonuç : **ASKERLİK YÜKÜMLÜLÜĞÜ VAR**

Eğer, bu yükümlü, 20.05.2006 tarihinde veya bu tarihten önce vatandaşlığı kazanmış olsa idi, vatandaşlığı kazandığı tarihteki emsallerinin ilk celp grubu silah altında olduklarından veya silah altına alınmadıklarından askerlik hizmetini yerine getirmesi söz konusu olacaktır. Yükümlü, öğrenim görmekte ise, talebi üzerine, Askerlik Kanunu'nun ilgili hükümleri gereğince askerlik hizmeti ertelenecek; öğrenimini tamamladıktan sonra yedek subay veya erbaş/er statüsünde askerlik hizmetini yapacaktır.

B. Göçmenler Açısından

Burada sözü edilen, 5543 sayılı İskân Kanunu hükümlerine göre Türk vatandaşlığına alınan göçmenlerdir. İskân Kanunu hükümlerine göre Türk vatandaşlığına alınan göçmenlerin askerlik hizmetini yapıp yapmayacaklarının tespitinde, Türkiye'ye ilk kez geldikleri tarih ile kaç yaşında oldukları dikkate alınır. Vatandaşlığa alındıkları tarihin bir önemi yoktur. Bu kişiler, *Türkiye'ye geldikleri tarihte yirmi iki yaşını doldurmuş² veya geldikleri memlekette askerlik yükümlülüğünü yerine getirmişseler* asker edilmezler. Aksi durumda askerlik hizmetini yerine getirmeleri gerekmektedir.³ Bu durumu bir örnekle açıklayalım:

² Yurda giriş tarihini sadece yıl olarak bildirebilenlerin, yirmi iki yaşını tamamlayıp tamamlayamadıklarının tespitinde geldikleri yılın 1 Ocak tarihi esas alınır.

³ Ayrıca, askerlik hizmetini yaparken, terhis olmadan göç edenlerin askerlik hizmetleri dikkate alınmaz, askerlik yapmamış gibi değerlendirilir.

Örnek 1:

Doğum Tarihi	: 02.03.1978
Yurda Geldiği Tarih	: 02.03.2000
Vatandaşlığı Kazanmadan Önce	: Göçmen
Vatandaşlığı Kazandığı Tarih	: 06.07.2000 (Önemi Yok)
Sonuç :	ASKERLİK YÜKÜMLÜLÜĞÜ YOK

Bu yükümlü yurda geldiği tarihte yirmi iki yaşını doldurmuş olduğundan, askerlik hizmetini yapmasına gerek yoktur, doğrudan yedeğe aktarılacaktır.

Örnek 2:

Doğum Tarihi	: 02.03.1978
Yurda Geldiği Tarih	: 01.03.2000
Vatandaşlığı Kazanmadan Önce	: Göçmen
Vatandaşlığı Kazandığı Tarih	: 06.07.2000 (Önemi Yok)
Sonuç :	ASKERLİK YÜKÜMLÜLÜĞÜ VAR

Bu yükümlü yurda geldiği tarihte yirmi iki yaşını tamamlamamıştır. Bu durumda geldiği ülkede askerlik hizmetini yapıp yapmadığının tespit edilmesi gerekir. Eğer yükümlü geldiği ülkede askerlik hizmetini yaptığını beyan ediyor ve buna ait belge sunabiliyorsa yedeğe geçirilecektir. Eğer geldiği ülkede askerlik hizmetini yapmamış ya da askerlik hizmeti karşılığı bedel ödeyerek terhis edilmemişse emsalleri gibi askerlik hizmetine tâbi tutulacaktır.

II. Türk Vatandaşlığının Kaybı

Bazı ülkelerin vatandaşlık kanunlarında (örneğin, İtalyan Vatandaşlık Kanunu'nda) askerliğin vatandaşlığın kaybına yol açması ile ilgi herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.⁴

lirler.

⁴ Tanrıbilir, Feriha Bilge, "Vatandaşlığın İrade Dışı Kayıp Halleri", *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu*, Bildiriler: 29 Şubat 2008, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 151.

MESUT
AYGÜN'ÜN
TEBLİĞİ

Çoğu ülkenin mevzuatında ise (Türkiye, Almanya, ABD, Avusturya, Hollanda gibi ülkelerin vatandaşlık kanunlarında) askerliğin vatandaşlığın kaybına yol açmasına ilişkin hükümler bulunmakta ve bu konuda da genelde iki farklı kayıp nedeninin tercih edildiği görülmektedir.

İlk ihtimalde, yükümlünün yurt dışında bulunup askerlik için kendisine yapılan çağrıya uymaması ya da askerlik hizmetini yerine getirmemek için yurt dışına kaçması durumunda vatandaşlığı kaybetmesi söz konusu olmaktadır. Bu nedenlere bağlı olarak vatandaşlık bağına son verilen kişi yurt dışında bulunmaktadır.

İkinci ihtimalde ise, yükümlünün izinsiz olarak yabancı bir devletin hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapması, vatandaşlığının kaybına yol açan bir neden olarak görülmektedir. Askerlik, sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak vatandaşlar için öngörülen bir hak ve yükümlülük olduğundan, yabancı devlette gönüllü askerlik hizmeti yapmanın, bu sadakat yükümlülüğü ile uyummadığı sonucuna varılmaktadır. Nitekim Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi m. 7'de askerliğin, sadece, yabancı askeri kuvvetlerin gönüllü olarak hizmetinde bulunulması durumunda vatandaşlığın kaybına neden olacağı hükme bağlanmıştır. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde yer alan bu kayıp nedeni, Türk hukuku açısından her ne kadar şu anda yürürlükte bulunan 403 sayılı TVK'da açıkça bir kaybettirme nedeni olarak düzenlenmese de, yürürlüğü bulunmayan Tâbiyet-i Osmaniye'ye Dair Nizamname ile 1312 sayılı TVK'da daha ağır bir kayıp türü olan vatandaşlıktan ıskat (çıkarma) nedeni olarak düzenlenmekte idi.

Türk hukukunda askerlik ile ilgili olarak vatandaşlığın kaybı pek çok ülkeye nazaran daha geniş düzenleme alanı bulmuştur. Bu konuda izlenen sistem, ilk ihtimalde değerlendirildiğimiz, yükümlünün askerlik hizmetini yapmamak üzere bir şekilde yurt dışında bulunması hallerine ilişkindir. Askerlik ile ilgili olarak Türk vatandaşlığının kaybı, TVK m. 25'e denk gelen "kaybettirme" müessesesi içerisinde üç fıkra olarak

düzenlenmiştir. Askerlikle ilgili kaybettirme kararı verilmesine yol açan nedenler şunlardır:

- *Yurt dışında bulunup da muvazzaf askerlik görevini yapmak veya Türkiye'de savaş ilanı üzerine, yurt dışında bulunup da, yurt savunmasına katılmak için yetkili kılınmış makamlar tarafından usulen yapılacak çağrıya mazeretsiz olarak üç ay içinde icabet etmeyenler* (TVK m. 25/ç).

- *Sevk sırasında veya kıtalarına katıldıktan sonra yurt dışına kaçıp da kanuni süresi içinde dönmeyenler* (TVK m. 25/d).

- *Silahlı kuvvetler mensupları ile askerlik görevini yapmakta olanlardan görev, izin, hava değişimi veya tedavi için yurt dışında bulunup da süresi bittiği halde mazeretsiz olarak üç ay içinde geri dönmeyenler* (TVK m. 25/e).

Bunlar içinde en yaygın uygulama alanı bulan, TVK m. 25/ç'deki askerlik hizmetini yapmamak için yurt dışından bulunan yoklama kaçakları ve bakayalar ile ilgili olan düzenlemedir.⁵

Ancak, TVK m. 25'de yer alan askerlikle ilgili bu kaybettirme nedenleri yakın zamanda tarihe karışacaktır. Çünkü mevcut TVK'yı değiştirecek olan Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nda "*kaybettirme*" kapsamında askerlik ile ilgili TVK'da yer alan kaybettirme nedenlerine yer verilmemiştir. Kaybettirmeyi düzenleyen Tasarı'nın 29. maddesinde askerlik ile ilgili vatandaşlığın kaybı hali olarak, sadece, "*izin almaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapanlar*" hükmü yer almaktadır. Tasarı, bu düzenleme ile yukarıda ifade ettiğimiz ihtimallerden ikincisini tercih etmiş olmaktadır.

Tasarı'da yer alan bu düzenleme ile pek çok Avrupa ülkesinin taraf olduğu, ancak Türkiye'nin tarafı olmadığı Avrupa

⁵ Askerliğe bağlı sebeplerden dolayı Türk vatandaşlığının kaybı hakkında detaylı bilgi için bkz. Ekşi, Nuray, *Askerliğin Vatandaşlık Üzerindeki Etkisi ve Özellikle Çifte Vatandaşlığa Sahip Kişilerin Askerlik Yükümlülüğü*, İkinci Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul 2005, s. 5 vd (Askerlik Yükümlülüğü).

MESUT
AYGÜN'ÜN
TEBÜĞİ

Vatandaşlık Sözleşmesi ile uyum sağlama amacının bulunduğu düşünülmektedir.

Öte yandan, Tasarı ile getirilen askerlik yükümlülüğünü ilgilendiren diğer bir değişiklik de, vatandaşlığın iradi olarak kaybına yol açan "çıkma"nın şartlarına ilişkin düzenlemede yer almaktadır. TVK'nun m. 20/c bendinde yer alan "herhangi bir suç nedeniyle aranmakta olan kişilerden olmamak" şartına, Tasarı'nun 25/c bendinde "askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak" ibaresi ilave edilmiştir.

Bu hükmün vatandaşlıktan çıkma yolunun askerlikten kaçma yönünde istismar edilmesini önlemesi bakımından caydırıcı bir rolünün olduğu düşünülebilir.⁶ Ancak, Tasarı'nın yeni şekline göre çıkma izninin verilmesinde zaten yetkili makamın takdir yetkisinin bulunması ve mevzuatta yer alan diğer önleyici hükümler bakımından bu düzenlemenin isabetli olmadığı düşüncesindeyim. Çünkü askerlik statüsü bakımından yoklama kaçağı, bakaya, izin tecavüzü, hava değişimi tecavüzü veya firari konumunda olan vatandaşların yurt dışına çıkmalarına izin verilmezken, askerlik yükümlülüğünü yerine getirmeyenlerin vatandaşlıktan çıkma taleplerinin kabul görmeyeceği aşikârdır. Bu yönde bir şartın koşul hüküm olarak Tasarı'da yer almasına kanımca gerek yoktur.

5 Şubat 2009 tarihinde kabul edilen 5837 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile Askerlik Kanunu'nun 2. maddesine eklenen XI. f., "Çeşitli nedenlerle Türk vatandaşlığını kaybettikten sonra yeniden Türk vatandaşlığını kazananların askerlik işlemlerine, Türk vatandaşlığını kaybettikleri tarihteki durumlarına göre devam edilir" hükmüne amirdir. Bu hüküm ile askerlik yükümlülüğünü yerine getirmeden herhangi bir yolla Türk vatandaşlığını kaybedenlerin sonradan Türk vatandaşlığını kazanmaları halinde askerlik yükümlülüğünü yapmak zorunda oldukları ifade edilmektedir.

⁶ Kaplan, Yavuz, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Açısından Vatandaşlıktan Çıkma", *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu*, Bildiriler: 29 Şubat 2008, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 180.

III. Birden Fazla Tâbiyetli Türk Vatandaşları

Devletlerin askerlik sistemleri arasında farklar olduğu gerçeğinden hareket edildiğinde, birden fazla devletin vatandaşlığını taşıyan kişilerin askerliklerini hangi devlette yapacakları veya yapılmış askerliğin diğerlerinde geçerli olup olmayacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷ Askerlik yükümlülüğü, bir devlette zorunlu iken, diğerinde gönüllülük esasına bağlanmışsa, bu sorun daha bariz şekilde ortaya çıkmakta, çözümü de zorlaşmaktadır. Öte yandan, her iki devlette askerlik zorunlu olmasına rağmen; bir devlette sivil toplum kuruluşlarında yapılan kamu hizmeti askerlik olarak kabul edilirken, diğerinde fiilen askerî birliklere katılma şeklinde yerine getiriliyorsa, bu gibi meselelerin çözümü nispeten öncekine göre daha kolay olacaktır.

A. Genel Esaslar

Türkiye, geleneksel askeri stratejisi ile tanınmasına rağmen Türk vatandaşlığının yanı sıra yabancı devlet veya devletlerin vatandaşlığına sahip kişilerin askerlik yükümlülüğü açısından radikal adımlar atmıştır.⁸ Çifte vatandaşlığın, 1981 yılında Vatandaşlık Kanunu'na yapılan değişiklikle kabul edilmesinin ardından, 1992 yılında Askerlik Kanunu'nda değişiklik yapılmış, Kanunun ikinci maddesine eklenen bir fıkra ile yabancı ülkede yapılan askerliğin Türkiye'de hangi şartlarla kabul edileceği düzenlenmiştir. Bu değişikliği 1993 yılında yürürlüğe giren "*Birden Fazla Tâbiyetli Vatandaşların Askerlik Yükümlülüklerini Yerine Getirmiş Sayılmaları Dair Esaslar*" başlıklı Bakanlar Kurulu Kararı takip etmiş, söz konusu mesele ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Birden fazla tâbiyetli Türk vatandaşlarının askerlik yükümlüklerine ilişkin kanunî düzenleme Askerlik Kanunu'nun ikinci maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre:

⁷ Ekşi, *Askerlik Yükümlülüğü*, s. 48.

⁸ Ekşi, *Askerlik Yükümlülüğü*, s. 73.

MESUT
AYGÜN'ÜN
TEBLİĞİ

"Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenecek esaslara göre, yurt dışında doğan ve ikamet edenler ile kanunî rüşt yaşına kadar yabancı bir ülkeye gitmiş olanlardan, bulunduğu ülke vatandaşlığını da kazanan Türk vatandaşları, talepleri halinde, durumlarına uyan ve Kanunun öngördüğü askerlik statülerinden biri içerisinde askerlik mükellefiyetlerini 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar yerine getirebilirler veya tâbiyetinde buldukları diğer ülkede askerlik yapmış olduklarını belgelemek kaydıyla mükellefiyetlerini yerine getirmiş sayılırlar. Bunların 38 yaş sonuna kadar askerlikleri ertelenmiş kabul edilir".

Bu maddenin öngördüğü imkândan yararlanabilmek için:

- Yurt dışında doğmak ve ikamet etmek veya kanuni rüşt yaşına kadar yabancı bir ülkeye gitmiş olmak, ve
- Bulunduğu ülkenin vatandaşlığını kazanmak, şartlarının birlikte yerine gelmiş olması gerekir.

Maddede öngörülen şartları taşıyan Türk vatandaşları iki türlü hareket edebilirler: Ya durumlarına uyan ve Kanunun öngördüğü askerlik statülerinden biri içerisinde askerlik yükümlülüklerini 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar yerine getirmeyi talep edebilirler. Ya da tâbiyetinde buldukları diğer ülkede askerlik yapmış olduklarını belgeleyerek yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılırlar. Her iki durumda da bunların, 38 yaş sonuna kadar askerlikleri ertelenmiş kabul edilir.

B. Yabancı Ülkelerin Belirlenmesi

1993 tarihli *"Birden Fazla Tâbiyetli Vatandaşların Askerlik Yükümlülüklerini Yerine Getirmiş Sayılmaları Dair Esaslar"* başlıklı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 6. maddesinde, birden fazla vatandaşlığa sahip yükümlülerin hangi ülkelerde yaptıkları askerliğin muvazzaflık hizmetinden sayılacağı, İçişleri ile Dışişleri Bakanlığı'nın görüşü alınarak Milli Savunma Bakanlığı'nca belirlenir hükmü yer almaktadır. Aşağıdaki ül-

kelerde yapılan askerlik hizmeti ve alınan "askerliğe elverişli değildir" raporları değerlendirmeye alınmaktadır.

- Almanya
- Avusturya
- Danimarka
- Finlandiya
- İsrail
- İsveç
- İsviçre
- Norveç
- Yunanistan
- Tunus
- Fransa (1979 ve daha genç doğumlular hariç)⁹

Bu ülkelerde yapılan askerlik hizmeti ile tanzim edilen askerliğe elverişli değildir raporlarının kabul edilmesi hususunda sadece Türkiye ile Tunus arasında karşılıklılık bulunmaktadır. Türkiye ile Tunus arasında "Çifte Vatandaşlık Durumunda Vatan Hizmeti Yükümlülüğüne İlişki Anlaşma" imzalanmıştır. Listede yer alan diğer ülkeler açısından bir müteakabiliyet söz konusu değildir. Ancak bu ülkelerin tercih edilmesinde, zorunlu askerlik hizmetinin bulunması ve aynı zamanda vatandaşlarımızın yoğun olarak yaşadığı ülkeler olması gibi nedenler rol oynamaktadır.¹⁰

Bu ülkelerin dışında kalan diğer ülkelerde ise (örneğin, İtalya,¹¹ Hollanda ve Belçika'da) yapılan askerlik hizmeti geçerli sayılmamaktadır.

⁹ Fransa'da 01 Ocak 1999 tarihinden itibaren, 31 Aralık 1978 tarihinden sonra doğmuş olanların askerlik yükümlülükleri askıya alındığından, bu tarihten sonra doğmuş olan yükümlülerin müracaatları kabul edilmemektedir. 1979'dan daha önceki doğumlulara ait usulüne uygun olarak tanzim edilmiş belgeler kabul edilmektedir.

¹⁰ Ekşi, *Askerlik Yükümlülüğü*, s. 53.

¹¹ İtalya'da 1985 doğumlulardan itibaren zorunlu askerlik hizmeti kaldırıldığından, 01 Ocak 2005 yılında yukarıdaki listeden çıkartılmıştır. 1986 ve daha genç doğumlu olanların müracaatları kabul edilmemekte; daha önceki doğumlulara ait usulüne uygun olarak tanzim edilmiş belgeler kabul edilmektedir.

MESUT
AYGÜN'ÜN
TEBLİĞİ

Askerlik hizmeti ile "*askerliğe elverişli değildir*" kararlı raporların kabul edileceği ülkeler, ihtiyaç duyulduğunda her yılın Aralık ayı içerisinde, Milli Savunma Bakanlığı'nın koordinatörlüğünde Dışişleri ve İçişleri Bakanlıklarınca yeniden belirlenir.

C. Kapsam Dışı Bırakılan Yükümlüler

Bakanlar Kurulu Kararının beşinci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, aşağıda belirtilen yükümlülerin diğer ülkede yaptıkları askerlik hizmeti Türkiye'de sayılmaz ve bu gibilerin başvurularına işlem yapılmaz:

- Vatandaşlığını kazandığı ülkeye kanuni rüşt yaşından sonra gitmiş olanlar,

- Yurt içinde askerlik hizmetine başladıktan sonra herhangi bir nedenle yurt dışına çıkıp da tâbiyetinde bulunduğu diğer yabancı ülkede askerlik hizmetine başlayanlar,

- Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin veya bu devlet ile aralarında savaş için ittifak veya iştirak olan bir devletin silahlı kuvvetlerinde hizmet kabul edenlerden, askerlik görevini yapmak için yetkili kılınmış makamlar tarafından usulen yapılacak çağrıya mazeretsiz olarak, bir ay içinde icabet etmeyenler,

- Yabancı ülkede, askerlik hizmetlerini yaptıkları sırada Türkiye Cumhuriyeti'nin iç ve dış güvenliği ile Kanunun suç saydığı şekilde iktisadi ve/veya mali güvenliği aleyhine faaliyette bulunanlar,

- Askerlik yükümlülüğü bulunmayan ülkelerde askerlik hizmeti yapanlar,

- Tâbiyetinde bulunduğu ülkede o ülke silahlı kuvvetleri için ihtiyaç fazlası olduklarından veya siyasi, dini, felsefi ve ahlaki inançları nedeniyle askerlik hizmeti yapmak istemeyenlerden, askerlik hizmeti karşılığı hükümetlere bağlı (resmi) olmayan vakıf, dernek, cemaat ve benzeri diğer sivil orga-

nizasyonlar ile bunlara bağlı veya bunların yan kuruluşu niteliğindeki kurum ve kuruluşlarda hizmet yapanlar,

- Tabiiyetinde bulunduğu ülkede, fiili askerlik hizmetinden muaf olanlar ile askerlik hizmeti yerine resmi sivil kurum ve kuruluşlarda da hizmet yapmadan doğrudan ihtiyata alınanlar.

IV. Yurt Dışı Askerlik Erteleme

1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 35/G maddesine göre, yabancı ülkede yaşayan vatandaşlarımızın askerlik yükümlülükleri belli bir yaşa kadar ertelenebilir. Askerlik Kanunu'nun 35/G maddesi "*Oturma veya çalışma iznine sahip olarak işçi, işveren veya bir meslek ya da sanat mensubu sıfatı ile yabancı ülkelerde bulunan yükümlüler, durumlarını ispata yarayan belgeler ile bağlı buldukları Türk konsolosluklarına başvurmaları halinde bunların son yoklama, celp ve sevk gibi her türlü askerlik işlemleri; iki yılda bir yenilenmek kaydıyla 38 yaşlarını tamamladıkları yılın sonuna kadar Milli Savunma Bakanlığı'nca ertelenebilir.*

Erteleme şartlarına haiz olmadıkları anlaşılanlar veya erteleme sebebi ortadan kalkanlarla kendi istekleriyle erteleme hakkından vazgeçenlerin ertelemeleri iptal edilerek, askere sevkleri sağlanır" hükmünü amirdir.

A. Yapılacak İşlemler

Yabancı ülkelerde yaşamakta olan vatandaşlarımız, askerlik işlemlerini erteletmek üzere, aşağıdaki belgelerle bölgesinde ikamet ettikleri ve bağlı oldukları Türk konsolosluklarına dilekçe ile bizzat başvururlar.

1. İşçiler İçin Gerekli Belgeler

a. Bulduğu yabancı ülkenin resmi makamlarından alınmış oturma veya çalışma izin belgesi,

MESUT
AYGÜN'ÜN
TEBLİĞİ

b. Çalıştığı işyerinin işvereni tarafından düzenlenmiş, fiilen çalıştığını gösteren belge,

c. Herhangi bir işyerinde çalışmayarak işsizlik sigortası veya maluliyet yardımı alanların, ilgili makamlardan bu yardımı aldıklarını kanıtlayan belge,

d. İşsiz veya malul olduğu halde, eşinin çalışması nedeniyle bu yardımları da alamayanların, durumlarını gösteren ilgili resmi makamlardan alınan belge,

e. Umuma mahsus pasaport.

İşçi statüsündekiler, (a), (b) ve (e) fıkralarında belirtilen belgeleri mutlaka ibraz etmek zorundadırlar. Ancak, diğer belgelerden başvuru esnasında durumuna uyan hangisi ise, o belge de ibraz edilir.

2. İşveren İçin Gerekli Belgeler

a. Bulunduğu yabancı ülkenin resmi makamlarından alınmış oturma veya çalışma izin belgesi,

b. Bulunduğu yabancı ülkede işveren olduğunu kanıtlayan belge,

c. Bulunduğu yabancı ülke kanunlarına göre işyerinin niteliğini belirten belge,

d. Umuma mahsus pasaport.

3. Bir Meslek ya da Sanatı İcra Edenler İçin Gerekli Belgeler

a. Bulunduğu yabancı ülkenin resmi makamlarından alınmış oturma veya çalışma izin belgesi,

b. Bulunduğu yabancı ülkede bir meslek veya sanatı icra ettiğini gösterir belge,

c. Umuma mahsus pasaport.

4. Gemi Adamı İçin Gerekli Belgeler

a. Donatan veya vekili tarafından düzenlenen, mahalli makamlarca onaylanan fiilen gemi adamı olarak çalıştığına dair hizmet akit belgesi,

b. Yabancı ülke kayıtlarına göre denizci kütüğü kayıt sureti,

c. Gemi adamı yeterlilik belgesi sureti,

d. Gemi adamı cüzdarı sureti,

e. Umuma mahsus pasaport.

Gemi adamı vatandaşlarımız erteleme için geminin bandırasında bulunduğu, bağlama limanının bulunduğu, donatan veya vekilinin bulunduğu ya da geminin vekâletini yürüten gemi acentesinin bulunduğu yabancı ülkedeki Türk konsolosluklarına başvurabilirler.

Türk bandıralı gemilerde veya Türkiye'de Kurulu bulunan ya da donatan veya vekilinin sahip olduğu şirket idare merkezi Türkiye'de bulunan şirketlere ait gemilerde çalışan gemi adamlarının askerlikleri ertelenmez.

İlk erteleme için yukarıda belirtilen belgelerle bizzat konsolosluklarımıza başvuran ve başvuruları kabul edilen vatandaşlarımız, statüleri devam ediyorsa, her iki yılda bir (ertelemenin bittiği yılın herhangi bir ayında veya erteleme bitim tarihinden en az bir ay önce) aynı belgelerle birlikte bizzat veya belgelerini posta vasıtasıyla göndererek ertelemelerini 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar uzatabilirler.

B. Ülkelere Göre Erteleme Süreleri

1. İki (2) Yıllık Ertelemeye Tâbi Ülkeler

Altı ay veya bir yıl gibi erteleme süresi kabul edilen ülkeler dışında kalan ülkelerde erteleme süresi iki yıldır. Fiilen çalışmakta olan işçiler ile işverenler veya bir meslek ya da sanayi fiilen icra edenlerin askerlik işlemleri, *iki (2) yıl* süre ile baş-

MESUT
AYGÜN'ÜN
TEBLİĞİ

vuruya iki yıl eklenmesiyle bulunan yılın 31 Ekim tarihine kadar ertelenir.

Örnek 1:

Müracaat Tarihi : 01.07.2004
Ertelene Bitim Tarihi : 31.10.2006

Bu yöntemle bulunulan yılda eğer 31 Ekim tarihi geçilmişse, bir sonraki yılın 31 Ekim tarihine kadar ertelene işleme yapılır.

Örnek 2:

Müracaat Tarihi : 01.12.2004
Ertelene Bitim Tarihi : 01.12.2006 (2006 yılı 31 Ekim tarihi geçilmiş)
Ertelene Bitim Tarihi : 31.10.2007

Müteakip ertelemelerde iki yıldan daha az süreli oturma veya çalışma belgesi ibraz edenlerin, oturma veya çalışma izninden hangisi daha uzun süreli ise, onu takip eden ilk 31 Ekim tarihine kadar ertelenir.

Örnek 3:

Müracaat Tarihi : 01.10.2007
Çalışma İzni Bitiş Tarihi : 09.05.2007
Oturma İzni Bitiş Tarihi : 06.08.2008 (Çalışma izni bitiş tarihine göre daha uzun)
Ertelene Bitim Tarihi : 31.10.2008
Oturma veya çalışma izni problemi olmasaydı, ertelene bitim tarihi 31.10.2009 olacaktı.

Yükümlülerden takvim yılının yarısından (6 aydan) fazlasını fiilen aynı yabancı ülkede geçirmeyenlerin müteakip ertelene talepleri kabul edilmez.

2. Altı Aylık veya Bir Yıl Ertelemeye Tâbi Ülkeler

Aşağıda yer alan ülkelerde bulunan ve Askerlik Kanunu m. 35/G'deki şartları taşıyan yükümlülerin askerlik işlemleri ise, *altı ay veya bir yıl* süre ile ertelenir.

a. Altı (6) aylık ertelemeye tâbi ülkeler:

- Azerbaycan
- Beyaz Rusya
- Bosna-Hersek
- Ermenistan
- Estonya
- Güney Afrika Cumhuriyeti
- Gürcistan
- Irak
- Makedonya
- Moldova
- Özbekistan
- Tacikistan
- Türkmenistan

b. Bir (1) yıllık ertelemeye tâbi ülkeler:

- Arnavutluk
- Bulgaristan
- Çek Cumhuriyeti
- Çin Halk Cumhuriyeti
- Hırvatistan
- Kazakistan
- Kırgızistan
- Kosova
- KKTC
- Kuveyt
- Letonya
- Litvanya
- Mısır
- Polonya

MESUT
AYGÜN'ÜN
TEBLÜĞİ

- Romanya
- Rusya
- Slovakya
- Slovenya
- Suriye
- Ukrayna
- Yemen

Bu ülkede bulunan yükümlülerin erteleme işlemlerinde 31 Ekim tarihi *dikkate alınmaz*, doğrudan başvuru tarihine altı ay veya bir yıl süre ilave edilir ve bulunulan tarihe kadar erteleme işlemi yapılır.

Örnek 4:

Müracaat Tarihi	: 10.04.2005
Ertelene Süresi	: 6 Ay
Ertelene Bitim Tarihi	: 10.10.2005

Örnek 5:

Müracaat Tarihi	: 10.04.2005
Ertelene Süresi	: 1 Yıl
Ertelene Bitim Tarihi	: 10.04.2006

Altı ay veya bir yıl ertelemeye tâbi ülkelerde müteakip erteleme talebinde bulunanlardan altı ay/bir yıldan daha az süreli oturma veya çalışma belgesi ibraz edenler de ise, izin bitimini müteakip oturma veya çalışma izinlerinin yenileneceği anlaşılanların, kalan izin sürelerine bakılmaksızın askerlikleri altı ay/bir yıllık sürelerle ertelenir. Oturma veya çalışma izinlerinin yenilenmesi hususunda tereddüt edilenlerin ise, oturma veya çalışma izni sürelerinden hangisi uzunsa o süre kadar ertelenir.

Altı ay veya bir yıl ertelemeye tâbi ülkelerde bulunanlardan erteleme süresinin yarısından (3 ay/6 aydan) fazlasını aynı yabancı ülkede geçirmeyenlerin müteakip erteleme talepleri kabul edilmez.

İster iki yıllık, ister altı ay/bir yıllık ertelemeye tâbi ülkelerde bulunan ve şartları taşıyan yükümlülerin askerlik işlemleri, her halükarda 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar ertelenebilir.

V. Dövizle Askerlik İşlemleri

Milli Savunma Bakanlığı 70/1-C Askeralma Yönergesi'nin altıncı bölüm birinci kısmında yurt dışında yaşayan vatandaşlarımızın hangi usul ve esaslar çerçevesinde dövizle askerlik hizmetinden faydalanacakları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

A. Genel Esaslar

Oturma veya çalışma iznine sahip olarak işçi, işveren sıfatıyla veya bir meslek ya da sanatı icra ederek, en az 3 yıl (1095 gün) süre ile fiilen yabancı ülkelerde bulunan vatandaşlarımız, durumlarını ispata yarayan belgelerle birlikte bağlı buldukları Türk konsoloslukları aracılığıyla askerlik şubelerine başvurmaları, 5.112 Euro veya karşılığı yabancı ülke parasını, başvuru tarihinden itibaren 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar ödemeleri ve bir aylık temel askerlik eğitimine tâbi tutulmaları kaydıyla dövizle askerlik hizmetinden yararlanırlar.

Buna göre, dövizle askerlik hizmetinden yararlanacak yükümlülerde aranacak şartlar şunlardır:

- Oturma veya çalışma iznine sahip olarak en az üç yıl (1095 gün) süre ile yabancı ülkede işçi, işveren sıfatıyla ya da herhangi bir meslek veya sanatı icra ederek veya bir hizmet akdi-ne dayanarak yabancı bandıralı gemilerde en az üç yıl süre ile fiilen gemi adamı olarak bulunmak ve bu statülerini yükümlülüklerini tamamlayıncaya kadar kaybetmemiş olmak,

- Dövizle askerlik hizmeti dışında, diğer askerlik hizmet statülerinden biri ile yurt içinde silah altına alınmamış olmak,

- Dövizle askerlik hizmeti yükümlülüğünün devamı süresince yurda kesin dönüş yapmamış olmak. Her takvim yılı içerisinde 6 aydan fazla süre ile yurt içinde bulunmamak,

MESUT
AYGÜN'ÜN
TEBLİĞİ

• Dövizle askerlik hizmeti yükümlülüğünden yararlanmak için 38 yaşını tamamladıkları yılın 31 Aralık tarihine kadar TC konsolosluklarına başvurmak ve belirlenen döviz Yönerge'de gösterilen cins, miktar, süre ve şartlara uygun olarak ödemek (38 yaşından daha genç yükümlüler 5.112 Euro veya karşılığı döviz başvurusunda peşin veya ¼'ü peşin, kalanı en çok üç eşit taksitte olacak şekilde ödeyebilirler. Ancak, 38 yaşında başvuran yükümlüler öngörülen dövizin tamamını peşin ödemek zorundadırlar),

• 1 aylık temel askerlik eğitimini en geç 38 yaşını tamamladıkları yılı takip eden yıl içinde başlamak ve bitirmek.

Otuz sekiz yaşını geçtikleri halde dövizle askerlik hizmetinden faydalanmak için daha önce başvurmayanlar ile 38 yaşını tamamlamadan önce başvurup da ödemelerinde veya temel askerlik eğitiminde eksiklikleri nedeniyle kapsamdan çıkartılanlar dövizle askerlik hizmeti yapmak istediklerinde ödeyecekleri döviz miktarı farklı olacaktır.

Bu gibiler, yukarıdaki şartları yerine getirmeleri ve 7668 € veya karşılığı döviz başvurusunda peşin olarak ödemeleri gerekmektedir. Aynı zamanda, temel (1 aylık) askerlik eğitimlerini ise başvuruyu takip eden ilk celpte veya müteakip celpte yerine getirmeleri zorunludur.

B. Kapsam Dışı Bırakılan Yükümlüler

Aşağıda belirtilen duruma uyan kişiler dövizle askerlik hizmetinden faydalanamazlar. Bunlar, dövizle askerlik hizmeti kapsamından çıkartılarak tâbi oldukları statüde silah altına alınırlar. Bu kişiler şunlardır:

• Dövizle askerlik hizmeti için gereken yükümlülüklerini tamamlamadan taleplerinden vazgeçenler,

• Yabancı ülkelerde resmi görevle (kamu kurum ve kuruluşları ile hissesinin çoğunluğu kamuya ait olan kuruluşlar tarafından yabancı ülkelerde yapılan görevlendirme ile) bulunanlar,

- Ücret, maaş veya yolluklarının karşılığı dövizleri yurtiçinden transfer edilenler,

- Yükümlülüklerini tamamlamadan yurda kesin dönüş yapanlar ve sınır dışı edilenler ile yükümlülüklerini tamamlamadan her takvim yılı içerisinde toplam altı aydan fazla süre ile yurtiçinde bulunanlar.

Sonuç

Türk vatandaşlığını kazanan yabancı, göçmen veya mülteciler emsallerinin durumuna göre askerlik hizmetine tâbidirler. Daha önce vatandaşı oldukları ülkede askerlik yapmışlarsa, bu husus göz önünde bulundurulur. Türkiye, birden fazla tâbiyete sahip Türk vatandaşlarının askerlik yükümlülüğü konusunda karşılaşacakları zorlukları en aza indirmek için çaba harcamaktadır. Bu konuda tek yanlı düzenlemeler yapmakla birlikte, Tunus'la olduğu gibi diğer ülkelerle de ikili anlaşmalar yaparak sorunu çözüme kavuşturmak istemektedir. Henüz yasalaşmayan Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nda yer alan hükümler ile Türk vatandaşlığının kaybı bakımından da, askerliğin etkisi sınırlandırılmaya çalışılmıştır. İzinsiz olarak yabancı silahlı kuvvetlerde hizmet yapma dışında askerlikle ilgili herhangi bir nedenin Türk vatandaşlığının kaybına yol açmaması yönünde bir eğilim söz konusudur.

Almanya, Fransa gibi ülkelerde yoğun olmak üzere, yurt dışında çalışan vatandaşlarımızın askerlik yükümlülüklerini yerine getirmeleri bakımından da önemli düzenlemeler kabul edilmiştir. Askerlik yükümlülüğünün mümkün olduğunca, onların yurt dışındaki çalışmalarına veya öğrenim görmelerine engel olmaması amaçlanmakta, bunun için askerliğin ertelenmesi veya dövizle askerlik hizmetinin yapılması gibi bazı imkanlar getirilmektedir.

**VATANDAŞLIK, GÖÇ, MÜLTECİ VE
YABANCILAR HUKUKUNDAKİ
GÜNCEL GELİŞMELER**
Uluslararası Sempozyum Bildirileri

**AKTUELLE ENTWICKLUNGEN IM
STAATSANGEHÖRIGKEITS -,
AUSLÄNDER- UND FLÜCHTLINGSRECHT**
Tagungsband eines internationalen Symposiums

**CURRENT DEVELOPMENTS IN
CITIZENSHIP, IMMIGRATION,
REFUGEE LAW AND LAW OF FOREIGNERS**
International Symposium Proceedings

İKİNCİ BÖLÜM
Göç ve Mülteci Hukuku

ZWEITES KAPITEL
Einwanderungs- und Flüchtlingsrecht

SECOND CHAPTER
Immigration and Refugee Law

BEGRÜSSUNG UND EINFÜHRUNG IN DAS DEUTSCHE EINWANDERUNGSRECHT

Prof. Dr. Dr. h.c. Kay HAILBRONNER*

Vielen Dank Frau Vorsitzende. Ich darf Sie an diesem Morgen begrüßen. Ich möchte heute ganz kurz eine Einführung in einige Grundprinzipien des neuen deutschen Ausländerrechts geben. Für diejenigen von Ihnen, die aus Deutschland kommen, ist das natürlich nichts Neues, weil es sich nur um einige sehr grobe Strukturen handelt, die ich in der kurzen Zeit erläutern kann. Ich möchte mich konzentrieren auf einige Punkte, die vielleicht auch für die türkische Seite interessant sind. Das betrifft einmal die Änderungen, die im Zuwanderungsgesetz von 2004 eingetreten sind. Die zweite, wesentliche Änderung des deutschen Ausländerrechts ist im Zuge des sogenannten Richtlinienumsetzungsgesetzes erfolgt. Das bedeutet eine Umwandlung oder Umsetzung des EG-Rechts, sprich des europäischen Gemeinschaftsrechts in deutsches Recht. Ich darf vielleicht mit diesem Punkt beginnen.

BEITRAG:
KAY HAILBRONNER

Es ist mittlerweile ein erheblicher Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Ausländerrecht festzustellen. Sie alle kennen das von unserer gestrigen Diskussion über das Assoziationsrecht, aber über das Assoziationsrecht hinaus gibt es mittlerweile auch eine Reihe wichtiger Richtlinien, die das deutsche Ausländerrecht ganz erheblich beeinflussen. Da

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht sowie Direktor des Forschungszentrums für internationale und europäisches Ausländer- und Asylrecht an der Universität Konstanz. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

BEITRAG:
KAY HAILBRONNER

sind auch einige ganz wichtige Richtlinien dabei, auf die ich auch die türkische Seite aufmerksam machen will, weil sie auch ganz interessante Perspektiven für die Gestaltung etwa des Einwanderungsrechts betreffen. Darunter gehört zum Beispiel, dass wir im Moment dabei sind, eine sogenannte Blue-Card-Richtlinie zu verabschieden. Diese soll im Juni vom Rat verabschiedet werden und soll ein Aufenthaltsrecht für hochqualifizierte Drittstaatsangehörige ermöglichen. Wir haben bereits eine Richtlinie über die Rechtsstellung von langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen. Diese ist allerdings für die türkische Seite weniger interessant, weil das Aufenthaltsrecht von türkischen Staatsangehörigen, die sich bereits in einem Mitgliedstaat aufhalten, weitgehend durch das Assoziationsrecht geregelt wird und die Richtlinie darüber hinaus eigentlich keine besonderen Attraktionen mehr bietet, weil das Assoziationsrecht bereits weitgehend gesicherte Aufenthaltsrechte ermöglicht. Was vielleicht auch noch ganz interessant und wenig bekannt ist, dass wir mittlerweile eine Richtlinie über Forscher und eine Richtlinie über Studenten haben. Ich möchte ein paar ganz kurze Bemerkungen über die Forscher-Richtlinie machen, die erst vor relativ kurzer Zeit in Kraft getreten ist und die auch für Interessenten aus der Türkei durchaus erwägenswert ist als Möglichkeit, eine Aufenthaltserlaubnis in Deutschland zu bekommen. Diese Richtlinie sieht vor, wenn man die Möglichkeit hat, als Forscher an einer Forschungseinrichtung in Deutschland oder in einem anderen EU-Mitgliedstaat zu arbeiten, dass man dann eine spezifische Forscheraufenthaltserlaubnis bekommt. Voraussetzung dafür ist, dass es sich um eine Einrichtung in einem EU-Mitgliedstaat handelt, die akkreditiert ist, also ein gewisses Verfahren durchlaufen hat. Das muss keine Universität, sondern kann auch eine private Forschungseinrichtung sein. Der Vorteil dieser Aufenthaltserlaubnis als Forscher ist, dass, wenn man eine solche Aufenthaltserlaubnis erhalten hat, damit auch eine gewisse Mobilität in der Europäischen Union verknüpft ist. Denn man hat einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auch in anderen EU-Mitgliedstaaten, um dort das Projekt oder die Forschungsarbeiten fortzusetzen, für deren Durchführung man ursprünglich

die Aufenthaltserlaubnis bekommen hat. Ähnlich ist auch das in der EU-Richtlinie über Studenten vorgesehene System. Denn auch dort ist eine gewisse Mobilität für die Fälle gewährleistet, in denen eine EU-Aufenthaltserlaubnis für Studenten erteilt wurde und anschließend die Fortsetzung des Studiums in einem anderen Mitgliedstaat geplant ist. Das ist insofern von Interesse, als dass man zwar mit dem Schengen-Visum bis zu drei Monate im gesamten EU-Gebiet reisen kann, aber mit den nach den oben genannten Richtlinien erteilten Aufenthaltserlaubnissen kann man sich über diesen Zeitraum hinaus in jedem anderen EU-Mitgliedstaat aufhalten.

Ich möchte noch auf einige Punkte des Zuwanderungsgesetzes eingehen und damit zum deutschen Recht zurückkehren. Das Zuwanderungsgesetz 2004 war – wie Sie vielleicht wissen – heftig umstritten. Es hat nicht das geleistet, was manche erhofft hatten, nämlich eine weitgehende Öffnung des deutschen Aufenthaltsrechts für Personen, die eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen. Der sogenannte Anwerbestopp ist im Prinzip beibehalten worden. Auf der anderen Seite sieht auch das deutsche Ausländerrecht eine Öffnung für bestimmte Arten von qualifizierter Erwerbstätigkeit in einer ganzen Reihe von Bereichen vor. Dies beruht im Prinzip auf einer Verordnung, die vom Arbeits- und Sozialministerium erlassen wird, die aber doch eine gewisse Flexibilität eröffnet. Das Grundprinzip ist, dass vor Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis eine Prüfung dahingehend erforderlich ist, ob für eine bestimmte Tätigkeit vorrangig deutsche oder gleichgestellte EU-Arbeitnehmer zur Verfügung stehen. Diese Verordnung sieht aber doch eine Reihe von Bestimmungen bzw. von Kategorien vor, nach denen unter erleichterten Voraussetzungen eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erteilt werden kann. Gerade im letzten Jahr sind zahlreiche Erleichterungen für qualifizierte Fachkräfte in diese Verordnung aufgenommen und damit das System relativ flexibel gestaltet worden. Denn man kann somit relativ kurzfristig auf die Veränderungen des Arbeitsmarktes und die Bedarfslage reagieren. Es gibt im Zuwanderungsgesetz zwei weitere neue Vorschriften, die die Studenten betreffen. In diesem Zusammen-

BEITRAG:
KAY HAILBRONNER

hang möchte ich kurz erwähnen, dass sich hier ein wesentlicher Unterschied im Vergleich zur vorherigen Rechtslage vollzogen hat. Bis zum Jahr 2004 galt als Prinzip des Ausländerrechts, dass jemand, der in Deutschland studiert oder eine Ausbildung abgeschlossen hat, nach Abschluss der Ausbildung wieder in seinen Heimatstaat zurückkehren muss. Das hat das Zuwanderungsgesetz vollkommen umgedreht und hat eine Möglichkeit geschaffen, dass man nach Abschluss der Ausbildung eine gewisse Zeit hat, in Deutschland einen Arbeitsplatz zu suchen. Wenn es einem gelingt, einen Arbeitsplatz zu finden, hat man die Möglichkeit, ohne dass man wieder in seinen Heimatstaat zurückkehren muss, von Deutschland aus eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck einer Erwerbstätigkeit zu bekommen. Das war ein fundamentaler Wechsel. Es ist offenkundig, dass diese Änderung sinnvoll und notwendig war, denn Sie erinnern sich vielleicht an die Diskussion über die Anwerbung von Indern. Es macht wohl kaum einen Sinn, wenn sich in Deutschland ein qualifizierter Ingenieur aus der Türkei befindet und dieser dann zurückkehren muss, und Deutschland anschließend eine Anwerbeaktion durchführt, um jemanden aus dem Ausland anzuheuern. Da ist es sicherlich sinnvoller, eine Möglichkeit zu geben, sich in Deutschland um einen solchen Arbeitsplatz zu bewerben. Diese Möglichkeit ist jetzt mit dem Zuwanderungsgesetz geschaffen worden. Wir haben noch weitere Vorschriften, die aber in der Praxis nicht ganz so wichtig sind, aber immerhin doch für die Philosophie des Gesetzes nicht ganz unwichtig sind. Wir haben die Möglichkeit, ein vollkommen unbefristetes, also ein gesichertes Aufenthaltsrecht für sogenannte Hochqualifizierte zu geben. Das ist im Aufenthaltsgesetz ausdrücklich niedergelegt, wobei das Gesetz Wissenschaftler mit besonderen fachlichen Kenntnissen oder Lehrpersonen in herausgehobener Position als hochqualifiziert definiert. Also Sie sind alle qualifiziert und können alle eine Aufenthaltserlaubnis nach § 19 für Hochqualifizierte bekommen. Das ist also eine Möglichkeit. Nunmehr besteht auch zum ersten Mal für selbständig Tätige die Möglichkeit, eine Aufenthaltserlaubnis zu erhalten. Diesbezüglich hat es in Deutschland große Diskussionen gegeben. Nach dem Aufenthaltsgesetz kann eine Aufenthaltserlaub-

nis für Selbständige erteilt werden, wenn bestimmte finanzielle Erfordernisse erfüllt sind. Ursprünglich verlangte das Gesetz eine Million Euro Investition und die Schaffung von 10 Arbeitsplätzen. Das ist dann schrittweise reduziert worden. Die neueste Fassung des Gesetzes seit Anfang dieses Jahres sieht eine Investition von 250.000 Euro und die Schaffung von 5 Arbeitsplätzen vor. Diese Voraussetzung ist allerdings auch in Deutschland immer falsch verstanden worden. Hierbei handelt es sich um keine unabdingbare Voraussetzung für die Gewährung eines Aufenthaltsrechts nach dieser Bestimmung für selbständige Erwerbstätige, sondern es ist ein Beispiel für die Voraussetzungen, unter denen generell die Bedingungen dieser Bestimmung erfüllt sind. Das ist aber nicht abschließend. Es ist also nicht ausgeschlossen, dass jemand, der nicht diese Voraussetzungen erfüllt, dennoch eine solche Aufenthaltserlaubnis nach § 21 bekommt.

BEITRAG:
KAY HAILBRONNER

SCHWEIZERISCHE MIGRATIONSPOLITIK: MAINSTREAM ODER SONDERWEG?

Dr. Markus PEEK*

I. Einleitung

BEITRAG:
MARKUS PEEK

Die Schweiz hat in Europa gemeinhin den Ruf, gerne eigene Wege zu gehen. Sie ist weder Mitglied der Europäischen Union, noch ist sie Mitglied der NATO. Sie hat ihre eigene Währung und verfolgt außenpolitisch das Konzept der Neutralität. Es würde daher niemanden verwundern, wenn sie auch im Bereich der Migrationspolitik einen anderen Weg gehen würde als ihre Nachbarstaaten. Um dieser Frage auf den Grund zu gehen, vergleicht dieser Beitrag die schweizerische Migrationspolitik und das schweizerische Migrationsrecht mit den in Deutschland geltenden Konzepten und Regelungen.

In vielen Dingen scheinen die beiden Länder grundverschieden. Nicht nur weil Deutschland gut zehnmal so viele Einwohner hat wie die Schweiz und beinahe neunmal so groß ist und nicht nur weil Deutschland Mitglied in den genannten internationalen Organisationen ist. Sondern vor allem, weil beide Länder eine sehr unterschiedliche Geschichte haben und ihre politischen Systeme stark voneinander abweichen. Ein Vergleich der Zuwanderungssysteme beider Länder verspricht daher spannend zu sein.

Der folgende Beitrag gliedert sich in drei Teile: Im ersten Teil geht es um die Zuwanderung von Personen mit der Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats. Der zweite Teil widmet sich ausführlich der Zuwanderung von Drittstaatsangehörigen und der dritte und letzte Teil wagt ein Fazit.

II. Zuwanderung aus der EU

Die Regeln für die Zuwanderung von Erwerbstätigen aus Staaten der Europäischen Union unterscheiden sich einigen Jahren nur noch im Detail. Zwar ist die Schweiz kein Mitgliedstaat der EU, jedoch ist sie über völkerrechtliche Abkommen eng mit dieser verknüpft. Im Migrationsbereich ist das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit¹ das wichtigste völkerrechtliche Instrument zur Steuerung der Migration zwischen den Vertragsparteien. Aufgrund der monistischen Völkerrechtstradition ist das Abkommen in der Schweiz unmittelbar anwendbar² und gewährt Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten³ unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf Aufenthalt sowie den Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt.

Das Abkommen ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten und gewährt insbesondere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern,⁴ die einen Arbeitsvertrag in der Schweiz vorweisen können, das Recht auf Aufenthalt und die Gleichbehandlung mit Schweizer Staatsangehörigen. In vollem Umfang gilt die Personenfreizügigkeit allerdings erst seit dem 1. Juni 2007 und bislang auch nur

¹ SR 0.142.112.681. Veröffentlicht in ABl. L 114/6 vom 30.4.2002 bzw. BBl. 1999, 7027 oder abrufbar unter http://www.admin.ch/ch/d/sr/co_142_112_681.html.

² Grossen/Däpp, Sonderregelungen für Staatsangehörige der EU/EFTA-Mitgliedstaaten, in: Uebersax/Rudin u.a. (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Auflage 2009, S. 139.

³ Sowie den Staaten der EFTA (Norwegen, Island und Liechtenstein), vgl. Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21.6.2001 (Vaduzer Abkommen), insbesondere Anhang K, AS 2003, 2685; SR 0.632.31.

⁴ Im Folgenden wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit jeweils nur die männliche Form verwendet. Die weibliche Person ist selbstverständlich jeweils mitgemeint.

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter des Bundesamts für Migration, Bern. Der Artikel gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder und nicht die des Bundesamts für Migration.

BEITRAG:
MARKUS PEEK

gegenüber 17 der insgesamt 27 EU-Mitgliedstaaten, nämlich für Staatsangehörige der 15 „alten“ Mitgliedstaaten⁵ sowie von Malta und Zypern. Nach Erweiterung des Freizügigkeitsabkommens auf die neu der EU beigetretenen mittel- und osteuropäischen Staaten⁶ wurden zunächst Übergangsfristen vereinbart, die vor allem für Erwerbstätige Einschränkungen vorsehen.⁷ Diese Übergangsphase hat die Schweiz erst kürzlich bis Ende Mai 2011 verlängert. Danach gilt auch für Staatsangehörige dieser Länder die Freizügigkeit uneingeschränkt. Die vorerst letzte Erweiterung des Freizügigkeitsabkommens ist am 1. Juni 2009 in Kraft getreten.⁸ Damit wurden auch Bulgarien und Rumänien in das Abkommen miteinbezogen, wenn auch ebenfalls mit der Vereinbarung von Übergangsregelungen, die im Falle dieser Staaten bis Ende Mai 2016 verlängert werden können.⁹

Die Übergangsregelungen beinhalten insbesondere eine Beschränkung des Zugangs zum Arbeitsmarkt. Während die volle Freizügigkeit einen gleichberechtigten Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt bedeutet, beinhalten die Übergangsregelungen eine Art Einlasskontrolle. Danach werden Arbeitnehmer aus den betroffenen Staaten nur dann zum Arbeitsmarkt zugelassen, wenn die freie Stelle nicht mit einem Arbeitnehmer besetzt werden kann, der bereits auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt verfügbar ist.¹⁰ Zudem wird kontrolliert, ob die branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten sind. Letztlich gibt

⁵ Finnland, Schweden, Dänemark, Vereinigtes Königreich, Irland, Niederlande, Deutschland, Belgien, Luxemburg, Frankreich, Österreich, Portugal, Spanien, Italien und Griechenland.

⁶ Durch Protokoll I zum Freizügigkeitsabkommen, ABl. L 89/30 vom 28.3.2006, wurde das Freizügigkeitsabkommen auf Estland, Lettland, Litauen, Polen, Tschechien, Slowakei, Ungarn und Slowenien, sowie auf Malta und Zypern erweitert. Für die beiden zuletzt genannten Staaten gelten allerdings keine Übergangsregelungen.

⁷ Vgl. Art. 10 Abs. 1a, 2a, 3a und 4a des Freizügigkeitsabkommens.

⁸ Durch Protokoll II zum Freizügigkeitsabkommen, ABl. L 124/53 vom 20.5.2009; SR 0.142.112.681.1.

⁹ Vgl. Art. 10 Abs. 1b, 2b, 3b und 4c des Freizügigkeitsabkommens.

¹⁰ Schweizer Staatsangehörige und Ausländer, die bereits zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz berechtigt sind.

es eine jährliche Höchstzahl von zu erteilenden Aufenthaltsbewilligungen, die nicht überschritten werden kann. Ist dieses Kontingent ausgeschöpft, können in diesem Zeitraum keine Aufenthaltsbewilligungen mehr an Staatsangehörige der betroffenen Länder ausgestellt werden.

Im Gegensatz zu Arbeitnehmern genießen Selbständige aus allen EU-Mitgliedstaaten bereits jetzt die volle Personenfreizügigkeit, sofern sie eine tragfähige selbständige Erwerbstätigkeit in der Schweiz ausüben. Lediglich für Staatsangehörige von Rumänien und Bulgarien gelten noch bis Ende Mai 2011 geringfügige Einschränkungen im Rahmen der Übergangsbestimmungen.¹¹

In Deutschland bestehen gegenüber Arbeitnehmern aus den mittel- und osteuropäischen Beitrittsstaaten ähnliche Übergangsregelungen, die erst kürzlich bis 2011 verlängert wurden.¹²

Im Vergleich zu den innerhalb der EU und damit auch in Deutschland für EU-Staatsangehörige geltenden Regelungen gilt für die Schweiz die Besonderheit, dass das Freizügigkeitsabkommen einen grundsätzlich statischen Charakter aufweist und damit im Wesentlichen den Stand des einschlägigen *acquis communautaire* zum Zeitpunkt der Unterzeichnung¹³ abbildet. Insbesondere die Richtlinie 2004/38/EG über die Freizügigkeit der Unionsbürger¹⁴ entfaltet gegenüber dem Schweizer Gesetzgeber keine Bindungswirkung, wohingegen sie in Deutschland in

¹¹ Gemäß Art. 10 Abs. 1b des Freizügigkeitsabkommens in Verbindung mit Art. 31 Anhang 1 des Freizügigkeitsabkommens wird eine Aufenthaltsbewilligung zunächst nur für sechs Monate ausgestellt (Einrichtungszeit). Weist der betroffene Selbständige bis dahin nach, selbständig erwerbstätig zu sein, erhält er eine Aufenthaltsbewilligung mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren. Aufenthaltsbewilligungen für Selbstständige werden ebenfalls nur im Rahmen der bestehenden Kontingente gewährt.

¹² Neben Deutschland bestehen derartige Übergangsregelungen sonst nur noch in Österreich. Gegenüber Rumänien und Bulgarien wenden hingegen noch zehn der übrigen 25 Mitgliedstaaten Übergangsregelungen an.

¹³ 21.6.1999.

¹⁴ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158/77 vom 30.4.2004.

BEITRAG:
MARKUS PEEK

nationales Recht umgesetzt wurde. Während die Grundstruktur des deutschen Freizügigkeitsgesetzes/EU¹⁵ also den Regelungen des Freizügigkeitsabkommens und den dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen weitgehend entspricht, gibt es deshalb im Detail durchaus Unterschiede, die auf den Bestimmungen der Freizügigkeitsrichtlinie beruhen. Diese Abweichungen betreffen insbesondere den Familiennachzug sowie die Rechte nicht-erwerbstätiger Personen. Diese Divergenz wird in der Praxis dadurch noch verstärkt, dass die Schweiz aufgrund von Art. 16 Abs. 2 des Freizügigkeitsabkommens lediglich verpflichtet ist, die Rechtsprechung des EuGH bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens zu berücksichtigen. So haben beispielsweise die Urteile in den Rechtssachen *Metock*¹⁶ oder *Chen*¹⁷ bislang nicht zu einer Änderung der entgegenstehenden Verwaltungspraxis und Rechtsprechung geführt.

Demgegenüber gibt es für den Bereich der eigentlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit keine materiellen Unterschiede zwischen den deutschen und den schweizerischen Bestimmungen, da beide auf der VO (EG) 1612/68 fußen, die von der Freizügigkeitsrichtlinie nur im Bereich des Familiennachzugs modifiziert wurde.

III. Zuwanderung aus Drittstaaten

Größere Divergenzen zeigen sich hingegen bei der Regelung der Arbeitsmigration von Drittstaatsangehörigen. Drittstaatsangehörige sind Personen, die weder Unionsbürger im Sinne von Art. 17 EG noch Staatsangehörige der Schweiz oder eines EWR-Staates¹⁸ sind. Hinsichtlich dieser Personen besteht – vorbehaltlich völkerrechtlicher Abkommen – grundsätzlich keine Pflicht zur

¹⁵ Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern vom 30.7.2004, BGBl. I (2004) S. 1970, zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.2.2008, BGBl. I (2008) S. 215.

¹⁶ EuGH vom 25.7.2008, Rs. C-127/08.

¹⁷ EuGH vom 19.10.2004, Rs. C-200/02.

¹⁸ Norwegen, Island, Liechtenstein.

Inländergleichbehandlung wie sie gemäß Art. 39, 43 EG bzw. Art. 9, 15 Freizügigkeitsabkommen gegenüber Arbeitnehmern und Selbständigen aus den EU- und EWR-Staaten sowie der Schweiz besteht. Die Schweiz ist darüber hinaus als Nicht-EU-Staat auch nicht an die Rechtsakte der EU im Bereich des Titels IV EG¹⁹ gebunden, die die Einwanderungspolitik gegenüber Drittstaatsangehörigen innerhalb der EU harmonisieren sollen. Weiterhin ist die Schweiz nicht Vertragspartei des Ankara-Abkommens von 1963,²⁰ so dass die Privilegierung, die türkische Arbeitnehmer in der EU (und EU-Arbeitnehmer in der Türkei) genießen, in der Schweiz nicht besteht.

Trotz dieser unterschiedlichen Ausgangssituation beruht das Ausländerrecht beider Staaten zunächst auf der Grundkonzeption, dass Drittstaatsangehörigen – anders als EU- und EFTA-Staatsangehörigen – grundsätzlich die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verboten ist und lediglich im Sinne einer systematischen Ausnahme gestattet werden kann. Diese übereinstimmende Grundkonzeption kommt in zwei systematisch sehr ähnlichen Bestimmungen zum Ausdruck:

Art. 11 Abs. 1 Ausländergesetz-CH:²¹ Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, benötigen unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung.

§ 4 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz-D:²² Ausländer dürfen eine Erwerbstätigkeit nur ausüben, wenn der Aufenthaltstitel sie dazu berechtigt.

¹⁹ Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr. Eine gewisse Bindung besteht allerdings in den Bereichen Schengen und Dublin, wo die Schweiz Assoziierungsabkommen unterzeichnet hat.

²⁰ Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12.9.1963, ABl. 217/3687 vom 26.12.1964.

²¹ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) vom 16.12.2005, zuletzt geändert durch Verordnung vom 12.12.2008, AS 2007, 5437, SR 142.20

²² Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von

BEITRAG:
MARKUS PEEK

Damit ein Drittstaatsangehöriger einen Aufenthaltstitel erhalten kann, der ihn zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit berechtigt, müssen sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland zum einen verschiedene allgemeine Voraussetzungen erfüllt sein, die grundsätzlich für die Erteilung aller Aufenthaltstitel gelten. Zum anderen bestehen je nach Art der angestrebten Tätigkeit und persönlichen Eigenschaften des Ausländers noch weitere besondere Voraussetzungen. Die zuständigen Behörden verfügen bei der Zulassung von Drittstaatsangehörigen zum Arbeitsmarkt regelmäßig über einen weiten Ermessensspielraum.²³ Im Text der einschlägigen Normen kommt dies dadurch zum Ausdruck, dass diese davon sprechen, dass die zuständige Behörde die zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erforderliche Erlaubnis erteilen „kann“.²⁴

1. Allgemeine Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht

Die allgemeinen Voraussetzungen, die regelmäßig erfüllt sein müssen, damit ein Ausländer sich in der Schweiz bzw. in Deutschland aufhalten darf, sind in beiden Ländern beinahe identisch.²⁵ Verlangt werden ein gültiges Ausweispapier – regelmäßig der Reisepass – ein Visum (sofern keine Befreiung besteht) und die für den Aufenthalt erforderlichen finanziellen Mittel. Weiterhin werden die Interessen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung berücksichtigt. In Deutschland darf der einreisewillige Ausländer nicht den Tatbestand eines Ausweisungsgrunds nach §§ 53 – 55 AufenthG verwirklicht haben, während in der Schweiz eine allgemeine Prüfung im Hinblick auf eine mögliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung stattfindet. Zudem darf der

Ausländern im Bundesgebiet (AufenthG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.2.2008, BGBl. I (2008) S. 162, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.12.2008, BGBl. I (2008) S. 2965.

²³ Vgl. beispielsweise für die Schweiz: Klaus, *Ausländische Personen als Arbeitnehmende*, in: Uebersax/Rudin u.a. (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 2. Auflage 2009, S. 836 f., für Deutschland: Hailbronner, *Asyl- und Ausländerrecht*, 2. Auflage 2008, S. 97.

²⁴ Vgl. Art. 18 und 19 AuG bzw. § 18 Abs. 2 AufenthG.

²⁵ Vgl. Art. 5 AuG bzw. § 5 AufenthG.

Ausländer nicht von einer Fernhaltemaßnahme gemäß Art. 64 – 68 AuG betroffen sein.

BEITRAG:
MARKUS PEEK

2. Aufenthalt zur unselbstständigen Erwerbstätigkeit

Die Steuerung der Einwanderung in die Schweiz und nach Deutschland basiert auf einem nachfrageorientierten Ansatz. Im Unterschied zu Ländern wie beispielsweise Kanada oder eingeschränkt auch Australien, die Ausländer bereits dann zum Arbeitsmarkt zulassen, wenn diese gewisse Qualifikationen (z.B. Bildungsabschlüsse, Berufserfahrung, Sprachkenntnisse) und andere persönliche Eigenschaften (z.B. Alter, Beziehungen zum Aufnahmestaat) besitzen, die sie ein bestimmtes Punkteniveau in einem Einstufungssystem erreichen lassen, setzt eine Zulassung zum schweizerischen und deutschen Arbeitsmarkt zwingend ein konkretes Stellenangebot voraus.²⁶

Weiteres gemeinsames Merkmal ist der so genannte Inländervorrang, wonach ein Stellenbewerber aus dem Ausland nur dann für einen bestimmten Arbeitsplatz zugelassen wird, wenn der Arbeitgeber auf dem einheimischen Arbeitsmarkt keinen geeigneten Bewerber gefunden hat.²⁷ Dies setzt voraus, dass der Arbeitgeber ausreichende Suchbemühungen nachweist.²⁸ Zudem darf ein Ausländer jeweils nicht zu ungünstigeren Bedingungen (Lohn, Arbeitszeiten etc.) beschäftigt werden als ein vergleichbarer inländischer Arbeitnehmer. Schließlich wird in beiden Ländern abgewogen, inwieweit die Zulassung des ausländischen Arbeitnehmers im gesamtwirtschaftlichen Interesse des jeweiligen Aufnahmelandes liegt. Für die Zulassung zum

²⁶ Vgl. zu den verschiedenen konzeptionellen Ansätzen in der Einwanderungspolitik *Hailbronner/Koslowski, Models for Immigration Management Schemes*, GMF Immigration Paper Series, Dezember 2008, http://www.gmfus.org/doc/GMF6657-ImmigrationPaper_1210_Final.pdf (10.7.2009).

²⁷ Der Vorrang umfasst also alle Personen, die bereits berechtigt sind, auf dem nationalen Arbeitsmarkt eine Beschäftigung aufzunehmen, und somit auch Personen aus anderen EU/EFTA-Staaten, vgl. Art. 21 AuG bzw. § 39 Abs. 2 AufenthG.

²⁸ Klaus, *Ausländische Personen als Arbeitnehmende*, in: Uebersax/Rudin u.a. (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 2. Auflage 2009, S. 838 f.

BEITRAG:
MARKUS PEEK

schweizerischen Arbeitsmarkt bestehen darüber hinaus noch weitere Hürden, von denen die wichtigste die Kontingentierung der jährlich maximal zu erteilenden Bewilligungen darstellt. Danach können im Jahr 2009 maximal 4.000 Aufenthaltsbewilligungen an Ausländer ausgestellt werden, hinzu kommen maximal 7.000 Kurzaufenthaltsbewilligungen mit einer Gültigkeitsdauer von maximal einem Jahr.²⁹ Diese Kontingente bilden für alle Bewilligungen insgesamt die jährliche Obergrenze, unabhängig vom Aufenthaltszweck. Die Erteilung einer Bewilligung für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz setzt weiterhin voraus, dass der betroffene Ausländer über eine angemessene Wohnung verfügt³⁰ und dass die zuständige Behörde eine positive Integrationsprognose stellt.³¹

a. Zulassung von Personen ohne qualifizierte Berufsausbildung

Eine qualifizierte Berufsausbildung dauert nach der Definition der deutschen Beschäftigungsverordnung mindestens drei Jahre. Ausländische Arbeitnehmer, denen eine solche qualifizierte Berufsausbildung fehlt, können grundsätzlich weder in der Schweiz noch in Deutschland zum Arbeitsmarkt zugelassen werden. Diese restriktive Regelung basiert auf der Annahme, dass die Zuwanderung von niedrig- und unqualifizierten Arbeitskräften in der Regel nicht im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegt. Dies deshalb, weil die Arbeitslosenquote von niedrig- und unqualifizierten Arbeitskräften höher liegt als die qualifizierter Arbeitskräfte, weil die Austauschbarkeit von Arbeitskräften um so höher liegt, je geringer die Qualifikationsanforderungen an eine Tätigkeit sind und weil eine bedeutende Zuwanderung den Lohndruck auf Tätigkeiten erhöhen würde, die sich gemessen am

²⁹ Vgl. Art. 20 Abs. 2 AuG iVm. Art. 19, 20 Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE), AS 2007, 5497, SR 142.201.

³⁰ Art. 24 AuG.

³¹ Art. 23 Abs. 2 AuG. Diese Voraussetzung gilt nicht, wenn lediglich eine Kurzaufenthaltsbewilligung begehrt wird.

gezählten Lohn durch eine verhältnismäßig niedrige Wertschöpfung auszeichnen.³²

Insbesondere in Deutschland existieren allerdings zahlreiche Ausnahmen von diesem Grundsatz. Die quantitativ bedeutsamste betrifft Saisonarbeiter für die Land- und Forstwirtschaft sowie das Gastgewerbe. Deutschland hat mit verschiedenen osteuropäischen EU-Mitgliedstaaten sowie mit Kroatien Vermittlungsabkommen geschlossen, die es Arbeitskräften aus diesen Ländern ermöglicht, für einen Zeitraum von maximal sechs Monaten im Kalenderjahr in den genannten Branchen in Deutschland zu arbeiten.³³ Im Jahr 2007 kamen auf diesem Weg rund 300.000 Personen vorübergehend nach Deutschland, die meisten von ihnen aus Polen und Rumänien.³⁴ Daneben bestehen Ausnahmen für Staatsangehörige verschiedener Industriestaaten, mit denen enge wirtschaftliche Beziehungen bestehen, wie beispielsweise den USA, Australien, Japan und Kanada.³⁵ Schließlich können Ausländer auch für künstlerische und artistische Beschäftigungen zugelassen werden, Schüler und Studenten können unter bestimmten Bedingungen Ferienbeschäftigungen ausüben und die Beschäftigung von Au-pair-Kräften wird ermöglicht.

In der Schweiz sind die Ausnahmemöglichkeiten enger gefasst, wobei der Ermessensspielraum der Behörden im Einzelfall tendenziell weiter ist. So können „anerkannte Personen aus Wissenschaft, Kultur und Sport“ sowie „Personen mit besonderen beruflichen Kenntnissen oder Fähigkeiten, sofern für deren Zulassung ein Bedarf ausgewiesen ist“ auch dann zur Aufnahme einer Beschäftigung zugelassen werden, wenn sie im Einzelfall nicht

³² Vgl. dazu Steinhardt, Arbeitsmarkt und Migration – eine empirische Analyse der Lohn- und Beschäftigungseffekte der Zuwanderung für Deutschland, HWWI Research Paper, 2006 m.w.N.

³³ Vgl. § 18 Beschäftigungsverordnung (BeschV). Explizit in diesem Sinne auch die Weisungen des Bundesamts für Migration der Schweiz zum Ausländergesetz unter 4.3.1.

³⁴ Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Migrationsbericht 2007, S. 38.

³⁵ Daneben Andorra, Israel, Monaco, Neuseeland und San Marino, vgl. § 34 BeschV.

BEITRAG:
MARKUS PEEK

über eine formale Berufsqualifikation verfügen sollten.³⁶ Ähnlich wie in Deutschland bestehen zudem gewisse Erleichterungen für Au-pair-Kräfte, Praktikanten etc.

b. Zulassung von Personen mit qualifizierter Berufsausbildung

Der größte systematische Unterschied in den Zulassungsregeln Deutschlands und der Schweiz besteht im Bereich qualifizierter Migranten. Nach dem schweizerischen Ausländergesetz ist die Zulassung von qualifizierten ausländischen Arbeitskräften grundsätzlich möglich, wenn die oben genannten allgemeinen Voraussetzungen wie beispielsweise der Inländervorrang erfüllt sind und die Kontingente noch nicht ausgeschöpft wurden. Dabei gibt es keine formelle Beschränkung auf bestimmte Berufsgruppen, allerdings eine klare Bevorzugung von besonders hoch qualifizierten und/oder spezialisierten Personen.³⁷ Die Beurteilung, inwieweit die Zulassung einer bestimmten Person im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegt, ist dabei weitgehend den zuständigen Behörden überlassen, die insofern einen beträchtlichen Ermessensspielraum haben.

Nach dem deutschen Aufenthaltsgesetz ist hingegen auch die Zulassung von qualifizierten Arbeitskräften nur dann möglich, wenn dies für bestimmte Berufe oder Qualifikationen durch Rechtsverordnung explizit ermöglicht wurde oder wenn im begründeten Einzelfall ein öffentliches Interesse an der Beschäftigung eines bestimmten Ausländers besteht.³⁸ Die Nichtzulassung bildet nach diesem System die Regel, während die Zulassung die systematische Ausnahme darstellt.

³⁶ Art. 23 Abs. 3 AuG.

³⁷ Vgl. Art. 23 Abs. 1 AuG. Als Beispiele für Qualifikationen, die eine zuzulassende Person regelmäßig besitzen sollte, nennen die Weisungen des Bundesamts für Migration unter Punkt 4.3.4: „Universitätsabschluss, Fachhochschuldiplom, besondere fachliche Ausbildung mit mehrjähriger Berufserfahrung, Beruf mit Zusatzausbildung, ausserordentliche, unerlässliche Spezialkenntnisse in spezifischen Bereichen“.

³⁸ § 18 Abs. 4 AufenthG.

Die Zulassung zum deutschen Arbeitsmarkt ist nach der Beschäftigungsverordnung unter anderem vorgesehen für IT-Fachkräfte, Absolventen deutscher Hochschulen, leitende Angestellte und Spezialisten, Spezialitätenköche, Sozialarbeiter, Pflegekräfte im Rahmen von Vermittlungsabkommen sowie für Staatsangehörige der oben genannten Industriestaaten. Zudem sieht das Aufenthaltsgesetz eine bevorzugte Zulassung von so genannten Hochqualifizierten vor.³⁹ Dabei handelt es sich gemäß der Regelbeispiele in § 19 Abs. 2 AufenthG neben Wissenschaftlern insbesondere um Spezialisten und leitende Angestellte mit besonderer Berufserfahrung, die ein Gehalt von zurzeit mindestens 64.800,- Euro im Jahr beziehen.

c. Ausnahmen vom Inländervorrang

Wie oben beschrieben ist die Erteilung eines Aufenthaltstitels an einen ausländischen Arbeitnehmer regelmäßig nur dann möglich, wenn für die freie Stelle kein inländischer Arbeitnehmer zur Verfügung steht, was vom Arbeitgeber durch entsprechende Suchanstrengungen nachgewiesen werden muss. In einigen Ausnahmefällen, die meistens eng definiert sind, kann jedoch auf diese Prüfung des Inländervorrangs verzichtet werden. In der Schweiz besteht beispielsweise für Führungskräfte, Korrespondenten und Absolventen schweizerischer Hochschulen für Tätigkeiten von hohem wissenschaftlichen Interesse eine solche Ausnahme, weiterhin im Rahmen von Programmen zur Förderung des internationalen wirtschaftlichen, wissenschaftlichen und kulturellen Austausches, von Hilfs- und Entwicklungsprojekten sowie von Stagiaireprogrammen, in deren Rahmen junge Erwachsene ein mehrmonatiges Berufspraktikum in der Schweiz absolvieren können.⁴⁰

In Deutschland bestehen ähnliche Ausnahmen, die insbesondere für Hochqualifizierte und Absolventen deutscher Hochschu-

³⁹ § 19 AufenthG.

⁴⁰ Vgl. Art. 37 ff. VZAE.

BEITRAG:
MARKUS PEEK

len weiter gehen als die schweizerischen Regelungen.⁴¹ Das Aufenthaltsgesetz sieht darüber hinaus die Möglichkeit vor, dass die Bundesagentur für Arbeit für einzelne Berufsgruppen oder Wirtschaftszweige im Voraus feststellt, dass offene Stellen auch mit ausländischen Bewerbern besetzt werden können, ohne dass es noch einer Prüfung des Inländervorrangs im Einzelfall bedürfte.⁴² Bislang hat die Bundesagentur von dieser Globalprüfungsmöglichkeit allerdings noch keinen Gebrauch gemacht.

3. Aufenthalt zur selbstständigen Erwerbstätigkeit

Die selbstständige Erwerbstätigkeit ist in der Schweiz durch Art. 2 VZAE als „Ausübung einer Tätigkeit im Rahmen einer eigenen, frei gewählten Organisation, die auf Einkommenserzielung ausgerichtet ist, unter eigener Weisungsgewalt steht und das unternehmerische Risiko selbst trägt“, definiert. Für Deutschland fehlt eine entsprechende Legaldefinition, inhaltlich sind die Begriffe der selbstständigen Erwerbstätigkeit jedoch deckungsgleich.⁴³

Für die Schweiz kann eine Aufenthaltsbewilligung zur Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit erteilt werden, wenn dies im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegt und der Ausländer die dafür nötigen finanziellen und betrieblichen Voraussetzungen nachweisen kann.⁴⁴ Weiterhin gelten wie auch bei unselbstständigen Erwerbstätigkeiten die Anforderungen an die persönliche Qualifikation, das Erfordernis der bedarfsgerechten Wohnung sowie einer positiven Integrationsprognose. Schließlich können auch für die selbstständige Erwerbstätigkeit nur im Rahmen der allgemein geltenden Kontingente Bewilligungen erteilt werden.

In Deutschland sind die Anforderungen für eine Zulassung eines selbstständig erwerbstätigen Ausländers wiederum de-

⁴¹ § 27 Nr. 3 BeschV.

⁴² § 39 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG.

⁴³ Vgl. etwa Bundesministerium des Innern, Vorläufige Anwendungshinweise, Punkt 2.2.3.

⁴⁴ Art. 19 AuG.

taillierter ausgestaltet, mit der Folge, dass der exekutive Spielraum kleiner ist. So muss ein Ausländer, der sich als Selbstständiger niederlassen will, regelmäßig mindestens 500.000,- Euro investieren und mindestens fünf neue Arbeitsplätze schaffen. Daneben werden auch die allgemeine Finanzierung des Projekts sowie die sonstigen Voraussetzungen für einen erfolgreichen Geschäftsbetrieb vorab geprüft. Ausländer, die älter als 45 Jahre sind, müssen darüber hinaus über eine angemessene Altersversorgung verfügen.⁴⁵

4. Grundzüge des Verfahrens

Auch das Verwaltungsverfahren unterscheidet sich in beiden Ländern erheblich. Der vermutlich signifikanteste Unterschied liegt darin, dass in der Schweiz der Arbeitgeber den Antrag auf eine Aufenthaltsbewilligung für den ausländischen Stellenbewerber stellt.⁴⁶ Es folgt ein zweistufiges Verfahren, dessen Ausgang der Ausländer in der Regel im Ausland abwarten muss.⁴⁷ Zunächst prüft die zuständige kantonale Behörde, ob die Voraussetzungen für die Ausübung der angestrebten Erwerbstätigkeit erfüllt sind. In einem zweiten Schritt wird dieser so genannte arbeitsmarktliche Vorentscheid vom Bundesamt für Migration geprüft. Stimmt das Bundesamt zu, stellt es dem Ausländer eine Einreiseerlaubnis aus. Der Kanton kann daraufhin den Aufenthaltstitel erteilen.

Hingegen wird der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach deutschem Recht durch den Ausländer selbst gestellt.⁴⁸ Die Antragstellung erfolgt im Regelfall in einer deutschen Auslandsvertretung. Angehörige bestimmter Industriestaaten sowie Ausländer, die im Besitz eines Aufenthaltstitels eines anderen EU-Staates sind, können den Antrag auch nach visumfreier Einreise in Deutschland stellen.⁴⁹ Seit Inkrafttreten des Zuwanderungsge-

⁴⁵ § 21 AufenthG.

⁴⁶ Art. 11 Abs. 3 AuG.

⁴⁷ Art. 17 AuG.

⁴⁸ § 81 AufenthG.

⁴⁹ § 41 Aufenthaltsverordnung (AufenthV). Privilegiert sind danach Staatsan-

BEITRAG:
MARKUS PEEK

setzes im Jahr 2005⁵⁰ gilt ein one-stop shop-Verfahren. Danach ist nur noch ein Antrag auf einen Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit erforderlich, während früher Arbeitserlaubnis und Aufenthaltstitel durch getrennte Verwaltungsakte erteilt wurden. Die Ausländerbehörde ist danach grundsätzlich für die Erteilung der Aufenthaltstitel zuständig; erlaubt der Aufenthaltstitel allerdings die Aufnahme der Erwerbstätigkeit, so muss die Behörde intern die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit einholen, die die arbeitsmarktlichen Gesichtspunkte prüft.⁵¹ Gegenüber dem Antragsteller tritt die Bundesagentur hingegen nicht in Erscheinung.

5. Rechte im Aufenthalt

Eine wichtige Frage für ausländische Arbeitnehmer, die zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Aufnahmestaat zugelassen wurden, ist auch der Umfang der Rechte, die mit dem erteilten Aufenthaltstitel verbunden sind. Im Rahmen dieser Darstellung kann und soll nicht umfassend auf diesen Komplex eingegangen werden. Es handelt sich jedoch um eine Frage, die in der Zuwanderungspolitik eine erhebliche Bedeutung hat, wie sich erst jüngst im Zusammenhang mit der Verabschiedung der so genannten Blue-Card-Richtlinie gezeigt hat.⁵² Auf der einen Seite setzt ein erfolgversprechendes Werben um hochqualifizierte Migranten im globalen Wettbewerb voraus, dass diesen eine längerfristige Perspektive mit entsprechend attraktiven Rahmenbedingungen im Aufnahmeland geboten wird, andererseits ist gerade die Zuwanderung in den Arbeitsmarkt ein politisch sensibles Thema

gehörige von Australien, Israel, Japan, Kanada, Südkorea, Neuseeland und der USA.

⁵⁰ Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern vom 30.7.2004, BGBl. I (2004) 1950.

⁵¹ Hinsichtlich einiger Personengruppen ist die interne Beteiligung der Bundesagentur entbehrlich, so etwa bei der Zulassung von Hochqualifizierten.

⁵² Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25.5.2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung, ABl. L 155/17 vom 18.6.2009.

und die Einräumung weitgehender Rechte für ausländische Arbeitnehmer dementsprechend umstritten.

Die Schweiz erteilt ausländischen Arbeitnehmern je nach Dauer des vorgesehenen Aufenthalts entweder eine Kurzaufenthaltsbewilligung mit einer Geltungsdauer von maximal einem Jahr oder eine Aufenthaltsbewilligung für längere Aufenthalte. Die Aufenthaltsbewilligung wird in der Regel für ein Jahr ausgestellt und kann danach jährlich verlängert werden. Verbunden mit der Aufenthaltsbewilligung ist das Recht auf volle geografische und weitgehende berufliche Mobilität. Lediglich der Wechsel in die Selbstständigkeit ist beschränkt.⁵³ Hingegen ist die berufliche und geografische Mobilität für Inhaber einer Kurzaufenthaltsbewilligung beschränkt.⁵⁴ Frühestens nach fünf und regelmäßig nach zehn Jahren kann einem Ausländer die Niederlassungsbewilligung erteilt werden, die unbefristet gilt und uneingeschränkte berufliche und geografische Mobilität verleiht.⁵⁵

In Deutschland erhält ein ausländischer Erwerbstätiger regelmäßig zunächst eine befristete Aufenthaltserlaubnis. Die Geltungsdauer dieses Titels richtet sich nach dem Zweck des Aufenthalts, insbesondere nach der Laufzeit eines befristeten Arbeitsvertrags. Sofern die Erteilungsvoraussetzungen weiterhin gegeben sind, wird die Aufenthaltsbewilligung verlängert. Die Aufenthaltserlaubnis ist grundsätzlich für das gesamte Bundesgebiet gültig, allerdings gewährt sie keine berufliche Mobilität. Darüber hinaus sind weitere Nebenbestimmungen möglich, die Veränderungen der Erwerbstätigkeit einschränken, so beispielsweise Auflagen hinsichtlich der Arbeitszeit und dem Arbeitsort.⁵⁶ Nach regelmäßig fünf Jahren kann einem Ausländer eine unbefristete Niederlassungserlaubnis erteilt werden, die die volle berufliche und geografische Mobilität gewährt. Sofern die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Niederlassungserlaubnis erfüllt sind, hat der Ausländer einen Rechtsanspruch auf Ertei-

⁵³ Art. 37 Abs. 2 und 38 Abs. 2 und 3 AuG.

⁵⁴ Art. 37 Abs. 1 und 38 Abs. 1 AuG.

⁵⁵ Art. 34, 37 Abs. 3 und 38 Abs. 4 AuG.

⁵⁶ § 13 Beschäftigungsverfahrensverordnung.

BEITRAG:
MARKUS PEEK

lung.⁵⁷ Der Niederlassungserlaubnis weitgehend gleichgestellt ist die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG auf Grundlage der RL 2003/109/EG.⁵⁸

Hochqualifizierten Zuwanderern im Sinne von § 19 AufenthG kann vom ersten Tag ihres Aufenthalts eine Niederlassungserlaubnis ausgestellt werden, erfolgreiche Selbstständige können sie bereits nach drei Jahren erwerben. Privilegiert sind auch Arbeitnehmer mit türkischer Staatsangehörigkeit, die auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 des Assoziationsratsbeschlusses 1/80 einen Rechtsanspruch auf ein höheres Maß an beruflicher Mobilität nach drei bzw. vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung genießen.

IV. Zusammenfassung und Fazit

Der Vergleich hat gezeigt, dass die Migrationsregelungen der Schweiz und Deutschlands weit weniger unterschiedlich sind als die Verschiedenheit der beiden Staaten auf anderen Gebieten dies eventuell hätte erwarten lassen. Hinsichtlich der Migration zwischen der Schweiz bzw. Deutschland und den (anderen) EU-Mitgliedstaaten war dies noch zu erwarten gewesen, da das 2004 in Kraft getretene Freizügigkeitsabkommen für eine weitgehende Rechtsharmonisierung in diesem Bereich gesorgt hat. Aber auch hinsichtlich der Zuwanderungsregelungen, die gegenüber Drittstaatsangehörigen gelten, haben sich bemerkenswerte Parallelen gezeigt. Beide Länder setzen auf eine nachfrageorientierte Zulassungspolitik, die ein konkretes Arbeitsplatzangebot als Voraussetzung für eine Zulassung als Arbeitnehmer vorsieht. Die Hürden für den Zugang zum Arbeitsmarkt liegen dabei in beiden Ländern hoch.

⁵⁷ § 9 AufenthG.

⁵⁸ Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25.11.2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. L 16/44 vom 23.1.2004. Im AufenthG ist die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG in § 9a geregelt.

Im Detail zeigen sich aber dennoch Unterschiede. So orientieren sich die deutschen Regelungen stärker an Branchenerfordernissen, die Niederschlag in zahlreichen Einzelvorschriften auf Verordnungsebene gefunden haben, während die schweizerischen Regelungen größeres Gewicht auf die individuelle Qualifikation legen. Nur in der Schweiz besteht ein zahlenmäßiges Kontingent, das die Zahl der pro Jahr erteilten Aufenthaltstitel begrenzt. Umgekehrt zeichnet sich die schweizerische Zulassungspolitik im Rahmen der Kontingente durch eine höhere Flexibilität aus.

Nach erstmaliger Zulassung zum Arbeitsmarkt ist die aufenthaltsrechtliche und vor allem die arbeitsmarktliche Stellung des ausländischen Arbeitnehmers in Deutschland zunächst schwächer. Während er in der Schweiz als Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung eine weitgehende Freiheit zum Stellen- und Ortswechsel genießt, ist seine Rechtsposition in Deutschland deutlich stärker eingeschränkt. Allerdings zeigt sich auch hier in den letzten Jahren ein Umdenken. Um die Arbeitsaufnahme in Deutschland für Hochqualifizierte attraktiver zu machen, werden dieser Ausländergruppe bereits vom ersten Tag an sehr viel weitgehendere Rechte eingeräumt. Besonders erfolgreich waren diese Versuche bislang allerdings scheinbar nicht: Im Jahr 2007 wurden insgesamt 151 Niederlassungserlaubnisse an neu eingereiste Hochqualifizierte vergeben.⁵⁹

Ein Blick über die Grenze kann für beide Seiten lohnend sein. Die Ziele der schweizerischen und der deutschen Migrationspolitik entsprechen sich in vielen Punkten, insbesondere wenn es um die Gewinnung qualifizierter Arbeitskräfte für die einheimische Wirtschaft geht. Die eingeschlagenen Wege unterscheiden sich jedoch in vielen Punkten, wenn auch nicht so grundsätzlich, dass sie nicht mehr vergleichbar wären. In den unterschiedlichen Ansätzen beider Staaten kann daher auch die Chance liegen, von den Erfahrungen des Nachbarn zu profitieren.

⁵⁹ Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Migrationsbericht 2007, S. 90.

ENTWICKLUNGSTENDENZEN UND PRIORITÄTENWECHSEL DER AUSLÄNDERPOLITIK IN DEUTSCHLAND SEIT DEN SIEBZIGER JAHREN

Priv.-Doz. Dr. Mehmet OKYAYUZ*

BEITRAG:
MEHMET OKYAYUZ

I. Vorbemerkung

1. Die folgende Abhandlung stellt keine detaillierte politisch-rechtliche Analyse gegenwärtiger Entwicklungstendenzen und Präferenzen deutscher Ausländer- oder (wie gegenwärtig immer mehr so benannt) Einwanderungspolitik dar. Es soll vielmehr – beginnend mit den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts – der historisch-soziale Kontext (beispielsweise im Sinne von Einstellungen offizieller politischer Akteure zur "Ausländerfrage") beleuchtet werden, in dessen Rahmen Debatten über Migration und Migranten vonstatten gingen bzw. gehen. Von Interesse sollen dabei die diesen Debatten zugrundeliegenden und sie zugleich steuernden politisch-sozialen Ordnungsvorstellungen sein. In ideologiekritischem Sinne formuliert, soll "zwischen" den Zeilen von gesprochenen und geschriebenen Verlautbarungen gelesen werden, um so Tendenzen im Prozess der Beziehung(en) zwischen Ausländern und der Sphäre des Politischen (ausgedrückt im Verantwortungs- und Aktionsspielraum des bürgerlichen Staates) einerseits, und der Sphäre des Gesellschaftlichen (ausgedrückt im Tätigkeitsfeld sozialer Akteure) andererseits deutlich machen zu können. Die strukturelle Dimension von Ausländerpolitik – beispielsweise im Kontext ihrer Funktionalisierung als Instrument zur Lösung sozialer Probleme – ist hierbei hervorzuheben.

2. Die das Thema dieser Abhandlung darstellenden Entwicklungstendenzen und Präferenzen sind keineswegs als Deutschland-spezifisch zu interpretieren. Denn ein Aspekt der oben er-

wählten strukturellen Dimension ist die immer mehr vorangetriebene globale Vernetzung von Politik. Ausländerpolitik, besonders in ihrer Darstellung als Flüchtlingspolitik, wird derzeit – bei Einbeziehung von Ländern an der europäischen Peripherie – in europaweiter Koordination betrieben. Ein konkretes Beispiel ist der gegenwärtig im Rahmen von Maßnahmen zur EU-Integration vorangetriebene Aufbau von mindestens sieben Flüchtlingsaufnahme- und -abschiebecentern in der Türkei.

Trotz dieser globalen Dimension von Ausländerpolitik in engerem und Migrationsbewegungen in weiterem Sinne sprechen einige wichtige historisch-soziale und theoretische Gründe für die Beschäftigung mit dem bundesdeutschen „Fall“.

Erstens war die Erfahrung der ab Mitte der fünfziger Jahre des zwanzigsten Jahrhunderts einsetzenden organisierten Massen-Arbeitsmigration in die industrialisierten westeuropäischen Länder vornehmlich eine türkisch-deutsche Angelegenheit. So ist die Anzahl der in Deutschland lebenden türkischen Staatsbürger und/oder der Menschen mit türkischem Hintergrund höher als in allen anderen westeuropäischen Aufnahmeländern zusammen. Neben dieser quantitativen Dimension werden Debatten über Integration, Identität, Multikulturalismus, Freiheit und Sicherheit nirgendwo intensiver geführt als in Deutschland. Spätestens seit der deutschen Wiedervereinigung 1991 sahen viele politische Akteure die Notwendigkeit, eine verloren geglaubte neue (oder neue alte) deutsche Identität zu (re)konstruieren. Für viele dieser Akteure stellten und stellen Migranten das Gegenbild einer solchen Identität dar (PENITSCH 2003: 17).

Zweitens war die Massenrekrutierung von ausländischen Arbeitskräften auf der Basis bi-nationaler Vereinbarungen eine relativ neue Erfahrung für Deutschland. Diese Migrationsbewegung resultierte in sozialen Dynamiken wie Familienzusammenführung, die mit politisch-rechtlichen Mitteln „gesteuert“ werden

* Der Verfasser ist Privatdozent am Institut für Politikwissenschaft und Öffentliche Verwaltung der Technischen Universität des Mittleren Ostens (Middle East Technical University) in Ankara.

BEITRAG:
MEHMET OKYAYUZ

sollten. Die Tradition deutschen Staatsrechts (JANN 1989: 39) ermöglichte in diesem Zusammenhang eine zügige, außerhalb öffentlicher gesellschaftlicher Debatten getätigte Etablierung politisch-rechtlicher Rahmenbedingungen, die Mitte der sechziger Jahre zum ersten systematisch formulierten und in sich geschlossenen Ausländergesetz der Bundesrepublik führten. Vor dem Hintergrund dieser historisch-sozialen Erfahrung und der erwähnten Staatsrechtstradition scheint es nicht übertrieben zu sein, Deutschland als einen, wenn nicht gar den Hauptakteur einer europaweit koordinierten Ausländerpolitik zu erachten (NIBLETT 2005: 43).

II. Die Betonung der gesellschaftlichen Dimension in den siebziger Jahren

Die siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts markieren eine Periode, in welcher zum ersten Mal nach dem Zweiten Weltkrieg die gesellschaftliche Dimension der (Arbeits-)Migration öffentlich debattiert wurde. Dies geschah trotz der seit dem Anwerbepstop von 1973 parallel dazu erstarkten Stimmen, die ein sukzessives Zurück zur Rotationspolitik der sechziger Jahre forderten, was faktisch auch ein Zurück zu einer „Ausländerpolitik als Arbeitsmarktpolitik“ darstellte (OKYAYUZ 1993: 119 ff.). Beispielhaft sei an dieser Stelle die Denkschrift der baden-württembergischen Landesregierung von Anfang 1975 erwähnt, die unter anderem eine Rückkehrförderung durch gezielte materielle, rechtliche und ideelle Maßnahmen, sowie eine Begrenzung der Aufenthaltsdauer künftig anzuwerbender Ausländer auf höchstens fünf Jahre einforderte. Das lange Zeit in der ausländerpolitischen Debatte gebrauchte Schlagwort vom „Gastarbeiter“ erfuhr eine politische Rückendeckung. Erst ab Anfang der neunziger Jahre ist eine Abwendung von diesem Begriff zu verzeichnen; an seine Stelle ist im Allgemeinen die Bezeichnung „Personen mit Migrationshintergrund“ getreten.

Die Lebens- und Arbeitsbedingungen der (Arbeits-)Migranten wurden – vielleicht zum ersten Mal in dieser Intensität – öffentlich debattiert. Das Wichtige und Einmalige hierbei war die

Einbeziehung der Zukunftsvorstellungen der Migranten selbst. Der Diskurs "über" den Ausländer wurde Schritt für Schritt ersetzt durch den Diskurs "mit" ihm (BARTH 2007). Die weitergreifende und spätestens seit dem Nachholen von Familienmitgliedern als nicht mehr zu verhindernde soziale Dynamik in Erscheinung tretende Integrationsproblematik wurde in dieser Zeit nunmehr vermehrt im Rahmen der gesamten Gesellschaft bewertet, und nicht mehr nur in beschränkter Sichtweise als „Problem“ spezifischer gesellschaftlicher Gruppen.

Der relative hohe Organisationsgrad der Ausländer in den Gewerkschaften ist ein Ausdruck der angesprochenen gesellschaftlichen Dimension jener Jahre. 1974 waren 25% aller ausländischen Arbeiter in den Gewerkschaften organisiert, wobei dieser Anteil bis 1981 auf 33,6% anstieg. Der Anteil am gewerkschaftlichen Gesamtorganisationsgrad betrug dabei 8,1% (FREY 1982: 393). Diese Daten können hierbei als der "materielle" Ausdruck dieses Vergesellschaftungsprozesses im Rahmen der Integrationsproblematik gedeutet werden.

Ein weiteres wichtiges Indiz für die gesellschaftliche Dimension ist der ab Mitte der siebziger Jahre vermehrt zu beobachtende "Eingriff" der "zweiten Generation" in Debatten über ihre eigenen Zukunftsperspektiven. Diese Generation entwickelte ein Gespür für ihre eigene Umwelt, wozu die Generation ihrer Mütter und Väter aus strukturellen Gründen noch nicht in der Lage war. Auch diese Entwicklung, parallel zu der Situation in den Gewerkschaften, war Ausdruck einer sozialen Dynamik, auf die auch die politischen Akteure gezwungen waren zu reagieren. Einer der „Verdienste“ dieser Entwicklungen ist der vielschichtige Gebrauch des Begriffs „Integration“, der gegenwärtig allzuoft nur in seiner kulturell-ethnischen Dimension gebraucht und interpretiert wird. Die in der Vorbemerkung angesprochene Identitätsproblematik ist dabei Teil dieser einseitig mono-faktoriellen Deutungsweise von Integration.

Nicht zuletzt sei auf Debatten über Möglichkeiten gesellschaftlicher und politischer Partizipation der ausländischen Bevölkerung auf lokaler und regionaler Ebene verwiesen. Auch

BEITRAG:
MEHMET OKYAYUZ

wenn diese Partizipation bis heute nur in einigen wenigen Ländern, und auch dort nur begrenzt, als verwirklicht angesehen werden kann, lieferten die Debatten in den siebziger Jahren Anstöße, die zur Etablierung von politisch-rechtlichen Instrumenten wie den Ausländerbeiräten ab Anfang der achtziger Jahre führten.

Der letzte Punkt verweist auf die Interaktivität von gesellschaftlichem Engagement und Politik. Ein weiteres Beispiel hierfür ist das Memorandum des damaligen Ausländerbeauftragten Heinz Kühn von September 1979, in dem versucht wurde, der gesellschaftlichen Dimension in all ihren oben dargestellten Formen und insbesondere dem Thema Integration, auf offizieller Ebene Rechnung zu tragen. Dies spiegelte sich in Forderungen wie der nach Anerkennung der faktischen Einwanderung, nach einem Recht auf Einbürgerung und nach Einräumung des kommunalen (aktiven) Wahlrechts für Ausländer wieder (KÜHN 1979). Der Grundgehalt dieser Forderungen bestand darin, die (aus dem Ausländerrecht resultierende) staatliche Dispositionsbefugnis über die Ausländer abzubauen, und sie als aktiv am deutschen gesellschaftlichen Leben teilnehmende Minderheit anzuerkennen. Auch wurde zum ersten Mal in der deutschen Nachkriegsgeschichte die bis heute nicht verwirklichte doppelte Staatsangehörigkeit als wichtiger integrativer Bestandteil von Ausländerpolitik in die rechtspolitische Debatte eingeführt (OKYAYUZ 1993: 200ff.). Auf diese Problematik wird später noch einmal und detaillierter eingegangen werden, bildet sie doch einen der wichtigsten Eck- und Streitpunkte gegenwärtiger ausländerpolitischer Entwicklungen.

Trotz all dieser auf lange Sicht als positiv für die Integration der Ausländer zu bewertenden Entwicklungen in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts blieb doch auch in dieser Periode das der Ausländerpolitik zugrundeliegende Ausländerrecht als „Ausnahmerecht“ weiterhin bestehen. Denn misst man seine Kriterien am Maßstab (klassisch-liberaler) bürgerlicher Rechtsnormen, so ist auf dem Gebiet der Beziehung zwischen Ausländer und bürgerlichem Staat von „positiver“ Verrechtlichung für die Ausländer nicht zu sprechen. Die drei zentralen Kategorien

von Recht und Rechtsprechung – Legitimität, Normenbindung und Rechtssicherheit – sind hier nicht gegeben (OKYAYUZ 1993: 90 f.). In keinem der ausländerrechtlichen Bestimmungen seit Inkrafttreten des „ersten“ Nachkriegs-Ausländergesetzes von 1965 wurden in diesem Punkt qualitative Verbesserungen gemacht. Allenfalls quantitativ wurde von Zeit zu Zeit nachgebessert (OKYAYUZ 1993: 150 ff.), beispielsweise was die Erweiterung der Rechtssicherheit für Ausländer oder – anders herum formuliert – die Einengung der weiten Dispositionsbefugnis der Ausländerbehörden über die Ausländer betrifft. Dies wird im Fortgang dieses Textes neben aller Kritik durchaus als positiv zu vermerken sein.

III. Die Wende in den achtziger Jahren: Zuzugsbegrenzung und Rückkehrförderung statt Integration?

Mit Beginn der achtziger Jahre wurde die im letzten Kapitel angesprochene gesellschaftliche Dimension von Migration, d.h. Migration als Ausdruck von sozialer Dynamik, immer mehr in den Rahmen einer Diskussion über das „Ausländerproblem“ eingefasst. In die Debatte geworfene ausländerpolitische Vorstellungen umfassten nunmehr steuerungspolitische Instrumente wie beispielsweise das Verbot des Nachzuges von ausländischen Kindern zu einem alleine in Deutschland lebenden Elternteil sowie die Einführung der Aufenthaltserlaubnispflicht auch für Kinder unter 16 Jahren (STAATSMINISTERIUM BADEN-WÜRTTEMBERG 1981).

Grundlegende Position solcher Vorstellungen war dabei die „wirksame“ Begrenzung der weiteren Zuwanderung von Ausländern in die Bundesrepublik sowie die Förderung der Rückkehrbereitschaft; all dies gleichwohl bei gleichzeitiger Verbesserung der wirtschaftlichen und sozialen Integration der seit

¹ Mit dem Programm für finanzielle Rückkehrhilfen vom 1.12.1983, das im „Gesetz zur Förderung der Rückkehrbereitschaft von Ausländern“ Ausdruck fand, wurde die Rückkehrbereitschaft institutionell sanktioniert (BT-Dr. 10/351).

BEITRAG:
MEHMET OKYAYUZ

vielen Jahren in der Bundesrepublik lebenden Ausländer (BUNDESMINISTERIUM DES INNERN 1982: 73).

Schon vorher, ab Mitte der siebziger bis Anfang der achtziger Jahre, war das steuerungspolitische Instrument der Zuzugssperren für Ausländer in bestimmten Regionen bzw. Städten beschlossen und durchgeführt worden. Der dieser Politik zugrundeliegende Argumentationsstrang (des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung von 1976) ging von einer Belastung „der sozialen Infrastruktur“ (zitiert nach RIST 1980: 83) aus. Offensichtlich wurde schon in diesen Jahren von mancher Seite davon ausgegangen, dass die Integration gescheitert sei. Lösungen wurden in diesem Zusammenhang auf administrativ-politischer Ebene gesucht. In den neunziger Jahren werden wir erneut auf diese Einstellung stossen und sie im Verlauf dieses Textes bewerten.

Die erwähnten Entwicklungen sowie der immer häufigere Gebrauch von Begriffen wie „Ausländersteuerung“ und „Zuwanderungssteuerung“ (BOJADZIJEV et al. 2007) in der öffentlichen Migrationsdebatte zeigen Präferenzverschiebungen auf dem Gebiet der gesellschaftlichen und politischen Wahrnehmung von Migration bzw. Migranten und dem Vollzug von Ausländerpolitik. Die wie oben dargestellt seit Anfang der siebziger Jahre in gesellschafts- und ausländerpolitischen Planungsstrategien immer mehr aktiv teilnehmenden und/oder den Willen zu einer aktiven Teilnahme zeigenden Ausländer wurden gleichermaßen zu „Politikobjekten“ degradiert. Parallel hierzu ist die Entwicklung von institutionalisierter Migrations-/Migrantenforschung europaweit zu verzeichnen. Eine „Verwissenschaftlichung“ der „Ausländerfrage“ fand statt. Forschung auf objektiv-wissenschaftlicher Basis ist ja nun durchaus zu begrüßen. Die seit den Achtzigern entstandenen Migrationszentren arbeiten gegenwärtig auf Gebieten wie Ausländerpädagogik oder mehrsprachiger Erziehung und tragen damit der Diversifizierung von Migration und der Migrantenpopulation, und damit auch der oben erwähnten gesellschaftlichen Dimension Rechnung. Dennoch sollte beachtet werden, dass diese gegenwärtig aus Sicht der Ausländer positive Entwicklung unter den Prämissen der oben geschilderten aus-

länderpolitischen Sichtweise der achtziger Jahre ihren Anfang nahm. Das Ausländerrecht unterliegt zwar formal durchaus und selbstverständlich auch dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit. Da seine Rechtspraxis jedoch – wie oben schon ausgeführt worden ist –, zumindest, was die drei zentralen Kategorien von Recht und Rechtssprechung: Legitimität, Normenbindung und Rechtssicherheit betrifft, an „normale“ rechtsstaatliche Normen nur teilweise gebunden ist, stellt die Lebens- und Arbeitssituation der Ausländer in gewisser Weise stets den „Ausnahmefall“ dar. So kann eine, sich für die einheimische Bevölkerung im Normalfall positiv auswirkende Verrechtlichung, für die Ausländer durchaus das Gegenteil bedeuten. In diesem Zusammenhang kann sich also auch eine „Verwissenschaftlichung“ auf dem Gebiet der Migrantenforschung durchaus negativ für die Ausländer auswirken. Der Begriff „Verwissenschaftlichung“ (im Unterschied zu wissenschaftlicher Forschung als solcher) soll hier auf die sinnbildende Möglichkeit von Wissenschaft verweisen. Dies kann so weit gehen, dass Wissenschaftsproduktion in gewissen gesellschaftlichen Perioden „unangreifbare“ Resultate präsentieren kann, deren kritische Hinterfragung später nicht mehr möglich ist. Das kann dann im Sinne einer legitimierenden Funktion von Politik missbraucht werden. Diese Bemerkungen sollten als Beispiel für das oben angesprochene Lesen „zwischen“ den Zeilen gedeutet werden.

Die ausländerpolitischen Präferenzverschiebungen in den achtziger Jahren fanden auch ihren Ausdruck auf der Ebene von politischen Verlautbarungen. So ließ Richard v. Weizsäcker in einer Rede von Juni 1981 in seiner Eigenschaft als damaliger Ministerpräsident von Berlin folgende Stellungnahme verlautbaren: „Entweder Rückkehr in die alte Heimat ... oder Verbleib in Berlin; dies schließt die Entscheidung ein, auf die Dauer Deutscher zu werden. [...] Berlin muß die Mauer ertragen. Unsere Stadt kann nicht auch noch Zäune ertragen, die wir selbst errichten.“ (zitiert nach GESEMANN 2009: 315). Diese Worte stellen ein Wegdriften vom Recht auf Einbürgerung (und demzufolge auf Doppelstaatsangehörigkeit) dar, wie es noch im Kühn-Memorandum 1979 formuliert wurde. Sie setzen die Präferenz für ein Integrations-

BEITRAG:
MEHMET OKYAYUZ

modell, in dem die Ausländer nur unter Ausschluss ihrer eigenen Identität als Bausteine gesellschaftlicher Strukturbildung und -entwicklung akzeptiert werden.

Verlautbarungen, die dem Sinngehalt nach der von v. Weizsäcker entsprechen, lassen sich in jenem Jahrzehnt einige auffinden. So sagte Kanzler Helmut Schmidt in einer Presseerklärung vom 11. November 1981, dass Einigkeit bestehe, „daß die Bundesrepublik Deutschland kein Einwanderungsland ist und auch nicht werden soll“ (BUNDESMINISTERIUM DES INNERN 1998: 10). Daran anknüpfend beschloss die Bundesregierung in ihren ausländerpolitischen Grundpositionen von Februar 1982, dass „nur durch eine konsequente und wirksame Politik der Begrenzung des Zuzugs ... [...] ... die unverzichtbare Zustimmung der deutschen Bevölkerung zur Ausländer-Integration“ gesichert werden kann. Und weiter: „Dies ist zur Sicherung des sozialen Friedens unerlässlich“ (BUNDESREGIERUNG 1982: 7). Das Leitmotiv vom Nichteinwanderungsland hatte sich solcherart „mit dem Ende der Kanzlerschaft von Helmut Schmidt [...] bereits etabliert und lässt sich bis in die späten 90er als Grundprinzip bundesdeutscher Ausländerpolitik identifizieren“ (HELL 2005: 81). Zusammen mit der Doppelstaatsangehörigkeitsproblematik stellt die Frage nach Einwanderung bis heute das zentrale, kontrovers geführte Thema bundesdeutscher Ausländerpolitik dar.

Bei der noch folgenden Bestandsaufnahme der Entwicklungen ab den neunziger Jahren ist der Fakt zu berücksichtigen, dass mittlerweile eine in Deutschland geborene dritte und vierte Ausländergeneration aufwächst, die ihre Ursprungsländer kaum noch kennt sowie zu grossen Teilen in Besitz der deutschen Staatsangehörigkeit ist. Auch wenn die Bundesrepublik also faktisch ein Einwanderungsland geworden ist, bestimmt der Grundsatz von Deutschland als einem Nichteinwanderungsland bis heute die Leitlinien der Ausländerpolitik. Erste Ansätze – nach dem Kühn-Memorandum –, dies zu ändern, kann man im ersten Entwurf von 2002 zum aktuellen Zuwanderungsgesetz von 2005 sehen. Die unter der Leitung von Rita Süssmuth (Süssmut-Kommission) formulierten Grundsätze sahen eine Anerkennung der These von Deutschland als einem Einwanderungsland sowie die

Doppelstaatsangehörigkeit vor.² Kurz nach Verabschiedung des Gesetzes Anfang 2003 erklärte das Bundesverfassungsgericht im Dezember des gleichen Jahres seine Nichtigkeit. Am 1. Januar 2005 trat das aktuell gültige Zuwanderungsgesetz in Kraft, in dem die integrationspolitischen Vorschläge der Süßmuth-Kommission grösstenteils nicht mehr auffindbar sind. Auf seine Hauptinhalte soll weiter unten eingegangen werden.

Die Rede von "Ausländer-" und "Zuwanderungssteuerung" markiert Begrifflichkeiten, die auf den Prozess weg von der sozialen hin zu einer politisch-administrativen Ebene verweist. Die Reduzierung des Zuzugsalters von 18 auf 16 Jahre für Jugendliche, die zu ihren Eltern ziehen wollen, ist ein Beispiel für solch eine Verlagerung. Seit den Auseinandersetzungen um das aktuell gültige Zuwanderungsgesetz von 2005 gab und gibt es immer wieder Stimmen, die eine weitere Reduzierung von 16 auf 10 Jahre fordern (WELT online vom 9.2.2003). Einer der massgeblichen Gründe, warum der Familienzuzug von wiederholt grosser Bedeutung in allen ausländerpolitischen Debatten seit Beginn der Ausländerrekrutierung Mitte der fünfziger Jahre ist, ist die Tatsache, dass er einer der sozialen Dynamiken im Migrationsprozess darstellt, die von Anfang an nur schwer administrativ zu steuern waren. Umso mehr wird spätestens seit Ende der siebziger/Anfang der achtziger Jahre versucht, mit entsprechenden Instrumenten dieser Dynamik entgegenzusteuern.

Auch als Resultat, aber nicht nur, von europa- bzw. weltweit einsetzenden ökonomischen Krisensymptomen, deren "Vor-

² Die im Entwurf der Süßmuth-Kommission enthaltene Forderung nach Anerkennung der These von Deutschland als einem Einwanderungsland und einer möglichen Doppelstaatsangehörigkeit ist der bislang weitestgehende Versuch, bis heute gültige ordnungspolitische, ausländerpolitische Vorstellungen einer Änderung zu unterziehen. Sie stellt den bislang letzten Versuch in einer Reihe von ähnlichen Forderungen dar. Zuletzt beispielsweise erhob Cornelia Schmalz-Jacobsen als damalige Ausländerbeauftragte der Bundesregierung im März 1992 die Forderung, "wonach hier geborene Kinder von Arbeitsmigranten automatisch die deutsche Staatsangehörigkeit bekommen sollten, ohne dadurch die eigene aufgeben zu müssen" (OKYAYUZ 1993: 15). Für den Inhalt der Forderung siehe: Süddeutsche Zeitung vom 24.03.1992: 2.

BEITRAG:
MEHMET OKYAYUZ

schein" schon in der sogenannten Erdölkrise von 1973 zu konstatieren war, und dessen vorläufiger damaliger Kulminationspunkt Anfang der Achtziger erreicht wurde, kann man ähnliche Entwicklungen auch in den meisten anderen westeuropäischen Empfängerländern wie Österreich, Belgien oder der Schweiz feststellen.

Die in den achtziger Jahren vollzogene Entwicklung zu einer restriktiveren Handhabung von ausländerrechtlichen Bestimmungen basierte auf drei auch heute noch überwiegend gültigen Prämissen:

- Die erste dieser Prämissen ging davon aus (und dies ist seit Beginn der neunziger Jahre bis heute noch verstärkt der Fall), dass die Integration der „ausländischen Mitbürger“ größtenteils gescheitert sei.³ Die weiter oben erwähnte vielschichtige Vorgehensweise in den siebziger Jahren an das, was Integration sein möge, wurde ersetzt durch eine einseitig kulturell-ethnisch definierte Integrationsdebatte. Vergessen wurde und wird dabei, dass Integration immer auch Des-Integration bedeutet in dem Sinne, dass nur in eine bestimmte Gesellschaft „integrierte“ Menschen diese Gesellschaft so weit kennen, dass sie sich wiederum de-integrieren können. Die erste Migrantengeneration in Deutschland war in diesem Sinne weder integriert noch desintegriert. Sie lebte arbeitete „nur“.

- Die zweite Prämisse basiert auf der mehr oder weniger offenen ausgesprochenen Deutung, dass die Gesellschaften der Aufnahmeländer noch nicht "bereit" seien, mit sozialen Spannungen und Konflikten umzugehen, die aus dem Zuzug neuer Migranten resultierten.

- Die dritte Prämisse basiert auf einem Diskurs über die Identität und die Kultur als Faktoren von Differenz und nicht von Einheit. Als Ergebnis dieser Prämisse, zusammen mit Veränderungen in der globalen Agenda seit Ende der achtziger Jahre, wie

³ Erinnert sei in diesem Zusammenhang an den reißerischen SPIEGEL-Titel von Heft 16/1997 "Gefährlich fremd. Das Scheitern der multikulturellen Gesellschaft".

einer Renaissance neuer Konservatismen, von Nationalismus, dem Niedergang der Sowjetunion, sowie einem Wegdriften von egalitärer Sozialpolitik hin zu neoliberalen Vorstellungen, wurden die Ausländer in zunehmendem Masse als Mittel, die eigene Identität, konkret die Identität dessen, was europäische Kultur sei und zu sein habe, funktionalisiert. Das Gegenmodell solch einer europäischen Identität sah man insbesondere in Gestalt der moslemischen Migranten manifestiert, unabhängig davon, wie weit diese sich selbst so definierten.

IV. Die neunziger Jahre bis heute: politisch-administrative Ansätze, das "Ausländerproblem" zu „managen“

Seit Beginn der neunziger Jahre wird versucht, das „Ausländerproblem“ zunehmend auf politisch-administrativer Ebene zu „lösen“. Rechtsdebatten über die Staatsangehörigkeit, die gesellschaftspolitische Partizipation der Ausländer sowie über aufenthalts- und arbeitsrechtliche Bestimmungen werden geführt, um die Probleme von als nicht integrationsfähig oder -willig eingestuften Menschen zu lösen. Ob mit ihnen oder gegen sie spielt dabei in der gegenwärtigen Debatte kaum eine Rolle (BARBIERI 1998).

Was Deutschland betrifft, liegt das Hauptaugenmerk dabei auf der türkischen Migrantenbevölkerung, die spätestens seit dem Anschlag auf die beiden Gebäude des Welthandelszentrums in New York und deren Zerstörung am 11. September 2001 als nicht-europäisch "geführt" wird. Dies zeigt sich insbesondere im Prozess der Verhandlungen zum EU-Beitritt der Türkei und der dabei immer wieder ins Feld geführten europäischen Grundwerte/Grundpfeiler, mit denen die Türkei und demzufolge auch die türkischstämmige Bevölkerung in Deutschland nichts gemein habe.

Solcherart beschrieb das SPD-Parlamentsmitglied Martin Neuffer die türkischstämmige Bevölkerung 1986 als eine Gruppe von Leuten, die nicht integriert werden könnten. Mit „Das Boot ist voll“ antwortete er auf die Frage, ob Deutschland ein

BEITRAG:
MEHMET OKYAYUZ

Einwanderungsland sei oder nicht.⁴ Schon vorher, seit Ende der siebziger Jahre, hatten – wiederum – Vertreter der SPD derartige Parolen herausgegeben (FAKTEN FIKTIONEN 2009).

Diese und ähnliche ordnungspolitische Vorstellungen bildeten seit Anfang der neunziger Jahre den Grundstein für Ansätze, soziale Dynamiken der Migration zu institutionalisieren und zu verrechtlichen. Neueste Entwicklungen wie die Tatsache, dass verstärkt Menschen aus den ehemaligen sozialistischen Ländern nach deren Zusammenbruch nach Westeuropa zuzogen im Allgemeinen, und der Einwanderung von Osteuropäern deutschen Ursprungs (Aussiedler) nach Deutschland im Besonderen; sowie die beginnende Debatte über Asylpolitik (resultierend in ersten neuen Bestimmungen des Flüchtlingsgesetzes von 1993) mit den Versuchen, Differenzierungen zwischen politischen und ökonomischen Asylbewerbern zu machen und „sichere“ und „unsichere“ Staaten vorzudefinieren, wurden der Migrations-Agenda hinzugefügt.

Statt der Initiierung einer ehrlichen und differenzierten Debatte über die neue (alte) „globale Migration“, d.h. über die Gründe für die Entstehung und Entwicklung eines Phänomens, das gegenwärtig einer der bestimmenden Faktoren innerhalb internationaler Beziehungen darstellt, haben wir seit den siebziger Jahren Präferenzverschiebungen hin zu Migrations-Management via politisch-rechtlichen Mitteln zu konstatieren. Aus Sicht der politischen Akteure in den westeuropäischen Ländern gibt es durchaus wichtige Gründe für diese Präferenzverschiebung. Die wichtigsten seien im Folgenden aufgezählt:

1. Ökonomische und demographische Veränderungen, die in einem verstärkten Bedarf an qualifizierten Arbeitskräften resultieren;

⁴ Zu einer Stellungnahme von Neuffer mit ähnlichem Sinngehalt aus dem Jahre 1982 vgl.: Martin Neuffer (1982): "Die Reichen werden Todeszäune ziehen". SPIEGEL 16/1982, S. 35. <http://wissen.spiegel.de/wissen/dokument/dokument.html?titel=%22Die+Reichen+werden+Todesz%C3%A4une+ziehen%22&id=14344559&top=SPIEGEL&suchbegriff=martin+neuffer&quellen=&qcrubrik=artikel>.

2. Das Unvermögen existierender Mechanismen und Instrumente wie dem damaligen Ausländergesetz (von 1990), den Integrationsprozess der Ausländer zu befördern;
3. Forderungen nach einer Erleichterung der Einbürgerung;
4. Die Bekämpfung illegaler Einwanderung;
5. Forderungen nach einer Reorganisation der verwaltungstechnischen Zuständigkeiten der Ausländerämter;
6. Forderungen nach einer Harmonisierung von Migrations-/Ausländerpolitik auf europäischer Ebene;
7. Forderungen nach Redefinition und –klassifikation der verschiedenen Migrantengruppen hinsichtlich ihres politisch-rechtlichen Status.

In differenzierter Weise muss erwähnt werden, dass am Anfang des oben angeschnittenen Präferenzwechsels auch Rechtsverbesserungen für Ausländer zur Debatte gestellt und eingefordert werden sollten. Im Verlauf der Legislaturperiode von 1998-2005, in der die SPD gemeinsam mit den Grünen eine Bundesregierung bildete, wurde das Hauptaugenmerk zukünftiger Ausländerpolitik auf die Integration gerichtet. Dies geschah hauptsächlich unter dem Druck des grünen Koalitionspartners und auf der Basis einer erweiterten Rechtsgarantie für schon seit langem in Deutschland lebende Ausländer. Der Beginn dieser Koalition markiert die – allerdings nur kurze Zeit währende – Renaissance, die „Ausländerfrage“ erneut zu „vergesellschaften“ statt sie nur administrativ zu „lösen“. Ein wichtiges Indiz für diese Feststellung kann darin gesehen werden, dass auch die Frage der doppelten Staatsangehörigkeit wieder in die öffentliche Debatte gebracht wurde.

Gegenwärtig aber, nach dem Scheitern dieser Vorstöße in Gestalt der Abschmetterung der oben erwähnten Vorschläge der Süßmuth-Kommission bzw. ersten Gestaltnahme als Gesetz

BEITRAG:
MEHMET OKYAYUZ

2003 durch das Bundesverfassungsgericht,⁵ haben sich die Präferenzen erneut geändert bzw. der Strang der achtziger Jahre wurde wieder aufgenommen und fortgeführt. Seit Anfang des 21. Jahrhunderts haben sich sowohl die Zusammensetzung der Akteure als auch der Fokus auf Grundfragen geändert. Auch sind neue Akteure in die Debatte „eingestiegen“ und prägen diese entscheidend mit. Institute mit akademischem Anspruch wie das „Institut für Wirtschaftsforschung“ in Berlin, aber auch Vertreter von Industrie- und Handelskammern legen den Hauptschwerpunkt ihrer ausländerpolitischen Vorstellungen auf demographische und ökonomische Gesichtspunkte sowie der Verhinderung des Zuzuges von neuen – unqualifizierten – ausländischen Arbeitskräften, was sich nicht zuletzt in der immer noch nicht beendeten „Green Card“-Debatte manifestiert. „Ausländersteuerung“ wurde ersetzt durch den Begriff der „kontrollierten“ Einwanderung, was nicht zuletzt auch die Erweiterung der Dispositionsbefugnisse der Ausländerbehörden meint.

In der öffentlich geführten, aber inzwischen von den oben angeführten Akteuren dominierten Debatte über Migration und Integration, fällt es immer leichter, auch xenophobische, wenn nicht gar rassistische Töne festzustellen, die darauf hinauslaufen, dass Menschen nicht-europäischen Ursprungs zunächst einmal und vor allem eine Gefahr für die europäischen Gesellschaften und Staaten darstellen, und solcherart ihre Tauglichkeit für dieselben erst einmal unter Beweis stellen müssten (MÜLLER 2005). Dies spiegelt sich auch im neuen Zuwanderungsgesetz, dessen letzte Änderung sich auf Juli 2007 datieren lässt, wieder. Bei Umsetzung seiner Inhalte würde – gemäss einer Stellungnahme von Pro Asyl – „Deutschland [...] unattraktiver, kälter und integrationsfeindlicher“ (Pro Asyl 2007: 1) werden.

Für diese von Pro Asyl zur Sprache gebrachte „Kälte“ trägt wohl zu einem nicht geringen Teil die Tatsache bei, dass versucht wird, die Integration auf der Ebene administrativer Prozeduren zu „lösen“. Verbindliche Sprachkurse und die Einführung von die

⁵ Das Bundesverfassungsgericht hatte das Gesetz aus formalen Gründen für verfassungswidrig erklärt. Das Ergebnis bleibt das gleiche.

Qualifizierung messenden Punktesystemen sind nur einige dieser Mittel (MÜLLER 2005). Dabei sind Sprachkenntnisse der Gesellschaft, in der man lebt und arbeitet, unlegbar essentiell für eine erfolgreiche Integration. Andererseits aber ist die Integration ein komplexer gesellschaftlicher Prozess, für deren „Realisierung“ eine Vielzahl von Faktoren maßgeblich ist. Eine Reduzierung auf die administrative Ebene reicht nicht aus, um dieser Komplexität gerecht zu werden.

V. Schlußwort: Veränderte Prioritäten und die fortlaufene Debatte über Multikulturalität und Integration

Der Verlauf der oben geschilderten Rahmenbedingungen und deren inhaltliche Präferenzwechsel seit den siebziger Jahren in Einheit mit einer sozio-politischen Atmosphäre der Intoleranz und der schlechten Konjunkturlage haben einen politisch-ideologischen Rahmen geschaffen, in dem die an die siebziger Jahre anknüpfenden Versuche der „Grünen“, die „Ausländerfrage“ zu „vergesellschaften“, gescheitert sind. Die in Deutschland ab den neunziger Jahren immer mehr ins Gespräch gebrachte und von den Medien verbreitete These von der „gescheiterten Integration“ scheint gegenwärtig auch in den meisten anderen westeuropäischen Aufnahmeländern akzeptiert. Selbst in als – was die ausländerrechtlichen Rahmenbedingungen und deren Umsetzung betrifft – „liberal“ eingestuften Ländern wie den Niederlanden oder in Ländern wie Großbritannien, in denen „Multikulturalität“ bis heute ein Teil gesellschaftlicher Realität zu sein schien, werden diesbezügliche Stimmen immer lauter und deutlicher.

Die Migranten selbst kritisieren diese Prioritätenwechsel. Hakkı Keskin von der Türkischen Gemeinde in Hamburg fasst die Kritik unter vier Hauptpunkten zusammen (KESKIN 2003):

- Die gegenwärtigen ausländerrechtlichen Bestimmungen und deren repressiver Praxischarakter zementieren das Ausländer- bzw. Zuwanderungsgesetz als Defensivrecht (gegen die Ausländer).

BEITRAG:
MEHMET OKYAYUZ

- Die Prioritäten der Inhalte des Zuwanderungsgesetzes liegen bei den ökonomischen Interessen der deutschen Unternehmer.
- Die Ausländer werden als „gut, „nützlich“ oder „weniger nützlich“ eingestuft. In diesem Zusammenhang wird es für die als „weniger nützlich“ eingestuften Ausländer immer schwieriger werden, ihren Aufnahmestatus zu festigen.⁶
- Es wird faktisch noch schwieriger werden, eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis⁷ zu erhalten oder in den Besitz der deutschen Staatsangehörigkeit zu gelangen. War ehemals eine „einfache Kenntnis der deutschen Sprache“ ausreichend, so wird gegenwärtig „hinreichende Kenntnis“ derselben vorausgesetzt.

Aber nicht nur die Lebens- und Arbeitsbedingungen der „alt-eingesessenen“ Arbeitsmigranten werden sich gemäß dieser Kritik verschlechtern, auch die Bedingungen der neu ins Land zu holenden sogenannten qualifizierten ausländischen Arbeitskräfte werden sich als Resultat des ungleichen Verhältnisses von ausländischen Personen und dem bürgerlichen Staat, basierend auf den weitgehenden Dispositionsbefugnissen der Ausländerbehörden, nicht verbessern. Sie werden auch künftig nicht die gleichen Rechte genießen wie die deutsche Bevölkerung. Ihr Aufenthalt wird auch weiterhin befristet sein. Ausserdem deutet die Tatsache, dass eine mögliche „green card“-Prozedur kein in sich Stringenz aufweisender Regulierungsmechanismus ist, sondern als ein den Anwerbestop von 1973 nur temporär aufbrechendes Instrument geplant wurde, darauf hin, dass an eine prinzipiell

⁶ In Zeiten der „green card“-Debatte, die sich um hochqualifizierte ausländische Arbeitskräfte dreht, kann dabei mit einiger Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die „weniger nützliche“ Personengruppe auch aus „klassischen“ Arbeitsmigranten bestehen wird, die unter Umständen schon seit Jahrzehnten in Deutschland leben.

⁷ Berücksichtigt man die Tatsache, dass immer noch mehr als 2 Millionen Ausländer in Deutschland ohne gesicherten Aufenthaltsstatus (beispielsweise in Form von befristeten Aufenthaltserlaubnissen) leben, so wird die Brisanz dieser Situation deutlich. <http://www.info4alien.de/stat.htm>.

neue Zuwanderungspolitik nicht gedacht wurde. Solcherart haben sich die Prinzipien der auf dem Rotationssystem mit zeitlich begrenzten Arbeitsverträgen basierenden "Gastarbeiterpolitik" der sechziger Jahre prinzipiell nicht verändert.

Der Diskurs über eine anzustrebende „multikulturelle Gesellschaft“, wie er noch in den siebziger Jahren von Sozialwissenschaftlern, Pädagogen, Vertretern von Gesellschaftsverbänden, aber auch von Teilen der politischen Elite geführt wurde, um die Konstituierung eines gesamtgesellschaftlichen Integrationsprozesses zu bewerkstelligen, wird gegenwärtig auf der Ebene der Eigen-Identitätsfindung spezifischer gesellschaftlicher Gruppen geführt. In diesem Zusammenhang kann sogar von einer Ethnifizierung struktureller Probleme gesprochen werden, welche letztendlich Gegenreaktionen bei den Ausländern hervorgerufen hat und hervorruft. Ein Teufelskreis, der wirkliche Integration nahezu unmöglich macht (BIENFAIT 2006).

Spätestens seit den achtziger Jahren, d.h. zu einem Zeitpunkt – wie oben beschrieben worden ist –, als die gesellschaftliche Dimension der Migration Schritt für Schritt zugunsten administrativer Verrechtlichung vernachlässigt wurde, wurde einer der Hauptaugenmerke der ausländerrechtlichen und –politischen Debatte wie auch der Ausländerpolitik selbst auf die Integration der Ausländer in die Aufnahmegesellschaften gelegt. Integration wurde dabei zunehmend als eine vordefinierte und statische Kategorie interpretiert. Die Betonung lag dabei auf einer einseitigen, aktiven und gutwillentlichen Hinzuwendung der Ausländer an diese Aufnahmegesellschaften im Sinne einer mehr oder weniger vollständigen Akzeptanz deren Normen und Werte. Als Vorbedingung solch einer Akzeptanz wurde (und wird) dabei die Kenntnis von Kultur und Sprache der Aufnahmegesellschaften bewertet. Unzweifelhaft – wie schon oben betont – ist solch eine Kenntnis unabdingbar für die Partizipation der Ausländer am gesellschaftspolitischen Leben, sowie auch für deren Erfolg im Wirtschaftsleben. Andererseits sollte gesehen werden, dass solch eine Kenntnis durchaus nicht automatisch so etwas wie Sympathie oder Empathie der Ausländer mit den Aufnahmeländern, oder gar eine gesellschaftliche „Nähe“ von ausländischen

BETRAG:
MEHMET OKYAYUZ

Staatsangehörigen zur neuen Heimat schafft. Diese Kenntnis kann also soziale Integration und politische Identifikation erleichtern, sie vielleicht sogar bis zu einem gewissen Punkt schaffen, eine Garantie dafür ist sie aber mitnichten.

Integration in einem ganzheitlichen Sinne sollte daher nicht auf die Forderung an die Ausländer, bestimmte Sprachen zu erlernen, sich als nützlich im Wirtschaftsleben zu erweisen, sozial friedlich zu agieren und gemäß rechtlicher Normen zu leben, beschränken.

Die Migranten, die damit beginnen, ihre eigenen Integrationsstrategien zu entwickeln, akzeptieren diese einseitige Integrationsdebatte immer weniger. Sie fordern Änderungen im Verständnis der Aufnahmegesellschaften gegenüber Migration und Migranten. Nicht zuletzt wird die Forderung nach einer neuen Integrationsdebatte immer lauter von ihnen vorgebracht.

Die geschilderten Prioritätenwechsel ausländerpolitischer Inhalte seit den siebziger Jahren resultierten in einem paradigmatischen Wechsel weg von einer kritischen Integrationsauffassung (mit den begeitenden Debatten über die Frage, was Kultur denn eigentlich sei) hin zu einer verwaltungstechnischen. Fragen wie die, wer denn nun eigentlich wann und warum "richtig" integriert ist, bleiben bis heute unbeantwortet. Diese und ähnliche Fragen, deren Antworten nicht zuletzt im Rahmen und unter Einbeziehung historisch-sozialer Prozesse gefunden werden können, werden gegenwärtig in den Kontext rechtlich-administrativer Prozeduren eingepresst. Dieser Ansatz ermutigt die Migranten in keiner Weise, aktiv am gesellschaftlichen Leben teilzuhaben. Aber nur so kann wirkliche Integration funktionieren.

Literatur:

Barbieri, William A. (1998): *Ethics of Citizenship: Immigration and Group Rights in Germany*. Durham, N.C.: Duke University Press.

- Barth, Wolfgang* (2007): Es ist ein noch langer Weg. http://www.awo.org/pub/awomag/2002-06/0602_01.html.
- Bienfait, Agathe* (2006): Im Gehäuse der Zugehörigkeit. Eine kritische Bestandsaufnahme des Mainstream-Multikulturalismus. Wiesbaden.
- Bojadzije, Manuela/Mulot, Tobias/Tsianos, Vassilis* (2007): Kommentar zum Zuwanderungsgesetz. <http://www.kanak-attak.de/ka/text/wander.html>.
- Bundesministerium des Innern* (Hrsg.) (1982): betrifft: Ausländerpolitik, April 1982. Bonn.
- Bundesministerium des Innern* (Hrsg.) (1998): Ausländer- und Asylpolitik in der Bundesrepublik Deutschland. Bonn.
- Bundesregierung* (1982): Ausländerpolitische Grundpositionen der Bundesregierung. in: Politik. Informationen aus Bonn, 1.
- Fakten Fiktionen* (2009): <http://fact-fiction.net/?p=2708>.
- Gesemann, Frank* (2009): Berlin: Einwanderungsstadt „under construction“? Von der Beauftragtenpolitik zur strategischen Steuerung. in: Gesemann, Frank/Roth, Roland (Hrsg.): Lokale Integrationspolitik in der Einwanderungsgesellschaft. Migration und Integration als Herausforderung von Kommunen. Wiesbaden.
- Hell, Matthias* (2005): Einwanderungsland Deutschland. Die Zuwanderungsdiskussion 1998-2002. Wiesbaden.
- Jann, Werner* (1989): Staatslehre, Regierungslehre, Verwaltungslehre. in: von Bandemer, Stephan/Wewer, Göttrik (Hrsg.): Regierungssystem und Regierungslehre. Fragestellungen, Analysekonzepte. Opladen.
- Keskin, Hakkı* (2003): Presseerklärung zum Zuwanderungsgesetz. <http://www.tgd.de/index.php?name=News&file=article&sid=185&theme=Printer>.
- Kühn, Heinz* (1979): Stand und Weiterentwicklung der Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familien in der Bundesrepublik Deutschland – Memorandum des Beauftragten der Bundesregierung. Bonn.

BEITRAG:
MEHMET OKYAYUZ

- Müller, Doris (2005): Das „neue“ Einwanderungsgesetz. Was besagt es? http://d-a-s-h.org/dossier/15/03_einwanderungsgesetz.html.
- Neuffer, Martin (1982): "Die Reichen werden Todeszäune ziehen". SPIEGEL 16/1982. <http://wissen.spiegel.de/wissen/dokument/dokument.html?titel=%22Die+Reichen+werden+Todesz%C3%A4une+ziehen%22&id=14344559&top=SPIEGEL&suchbegriff=martin+neuffer&quellen=&qcrubrik=artikel>.
- Niblett, Robin (2005): Europe Inside Out. Washington Quarterly, 41-59.
- Okyayuz, Mehmet (1993): National verfasste sozialökonomische Interessen und Arbeitskräftewanderung. Das Beispiel der Migration und Remigration zwischen der Türkei und der Bundesrepublik Deutschland. Dissertation, Marburg.
- Penitsch, Regine (2003): Migration und Identität. Berlin.
- Pro Asyl (2007): Presseerklärung vom 5. Juli 2007. http://www.proasyl.de/fileadmin/proasyl/fm_redakteure/Archiv/presseerl/PE_050707.pdf.
- Rist, Ray C. (1980): Die ungewisse Zukunft der Gastarbeiter. Stuttgart.
- SPIEGEL (1997): Titel: "Gefährlich fremd. Das Scheitern der multi-kulturellen Gesellschaft", Heft 16.
- Staatsministerium Baden-Württemberg (1981): Pressemitteilung Nr. 315/81 v. 29.09.1981.
- WELT (9.2.2003): Union will Zuwanderung massiv verhindern. http://www.welt.de/print-wams/article120990/Union_will_Zuwanderung_massiv_veraendern.html.

**ACTIVISM IN THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND
CHANGING OPTIONS FOR TURKISH CITIZEN MIGRANTS IN THE
UNITED KINGDOM**

Dr. Prakash SHAH*

Abstract

Since the early days of their recruitment as workers into Western Europe, Turkish citizens' immigration and residence rights have been curtailed by EU Member States even though the migration of Turkish citizens has not abated. Despite restrictive trends in the Member States and the EU, the European Court of Justice (ECJ) has interpreted the obligations arising from the Ankara Agreement between Turkey and the EEC (1963), and its Additional Protocol (1970), to enhance the security of residence and employment status for Turkish citizen migrants. The UK did not participate in large-scale recruitment of workers from Turkey, but has experienced predominantly asylum migration from Turkey since the 1980s. The robust interpretation of the Additional Protocol's 'standstill' provision which allows reliance on older rules for business persons and service providers (and receivers) has come to assume particular importance for Turkish citizens in the UK. This chapter examines the changing options available to Turkish citizen migrants in the UK within the broader EU context. In so doing, it surveys some recent decisions of the ECJ and analyses their importance in light of the UK's immigration rules and immigration trends from Turkey to the UK. These developments are placed within a conceptual schema which views the regulatory structure determining the legal status of Turkish citizen migrants as an example of complex legal pluralism.

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

* Queen Mary University of London, School of Law.

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

Introduction

A remarkable feature of the implementation of the obligations under the Ankara Agreement between the EEC and Turkey (1963) and its Additional Brussels Protocol (1970) within the EU's legal order and the legal orders of the Member States is the leading role taken, and the high degree of activism demonstrated, by the ECJ. Without its contribution to the development of jurisprudence regarding the obligations of Member States vis-à-vis Turkish citizen migrants, the Ankara Agreement and Protocol could well have remained a dead letter. The ECJ's role is all the more important given the changed nature, since the earlier days of labour recruitment and low unemployment, of the immigration question across European countries, especially in the 'old' EU Member States, many of which have already experienced significant and continuing immigration from other countries, not least from Turkey. Britain has also changed its general approach to immigration significantly in recent years to a much more control-minded paradigm, a fact which impacts on relatively recent migrants from Turkey. The overall EU approach mirrors the politically charged nature of the immigration question through the adoption of restrictive legislation under the Schengen *aquis*, which candidate countries, including Turkey, must also now approximate towards (Çiçekli 2006, Kirişçi 2007).

However, once the ECJ makes rulings in the context of the Ankara Agreement and Protocol it is by no means a given, when applied within the British or other Member States' legal systems, that such domestic implementation faithfully reflects the spirit of the ECJ's decisions. As this chapter demonstrates in the case of Britain, other agendas creep into the domestic realisation of the rights of Turkish citizen migrants. This reflects the scepticism which socio-legal and legal pluralist scholars have expressed about adjudication as a final means of conflict resolution. As Chiba (1995: 72) says:

“adjudication itself forms a process of social conflict, though with the function to modify some phases of a social conflict in some way or other as an attempt to settle it but so often leaving

other phases in conflict after the alleged final resolution by the law.”

Indeed, it is possible to view the legal reality of Turkish citizen migrants as an example of complex European legal pluralism (Arnaud 1995) in which many actors, who do not always share the same goals, play a role (see Figure 1). The role of some actors and instruments is clearer than of others when looking at the judgments and legislative and/or treaty material, but the range of actors and interested parties within this larger, complex legal pluralism is potentially wider than that.

Representatives of communities of Turkish citizens abroad play a role in facilitating dialogue between domestic lawmakers and their own members. Members of communities in different states also have a role in engaging with individuals as the latter’s network of ‘primary social relations’ (Erdemir and Vasta 2007). Legal advisers and community organisations offering help and support (including legal advice) come in as their network of ‘secondary social relations’ (Erdemir and Vasta 2007). Both these primary and secondary social networks will play a key role in how the legal status of the individual Turkish citizen is managed through its different stages.

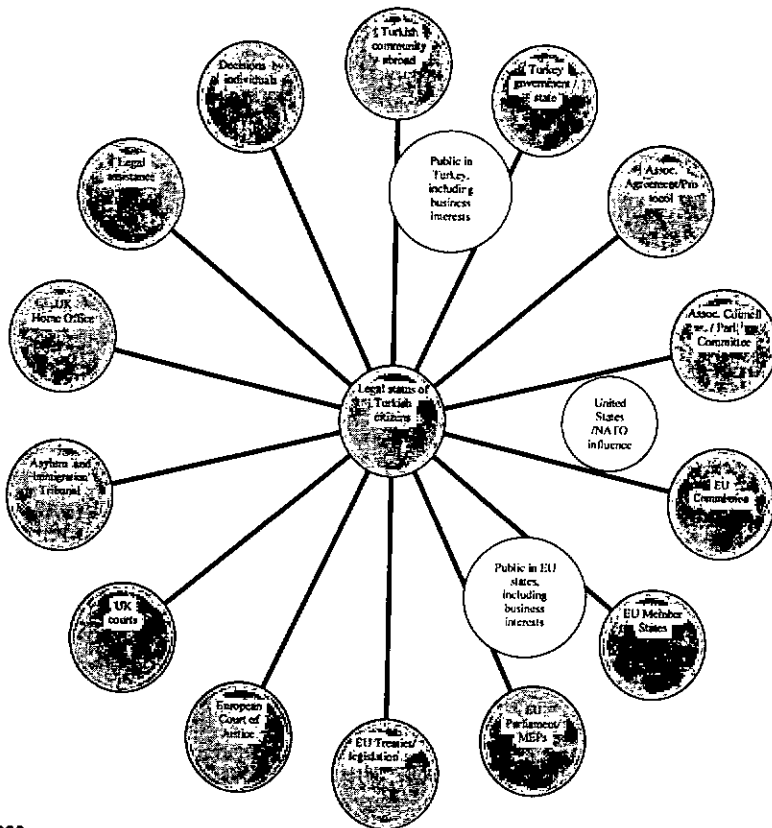
The domestic implementing authorities (Home Office/UK Border Agency) act to establish the general rules and as initial decision makers which often sets the tone for how applications by Turkish citizens are dealt with at later stages in the legal process. The domestic tribunals and courts and the ECJ are the next level of standard setters in how the Ankara Agreement and Protocol obligations should be pursued but, as we will see, there are differences of approach as between these fora. While the EU bodies such as the Commission and Parliament may intervene in legal proceedings in the ECJ, only the Commission has done so far, while the Parliament has often been the avenue through which general issues of Turkey’s accession and the particular issues regarding the enforcement of judgments can be aired.

Member States have multifaceted roles. They are direct political negotiators, together with Turkey, in the setting of

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

general standards in the Ankara Agreement and Protocol and in the Decisions of the Association Council which are then fed back in individual applications and cases litigated at domestic and ECJ levels. Member States have often intervened in cases even when they are not a litigant party to ECJ proceedings. Generally, whenever they have intervened, all Member States, except for Slovakia (see Procházka n.d.), have taken a position advocating a restrictive interpretation of their Ankara Agreement and Protocol obligations. EU Member States together draft important legislation and rules of practice on immigration which are applied to third country nationals. But, as will be seen here, the rules in common EU legislation have both come into conflict with the principles of the Ankara Agreement and Protocol.

Figure 1: Legal pluralism in the securing of legal status of individual Turkish citizens under the Ankara Agreement and Protocol regime



The Turkish government has, meanwhile, not taken part in litigation before the ECJ, although it has been a key player in many other respects, not least as a party to the Ankara Agreement and Protocol, as a drafter of the Association Council's Decisions, and as an interlocutor in continuous negotiations with the EU's institutions and Member States in different fora. Members of the public in Turkey and the diaspora in the EU, which includes business associations, have been vociferous in trying to persuade the Turkish government, EU institutions and individual Member States to live up to their obligations under the Ankara Agreement and Protocol. Turkey's position during the Cold War made it a key ally of major European states as well as the United States, chiefly through Turkey's membership of NATO, and this is something which has also influenced and set the context for the EU's approach to Turkey. As the following section shows that relationship was, indeed, instrumental in the engagement of the (then) EEC with Turkey and in the contracting of the Ankara Agreement. It remains to be seen how and to what extent the older basis of relations between Turkey and the EU continues to be the axis upon which further engagement on economic and migration matters takes place and how this will continue to play out in legal processes.

The Ankara Agreement and Protocol in context

At the time of the signing of the Ankara Agreement in 1963, nobody realised the impact it would have on the migration and residence rights of Turkish citizens in what is now the European Union (EU). Contracted with the background of a failed application for Turkey's membership in 1959 the Agreement nevertheless looked forward to the eventual accession of Turkey as a member state of the then European Economic Community (EEC).¹ It also

¹ The 4th recital to the preamble refers to: 'RECOGNIZING that the support given by the European Economic Community to the efforts of the Turkish people to improve their standard of living will facilitate the accession of Turkey to the Community at a later date'. Article 28 states: 'As soon as the operation of this Agreement has advanced far enough to justify envisaging

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

looked to the progressive securing of the freedom of movement of workers and the abolition of restrictions on establishment and service provision between the two sides, being guided in that by the relevant provisions of the EEC Treaty.² Despite these express aims it seems that political and security factors prevailed over economic interests (Lenski 2006: 285, Mayer 2008), giving an air of unreality to Turkey's aspirations for EEC membership. The recruitment of Turkish workers had meanwhile already begun in earnest - mainly by Germany and, to a lesser extent, by The Netherlands - and was largely done on the basis that they would not be settlers with rights of residence beyond their economic utility in the recruiting countries. While eagerly supported by Germany, the Ankara Agreement was not thought of as having a serious impact on the rights of migrants, which were seen as being determined by bilateral recruitment agreements.³ Britain, a later entrant to the EEC from 1973, was not a major recruiter in Turkey having relied mainly on displaced Europeans and then in a major way on Caribbean and South Asian workers (Spencer 1997, Çiçekli 1998: 143-147).

By the time the Additional Brussels Protocol to the Ankara Agreement was signed in 1970, with effect from 1 January 1973 for the then nine Member States, including Britain, recruitment from Turkey was well advanced. The importance of the Additional

full acceptance by Turkey of the obligations arising out of the Treaty establishing the Community, the Contracting Parties shall examine the possibility of the accession of Turkey to the Community.'

² Articles 12 (workers), 13 (establishment) and 14 (services) of the Association Agreement are the most relevant. Their wording is partly inspired by the free movement provisions in the EEC Treaty. Turkey had insisted that these provisions be included as they had been in the Association Agreement with Greece of 1961 (Mayer 2008).

³ Germany signed its agreement with Turkey in 1961 (Castles and Kosack 1973: 40) and The Netherlands in 1964 (Castles et al 1984: 58). For further details of this earlier period see Çiçekli (1998: 101-104 on Germany and 126-127 on The Netherlands). Other countries were involved in this recruitment drive. Austria concluded its agreement with Turkey in 1964, Belgium in 1956 (although Kaya and Kentel 2007: 17 mention an 'official request' to recruit Turkish workers in 1964), and France in 1966. I am grateful to Thalia Kruger and Sabine Dawoud for information on Belgium. Kaya and Kentel (2005) provide information about Turkish settlement in France.

Protocol was that it looked to a deepening of EEC-Turkey relations towards a customs union and, importantly, contained a standstill provision in Article 41(1) which obliges Contracting Parties to 'refrain from introducing between themselves any new restrictions on the freedom of establishment and the freedom to provide services'. This provision was, as we will see, little noticed or litigated upon until the late 1990s. But the prospect of recruitment stops in Western Europe also loomed on the horizon. By 1973-1974 there was a reversion to the notion that they were not countries of immigration and the discretion built into the immigration laws meant that the residence status of foreign workers was potentially quite insecure.⁴ Meanwhile, contrary to the dominant narrative of guest worker status, Turkish citizens were actually 'probationary immigrants' (Martin et al 2006: 73) who had started a de facto settled population, in amongst other non-European citizens, and who switched largely to family based immigration.

Meanwhile, there was some movement in the Association Council (established under the Ankara Agreement) which passed three key Decisions 2/76 and 1/80 (on access to employment for workers and their families) and 3/80 (on social security) in which certain commitments regarding the rights of lawfully present Turkish citizens were elaborated. Article 6(1) of Decision 1/80 in particular states that a Turkish worker duly registered as belonging to the labour force of a Member State would enjoy a staggered increase of rights as follows: after one year's legal employment he could renew his permit for the same employer; after three years he could respond to another offer of employment in the same occupation; and after four years he could enjoy free access to employment of his choice. This limited, but eventually quite important, activity in the Association Council froze after the military regime took power in Turkey in 1980.⁵ Although

⁴ See for details Çiçekli (1998:104 et seq on Germany and 128 et seq on The Netherlands).

⁵ Initially the Community adopted a waiting position but then suspended the implementation of the association from the autumn of 1981 onwards (Lenski 206: 286).

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

the Association Council was revived in 1986, the expectation of the Additional Protocol (and of other instruments) that free movement would be achieved by the same year faced opposition within the EEC.⁶ Turkey's application for accession made in 1987 was also rejected in 1989. Accession prospects became brighter once the final phase of the customs union was opened from 1995, with Turkey achieving candidate status in 1999 (Çiçekli 1998: 61-64; Lenski 2006: 286-288, 291).

The European Court moves into the breach

For the rights of residence and employment of Turkish citizens, the show had meanwhile already moved to litigation activity in the Member States. Legal action in Germany and The Netherlands provoked new moves by the ECJ to robustly interpret the Decisions of the Association Council to secure the rights of residence of Turkish workers and their family members from the late 1980s. It should be noted that the Association Council was empowered to settle a dispute itself, to submit it to the ECJ, or to determine another procedure for settlement. It is interesting though that such procedures were never activated (Lenski 2006: 291). This could be explained by relative inactivity within the Council because of the problems cited above regarding the overall nature of EEC-Turkey relations. It is possible that Turkey prefers to pursue disputed issues outside of the Association Council and as part of its membership quest (Çiçekli 1998: 63). This background of relative inactivity in the other fora might partly explain the activist position subsequently taken by the ECJ.

It is well known that the ECJ had already assumed a significant role in shaping the European legal order, first by asserting the supremacy of EEC law over national law; second, by its acceptance and encouragement of references from national

⁶ In 1986 the Commission did produce a Communication and a draft Decision to improve the position of Turkish citizens, although the former was not published and the latter was never adopted (Guild 2001: 127-128).

courts through the procedure in Article 234 (formerly 177); and, third, the use of the direct effect principle in allowing European law to be invoked within the national legal orders.⁷ It is no coincidence that the cases brought under the Ankara Agreement and Protocol also took the route of references sent by courts in the Member States. The Commission and Parliament have not brought litigation directly to the ECJ, although the Commission regularly intervenes in Article 234 proceedings concerning the Ankara Agreement. While Turkey would naturally be an interested state party in the proceedings, it has so far never intervened in proceedings before the ECJ, although it is not self-evident that a non-Member State cannot intervene. Indeed, subject to some limitations, the ECJ's Statute and Rules of Procedure allow for interested third parties to intervene.⁸

Although the ECJ stated in the *Demirel* case⁹ that the general, open-ended obligation to secure free movement of workers in Article 12 of the Association Agreement and Article 36 of the Protocol was not directly applicable, it still opened the way for further challenges from the Member States because of its refusal to relinquish jurisdiction in the interpretation of the Ankara Agreement and its upholding of the potential applicability of the Agreement within the EC's legal order. The ECJ would hold the Member States to account for failing to observe an agreement

⁷ The UK, soon after its accession, had to learn that certain free movement principles would take direct effect: see *Van Duyn v Home Office* (Case 41/74) [1975] 1 CMLR 7, [1974] ECR 1337.

⁸ See, in particular, Article 40 of the Statute of the Court of Justice and Article 93 of the Rules of Procedure of the Court of Justice. The former Article specifically reserves the right of EEA and EFTA states to intervene, but does not mention nor does it exclude Associated countries. See *Chris International Foods Ltd. v Commission of the European Communities* (Joined cases 91 and 200/82) [1983] ECR 417 on an intervention by Dominica. I am grateful to Prof. Kenneth Armstrong for information about this case.

⁹ *Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd* (Case C-12/86) [1987] ECR 3719. This case also emerges from and represents a challenge to the stricter conditions for spouse reunification in Germany during the 1980s, a challenge which was not accepted by the ECJ either on grounds that Article 7 of Decision 1/80 acted as a standstill in family reunion matters or on human rights grounds.

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

which they had entered into with a non-Member State.¹⁰ This assertive position was not easily accepted by the Member States which continued to contest the jurisdiction of the Court into the 1990s (Rogers and Scannell 2005: 332).

The ECJ then moved to hold, in the *Sevince* ruling, that Article 6(1) of Decision 1/80, a most crucial provision, particularly for Turkish citizens working in Germany and The Netherlands, had direct effect and was thus capable of being invoked in the Member State legal systems.¹¹ This was of major significance given the uncertainty about the status of Decisions of the Association Council, which remained officially unpublished, and the fact that Decisions were not specifically listed in Article 249 EC (formerly 189) as being within the range of binding legal instruments.¹² As Çiçekli (1998: 71-77) has shown, the ECJ has subsequently moved to interpret the notion of 'worker' so as to approximate it to the EC definition with some important limitations. The right of first admission remains with the Member State and subsequent rights accrue only in that Member State: there is no free movement across Member States for Turkish citizens benefitting from the Ankara Agreement. Further, the tests of legal employment, belonging to the labour force of the state and duration of employment must still be satisfied. Nevertheless, later judgments have been applied to uphold direct effect for other provisions in the Decisions to cover the situation of family members of Turkish workers, social security, non-discrimination, and the standard to be applied in expulsion (see Guild 2001: 122-171; Rogers and Scannell 2005: 325-352, 361-377).¹³

¹⁰ The principle was not in itself new: see *Hauptzollamt Mainz v Kupferberg* (Case 104/81) [1982] ECR 3641, and was recognised again in *Demirel*, para. 11.

¹¹ *Sevince v Staatssecretaris van Justitie* (Case C-192/89) [1990] ECR I-3461.

¹² The ECJ had already held that Decisions of the Greece-EEC Association Council were part of the Community legal order: *Greece v Commission* (Case 30/88) [1989] ECR 3711.

¹³ Çiçekli (1998: 65) cites some of the comments on the importance of the ECJ's activism made by legal writers in German legal publications in the mid-1990s.

The Turkey-Britain migration scenario

As noted, by far the larger number of references to the ECJ was being made by courts in Germany, The Netherlands and also, after its accession in 1995, in Austria. The British courts did not significantly feature in this scenario until much more recently. This arises from a combination of factors. As noted, Britain was not really involved in large scale recruitment in Turkey, although Cypriot Turks had been present in Britain for several years previously and they acted as a bridge for the immigration of Turkish citizens (Çiçekli 1998: 147; King et al 2008: 9). But it was certainly not on the scale of that in Germany or even The Netherlands. The fact that these latter countries had contracted agreements with Turkey also determined the choice of destination country.¹⁴ Britain, meanwhile, had relied on Commonwealth countries as suppliers of its labour needs. It also had a different system of immigration control which was equipped to grant rights of residence for those who were already admitted, including indefinite leave to remain (permanent residence) and subsequent naturalisation, much more easily than in the other countries. Family migrants, once admitted, are not restricted in terms of their right to seek employment. This previously more liberal system in Britain has contracted in more recent years with indefinite leave and naturalisation becoming more difficult, as is family reunion. Citizens of Turkey rank the lowest in the pass rates (45 per cent) for the 'Life in the UK' tests which were initially a precondition for naturalisation as a British citizen, and are now to be taken at the earlier stage prior to a grant of indefinite leave to remain (Ryan 2008: 313-314).

From the 1980s, Britain had also begun to experience immigration from Turkey as a result of the political conflict and repression of dissent there.¹⁵ In particular, in May and June 1989

¹⁴ Kaya and Kentel (2005: 13) note, however, that given the saturation of the labour market in Germany some workers from Turkey went to France although they had initially opted to go to Germany.

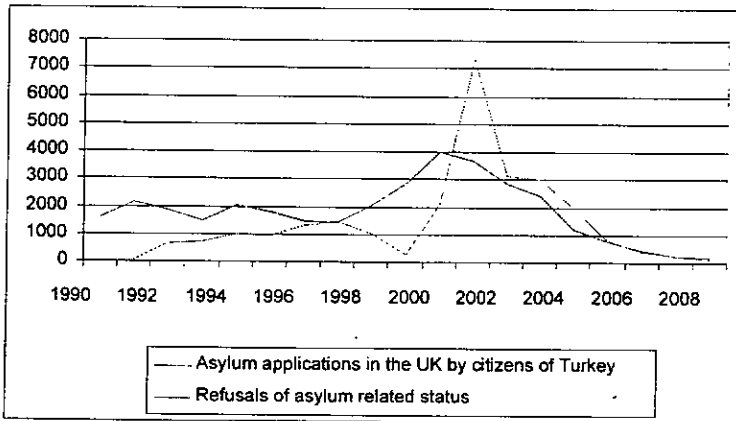
¹⁵ The first House of Lords decision concerning the domestic implementation of the Refugee Convention (1951) and Protocol (1967) involved, inter alia, an applicant from Turkey who had claimed asylum after being admitted initially

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

there was an influx of Alevi Kurds from the Maraş and Sivas areas of Turkey, totalling something like 4,650 Turkish citizens (including dependents) who applied for asylum in 1989. On the basis of his fieldwork, Wahlbeck (1999: 49-50) says that chain migration is the reason why they chose to migrate to Britain. People moved because they had friends or relatives who had previously arrived in Britain, often knowing from the outset that they were going there. Unlike Germany, which had imposed its visa requirement for Turkish citizens in 1980 as part of tighter controls against them, Turkish citizens could enter the UK without a visa. However, as a result of the influx, a visa requirement was imposed by Britain on 23 June 1989.

As shown in Figure 2, the number of asylum applications by migrants from Turkey remained considerable through the 1990s peaking in year 2000 although it has since been dropping.

Figure 2: Applications for asylum and initial refusal of asylum related status (excluding dependants)



Source: Home Office Immigration and Asylum Statistics

as a student: *Bugdaycay v Secretary of State for the Home Department* [1987] A.C. 514.

The long wait for asylum decisions - 4,100 applicants from Turkey were awaiting a decision in 1997 - also meant insecurity of legal status under domestic immigration laws. In the period 1985-1990 there was a 90 per cent chance of obtaining either full refugee status (under the 1951 Convention) or exceptional leave to remain (ELR), but this reduced dramatically by 1995-1996 to a less than 10 per cent chance of obtaining refugee status and ELR combined (Wahlbeck 1999: 74). Katsapou (1997: 124) says for asylum applicants from Turkey:

“Significant numbers of Kurds from Turkey began to arrive in the UK in the late 1980s. Between 1987 and 1997, over 16,000 Turkish nationals applied for asylum. However, while 92 per cent of applications decided in 1989 were granted, this figure decreased to 75 per cent in 1992 and to a mere 6 per cent in 1996. These figures clearly reveal a fundamental shift in Home Office policy towards Turkish Kurds.”

In fact, the 1990s had seen the enactment of different legal measures and changes in practice against asylum migrants which resulted in a decline in overall grants of Convention refugee status or ELR (Shah 2000).¹⁶ Delays in decision making also meant that many who were claiming asylum would wait for years for a decision and were present on so-called ‘temporary admission’ (TA), a kind of ‘waiting lounge’ without secure legal status. People waiting on TA could, however, be granted permission to work (at the time, after six months) although opinion among legal practitioners already indicated that those working while on TA would not benefit from Decision 1/80 of the Association Council (Guedalla 1993).¹⁷ The high refusal rate, combined with low rates of removal, has meant irregular presence and a search for alternative ways of regularisation of residence status in

¹⁶ ELR was replaced from 1 April 2003 by the two distinct statuses of discretionary leave and humanitarian protection.

¹⁷ Under Article 11 of Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum conditions for the reception of asylum seekers, they should be given the right to work after one year of delay in the asylum decision. For asylum seekers in the UK this represents a downgrading of the previously more favourable waiting period of six months for authorised employment.

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

the UK. While asylum figures are significant, it should also be borne in mind that a considerable number of family reunion and family formation migrants have joined the initial wave of asylum migrants, although those without regular status of some kind cannot act as sponsors for spouses or families, while those on a subsidiary asylum status (i.e. other than Convention status) have to wait longer for family reunification.

All this does not mean that migrants from Turkey have not been economically active.¹⁸ On the contrary, it is evident that many found work in industries set up within the community of migrants from Turkey, often in the hundreds of clothing manufacturing units. There also arose a large number of cafes, restaurants and shops within this community mainly in London, parts of which have been transformed by the entrepreneurship of the community. Job creation and employment is often conducted by informal networks within the ethnic Turkish and Kurdish community. This underlines the reliance on what Erdemir and Vasta (2007) refer to as 'primary social relations', that is, 'the smaller, affective, and face-to-face realm of family, friends and acquaintances.' These writers add:

"Turkish immigrants, for example, use primary social relations to set up their own businesses, to gather information on economic opportunities, and information about wages and work conditions, to attain business skills and training, and to find out information about rights at work." (Erdemir and Vasta 2007: 20)

There also appears to be an increasing trend of such migrants going outside London to engage mainly in the catering trade. In fact, one can now find migrants from Turkey engaging in a whole range of industries and professions.¹⁹

¹⁸ Wahlbeck (1999) notes the contrasting position of prevalent unemployment among Kurdish refugees in Finland.

¹⁹ For the developing picture in the 1990s see Wahlbeck (1999: 125-128). See now the *Turkish Directory* (also at <http://www.turkishdirectory.co.uk/>). There is now also a Turkish-Speaking Lawyers Association (TSLA) in the UK: <http://tslauk.com/>.

The Increasing Relevance of the Ankara Agreement and Protocol

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

This scenario of immigration from Turkey and the economic activities of the migrants motivated legal practitioners, part of the network of the migrants' 'secondary social relations' (Erdemir and Vasta 2007), to find alternative ways to secure legal status for them. The UK has never incorporated the obligations arising from the Ankara Agreement and Protocol in its statutory immigration law or in the Immigration Rules. However, in the more recent years it has begun to reflect the changing nature of the ECJ's case law in the Immigration Directorate Instructions (or 'IDIs') and in guidance notes and application forms designed for the purpose of applying to remain under the Agreement and Protocol either as an employed or self-employed person.²⁰ It has taken time and litigation to obtain this recognition from what is now the UK Border Agency (UKBA). Having said that, earlier versions of the IDIs had not allowed Turkish citizens initially admitted as students, au pairs or trainees to switch categories and remain under Decision 1/80, showing that despite existing case law of the ECJ the UKBA has remained slow to reflect its implications in domestic guidelines.²¹ Official statistics occlude the fact that some Turkish citizens are being allowed to remain on the basis of the Ankara Agreement and Protocol. This may also be a case of silent acknowledgment of an overriding rule system entering through EU law whose open and public recognition might lead to embarrassing political questions at a time when immigration issues remain so highly sensitive.

The guarantees for workers in Decision 1/80 were likely to be of little help to Turkish citizen migrants unless they could

²⁰ For the guidance notes and forms see: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/ukresidency/citizensofturkey/>. The obligations under the so-called Europe Agreements with the 10 East and Central European Countries did receive partial recognition in the Rules (Böcker and Guild 2002). These are mostly of historical relevance now because of the accession of these states.

²¹ See criticism of this situation by Rogers and Scannell (2005: 417-418). These writers also mention a decision of the Immigration Appeal Tribunal which adopts the position that au pairs do not benefit from Decision 1/80.

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

establish that they had already been admitted lawfully in a capacity which allowed them to work. Litigation before the ECJ under the category of 'workers' did not arise until a reference by the Court of Appeal led to the first ruling in a British case under Decision 1/80 in the case of *Payir*.²² That case is of importance because the ECJ interpreted Article 6(1) of Decision 1/80 as covering the situation of students and au pairs, and accepted that these categories of entrants were indeed 'workers' and were 'duly registered as belonging to the labour force'. The British Home Office contended that the first applicant was admitted as an au pair and the primary reason for her presence was to learn English, while the second and third applicants had been admitted as students, even though their terms of admission allowed them to work up to 20 hours per week.

The ECJ differed from the view of Advocate General Kokott who thought that only au pairs, not students, should benefit from Article 6(1). And despite the objections of Member State governments the ECJ held, consistently with its previous case law²³, that article 6(1) of Decision 1/80 does not make recognition of the rights which it confers on Turkish workers subject to any condition connected with the reason for which the right to enter, work or reside was initially granted. It held that it was not permissible for the Member State to take into consideration other matters such as the reasons for which the Turkish national had first been granted the right to enter the territory, temporal limitations attached to the right to work, or statements of intention to return to the country of origin after a certain time. The *Payir* judgment may be of relevance especially to the not insignificant number of students entering the UK from Turkey and who may wish to stay longer than the period of study.²⁴

²² *Payir v Secretary of State for the Home Department* (Case C-294/06) [2008] 2 C.M.L.R. 14, decision date 24 January 2008.

²³ E.g. in *Günaydin v Freistaat Bayern* (Case C-36/96) [1997] ECR I-5143.

²⁴ The official 2006 figures show 9,390 students admitted and 810 au pairs, while 2,545 students were granted an extension of leave. The figures for 2007 show 8,440 admitted as students and 625 as au pairs, while 2,860 students from Turkey had their leave to remain extended in the same year. See

The category of au pairs was, meanwhile, deleted from the immigration rules as from 26 November 2008, and replaced by the Youth Mobility Scheme under which Turkey is not an eligible country.

The legal moves towards recognition of the rights of self-employed persons are also of great significance for migrants from Turkey in Britain. The first case invoking the standstill clause in Article 41(1) of the Additional Protocol, *Savaş*²⁵, came from the UK. The *Savaş* reference, sent to the ECJ by the High Court, brought into play the question of whether the standstill clause required the consideration of the applicant's situation under the more favourable Immigration Rules of 1972 in operation on 1 January 1973, the date the Additional Protocol became legally effective for the UK. Mr. and Mrs. Savaş had entered the UK as visitors and had overstayed their leave. In November 1989, Mr. Savaş started to operate a shirt factory in Hackney. He then established a fast food business in Hythe in December 1992 and started operating a second takeaway food business in Folkestone in September 1994.

The couple's legal representatives communicated with the Home Office to regularise their position and, after refusal by the Home Office and the commencement of deportation proceedings, they claimed that Mr. Savaş had a right of establishment under the Additional Protocol. Before the ECJ, Mr. Savaş dropped this line of argument, instead saying that the standstill clause had the effect that his application should have been considered under the 1972 Immigration Rules on business entrants. Those Immigration Rules were quite different to what they have later become: there was no minimum investment requirement (it eventually rose to £200,000); there was no requirement to create local jobs; and there was no mandatory entry clearance requirement, while passengers arriving without entry clearance were to be given a

the Control of Immigration Statistics: <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/immigration-asylum-stats.html>.

²⁵ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas* (Case C-37/98) [2000] E.C.R. I-2927, decision date 11 May 2000.

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

period of leave to enter to have their applications examined by the Home Office. The on-entry Rules (HC 509) instead required that:

“he will bring in money of his own to put into the business, he will be able to bear his share of the liabilities; that his share of the profits will be sufficient to support him and his dependants; that he will be actively concerned in the running of the business and that there is a genuine need for his services and investment.”²⁶

The potential significance of the 1972 Rules and a ruling by the ECJ in a case of this kind, requiring adherence to the older Rules, can be readily appreciated.

The ECJ held that Article 41(1) was not in itself capable of conferring a right of establishment upon a Turkish national and, as a corollary, a right of residence in the Member State in whose territory he has remained and carried on business activities as a self-employed person in breach of the domestic immigration law. However, it went on to hold that Article 41(1) prohibited the introduction of new national restrictions on the freedom of establishment and right of residence of Turkish nationals as from the date on which that Protocol entered into force in the host Member State. It went on to say that it is for the national court to interpret domestic law for the purposes of determining whether the domestic rules applied to the applicant are less favourable than those which were applicable at the time when the Protocol entered into force. Despite being ‘overstayers’ - since they had overrun the duration of their leave - the ECJ held that the standstill clause could affect the way in which their applications should be dealt with in the Member State’s legal system. The *Savaş* case therefore started something quite interesting, but also left some areas of uncertainty which were to lead to further cases (Ott 2000). It did establish, however, that those who had lawfully entered the UK, and even those who might have overstayed their leave to enter, may be eligible to remain

²⁶ See details at Rogers and Scannell (2005: 419). The relevant after-entry rules are in HC 510. The governments of France, Germany, Greece and Italy also made submissions before the ECJ, as did the Commission.

under the less demanding criteria of the 1972 domestic rules on businesspersons.

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

The British Home Office introduced guidance in January 2003 which was meant to clarify its post-*Savaş* position. The guidance suggested that the standstill clause applied only to those lawfully switching in-country or to overstayers, but not to port applicant asylum seekers on temporary admission, illegal entrants or those applying for entry clearance from abroad. Rogers (2006: 285) notes: 'since it is the case very few Turkish nationals obtain visas or leave to enter in other capacities, the Government was really limiting the benefit of the standstill provisions.' Rogers (2006: 287) also notes that the British Embassy in Ankara would not, under the guidance, consider applications under the 1972 Immigration Rules. Meanwhile, refusals to establish in business remained high.²⁷ Still it appears to be the case that Turkish citizens might want to present themselves as self-employed to gain the protection of the Protocol's standstill provision (King et al 2008: 17).

Such applicants had to wait a number of years before further clarification was given by the ECJ in the case of *Tum and Dari*.²⁸ Unlike in *Savaş* the two applicants had arrived in the UK claiming asylum in 1998 and 2001 respectively. They were granted temporary admission. Their asylum applications had been refused on the basis they were liable to removal to Germany and France respectively under the Dublin Convention.²⁹ The applicants then applied for leave to enter, in order, to continue a pizza business

²⁷ Rogers (2006: 287) cites official figures for the period 1 May–31 December 2005, during which 32 applications were allowed, 681 refused and 218 withdrawn. The precise source of these figures is not clear.

²⁸ *R (Tum) v Secretary of State for the Home Department* (Case C-16/05) [2008] 1 W.L.R. 94, decision date 20 September 2007.

²⁹ The Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities, signed in Dublin on 15 June 1990 (OJ 1997 C 254, p. 1). This Convention has been replaced by Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national (OJ 2003 L 50, p. 1).

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

established in Kent and to start a cleaning business in London. They requested that their applications be considered under the 1972 Immigration Rules but were in fact considered under the then current Immigration Rules which mandated a refusal if prior entry clearance in that capacity had not already been obtained. After refusal the applicants brought judicial review proceedings relying on Article 41(1) of the Additional Protocol. The High Court and Court of Appeal agreed that the correct position was consideration under the 1972 Rules³⁰, but the Home Secretary appealed to the House of Lords which referred to the ECJ the question whether Article 41(1) prohibited new restrictions on the conditions and procedure for entry to the territory. There was, meanwhile, continued use of the so-called 'fraud and abuse exception' to refuse applications by those who had claimed asylum after presence in another European country, where there was clandestine entry, where there were discrepancies in the evidence, or where there was irregular presence in the UK.³¹ The domestic case law therefore continued to indicate that the window through which Turkish citizen applicants could legitimately qualify under the standstill provisions was actually quite narrow. This could have a serious impact on the likely success of an application under the standstill clause, especially given the factual circumstances under which many such applicants had entered and subsequently survived in the UK. Under such a tight regime, informal business arrangements conducted without paperwork evidence, although common among migrants from Turkey who are used to word-of-mouth business deals (one may

³⁰ For the Court of Appeal's decision see *Tum and Dari v Secretary of State for the Home Department* [2004] EWCA Civ 788; [2004] 2 C.M.L.R. 48.

³¹ For a case involving all these factors, see *R (Kenan Temiz) v Secretary of State for the Home Department* [2006] EWHC 2450 (Admin). For another situation where the applicant had started work as a cleaner in breach of her leave to enter as a visitor and then sought to apply for establishment, see *FS (Breach of conditions: Ankara agreement) Turkey* [2008] UKAIT 00066. See also *LF (Turkey)* [2007] EWCA Civ 1441. For mention of other cases see *Rogers* (2006: 287) and *Clayton* (2008: 162-163).

recall Erdemir and Vasta's 'primary social relations'), may not be accepted as credible.³²

Advocate General Geelhoed took the view in his Opinion in *Tum and Darı* that the rules governing the entry of Turkish nationals to the territory of the Member States 'may be adapted or made more restrictive by the member states in the light of their socio-economic and demographic interests.'³³ The ECJ held, however, that the standstill provision prohibited the introduction against Turkish nationals intending to establish themselves in business of any new restrictions on the exercise of freedom of establishment, including those relating to the substantive and/or procedural conditions governing first admission into the territory of that Member State. It went on to state that the provision did not contain any restrictions on its scope so as to exclude those refused refugee status, and the fact that the applicants had made unsuccessful asylum applications before their entry clearance applications could not be regarded as constituting fraud or abuse of rights.

This case extends the principle of *Savaş* in that the standstill provision now applies also to those who apply to enter and not just those who have already been admitted to the territory of the Member State. It therefore clearly applies to those who, like the applicants, have been refused entry as refugees or are awaiting the outcome of their asylum or any other application, and is therefore of potential importance to a larger number of Turkish citizens. Given the difficulties of otherwise securing entry for Turkish citizens applying from abroad, the *Tum and Darı* judgment should also have an impact upon the way in which applications by them are processed. Unlike the rules for workers, the application of the standstill clause, and therefore the 1972 business Immigration Rules, does not presuppose prior lawful entry and being part of the labour force of the Member State.

³² See again *R (Kenan Temiz) v Secretary of State for the Home Department* [2006] EWHC 2450 (Admin) for such distrustful treatment.

³³ See para. 59 of the Advocate General's Opinion in *Tum*.

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

Notwithstanding the importance of the ECJ's decision in *Tum and Dari*, it continues to be read restrictively by the UK courts and the Asylum and Immigration Tribunal. In the case of *Yusuf Aldogan*, Collins J again adopted a position restricting the reach of the ECJ's decision:

"But if there is fraud, if there is dishonesty in the application, and furthermore if the business in question had been built up in breach of a condition of entry or, if not of entry, of temporary admission, then again that is an abuse of the immigration laws of this country and, as I have said, on the basis of consistent ECJ jurisprudence, should not be allowed to benefit a particular claimant. As I read it, there is nothing in what the court [ECJ in *Tum*] says which goes against that."³⁴

This and similar cases therefore demonstrate the difficulties of convincing judges at the domestic level to give effect to the ECJ's broad reading of the obligations under the standstill clause. The types of refusals illustrated in the reported domestic cases also indicate that there is a tendency, both within the UKBA and among some judges, to label Turkish citizen applicants as acting 'dishonestly' and 'fraudulently' thereby adopting and reproducing through legal mechanisms a negatively focused 'othering' process. This continues to be the case despite the fact that business people would be paying taxes and other contributions which are willingly accepted by the British government. We can continue to expect litigation on these points both domestically and at EU level, but bearing in mind that the domestic courts can always frustrate the involvement of the ECJ by claiming to be faithfully applying rules already clarified by the ECJ.³⁵ Meanwhile,

³⁴ *R (on the Application of Yusuf Aldogan) v The Secretary of State for the Home Department* [2007] EWHC 2586 (Admin), at para. 12. In so stating, Collins J adopted his own views in the pre-*Tum* case of *R (Kenan Temiz) v Secretary of State for the Home Department* [2006] EWHC 2450 (Admin).

³⁵ In *IY (Ankara Agreement – fraud and abuse) Turkey* [2008] UKAIT 00081 the applicant established three businesses in the UK while awaiting the outcome of his asylum application and appeals against refusal of asylum. He eventually returned to Turkey and then sought to apply for entry clearance from there but was refused. He mounted a judicial review application against that refusal, at which point the Home Office accepted his claim to

as a result of further litigation in the Administrative Court in April 2009, the Home Office accepted during the course of the proceedings that Turkish citizens may apply for entry clearance in Turkey to come to the UK to conduct business.³⁶

Two more cases, both references from courts in Germany, ought to be mentioned here as they are also of great significance. The first *Abatay and Şahin*³⁷ established that the imposition of a work permit requirement on lorry drivers by legislation in Germany after the entry into force of the Additional Protocol was in breach of the standstill provisions in Article 41(1) and in Article 13 of Decision 1/80. The case concerned lorry drivers who were involved in the haulage of food from Turkey, as well as the transport company hiring them. Of greater significance is the *Soysal* decision of the ECJ holding that the imposition of the visa requirement on those providing services in a Member State goes against the standstill clause in Article 41(1).³⁸ At issue was the requirement, with effect from 5 October 1980,³⁹ that Turkish nationals transporting goods from Turkey to Germany must hold a visa in order to provide services in Germany. The ECJ ruled against the visa requirement, notwithstanding that the visa requirement for Turkish nationals is now contained in Community

be considered under the older Rules. He was again refused and the refusal was upheld by the Asylum and Immigration Tribunal on the basis that he had established three businesses when he had no permission to do so and was therefore 'abusive'.

³⁶ *R (On the application of Selcuk and others) v Secretary of State for the Home Department*, CO/12212/2008, 29 April 2009.

³⁷ *Eran Abatay and Others and Nadi Sahin v Bundesanstalt für Arbeit* (Cases C-317/01 and C-369/01) [2003] ECR I-12301.

³⁸ *Mehmet Soysal and Ibrahim Savatli v Bundesrepublik Deutschland* (Case C-228/06), decision date 19 February 2009. Besides the German government, the Danish, Greek and Slovenian governments also made representations to the ECJ, as did the Commission.

³⁹ Although the amendment to the Foreigners Law of Germany took place on 1 July 1980 the change had to await the cancellation of the German-Turkish Visa Agreement of 1953: see statement by Harun Gümrükçü and Wolfgang Voegeli, [related:proj.e.akdeniz.edu.tr/iibf/euromaster/folder-gk/Joint%20Commentary%20of%20the%20EuroMaster%20Directors.pdf](http://proj.e.akdeniz.edu.tr/iibf/euromaster/folder-gk/Joint%20Commentary%20of%20the%20EuroMaster%20Directors.pdf), last accessed 27 April 2009.

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

legislation.⁴⁰ This judgment will have implications not only for those doing business in Germany but also in the UK, and could extend to the receipt as well as the provision of services and establishment, and so could include students, visiting academics, and even tourists from Turkey going to some EU countries. The judgment has led to questions being asked in the European Parliament about the tenability of the visa requirement in some Member States, as well as some discussions within the EU-Turkey Joint Parliamentary Committee, and much comment among business organisations, academics and journalists in Turkey.⁴¹ Current information indicates that the German authorities have restrictively interpreted the *Soysal* judgment and extended migration facilities to a limited range of service providers who still have to apply for a 'visa exemption document' indicating their status prior to departure from Turkey.⁴²

Meanwhile, on 7 September 2009, the UKBA announced the introduction of a visa route for Turkish nationals applying to establish in business under the Protocol. This is meant to enable Turkish nationals who are outside the UK to apply for entry clearance to enter the country in the business category. Previously, this category was open only to Turkish nationals who were already in the UK. The UKBA website states that this visa route 'has been introduced in response to the findings of the European Court of Justice in the case of *Tum & Dari (C-16/05)*'. A glance at the changed IDIs, chapter 6, section 6, providing

⁴⁰ Council Regulation (EC) 539/2001 of 15 March 2001 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement (OJ 2001 L 81, p. 0001).

⁴¹ Written Questions by Cem Özdemir (Verts/ALE) and Joost Lagendijk (Verts/ALE) to the Commission, both on 3 April 2009. See also 'EU Should Not Require Visa From Turkish Patients, Businessmen, Tourists and Exchange Students', *Turkish Weekly*, 29 March 2009, <http://www.turkishweekly.net/news/69097/eu-should-not-require-visa-from-turkish-patients-businessmen-tourists-and-exchange-students.html>, accessed 27 April 2009.

⁴² For criticism that this measure does not go far enough, see interview with Prof. Haluk Kabaalioğlu at <http://www.euractiv.com/en/enlargement/professor-visas-turkish-citizens-spirit-eu-integration/article-186844?Ref=RSS>, accessed 11 November 2009.

further details on the scheme, makes it obvious that the UKBA still lays a great deal of emphasis on its so-called 'fraud and abuse' exception, and immigration caseworkers are directed to examine applications for any evidence of this.

There is also a window of time up to April 2010 during which some Turkish nationals who are already in the United Kingdom are allowed to switch into the business category under the Protocol. After that time, only visitors, those already present with permission to run a business, and other exceptional cases will be able to switch. The changes announced on 7 September 2009 only apply to anyone who applied since 1 June 2009. It is not clear what happens to those who did so before that date. Presumably, this backdating has been introduced to sweep up any challenges made to the previously more restrictive regime which allowed only those in the UK to switch to business status under the Protocol. Despite these most recent changes in practice, the UKBA still does not fully reflect the legal status of business applicants from Turkey as interpreted by the ECJ, and there is some backtracking evident in the planned closure of the window for a wider set of applicants from April 2010. As noted, these limited changes to the policy on Turkish business migrants only half-heartedly implement the ECJ's *Tum and Darı* decision. Meanwhile, the British authorities appear to be ignoring the *Soysal* decision altogether.

Discussion

It is worth thinking about why the ECJ has adopted such an activist stance in protecting the residence and employment and self-employment status of Turkish citizen migrants, to the extent of recently moving to question even the legality of 'external' controls such as visa requirements agreed in common within the EU. It is well known that the ECJ has taken a large role in shaping the EU's legal order and, in particular, its free movement rules. However, that background cannot by itself explain the non-internalisation by the ECJ of the same control-minded and unfriendly approach which the EU's legislators have taken vis-à-

ARTICLE BY
PRAKASH SHAH

vis migrants from third countries. It was noted that the ECJ had stepped in, through its receiving applications for preliminary rulings from individual Turkish citizen applicants from some EU Member States, after lack of progress on freer movement through the other Ankara Agreement mechanisms and the general lack of enthusiasm on the part of the EU's Member States to make progress on Turkish citizens' rights. It is possible that the ECJ has taken on the role of protecting Turkish citizens in the Member States as a way of smoothening the process of their legal integration. In so doing, its judges may also have in mind the longer term goal of accession of Turkey, which successive Turkish governments have pushed for, but not yet achieved. While the political organs have suffered from a kind of 'sclerosis' on these issues, the ECJ has been devising a quieter legal route easing the integration of Turkish citizens. Bearing in mind the ECJ's undoubted activism in this area, a fuller analysis should also build in the larger and complex legally plural field which frames the outcomes in terms of legal status for Turkish citizen migrants. It is evident that the ECJ has ruled in a robust manner and, in so doing, has taken on board the range of express representations made to it by litigants and interested parties, as well as more 'silent' concerns, filling in gaps in legal protection for Turkish citizens in the EU. The final outcomes, however, depend on a number of other variables, notably on the ways in which Member States 'receive' and implement the ECJ's efforts in norm setting.

References

- Arnaud, A. (1995): 'Legal pluralism and the building of Europe'. In: H. Petersen and H. Zahle (eds.): *Legal polycentricity: Consequences of pluralism in law*. Aldershot: Dartmouth, pp. 149-169.
- Böcker, A. and E. Guild (2002): *Implementation of the Europe agreements in France, Germany, the Netherlands, and the UK: Movement of persons*. London: Platinium.
- Castles, S., H. Booth and T. Wallace (1984): *Here for good: Western Europe's ethnic minorities*. London: Pluto.
- Castles, S. and G. Kosack (1973): *Immigrant workers and class structure in Western Europe*. London et al: Oxford University Press.

- Chiba, M. (1995): 'Legal pluralism in mind: A non-Western view'. In: H. Petersen and H. Zahle (eds.): *Legal polycentricity: Consequences of pluralism in law*. Aldershot: Dartmouth, pp. 71-83.
- Çiçekli, B. (1998): *The legal position of Turkish immigrants in the European Union*. Ankara: Karmap.
- Çiçekli, B. (2006): 'Impact of the EU membership process on the development of the Turkish immigration law regime'. In: P. Shah and W. Menski (eds.): *Migration, diasporas and legal systems in Europe*. London: Routledge-Cavendish, pp. 265-281.
- Clayton, G. (2008): *Textbook on immigration and asylum law*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press.
- Erdemir, A. and E. Vasta (2007): Differentiating irregularity and solidarity: Turkish immigrants at work in London. Working Paper No. 42, ESRC Centre on Migration Policy and Society, University of Oxford. <http://www.compas.ox.ac.uk/publications/working-papers/wp-07-42/>, last accessed 25 May 2009.
- Guedalla, V. (1993): 'Turkish workers, residence rights and family unity: some aspects of the Ankara Agreement'. In: Vol. 7, No. 4 *Immigration & Nationality Law & Practice*, pp. 119-122.
- Guild, E. (2001): *Immigration law in the European community*. The Hague and London: Kluwer Law International.
- Kaya, Ayhan and Ferhat Kentel (2005): *Euro-Turks: A bridge or a breach between Turkey and the European Union? A comparative study of German-Turks and French-Turks*. Brussels: CEPS. http://shop.ceps.eu/BookDetail.php?item_id=1189, last accessed 25 May 2009.
- Kaya, Ayhan and Ferhat Kentel (2007): *Belgian-Turks: A bridge or a breach between Turkey and the European Union?* Brussels: King Baudouin Foundation. <http://www.kbs-frb.be/publication.aspx?id=223940&LangType=1033>, accessed 25 May 2009.
- Kirişçi, K. (2007): 'Turkey: A country of transition from emigration to immigration'. In: Vol. 12, No. 1 *Mediterranean Politics*, pp. 91-97.
- King R, M. Thomson, N. Mai and J.Y. Keles (2008): 'Turks' in London: Shades of invisibility and the shifting relevance of policy in the migration process. Working Paper No. 51, Sussex Centre for Migration Research, University of Sussex, www.sussex.ac.uk/migration/documents/mwp51.pdf.
- Lenski, E. (2006): 'Turkey (including Northern Cyprus)'. In: S. Blockmans A. Łazowski (eds.): *The European Union and its Neighbours*. Den Haag/Cambridge, pp. 283-313.
- Martin, P, S. Martin and P. Weil (2006): *Managing migration: The promise of cooperation*. Lanham, MD: Lexington.

ARTICLE BY
PRAKASH SHAM

- Mayer, M. (2008): 'Germany's preferences on the Ankara Agreement: Ministerial actors between cold war security concerns, Turkish European ambitions and the Wirtschaftswunder'. Paper presented at the Fourth Pan-European Conference on EU Politics of the ECPR – Standing Group on the European Union, University of Latvia, Riga, 25-27 September 2008 <http://www.jhubc.it/ecpr-riga/virtualpaperroom/121.pdf>, last accessed 25 May 2009
- Ott, A. (2000): 'The Savas case – analogies between Turkish self-employed and workers?' In: Vol. 2, Issue 3/4 *European Journal of Migration and Law*, pp. 445-458.
- Procházka, R. (n.d.): 'The Turkish Allure: Slovakia's interventions in Torun, Güzeli, and *Tum and Dari*'. <proje.akdeniz.edu.tr/iibf/euromaster/dosyalar/antalya.doc>, last accessed 25 May 2009.
- Rogers, N. (2005): 'Turkish nationals applying for leave to enter the UK as business persons'. In: Vol. 19, No. 1 *Immigration, Asylum and Nationality Law*, pp. 42-44.
- Rogers, N. (2006): 'Turkish Association Agreement applications – a myriad of problems and some solutions'. In: Vol. 20, No. 4 *Immigration, Asylum and Nationality Law*, pp. 283-288.
- Rogers, N. and R. Scannell (2005): *Free movement of persons in the enlarged European Union*. London: Sweet & Maxwell.
- Ryan, B. (2008): 'Integration requirements: A new model in migration law'. In; Vol. 22, No. 4 *Immigration, Asylum and Nationality Law*, pp. 303-316.
- Shah, P. (2000): *Refugees, race and the legal concept of asylum in Britain*. London: Cavendish.
- Spencer, I. (1997): *British immigration policy since 1939. The making of multi-racial Britain*. London and New York: Routledge.
- Wahlbeck, Ö (1999): *Kurdish diasporas. A comparative study of Kurdish refugee communities*. London: Macmillan and New York: St. Martin's.

**MÜLTECİ, SİĞINMACI VE GÖÇMENLER:
SINIFLANDIRMA VE
YASAL STATÜNÜN BELİRLENMESİNE
İLİŞKİN SORUNLAR**

Prof. Dr. Bülent ÇİÇEKLİ*

Giriş

Türkiye, bölgesel konumu itibariyle bir geçiş coğrafyası olarak uluslararası göç hareketleri açısından hem bir kaynak ve transit bölge olma durumunu devam ettirmekte hem de hızlı bir şekilde hedef ülke konumuna gelmektedir. Türkiye'nin artan bir şekilde hedef ülke konumuna gelmesi gerek bu yükü kaldıracak mali ve kurumsal yapılanmaya gerekse bu sistemi işletecek hukuksal reformlara olan ihtiyacı gün geçtikçe daha hissedilir hale getirmiştir. Türkiye'ye yönelik bu yabancı ve göçmen varlığının insani bir şekilde absorbe edilebilmesi için yabancılık statüsünden kaynaklanan hukuksal sorunların ortaya konmasında ciddi yarar bulunmaktadır.

Mevcut çalışma Türkiye'deki yabancıların ve göçmenlerin hukuksal sorunlarına tüm yönleriyle kapsamlı bir çözüm önermek iddiasında değildir. Bu çalışma kapsamında göçmenlerin ve yabancıların statüleriyle ilgili yapılacak tespit ve önerilerin bu alanda daha sonra yapılacak detaylı çalışmalara katkı sağlayabileceği düşünülmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde Cumhuriyet döneminde Türkiye'nin yaşamış olduğu göç deneyimine genel hatlarıyla bakılarak bu alandaki statü sorunlarına ve hukuksal gerek-

BÜLENT
ÇİÇEKLİ'NİN
TEBLİĞİ

* Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk öğretim üyesi.

BÜLENT
ÇİÇEKÜ'NİN
TEBLİĞİ

sinimlere neden olan sosyo-ekonomik ve tarihsel arka plan ortaya konmaktadır. İkinci olarak, göç ve yabancı kavramları üzerinde durularak Türk hukukunda kullanılan kavram ve terimlerin içerikleri mukayeseli olarak incelenmektedir. Terminolojik çerçeve ve yansımaları doğal olarak göçmen ve yabancıların statü sorunlarıyla ilişkili bir konu olarak görülmektedir. Üçüncü olarak, göçmenlerin ve yabancıların statüleriyle birlikte hak ve özgürlüklerini konu alan göç hukuku ve yabancılar hukuku konularının çalışıldıkları bilim alanı ve disiplini açısından ele alınması ve bu disiplinlerin hukuk sistemi içindeki yeri ayrıca incelenmektedir.

Çalışmanın bundan sonraki kısmı göçmen ve yabancıların statü sorunlarının daha doğrudan incelendiği üç bölümden oluşmaktadır. Bu bağlamda, çalışmanın dördüncü bölümünde Türk yabancılar hukuku açısından uluslararası hukuk iç hukuk ilişkisi üzerinde durulmaktadır. Bu başlık altında yapılan tespitlerin Türk göç hukuku ve yabancılar hukukunun hem mevcut uygulaması hem de yapılacak mevzuat çalışmaları açısından yol gösterici olduğu düşünülmektedir. Beşinci bölümde, yabancılık statüsünden kaynaklanan sorunlar hem genel olarak hem de yabancıların ikamet statüsü ve sınır dışı işlemlerine karşı güvenceler açısından irdelenmektedir. Altıncı bölümde, mülteci ve sığınma statüsünden kaynaklanan sorunlar bir taraftan mülteci statüsünün belirlenmesi diğer taraftan iltica ve sığınma usulünün işleyişi ve mülteci/sığınmacı statüsünün sağladığı hak ve özgürlükler açısından incelenmektedir.

Çalışmanın sonuç bölümünde, Türkiye'de yabancı ve göçmenlerin statüleri konusunda Anayasa'nın 16. maddesinin önemi, farklı yabancı kategorilerinin statülerinin daha açık ve net bir şekilde düzenlenmesi gereği, ikamet, aile birleşimi, sınır dışı etme, gözetim altına alma vb. konuların daha açık yasal düzenlemelere konu edilmesi ihtiyacı ve nihayet bütün bu yasal düzenlemelerin hukuki istikrar ve öngörülebilirlik açısından hukuk devleti ilkelerini gözeten bir sistematik ve erişilebilirliğe sahip olması gerekliliğine işaret edilmektedir.

1. Cumhuriyet Dönemi Göç Deneyimi

Cumhuriyetin kurulmasından bu yana Türkiye'de izlenen uluslararası göç politikaları zaman içerisinde ülke içi ve ülke dışı faktörlerin etkisiyle değişime ve dönüşüme uğramıştır. Cumhuriyet dönemi göç politikaları açısından üzerinde durulması gereken konuların başında hiç şüphesiz ki İskân Kanunu ve bu kapsamda izlenen iç göç politikaları gelmektedir.¹ İskân Kanunu² hükümleri çerçevesinde yerleşmek amacıyla ülkeye gelen Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı kişiler belirli koşullar altında ülkeye göçmen (muhacir) olarak kabul edilebilmektedirler.³ Göçmen olarak ülkeye kabul edilen yabancılar gerekli işlemlerin tamamlanmasından sonra Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığına alınmakta ve kendilerine bazı kolaylık ve muafiyetler sağlanmaktadır.⁴ Resmi rakamlara göre, 1923-1997 yılları arasında, toplam 1.648.077 kişi ülkeye göçmen olarak yerleştirilmiştir.⁵

¹ Bkz. B. Çiçekli (2003) *Yabancılar ve Polis: Polisin Görev ve Yetkileri Çerçevesinde Yabancıların Hukuki Durumu*, s. 115-116. İskân Kanunu'nun iç göç ve mecburi iskâna ilişkin artık yürürlükte olmayan hükümleri incelediğimiz konunun kapsamı dışında bulunmaktadır. İskân Kanunu'nun ülke içinde belli bölgelerde yaşayan insanları mecburi iskâna tabi tutan hükümleri 1947 yılında kaldırılmıştır (19 Haziran 1947 tarih ve 5098 sayılı Kanun (Düstur III, Cilt 28, 1947, s. 1322), mecburi iskân uygulaması hakkında genel olarak bkz. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) (2000) *Siğınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye'deki Yargı Kararları*, Ankara: BMMYK ve Boğaziçi Üniversitesi Vakfı, s. 9-13.

² 2510 sayılı İskân Kanunu (14.06.1934 - RG, 21.06.1934 - 2733) ile bu kanuna ek olarak çıkarılan 3657, 2848, 5682 ve 1306 sayılı kanunlar 5543 sayılı yeni İskân Kanunu (19.09.2006 tarih ve 5543 sayılı Kanun için bkz. RG, 26.09.2006 - 26301) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³ 5543 sayılı İskân Kanunu'nun 4. maddesi göçmen olarak kabul edilebilme koşullarını olumsuz bir şekilde açıklamıştır. Buna göre, "*Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmayan yabancılar ile Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunup da sınır dışı edilenler ve güvenlik bakımından Türkiye'ye gelmeleri uygun görülmeyenler göçmen olarak kabul edilmezler*": ayrıntılar için bkz. B. Çiçekli (2007) *Yabancılar Hukuku*, Ankara: Seçkin, s. 207-209.

⁴ Ayrıntılar için bkz. Çiçekli, 2007, s. 209-210.

⁵ Bkz. K. Kirişçi, (2000) "*Zorunlu Göç ve Türkiye*", (içinde) (BMMYK) (2000) *Siğınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye'deki Yargı Ka-*

BÜLENT
ÇİÇEKLİ'NİN
TEBLİĞİ

Cumhuriyet döneminin dışa göç politikaları açısından ikinci önemli gelişmesi 1960'lı yıllardan itibaren başlatılan ve genelde ikili işçi mübadelesi anlaşmaları çerçevesinde teşvik edilen yurt dışına işçi gönderme uygulamalarıdır.⁶ Ülke dışına işçi gönderme (ihraç etme) uygulaması bir istihdam politikası ve ödemeler dengesi enstrümanı olarak teşvik edilmiştir.⁷ Hatta göçmen işçi dövizleri, ulusal beş yıllık kalkınma planlarında, ülkeye döviz girdisi sağlamada ve ülkenin ödemeler açığını gidermede önemli bir ekonomik araç olarak gösterilmiştir.⁸

1980'li yıllarda başlayıp 1990'lı yıllarda da ciddi artış gösteren bir diğer göç deneyimi ise uluslararası proje ve taahhüt işleri çerçevesinde yurt dışına işçi gönderme uygulamaları olmuştur. Bu bağlamda, 1980'li yıllardan itibaren Bölge ve Kuzey Afrika ülkelerine, 1990'lı yıllardan itibaren ise eski Sovyet Cumhuriyetlerine, uluslararası proje ve taahhüt işlerinde çalışmak üzere çok sayıda Türk işçisi gönderilmiştir.⁹ Proje baz-

raları, Ankara: BMMYK ve Boğaziçi Üniversitesi Vakfı, (s. 37-67), s. 65, Tablo I.

- ⁶ Türkiye'nin ikili işgücü mübadele anlaşmaları imzaladığı ülkeler arasında Almanya (1961), Avusturya (1964), Hollanda (1964), Belçika (1964), Fransa (1965) ve İsveç (1967) yer almaktadır. Bu ikili anlaşmaların yanı sıra Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında 12 Eylül 1963 yılında imzalanan Ankara Ortaklık Anlaşması (bkz. OJ 1973 C 113) ile 23 Kasım 1970 tarihinde imzalanan Katma Protokol'ün (OJ 1973 C 113) hedefleri arasında Türkiye ile AET ülkeleri arasında işçilerin serbest dolaşımının sağlanması yer almaktadır (özellikle Katma Protokolün 36. maddesi).
- ⁷ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. S. Paine (1974) *Exporting Workers: the Turkish Case*, Cambridge: Cambridge University Press; H. Körner (1987) "European Sending Countries", (içinde) *The Future of Migration*, Paris: OECD, s. 64-85.
- ⁸ Bkz. Çiçekli, 1998, s. 31-32.
- ⁹ 2002 verilerine göre, ülke dışındaki Türklerin sayısı 3.519.804 olup bu sayının 3.027.067'si Batı Avrupa ülkelerinde, 109.800'ü Ortadoğu ve Kuzey Afrika bölgelerinde, 56.261' Avustralya'da, 18.000'i Rusya Federasyonu'nda, 260.000'i ABD ve Kanada'da ve 2.000'i İsrail'de bulunmaktadır: yurt dışında bulunan Türk vatandaşları hakkında ayrıntılı bilgi ve veriler için bkz. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (ÇSGB) (2003) *2002 Yılı Raporu: Yurtdışındaki Vatandaşlarımıza İlişkin Gelişmeler ve Sayısal Bilgiler*, Ankara: ÇSGB, Yayın No. 112, s. 19-21.

lı işlerde yurt dışına çalışmak üzere giden Türk işçileri oralar-
da kalıcı olmamakta ve genellikle işin tamamlanması üzerine
ülkeye dönmektedirler.

Diğer taraftan, 1990'lı yıllarla birlikte Türkiye'nin ulus-
lararası göç yolları arasında hem transit hem de hedef ülke
olarak önemli bir yer işgal ettiği görülmektedir.¹⁰ İlk olarak,
Doğudan-Batıya ya da Güneyden-Kuzeye göç akımları içe-
risinde Türkiye zengin ve müreffeh Batı/Kuzey ile fakir ve
daha az gelişmiş Doğu/Güney arasında transit olarak kulla-
nılan bir güzergâh haline gelmiştir. Hatta belli ölçülerde özel-
likle eski Sovyet Cumhuriyetlerinden ülkeye gelen yabancı-
lar açısından Türkiye'nin hedef bir ülke haline geldiği söyle-
nebilir.

Son olarak, Türkiye'nin önemli bir kültür ve turizm böl-
gesi haline gelmesiyle birlikte, ülkeye giriş yapan ve ülke-
de kalan turist sayısında son yıllarda önemli artışlar olmuş-
tur. Buna bağlı olarak, özellikle son yıllarda "*yerleşik yabancı*"
adı ile nitelenen bir olgudan bahsedilmektedir. Bu bağlamda,
ülkenin özellikle turistik Güney bölgelerinde çok sayıda başta
Alman, Rus, İngiliz ve Hollandalı yabancı uzun sürelerle ika-
met etmekte, yaşamakta ve hatta yerleşmektedirler. Bu ken-
diliğinden meydana gelen gelişim ülkenin takip ettiği turizmi
teşvik politikaları ile uyumlu ve bu politikalarca da destekle-
nen bir sonuçtur.

2. Göç Terminolojisi

2.1. Genel Olarak Göç ve Göçmenler

Göçü en genel şekliyle iç ve dış göç olarak ikiye ayırmak
mümkündür. Aslında, göç denilince yabancılar hukuku açı-
sından kastedilen dış göç olup, bu olguya literatürde yaygın
şekilde "*uluslararası göç*" (*international migration*) denmekte-

¹⁰ Türkiye'nin hem transit hem de hedef ülke konumuna dikkat çeken bir
çalışma için bkz. International Organization for Migration (IOM) *Tran-
sit Migration in Turkey*, Migration Information Programme, Budapeşte,
Macaristan.

BÜLENT
ÇİÇEKLİ'NİN
TEBLİĞİ

dir. Göç veya uluslararası göç kavramının duruma göre, "dışa göç", "içe göç" ve "transit göç" olmak üzere üç farklı manayı içinde barındırdığını söyleyebiliriz.¹¹

Bir ferдин yaşadığı ülkeyi terk ederek başka bir ülkeye yerleşmek niyetiyle gitmesine "göç", ülkesinden ayrılarak yabancı bir ülkeye yerleşmek amacıyla giden kimseye ise "göçmen" adı verilmektedir.¹² Verilen bu göç tanımında "yerleşmek niyetinin" önemli bir yere sahip olduğu söylenebilir. Ancak, bir ferдин yerleşmek niyetiyle bir yabancı ülkeye gitmesinden bu ferдин vatandaşı olduğu ülkeye yerleşmek üzere dönmeyeceği veya hiçbir şekilde ülkesine uğramayacağı anlamı çıkmaz.¹³

Diğer taraftan, bir ferдин, ülkesinden başlangıçta kısa süreli ve geçici olarak yabancı bir ülkeye gidip, daha sonra çeşitli sebeplerden bu ülkede yerleşmesi de mümkün olabilir. Avrupa'da sayıları milyonlarla ifade edilen Türk göçmenlerinin başlangıçta Batı Avrupa'daki işgücü ihtiyacını karşılamak amacıyla geçici misafir işçi olarak gitmiş olmalarına rağmen, günümüzde artık buldukları Batı Avrupa ülkelerinin yerleşik nüfusu haline gelmeleri bu paradoksa örnek teşkil eder.¹⁴

Uluslararası literatür ve uygulamada göçmenlerden bahsedildiğinde çok geniş yelpazedeki yabancı kategorileri kastedilmektedir. Bu bağlamda, turistler, ziyaret, sağ-

¹¹ Uluslararası literatürde, "emigration" kavramı ile bir ülkeden dışarı gerçekleşen göç kastedilmekte olup dışarı göç edenlere de "emigrant" denmekte; "immigration" kavramı ile başka bir ülkeden ülke içine gerçekleşen göç kastedilmekte olup içeri göç edenlere "immigrant" denmekte; ve bir ülkeden çıkıp başka bir ülkeye gitme maksadıyla transit olarak diğer bir ülkede bulunmaya "transit migration" ve transit geçecek göçmenlere de "transit migrant" adı verilmektedir. Bkz. Berki, 1966, s. 81.

¹² Göç kelimesinin karşılığı olarak "muhaceret", göçmen kelimesinin karşılığı olarak ise "muhacir" tabiri kullanılmaktadır, bkz. Berki, 1966, s. 82.

¹³ Yerleşmek niyetiyle ilgili farklı bir değerlendirme için bkz. Berki, 1966, s. 82.

¹⁴ Misafir işçi sisteminin çöküşü ve dönüş "miti" hakkında bkz. Çiçekli, 1998, s. 19-23.

lık ve eğitim amacıyla gelen yabancılar, yabancı müteşebbisler, yabancı işçiler, ülkeye kaçak giriş yapan veya kaçak duruma düşen yabancılar ve sığınacak bir yer bulma amacıyla gelen sığınmacı ve mülteciler göçmen kategorisi içinde değerlendirilmektedir.¹⁵

Uluslararası literatür ve uygulamada en geniş anlamıyla göçmen olarak nitelediğimiz kişiler, Türk hukuku açısından yabancı olarak değerlendirilmektedir. Aslında, göç ve göçmen kavramları daha ziyade Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde kullanılan terimlerdir. Kıta Avrupa'sında ise bu kavramların yerine yabancı terimi daha yerleşik olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte, gerek göçmen kavramı, gerek yabancı kavramı iki farklı hukuk sisteminde bir arada kullanılabilir.

2.2. Türk Hukukunda Göç ve Göçmenler

Uluslararası literatür ve uygulamadaki göç ve göçmen tanımlarıyla Türk hukukundaki göç ve göçmen tanımları arasında belirgin bir kapsam farklılığı mevcuttur.¹⁶ 2510 ve 5543 sayılı İskân Kanunu kapsamında, göç ve göçmen kavramları Türk soyu ile etnik ve kültürel bir bağlılığı gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede, göç Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı kişi veya kişilerin yerleşmek amacıyla ülkemize gelme olayıdır. Göçmen ise, yerleşmek amacıyla yurdumuza gelen Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı kişilerdir.

Döneminin siyasi yapı ve ideolojilerini yansıtan bir düzenleme olan ve ulus devlet inşa etme sürecinin bir enstrümanı olarak kullanılan 2510 sayılı İskân Kanunu'nun iki temel amacı bulunmaktaydı. Kanun, bir taraftan ülke dışında Os-

¹⁵ Özellikle Anglo-Sakson hukuk sistemleri göç ve göçmen kavramını bu şekilde geniş olarak tanımlama eğilimindedirler. İngiliz göç hukukunun kategorize ettiği göç ve göçmen grupları için bkz. I.A Macdonald and N. Blake (1995) *Macdonald's Immigration Law*, (3rd edition) London: Butterworths.

¹⁶ Türk hukukundaki göç ve göçmen kavramları hakkında genel olarak bkz. Berki, 1966, s. 81-87; Doğan, 2006, s. 179-182; Asar, 2001, s. 217-223.

BÜLENT
ÇİÇEKLİ'NİN
TEBLİĞİ

manlınınun terk ettiği diyarlardaki Türk soyluların göçmen olarak kabulüne ilişkin koşulları belirlerken, diğer taraftan da iç iskân konusuyula ilgili tedbirler almak suretiyle mecburi iskân konusunu düzenlemektedir.¹⁷

Ancak, göçmenlerle ilgili kanun ve yönetmeliklerde hangi ülkelerden göçmen kabul edileceğine dair herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Göçmen kabulü Bakanlar Kurulu'nun tayin ve tespiti ya da çıkarılacak özel kanunlar marifetiyle düzenlenmekte ve kimlerin göçmen olarak kabul edileceği o dönemin devlet politikaları ile yakından ilişkili bulunmaktadır.

Göçmenlik (muhacirlik) statüsü diğer ülkelerde bulunan Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı kişilerin (yabancıların) toplu ya da münferit olarak ülkemize göçmen olarak gelmek istemeleri halinde verilebilmektedir.¹⁸ Türk göç hukuku ve uygulamasında "serbest göçmen" ve "iskânlı göçmen" olmak üzere iki temel göçmen kategorisinin mevcut olduğu söylenebilir. Ancak, bu iki kategoriye, "mülteci göçmen" (ulusal mülteci) ile "mübadil göçmen"lerin de ilâve edilmesi mümkündür.

İskânlı göçmenler, özel kanunlarla ülkeye getirilip devletin tahsis ettiği yerlerde iskâna tabi tutulan ve üretici hale gelinceye kadar her türlü ihtiyaçları devlet tarafından karşılanan kişilerdir.¹⁹ İskânlı göçmenler, daha ziyade siyasi zaruretlerin bir neticesinde aile olarak veya büyük kitleler halinde ül-

¹⁷ İskân Kanunu'nun Türkiye içinde belli bölgelerde yaşayan insanları mecburi iskâna tâbi tutmakta kullanılan hükümleri 1947 yılında kaldırılmış bulunmaktadır (18 Haziran 1947 tarih ve 5098 sayılı kanun (Düstur, III, Cilt 28, 1947, s. 1322); mecburi iskân uygulaması hakkında bkz. BMMYK, 2000, s. 9-13.

¹⁸ "Toplu göçmen: Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, iki ülke arasında yapılan anlaşmaya göre yurdumuza yerleşmek amacıyla toplu olarak gelen ailelerdir." "Münferit göçmen: Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yurdumuza yerleşmek amacıyla bir aile olarak gelenlerdir" (5543 sayılı yeni İskân Kanunu, m. 3). Yeni Kanun'da da eski Kanun'da olduğu gibi münferit göçmen terimi ile aile olarak göç etmenin kastedildiği görülmektedir.

¹⁹ 5543 sayılı İskân Kanunu'na göre, "iskânlı göçmen: Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, özel kanunlarla yurt dışından getirilen ve bu Kanun hükümlerine göre taşınmaz mal verilerek iskânları sağlananlardır." (m. 3).

keye getirilmekte ve hayatlarını sürdürecektir maddi ve sosyal imkânları devlet tarafından belirli bir süre karşılanmaktadır.

Devletten herhangi bir maddi yardım talebinde bulunmaksızın kendi maddi imkânları ile yerleşmek amacıyla Türkiye'ye gelenlere "serbest göçmen" denilmektedir.²⁰ Serbest göçmenlerin ülkeye kabulünde devletin doğrudan bir mali yükümlülük altına girmesi söz konusu değildir.

Eski İskân Kanununa göre, iltica talebiyle gelmelerine rağmen göçmen olarak kabul edilebilme koşullarına sahip kişilerin ülkeye göçmen olarak kabul edilebilmeleri mümkündür.²¹ Bunun için Türkiye'ye yerleşmek ve Türk vatandaşlığına geçmek niyetlerini buldukları yerin en büyük mülkî âmirine, Türkiye'ye giriş yaptıkları tarihten itibaren iki yıl içinde bildirmeleri²² ve göçmen olabilme koşullarına sahip olmaları gerekliydi.²³ Böylece, Bulgaristan, Yugoslavya, Yunanistan ve Romanya gibi ülkelerden gelen Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olduğu kabul edilen kişilerin, statülerinin mülteci olmayı haklı çıkardığı durumlarda bile, bir devlet politikası olarak göçmen olma yolu açık bırakılmıştır.²⁴

Ayrıca, devletler arasında yürütülen müzakere ve anlaşmalar neticesinde gerçekleştirilen göçler neticesinde, müba-

²⁰ 5543 sayılı yeni İskân Kanunu'na göre, "serbest göçmen: Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip, Devlet eliyle iskan edilmelerini istememek şartıyla yurda kabul edilenlerdir" (m. 3).

²¹ 2510 sayılı eski İskân Kanunu mülteciyi Türkiye'ye yerleşmek niyetiyle olmayıp bir zaruretin gereği olarak geçici oturmak üzere sığınan kimse olarak tanımlamaktaydı (m. 3/3).

²² Bkz. eski İskân Kanunu m. 3/3 ve İskân Muafiyetleri Nizamnamesi m. 13.

²³ Türk kültürüne bağlı olmayanlara, anarşistlere, casuslara, göçebe çingenelere, memleket dışına çıkarılmış olanlara göçmen muamelesi yapılmamaktaydı: bkz. eski İskân Kanunu m. 4 ve İskân Muafiyetleri Nizamnamesi, m. 9.

²⁴ Bkz. E. Özmenek (1998) Statelessness and Refugees as a Global Problem: Turkish Refugee Policies, Yayınlanmamış Master Tezi, *The Department of Political Science and Public Administration*, Bilkent Üniversitesi, s. 44-45.

deleye tabi tutulan göçmenlere de mübadil göçmen denildiği görülmektedir.²⁵

Son olarak, gerek taraf olunan uluslararası antlaşmalar ve Avrupa Birliği hukukunun etkisiyle gerekse günlük dildeki kullanım yüzünden göç ve göçmen kavramlarının terminolojik olarak ağırlığını Türk hukuku ve literatürü üzerinde hissettirmeye başladığı vurgulanmalıdır.

2.3. Türk Hukukunda Mülteci ve Sığınmacılar

Türk hukukunda mülteci ve sığınmacı kavramları arasında uluslararası hukuk literatüründe benimsenen yaklaşımdan daha farklı bir ayırım yapılmaktadır.²⁶ 1994 tarihli İltica ve Sığınma Yönetmeliği ile İçişleri Bakanlığı'nun genelge ve talimatlarında²⁷ terminoloji sorunu çözülmeye çalışılarak mülteci ve sığınmacı kavramları birbirinden ayrılmaya çalışılmıştır.

1994 tarihli İltica ve Sığınma Yönetmeliği'nde benimsenen ayırıma göre, mülteci, "*Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebi ile ırkı, dini, milliyeti (tabiiyeti), belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata*²⁸ uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve ön-

²⁵ Bkz. BMMYK, 2000, s. 2 ve aynı yerde verilen idari yargı kararları (Danıştay, 8.D., E.965/308 - K.966/2294, 12.07.1966, 56; Danıştay, 8.D., E.966/990 - K.968/1289, 06.04.1968, 61; Danıştay, 8.D., E.969/1049 - K.970/101, 15.01.1970).

²⁶ Odman, Türkiye'nin imzaladığı uluslararası belgelerin Türkçe metinlerinde, özellikle iltica ve sığınma kavramları arasında rastlanan terminoloji karışmasına işaret etmekte ve aynı karışıklığın Türk yabancılar hukuku literatüründe de görüldüğünü ifade etmektedir: bkz. Odman, 1995, s. 188-191.

²⁷ Bkz. EGM Genelgesi, 2002, s. 1147-1156 (özellikle s. 1147), şimdi bkz. 22 Haziran 2006 tarih ve 57 sayılı İçişleri Bakanlığı Uygulama Talimatı.

²⁸ 1994 Yönetmeliği'nin 1951 Sözleşmesi'nin onaylanması sırasındaki tercüme hatasını düzeltmemesi şaşırtıcıdır. Zulüm (persecution) terimi yerine yanlışlıkla adli takibat (prosecution) kavramı kullanılmıştır.

ceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancıdır".²⁹

Sığınmacı ise, "ırkı, dini, milliyeti (tabiiyeti), belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata³⁰ uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülke himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancıdır".³¹

Yönetmelikteki bu ayırımı göre, Avrupa dışından gelecek Cenevre Sözleşmesi'ndeki tanıma paralel olarak mülteci olabilme kriterlerini taşıyan yabancılar ülkeye sığınmacı statüsünde kabul edileceklerdir. Bu yabancıları sığınmacı statüsü verilmek suretiyle, üçüncü bir ülke tarafından mülteci olarak kabul edilinceye kadar makul bir süre ülkede ikamet etmelerine izin verilmektedir. Yönetmelikte benimsenen tanımlar nedeniyle, Avrupa ülkelerinden gelecek uluslararası koruma talep eden yabancıları mülteci,³² Avrupa dışındaki diğer bölgelerden gelecek uluslararası koruma talep eden yabancıları ise sığınmacı denmektedir.

Uluslararası mülteci hukukunda kullanılan mülteci-sığınmacı ayırımının Türk mülteci hukukunda uygulanan coğrafi kısıtlama nedeniyle değişime uğramak suretiyle farklı bir nitelik kazandığı görülmektedir. Uluslararası mülteci hukukunda, sığınmacının (*de facto* mülteci) mültecilik koşullarını taşıdığıнын tespiti üzerine mülteciye (*de jure* mülteci) dönüşmesi yani mülteci statüsünü kazanması mümkün iken, Türk mülteci hukukunda sığınmacı olarak nitelenen kişilere

²⁹ Bkz. 1994 tarihli İltica ve Sığınma Yönetmeliği, m. 3.

³⁰ Mülteci tanımındaki aynı yanlışlık burada da düzeltilmemiştir.

³¹ Bkz. 1994 tarihli İltica ve Sığınma Yönetmeliği, m. 3.

³² Türkiye'nin soğuk savaş sırasında sadece Doğu Avrupa ve Sovyetler Birliği'ndeki komünist rejimden kaçanlara yasal (*de jure*) mülteci statüsünü verdiği vurgulanmaktadır: bkz. K. Kirişçi (1996) *Türkiye Coğrafi Sınırlamayı Kaldırıyor mu? Türkiye'de Kasım 1994 Sığınma Yönetmeliği, Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği (SGDD), Yayın Serisi, Sayı 2, Ankara, s. 4.*

BÜLENT
ÇİÇEKLİ'NİN
TEBLİĞİ

hukuken mültecilik statüsünün verilmesi mümkün gözükmektedir.

2006 tarihli Uygulama Talimatında, yukarıdaki ayrıma paralel olarak ve uluslararası hukuk literatüründeki *de facto - de jure* mülteci farklılığını karşılamak üzere, hem Avrupa ülkelerinden hem Avrupa dışındaki ülkelerden Türkiye'ye gelerek iltica/sığınma başvurusunda bulunmuş olan yabancılara, "*başvuru sahibi*", "*başvuran*", ya da "*iltica/sığınma başvurusunda bulunan kişi*" nitelendirilmeleri yapılmaktadır.³³ Avrupa ülkelerinden gelerek 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 1. maddesindeki koşulları karşıladığı için kendisine İçişleri Bakanlığı'nca *mülteci* statüsü verilen yabancı uyruklu veya vatansız kişiye *mülteci* denmektedir.³⁴ Avrupa dışından gelerek 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yer alan koşulları yerine getirdiği için kendisine İçişleri Bakanlığı'nca *sığınmacı* statüsü verilen yabancı uyruklu veya vatansız kişiye ise *sığınmacı* denmektedir.³⁵

3. Göç ve Yabancılar Hukuku Disiplini

Yabancılar hukuku (ya da göç hukuku) olarak adlandırılan hukuk dalının var oluş nedeni, yabancıların vatandaşlara uygulanan hukuk kurallarından, nitelik, içerik ve kapsam bakımından farklı kurallara tabi olmasıdır.³⁶ Bu '*evrensel ayırmacılık*', devlet kavramının ortaya çıkışı ile birlikte var olan, vatandaşlık tanımının belirginleşmesine karşıt olarak gelişen ve bir manada yabancılar hukukunun varlık nedeni olarak kabul edilen bir uygulamadır.

³³ Bkz. 22.06.2006 tarih ve 57 sayılı İçişleri Bakanlığı Uygulama Talimatı, Tanımlar, Paragraf (d).

³⁴ Bkz. 22.06.2006 tarih ve 57 sayılı İçişleri Bakanlığı Uygulama Talimatı, Tanımlar, Paragraf (f).

³⁵ Bkz. 22.06.2006 tarih ve 57 sayılı İçişleri Bakanlığı Uygulama Talimatı, Tanımlar, Paragraf (g).

³⁶ Bkz. Aybay, 2005, s. 5.

'Yabancılar hukuku' ibaresi yerine 'yabancıların hukuki durumu' deyiminin kullanılmasının daha uygun olacağını ileri sürenler olduğu gibi,³⁷ 'yabancılar hukuku' deyiminin hukuk dalının konusunu ve ilkelerini bir bütün olarak daha iyi kapsadığını savunanlar da olmuştur.³⁸ Türk literatüründeki hâkim eğilim yabancılar hukuku deyiminin kullanılması yönündedir.³⁹ Kıta Avrupa'sı hukuk sistemlerinde de yabancılar hukuku deyimini yaygın olarak kullanılmaktadır.

Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde ise 'göç hukuku' (*immigration law*) terimi standart olarak kullanılmaktadır. Bu hukuk sistemlerinde ilgili konular bazen 'göç ve vatandaşlık hukuku' adı altında birlikte incelenmekte, bazen de 'göç ve sığınma hukuku' başlığı altında sığınma/iltica konuları ile beraber ele alınmaktadır. AB hukuk sisteminde de 'göç ve sığınma hukuku' deyimini birlikte kullanılmaktadır.

Günümüzde birçok konuda yabancılarla vatandaşlara ile eşit muamele yapılmakta ve eşit haklar tanınmaktadır. Gerek özel hukuk kaynaklı medeni hukuk ve miras hukuku gibi alanlarda, gerek insan hakları alanında tamamen olmasa da pek çok konuda eşitlik öngören hükümlere rastlanılmaktadır. Bu açıdan yabancılarla uygulanan hukuk kurallarının tümünün yabancılar hukukunu ya da yabancıların hukuki durumu oluşturduğunu söylemek doğru ve pratik olmayacaktır.⁴⁰

'Yabancılar hukuku' (ya da göç hukuku) ister iç hukuk ister uluslararası hukuk kaynaklı olsun sırf yabancılarla uygulanan kurallar ile yabancılarla vatandaşlara eşit olarak uygulanmayan kurallardan oluşmaktadır.⁴¹ Yabancılar hukukunun, "bir ülkede bulunan yabancılar için, yabancı olmaları nedeniyle konulmuş olan kuralların tümünü teşkil eder" şeklinde tanımlanması da mümkündür.⁴² Yabancılar hukukunun konu-

³⁷ Bkz. Altuğ, 1973, s. 43-45.

³⁸ Bkz. Tekinalp, 2003, s. 8

³⁹ Bkz. Çelikel ve Gelgel, 2005, s. 7, 1 No.'lu dipnot.

⁴⁰ Bkz. Tekinalp, 2003, s. 8.

⁴¹ Bkz. Tekinalp, 2003, s. 8.

⁴² Bkz. Çelikel ve Gelgel, 2005, s. 7.

BÜLENT
ÇİÇEKLI'NIN
TEBLİĞİ

su, "yabancılara milli veya milletlerarası kaynaklardan gelmekle beraber farklı olarak uygulanan kuralların tümüdür" demek daha uygun olacaktır.⁴³

Göç ve yabancılar hukuku, Fransız hukuk sisteminde olduğu gibi, Türk hukukunda da, uluslararası özel hukuk disiplini içerisinde incelenmektedir. Anglo-Amerikan ve Alman hukuk sistemlerinde ise, göç ve yabancılar hukuku, uluslararası hukuk içerisinde yer alan bir disiplin olarak değerlendirilmektedir. Türk hukuk sisteminde, uluslararası özel hukuk başlığı altında, vatandaşlık hukuku, yabancılar hukuku, kanunlar ihtilafı hukuku ve uluslararası usul hukuku konuları birlikte ele alınmaktadır.

4. Anayasa ve Uluslararası Hukuk-İç Hukuk İlişkisi

Anayasa, normlar hiyerarşisi içinde en üstte yer alan soyut kurallardan oluşan temel yasal metindir. Anayasa'da temel hak ve özgürlükler başlığı altında düzenlenen pek çok hak ve özgürlük vatandaş-yabancı ayrımı yapılmadan herkeşe tanınmış bulunmaktadır. Bununla birlikte, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin belirli durum ve koşullara bağlı olarak sınırlandırılması mümkündür.

Anayasa'da bu genel sınırlama nedenleri dışında yabancılar açısından özel bir sınırlama maddesi de düzenlenmiştir. Anayasa'nın 16. maddesine göre, "temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir". Türk yabancılar hukuku açısından merkezi öneme sahip bu Anayasal hükmün irdelenebilmesi için üç temel kavrama açıklık getirilmesi gerekmektedir:⁴⁴ 'temel hak ve özgürlük', 'sınırlamanın uluslararası hukuka uygunluğu' ve 'sınırlamanın kanunla yapılması'.

16. maddede geçen 'temel hak ve hürriyetler' deyimini büyük ölçüde Anayasa'nın 'Temel Haklar ve Ödevler' başlığını taşıyan

⁴³ Bkz. Tekinalp, 2003, s. 10.

⁴⁴ Bkz. Aybay, 2005, s. 71 vd.

İkinci Kısmında yer alan 12-74. maddelere işaret etmektedir.⁴⁵ 'Temel Haklar ve Ödevler' başlığı altında; 16. maddenin de yer aldığı 'Genel Hükümler' (m. 12-16), 'Kişinin Hakları ve Ödevleri' Bölümü (m. 17-40),⁴⁶ 'Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler' Bölümü (m. 41-65)⁴⁷ ile 'Siyasi Haklar ve Ödevler' Bölümü (m. 66-74)⁴⁸ yer almaktadır.

16. maddede geçen 'uluslararası hukuka uygunluk' koşulu olmasaydı bile, devletlerin uluslararası hukuka uygun hareket etme yükümlülüğü altında oldukları genel olarak kabul edilmelidir. Ancak, 16. madde, uluslararası hukukta var olduğu kabul edilen bu genel ilkeyi anayasal bir prensip olarak pozitif hukukumuzda taşımış bulunmaktadır. Böylece, yabancıların temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırma konusunda egemen devletlere tarunmuş olan yetkinin sınırlarının uluslararası hukukça belirlendiği kabul edilmiş olmaktadır.

Anayasa'nın 16. maddesinin yabancıların temel hak ve özgürlükleri alanında getirdiği düzenlemenin, Anayasa'nın 90. maddesinin genel olarak temel hak ve özgürlükler alanında getirmiş olduğu güvenceden daha kapsamlı olduğu vurgulanmalıdır. Anayasa m. 90(5)'e eklenen cümleyle birlikte, temel hak ve özgürlükler alanında uluslararası sözleşme hükümleri ile kanunlar arasında çıkabilecek uyumsuzluklarda

⁴⁵ Bkz. Aybay, 2005, s. 71-72.

⁴⁶ "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlığı altında: kişi güvenliği, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme, özgürlüğü, seyahat ve yerleşme özgürlüğü; din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve inanç, bilim ve sanat, basın; düzeltme ve cevap hakkı; toplantı; dernek kurma özgürlükleri, mülkiyet hakkı, hak arama özgürlüğü vb. hak ve özgürlükler yer almaktadır.

⁴⁷ "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" arasında aile, öğrenim, kamulaştırma, çalışma, sözleşme, sendika ile grev ve sağlık hakları yer almaktadır.

⁴⁸ "Siyasi Haklar ve Ödevler" arasında esas olarak vatandaşlık, seçme ve seçilme; siyasi parti kurma ve siyasi partilere katılma; kamu hizmetlerine girme; dilekçe hak ve özgürlükleri; vatan hizmeti ve vergi ödevine ilişkin hak ve yükümlülükler bulunmaktadır.

uluslararası sözleşme hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacağı ifade edilmektedir.⁴⁹

16. maddenin mefhumu muhalifinden ise yabancıların temel hak ve özgürlükleri alanında sadece uluslararası sözleşme hükümlerinin değil aynı zamanda uluslararası hukukun diğer bütün kaynaklarının dikkate alınması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Böylece, yabancılar açısından yapılacak sınırlamaların uluslararası sözleşmeler, uluslararası teamül hukuku ve uluslararası mahkeme kararları gibi kaynaklar göz önünde bulundurulurken gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Üçüncü olarak, 16. maddede yer verilen sınırlamanın 'kanunla' yapılması gerektiğinden ne anlaşılması gerektiği önemli bir konudur. Maddede geçen kanun ibaresinden 'kanun' başlığıyla yayınlanan teknik ve dar manada kanun mu anlaşılacak, yoksa kanun dışında kanundan doğan yetkiyle yapılacak diğer düzenleyici işlemlerde bu kapsamda değerlendirilecek midir?

16. maddenin lafzına sıkı sıkıya bağlı bir yorum sınırlamaların kanun dışındaki tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle yapılmasına engel olacaktır. Bu yaklaşımın pratik bir çözüm olmayabileceği ve 16. maddenin kanunla verilmiş bir yetkiye dayanılarak yürütme organınca yapılacak düzenlemelerle yabancıların haklarına sınırlamalar getirilebileceği şeklinde anlaşılmasının pratik bir zorunluluk olduğu ifade edilmektedir.⁵⁰

Diğer taraftan, uygulamada bazen Anayasa'da düzenlenen hak ve özgürlüklerin kanun hükmüne dayanmaksızın

⁴⁹ Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." Bu fıkraya 07.05.2004 tarih - 5170 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile eklenen cümleye göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."

⁵⁰ Bkz. Aybay, 2005, s. 78 ve aynı yerde atıfta bulunulan Anayasa Mahkemesi Kararı (E. 1962/281, K. 1963/9).

düzenleyici işlemlerle sınırlandırıldığı veya kanuna dayanmakla birlikte, kanunun uygulama kapsamını belirleme adı altında, esasen hakkın özüne müdahale eden kurallar tesis edildiği görülmektedir.⁵¹

İdareye tanınması pratik bir zorunluluk olan düzenleme yetkisinin Anayasa'nın ve kanunların belirlediği ilkelere uygun bir şekilde kullanılması konusuna özen gösterilmesi gerekmektedir. Her halükarda idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yoluna başvurulma imkânının bulunması, bu konudaki uygulamanın yol açabileceği hukuka aykırılıkları ortadan kaldıracak bir güvence olarak değerlendirilebilmektedir.⁵²

5. Yabancılık Statüsü

Türk göç ve yabancılar hukukunun statüyle ilgili en önemli sorunlarının başında yabancı, göçmen, mülteci, sığınmacı gibi farklı vatandaş olmayan kategorilerini düzenleyen temel yasal metinlerin genel hükümler içermesi ve idareye geniş takdir alanları bırakmasıdır. Özellikle kanun düzeyindeki yasal düzenlemelere konu olması gereken hususların pek çoğu genelge, talimat gibi nitelendirilmelerle ifade edilen idarenin düzenleyici işlemlerinde ele alınmaktadır.

Genelge ve talimatlar gibi idarenin düzenleyici işlemlerinin hukuksal niteliğine ilişkin tartışmalar bir tarafa bırakılsa bile, bu düzenleyici işlemlerin olay bazında (*ad hoc*) çıkarıldığı ve konuların dağınık bir sistematikle ele alındığı vurgulanmalıdır. Bazen birbiriyle çelişen hükümler taşıyabilen bu genelge ve talimatların güncelliğini takip etmek çoğu zaman konunun uzmanlarının dahi içinden çıkamayacağı bir hal almaktadır. Bu düzenleyici işlemlerle ilgili diğer bir hukuki so-

⁵¹ Yabancı öğrencilerin Türkiye'deki çalışma hak ve özgürlüklerine yönetmelikle getirilen yasaklamanın eleştirisi ve bu uygulamanın Anayasaya aykırılığı konusunda bkz. F. Sargın (1997-1998) "Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etme ve Çalışma Hakları", *MHB, Yılmaz Altuğ'a Armağan*, Yıl: 17-18, Sayı: 1-2, s. 353.

⁵² Bkz. Aybay, 2005, s. 79.

run ise, bu metinlere erişimin çoğu zaman mümkün ya da kolay olmaması nedeniyle, bu metinlerin bilinebilirlik veya öngörülebilirlik açısından hukuksal güvenlik ve istikrar kriterini yerine getirmekten yoksun bulunmalarıdır.

5.1. Yabancıların İkamet Statülerinin Geçiciliği

İkamet tezkerelerinin süresine ilişkin genel prensip Yabancıların İkamet ve Seyahati Hakkında Kanun'un (YİSHK) 8. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, yabancılara verilecek ikamet izninin süresi, mevzuatın ve yabancı devletlerle akdedilmiş bulunan anlaşmaların hükümleri çerçevesinde ve mümkün merteye başvuru sahibinin talebi dikkate alınmak suretiyle belirlenmektedir (m. 8). İkamet tezkerelerinin süresini belirleyen 9. madde hükmü ise şu şekildedir:⁵³ "İkamet tezkerelerinin süresi beş seneliktir. Karşılıklılık ilkesi uyarınca bu süre Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığı tarafından, daha uzun veya daha kısa olarak tespit edilebilir."

Dikkat dileyen olursa, Kanun, bu maddeyle bağlayıcı olmayan yol gösterici nitelikte, beş yıllık genel bir süre öngörmüştür. İdareye başvurunun koşullarına göre ikamet sürelerini bu süreden daha az veya daha çok belirleme yetkisi verilmiştir. Bunun neticesinde, yabancıların ikamet izin süreleri ve yabancıların ikametine ilişkin diğer esaslar daha ayrıntılı olarak Genelgelerle düzenlenmektedir.⁵⁴

Ayrıca, yabancıların ikamet izin süreleri belirlenirken pasaportlarının süreleri göz önünde bulundurulmakta ve verilecek ikamet izinlerinde pasaport süreleri aşılmamaktadır.⁵⁵ YİSHK'nun 10. maddesine göre, ikamet tezkerelerini yenilemek veya sürelerini uzatmak isteyen yabancılar, bu tezkere-

⁵³ 5683 sayılı YİSHK'nun 14/05/1998 tarih ve 4360 sayılı kanunla değişik 9. maddesi (bkz. RG, 16.05.1998 - 23344). Mülga 9. maddede ikamet tezkerelerinin müddeti en fazla iki sene olarak öngörülmüş bulunmaktaydı.

⁵⁴ Bkz. EGM Genelgesi, 2002; 16.01.2004 tarih ve 014 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi.

⁵⁵ Bkz. EGM Genelgesi, 2002, s. 971.

lerde yazılı sürenin sona ermesinden itibaren 15 gün içinde, yetkili emniyet makamlarına bizzat veya bilvasıta müracaat etmek zorundadırlar.⁵⁶ Ancak tezkerelerde yazılı süre bitmeden de başvuru yapılabilmesi mümkündür (YİSHK m. 10/1). Süresi biten ikamet tezkeresi üzerinde en fazla dört defa uzatma işlemi yapılabilir (YİSHK m. 9/2). Bu hüküm, aynı ikamet tezkeresi üzerinde en fazla dört defa uzatma işlemi yapılacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, eğer beşinci bir uzatma işlemi gerekiyorsa, bu yeni bir ikamet tezkeresi almak suretiyle gerçekleştirilecektir.

Türk yabancılar hukukunda uzun süreli ikamet eden yabancılar için diğer ülke hukuklarında rastlanılan “*daimî ikamet hakkı*”, “*daimî yerleşim hakkı*” gibi statüler bulunmamaktadır.⁵⁷ Türk hukuku, ilke olarak, bir yabancıyı Türkiye’deki ikamet süresi ne kadar olursa olsun, herhangi bir yabancı gibi görmekte ve ayrıcalık tanımamaktadır.⁵⁸ Böylece, Türk hukukunda bir yabancıya Türkiye’de daimi olarak yerleşebilmesinin yolu vatandaşlık kazanımından geçmektedir.

5.2. Sınır Dışı İşlemine İlişkin Sorunlar

Türk hukukunda sınır dışı işlemi esas itibariyle idareye ait bir yetkinin kullanılması niteliğindedir. Koşullar oluşmuş

⁵⁶ 5683 sayılı YİSHK’nun 14.05.1998 tarih ve 4360 ve 4361 sayılı kanunlarla değişik 10. maddesi (bkz. RG, 16.05.1998 - 23344). Mülga 10. maddede ikamet tezkerelerinin yenilenmesinden bahsedilmekle birlikte sürelerinin uzatılmasından bahsedilmemektedir.

⁵⁷ Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’da (YÇİHK) yerleşik yabancı kavramı kullanılmakta ve bu durumda olan yabancılar çalışma izinleri açısından bazı istisnai kolaylıklardan yararlanmaktadır (bkz. YÇİHK, m. 8(a) ve Uygulama Yönetmeliği, m. 45/1).

⁵⁸ Bu husus eski tarihli bir Genelgede şu şekilde teyit edilmektedir: “*Mevzuatımızda “daimî ikamet, yerleşik yabancı, mukim yabancı” gibi kavramlara rastlanılmamaktadır. Ancak, 11.08.1989 tarih ve 20249 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararın 2/b fıkrasında geçen yerleşik yabancı deyimini, 5683 sayılı yasanın tarif ettiği ikametli yabancılardan farklı olarak sadece kambiyo işlemlerinde geçerli olan bir durumdur. Bu itibarla süresi ne olursa olsun her yabancıya, Yabancılar Mahsus İkamet Tezkeresi almak suretiyle Türkiye’de oturması gerekmektedir*”, bkz. EGM Genelgesi, 2002, s. 965.

BÜLENT
ÇİÇEKLİ'NİN
TEBLİĞİ

olsa bile bu yetkinin kullanılıp kullanılmaması birçok durumda idarenin takdir yetkisine bırakılmıştır. Kanunda yazılı sınır dışı etme nedenlerinin (genel güvenlik, siyasi ve idari icaplar) oldukça esnek olması yüzünden idarenin bu konudaki takdir yetkisinin geniş olduğu ifade edilmiştir.⁵⁹

Bununla birlikte, idarenin kendisine tanınan bu takdir yetkisini nesnel ve inandırıcı nedenlere dayandırması gerektiği yargı kararlarında vurgulanmıştır.⁶⁰ Bu bağlamda, idarenin sınır dışı işlemi için genel gerekçeler kullanarak sadece kanun maddelerine atıfta bulunması yeterli değildir. İlgili Danıştay Dairesi, yabancılara Türkiye'de ikamet ve çalışma izni verilmesi konusunda idarenin takdir yetkisinin olmasına rağmen, bu iznin yenilenmemesi ve ilgililerin yurt dışına çıkarılmalarının nesnel ve inandırıcı nedenlere dayandırılması gerektiğini belirtmiştir.⁶¹

Diğer taraftan, yabancıların sınır dışı edilebilmesi için yaptığı eylemin suç olması veya bu suç nedeniyle yargılanıp mahkûm olması da gerekmemektedir. Yabancıların bir suçtan dolayı yargılanıp beraat etmesi halinde, bu beraatın gerekçesi önem kazanmaktadır. Yargı kararlarında, yabancıların bir suçtan dolayı yargılanıp hakkında takipsizlik kararı verilmesinin, bu kişinin sınır dışı edilmesine engel teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir.⁶² Bahse konu eylemlerin yapılması veya bunların yapıldığının sezilmesi kamu düzenini bozucu addedilmekte ve YİSHK'nın 19. maddesi çerçevesinde sınır dışı etme işlemini haklı çıkarmaktadır.

⁵⁹ Bkz. Çelikel ve Gelgel, 2005, s. 114.

⁶⁰ Bkz. Danıştay 12. Daire Kararı, Esas No. 1977/200, Karar No. 1979/826, *Danıştay Dergisi* (1980), Yıl. 10, Sayı. 36-37, s. 591-593.

⁶¹ Bir önceki dipnottaki Danıştay Kararına bkz.

⁶² Bir Türk vatandaşına bazı kitap ve broşürler vermek suretiyle Hıristiyanlık propagandası yapan bir yabancıların bu eyleminin suç sayılmayarak takipsizlik kararı verilmesi, bu kişinin eylemini Pasaport Kanunu m. 8/5 ile YİSHK m. 7/b maddesi kapsamı dışına çıkarmamaktadır. Bkz. Danıştay 10. Daire Kararı, Esas No. 1993/3535, Karar No. 1995/4616, *Danıştay Dergisi* (1996), Yıl. 26, Sayı. 91, s. 1146-1149.

Sınır dışı etme işlemine dayanak olarak kullanılan nedenlere karşıt olarak bazı olgular sınır dışı işlemine önleyici etkiye sahiptir. İdari makamlar tarafından sınır dışı kararı verilirken dikkate alınan bu faktörler arasında şunlar yer almaktadır: ilgilinin yaş durumu, Türk vatandaşı ile evliliği, yerleşik olma durumu, ikamet süresi, vatandaşlık durumu, Türk soylu olup olmadığı ve mahallî tahkikat. Sınır dışı etme işleminin icrası, yabancının Türkiye’de ikametli olmasına, vize veya vize muafiyet süresi içinde ülkede bulunmasına veya yasa dışı konumda olmasına göre değişmektedir.⁶³

İkametli yabancılar Türkiye’de ikamet tezkeresi sahibi olup bu süre içerisinde sınır dışı edilmeleri söz konusu olan yabancılardır. İkamet sahibi yabancıların suça karışmaları yüzünden veya diğer kurumlardan gelen istihbarat bilgileri çerçevesinde sınır dışı edilmeleri gerektiğinde, bunlarla ilgili sınır dışı işlemleri İçişleri Bakanlığı’nca yürütülmektedir. Bakanlığın alacağı karar çerçevesinde illere talimat verilerek sınır dışı etme işlemi icra edilmektedir.

Türkiye’de vize veya vize muafiyeti çerçevesinde bulunan yabancıların sınır dışı etme işlemleri de adli ve idari işlemleri takiben yine Bakanlıkça yürütülmektedir. Ancak, yabancının ciddi güvenlik tehdidi oluşturması halinde, sınır dışı işlemi iller tarafından da resen icra edilebilmektedir.

Yasa dışı konumda olan yabancıların sınır dışı işlemleri iller tarafından resen yürütülmektedir. Yabancının Türkiye’de yasa dışı bir konumda olması başlı başına bir sınır dışı sebebi olarak değerlendirilmektedir. YİSHK m. 19’da, sınır dışı işleminden önce yapılması öngörülen, ülkeyi terke davet sadece ikametli yabancılar için yapılmakta olup, ikamet izni olmayan ve yasa dışı konumda olan yabancılara uygulanmamaktadır.

Sınır dışı edilmelerine karar verilen yabancılar kendilerine verilecek “*muayyen müddet*” zarfında ülkeyi terke davet edilirler. Bu müddetin sonunda çıkmadıkları takdirde sınır

⁶³ Bu konudaki uygulamalar için bkz. *EGM Genelgesi*, 2002, s. 999-1004.

dışı edilebilirler (YİSHK, m. 19). Kanundaki “*muayyen müddet*”, yabancıların bulunduğu yer, yabancıların sağlığı, ülkeden çıkış için gerekli ulaşım vb. imkânların mevcudiyeti göz önünde bulundurularak idarece tespit olunmaktadır.⁶⁴

Sınır dışı edilenlerin yol masrafları kendilerine aittir. Ancak, bu masrafları ödemekten aciz olanların sevk masrafları Devlet tarafından karşılanır (YİSHK m. 22/2). Ayrıca ülke dışına çıkarılmalarına karar verilip de pasaport tedarik edemedikleri için veya başka sebeplerden ötürü Türkiye’yi terk edemeyenler İçişleri Bakanlığı’nun göstereceği yerde oturmak zorundadırlar (YİSHK m. 23). Yabancıların 23. madde gereğince oturmaya mecbur edildikleri yerlerden iş, ziyaret, tedavi gibi sebeplerle kısa süreli ve geriye dönmek amacıyla ayrılmaları ikamet yerini terk olarak telakki edilmez.⁶⁵

Sınır dışı etme işlemlerinin icrasında, uygulamada, bazı problemlerle karşılaşıldığı bildirilmektedir.⁶⁶ Yabancıların pasaport veya pasaport yerine geçerli belge sahibi olmaması, vatandaşlığını gizlemesi yetkili yabancı temsilciliğin tespitini zorlaştırmaktadır. Bunlara ilave olarak, yabancıların sınır dışı edileceği hedef veya transit ülkenin vizesinin alınmasında zorluklar yaşanmaktadır. Sınır dışı edilecek yabancıların barındırılması ve kontrol altında tutulmaları için masraf yapılması gerekmektedir. Ayrıca, bu durumdaki yabancıların kontrol ve gözlem altında tutulmaları kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali iddialarını gündeme getirebilmektedir.

Sınır dışı işlemleri, 1961 Anayasası öncesi dönemde uzun süre Danıştay’ca hükümet tasarrufu olarak görülmüş ve idarî yargıya konu teşkil etmeyeceği kabul edilmişti.⁶⁷ Ancak, 1961 Anayasası (m. 114) ile birlikte ve keza 1982 Anayasası’nın 125.

⁶⁴ Bkz. Asar, 2001, s. 191.

⁶⁵ Bkz. EGM Genelgesi, 2002, s. 967.

⁶⁶ Bkz. Asar, 2001, s. 196-197.

⁶⁷ Bkz. Danıştay 5. Dairesi’nin 38/182 sayı ve 18.03.1939 tarih ile 43/343 sayı ve 12.02.1943 tarihli kararları. İdarî yargı dışı tutulan hükümet tasarrufları hakkında bkz. İ. Giritli (1958) *Türkiye’de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları*, İstanbul: İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını.

maddesi gereğince, idarenin hiçbir eylem ve işlemi yargı mercilerinin denetimi dışında değildir. Anayasa'nın getirdiği bu prensip sınır dışı etme işleminin yargı denetimi dışında kalmasını önlemiştir. Bu yüzden, sınır dışı etme işlemine karşı yabancıların idare mahkemeleri önünde dava açma yetkisi vardır.⁶⁸

İdare mahkemelerinin sınır dışı etme işlemlerine karşı açılan davalarda yapacağı incelemenin kapsamı üzerinde durmak gerekir. İdare mahkemelerinin sınır dışı etme sebeplerinin varlığının takdiri konusunda bir inceleme yapamayacağı ileri sürülebilir. Ancak, idare mahkemeleri kararın verilmesinde şekli ve maddi bir hatanın varlığı veya kararda bir gerekçe gösterilmişse bu sebebin mevcut olup olmadığı konusunda bir inceleme yapabilmektedirler.

Anayasası'nın 125. maddesi gereğince, yabancıların sınır dışı işlemine karşı idare mahkemelerinde dava ve Danıştay'da temyiz hakkı mevcut bulunmaktadır. Açılan idari davalar kendiliğinden sınır dışı işlemini durdurmamakla birlikte, yürütmeyi durdurma kararı sınır dışı işlemini durdurucu bir etkiye sahip bulunmaktadır. Ancak, yabancıların sınır dışı işlemine muhatap olmaları halinde iç hukuktaki kanun yollarının etkili olmaması, AİHS'nin 13. maddesi bağlamında ihlal kararlarının verilmesine neden olmaktadır.

Mahkemeler, sadece iç hukuktaki sınır dışı etme kural ve güvenceleri ile yetinmemeli, aynı zamanda yapılan işlemin uluslararası hukuktaki temel insan hakları normlarına uygun olup olmadığını da denetlemelidir. Danıştay'a göre, bir yabancının ülkeye girişine engel olunması veya onun yurt dışına çıkarılması için, idarenin bu yetkinin kullanılmasını haklı çıkaracak sebeplerin varlığını göstermesi gerekir.⁶⁹ Ayırı-

⁶⁸ Sınır dışı işlemlerine karşı yargı yolu konusunda eski tarihli bir çalışma için bkz. L. Duran (1980) "Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, Yıl. 2, s. 23.

⁶⁹ Danıştay 12. Dairesi, E.1968/363 - K.1970/258, 09.02.1970, *Amme İdare-si Dergisi*, Cilt 7, Sayı 4, Aralık 1974, s. 240, aktaran Tarhanlı, 2000, s. 28, dipnot 85.

ca, idarenin iç hukuk düzenlemeleri çerçevesinde sınır dışı etme işlemi tesis edebilmesi için somut kanıtlara dayanması gereklidir.⁷⁰

6. Mülteci ve Sığınmacı Statüsü

1.1. Mülteci ve Sığınmacı Statüsünün Belirlenmesi

Türk hukukunda mülteci statüsünün hangi ölçütlere göre belirleneceği konusunda ayrı bir iç hukuk düzenlemesi bulunmamaktadır. 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü, Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde iç hukukun bir parçası olup kanun hükmündedir. Kanun koyucu iç hukukta mülteci statüsünün belirlenmesinde kullanılacak ölçütleri düzenleyen bir kanun çıkarma gereğini duymamış gözükmektedir.

Anayasa'nın 90(5). maddesine göre, *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."*⁷¹

Anayasa'nın 16. maddesi ise mülteciler ve sığınmacılar dâhil yabancıların temel hak ve özgürlükleri açısından sadece usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmelere değil ayrıca genel olarak uluslararası hukuka üstünlük veren bir yaklaşıma sahiptir.⁷² Anayasa'nın 16. maddesine göre, *"temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir"*. Bu hükmün mefhumu muhalifinden mülteciler ve sığınmacılarla il-

⁷⁰ Danıştay 12. Dairesi, E.1977/1349 - K.1978/955, 24.04.1978, *Danıştay Dergisi*, Yıl 8, Sayı 30-31, 1978, s. 50, aktaran Tarhanlı, 2000, s. 29, dipnot 86.

⁷¹ Son cümle Anayasa'ya 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile eklenmiştir.

⁷² Anayasa'nın 16. maddesinin Türkiye'de yabancıların hukuki durumu açısından taşıdığı önem konusunda bkz. Çiçekli, 2007, s. 36-38.

gili olarak sadece Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri değil aynı zamanda bu alanda uluslararası hukukun uluslararası teamül hukuku, hukukun genel prensipleri, mahkeme kararları ve doktrin gibi diğer kaynaklarında geliştirilen normlara öncelik verilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.⁷³

Anayasa'nın 16. maddesi çerçevesinde, mülteci hukuku uygulaması açısından uluslararası hukukta geliştirilen ilke ve normların iç hukuk açısından merkezi öneme sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenle, uluslararası yargı organları tarafından verilen kararların yanı sıra BMMYK Kılavuz İlkeleleri, İcra Komitesi Sonuç Kararları gibi devletler açısından yol gösterici (*soft law*) uluslararası belgelerde ortaya konan ilke ve normların iç hukukta mülteci statüsünün belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

İç hukukta mülteci statüsü, 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'ne Türkiye'nin koymuş olduğu coğrafi kısıtlama çerçevesinde 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği'nde benimsenen tanım ve bu tanımın yorumlanmasına dayanılarak verilmektedir.⁷⁴ Yönetmeliğin "*Müracaat Makamlarının Görevleri*" başlığını taşıyan 5. maddesinin (b) bendine göre, mülteci statüsünün belirlenmesi amacıyla yapılacak mülakatların 1951 Cenevre Sözleşmesine göre yürütüleceği belirtilmektedir. Ayrıca, Yönetmeliğin "*Karar Makamı*" başlığını taşıyan 6. maddesinde, iltica ve sığınma taleplerinin 1951 Cenevre Sözleşmesi ile 1967 Protokolü gereğince karara bağlanacağı bildirilmektedir.

Bu hükümlere paralel olarak, '*mülteci statüsü*', Avrupa ülkelerinden gelen ve 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 1. madde-

⁷³ Bkz. Çiçekli, 2007, s. 37.

⁷⁴ Bkz. 30.11.1994 tarih ve 6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren "*Türkiye'ye İltica Eden veya Başka bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*" için (kısaca 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği olarak anılmaktadır).

BÜLENT
ÇİÇEKLİ'NİN
TEBLİĞİ

sindeki mülteci tanımındaki kriterlere uyan yabancı uyruklu ya da vatansız kişiye; 'sığınmacı statüsü' ise, Avrupa ülkeleri dışındaki ülkelerden gelen ve ilgili tanımda yer alan kriterlere uyan yabancı uyruklu ya da vatansız kişiye verilmektedir.⁷⁵ Sonuç olarak, 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Türk hukukunda mülteci statüsünün belirlenmesi açısından dikkate alınması gereken temel yasal belgeleri oluşturmaktadır.

6.2. İltica ve Sığınma Prosedürü

İç hukuktaki iltica ve sığınma prosedüründe görev ve sorumlulukların farklı birimler tarafından paylaşılmış olduğu görülmektedir. İltica ve sığınma başvuruları ile ilgili işlemler yerel düzeyde valilikler bünyesinde il emniyet müdürlüklerine bağlı yabancılar şubeleri tarafından yürütülmektedir. İltica ve sığınma başvuruları ile ilgili olarak merkezdeki işlemler ise İçişleri Bakanlığı bünyesinde Emniyet Genel Müdürlüğü'ne bağlı Yabancılar Hudut İltica Daire Başkanlığı'na yerine getirilmektedir.

Türkiye'deki iltica ve sığınma prosedüründe Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) önemli bir role sahip bulunmaktadır. Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesi'ndeki mülteci tanımına ilişkin olarak coğrafi kısıtlamayı devam ettiriyor olması, BMMYK'nun Türkiye'de ulusal makamların yürüttüğü usul işlemlerine paralel olarak kendi statü belirleme işlemlerini devam ettirmesine neden olmaktadır. BMMYK, mülteci ve sığınmacılar konusunda genel olarak üslenmiş olduğu sorumluluklar dışında, özellikle Avrupa dışındaki ülkelere gelerek sığınma talep eden yabancıların iltica prosedürüne alınmaları ve üçüncü ülkelere yerleştirilmeleri konusunda somut görevler üslenmektedir.

İltica/sığınma usulüne ilişkin olarak devletler tarafından evrensel düzeyde üzerinde uzlaşma sağlanmış uluslara-

⁷⁵ İçişleri Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Uygulama Talimatı, 22.06.2006 tarih ve 57 sayılı Genelge (2006 Uygulama Talimatı).

rası standartlar bulunmamaktadır. Türk hukukunda benimsenen standartlar büyük ölçüde BMMYK rehber ilkeleri, İcra Komitesi kararları ve uluslararası yargı organlarının içtihatlarına dayanmaktadır. Ayrıca, Avrupa Birliği hukukunda usul yönergesi kapsamında üye devletlerde uygulanacak sığınma usulüne ilişkin minimum standartlar da uygulamada yol gösterici olarak görülmektedir. Türk iltica ve sığınma usulü bu yol gösterici belgelerin dışında 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği ile 2006 tarihli Uygulama Talimatı'na dayanmaktadır. Bunun dışında, 2006 Uygulama Talimatı'nda ele alınan konuların daha sistematik bir şekilde en azından Yönetmelik düzeyinde düzenlenmesine ihtiyaç bulunduğu vurgulanmalıdır.

Mülteci ve sığınmacıların gözetim altına alınmasıyla ilgili uluslararası standartlar bulunmakla birlikte, buna yönelik standartlar Türk hukukunda düzenleme konusu yapılmamıştır.⁷⁶ Gözetim altına alma bir mülteci ya da sığınmacının hareket serbestisinin önemli ölçüde engellendiği sınırlandırılmış ya da kısıtlanmış bir alana kapatılması olarak tanımlanmaktadır.⁷⁷ Türk hukukunda gerek genel olarak yabancıların gerek mülteci ve sığınmacıların gözetim altına alınmalarıyla ilgili açık bir hukuksal temel bulunmamaktadır. Türk hukukunda adli gözaltılar hakkında açık koruyucu düzenlemeler mevcut olmakla birlikte (Anayasa, m. 19), idari tasarruflarla yürütülen gözetim altına alma işlemleri hakkında bir yasal düzenleme mevcut değildir. Diğer taraftan, gözetim altına almaya ilişkin temel uluslararası standartların varlığına rağmen, Türk hukukunda gözetim altına almaya ilişkin standartların yeterli olduğunu söylemek zordur.⁷⁸

⁷⁶ Gözetim altına alma terimini İngilizce'deki '*detention*' kelimesinin karşılığı olarak adli bir işlem çerçevesinde yapılan '*gözaltı*' işleminden farklı olarak kullanmaktayız.

⁷⁷ Bkz. UNHCR, 1999, (*Guidelines on Detention of Asylum Seekers*), Guideline 1.

⁷⁸ Türkiye'de mülteci ve sığınmacıların gözetim altında tutulmalarıyla ilgili uygulamaları uluslararası standartlarla mukayese eden bir alan çalışması için bkz. Helsinki Yurttaşlar Derneği (2007) *İstenmeyen Misafirler: Türkiye'de Yabancı Misafirhanelerinde Tutulan Yabancılar*, Mülteci Savunuculuk & Destek Programı, Kasım 2007.

6.3. Mülteci ve Sığınmacı Statüsünün Sağladığı Haklar

İç hukukta mülteci ve sığınmacıların sığınma başvurusu yaptığı andan itibaren sahip olması gereken maddi hak ve özgürlüklerin neler olduğunu ortaya koyan temel bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa'nın 10. maddesi, *"herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir"* hükmüyle kanun önünde eşitlik ilkesini düzenlemektedir.

Anayasa'nın 16. maddesi çerçevesinde yabancıların temel hak ve özgürlüklerine uluslararası hukuka uygun olarak kanunla bir sınırlama getirilmediği müddetçe, mülteci ve sığınmacıların temel hak ve özgürlüklerden vatandaş ile eşit bir şekilde yararlanacağına kabulü gerekir. Diğer taraftan, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca, usulüne uygun şekilde yürürlüğe konmuş olan uluslararası antlaşmalar kanun hükmünde olup bu antlaşmalar ile kanunların aynı konuyu düzenleyen hükümleri arasında çelişki bulunur ise, uluslararası antlaşma hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekir. Bu anayasal çerçeve içinde, yukarıda mülteci ve sığınmacıların hak ve özgürlükleri konusunda ortaya konan uluslararası standartların belirli koşullar altında Türk hukuku açısından bağlayıcı olduğu sonucuna varılabilecektir. Bununla birlikte, iç hukukta mülteci ve sığınmacıların hak ve özgürlüklerinin hayatiyete geçirilmesi açısından düzenleme konusu yapılan alanlar da bulunmaktadır.

Yerleşme ve seyahat özgürlüğü Anayasa'nın 23. maddesinde vatandaş yabancı ayrımı yapılmadan herkes için güvence altına alınmaktadır. YİSHK'nın 17. maddesi ise mültecilerin ikamet ve seyahati konusunu özel olarak düzenlenmektedir. 17. maddeye göre, Türkiye'ye sığınan yabancıların ancak İçişleri Bakanlığı'nın göstereceği yerde ikamet edebilecekleri belirtilmektedir. Uygulamada, bu yabancıların genellikle nüfusu yoğun olmayan ve asayiş yönünden problemi bulunmayan uydu illerde ikametine izin verilmektedir. Kendilerine ikamet izni verilmiş mülteci ve sığınmacılara (sağlık, ziyaret, iş görüşmesi, kurs, BMMYK ile görüşme, tatil, vs. nedenlerle)

bulunduğu il dışına çıkmak üzere 15 günü aşmamak kaydıyla valilikler tarafından resen izin verilebilmektedir.⁷⁹ İkamete mecbur kılındıkları yerlerden kaçanlar hakkında bir aydan iki seneye kadar hapis cezası öngörülmektedir (YİSHK, m. 25).

Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği'nde⁸⁰ mültecilerin ikametlerine ilişkin bazı temel düzenlemeler yer almaktadır. Uygulamada, mülteci veya sığınmacılardan, güvenliğinden endişe duyulanlar, menşe ülkelerinde üst düzeyde görev yapan ve misafirhaneye alınmayı talep edenler ile yalnız kadın ve çocuklar misafirhanelerine yerleştirilmektedir. Devam etmekte olan Avrupa Birliği projesinin tamamlanmasıyla birlikte, ülke genelinde yedi ilde "*Kabul, Tarama ve Barınma Merkezleri*"nin faaliyete geçmesi planlanmaktadır.⁸¹

Anayasa'nın 48. maddesi çalışma hak ve özgürlüğünü vatandaş yabancı ayırımı yapmadan genel olarak herkese tanımaktadır. Mülteci ve sığınmacıların çalışma hak ve özgürlükleri konusu özel olarak 1994 tarihli İltica ve Sığınma Yönetmeliği'nin 27. maddesinde düzenlenmektedir. 27. maddeye göre, ülkede kalacakları süre ile sınırlı olmak üzere, mülteci ve sığınmacıların çalışmaları genel hükümlere tabi tutulmaktadır. Yabancıların Türkiye'de çalışmaları ile ilgili genel hükümler '*Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun*' (YÇİHK) ve buna bağlı olarak çıkarılan yönetmelikler ile düzenlenmektedir.⁸² YÇİHK'ya göre, Türkiye'de en az altı ay süreli ikamet iznine sahip yabancılar çalışma izni başvurusunda bulunabilmektedirler.

⁷⁹ Bkz. 22.06.2006 tarih ve 57 sayılı Uygulama Talimatı, s. 19.

⁸⁰ Bkz. 29.04.1983 tarih ve 18032 sayılı İçişleri Bakanlığı Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği.

⁸¹ Bu projenin tamamlanmasıyla birlikte ülke genelinde yedi ilde mülteci ve sığınmacıların barındırılabilceği Kabul, Tarama ve Gönderme Merkezleri faaliyete geçecektir. bkz. Standard Summary Fiche, Twinning Code: TR 07 IB JH 03, Establishment of a Reception, Screening and Accommodation System (Centres) for Asylum Seekers and Refugees.

⁸² Yabancıların çalışma hak ve özgürlükleriyle ilgili olarak bkz. B. Çiçekli (2004) *Yabancıların Çalışma İzinleri Rejimi*, Ankara. TİSK; Çiçekli, 2007, s. 107-134.

BÜLENT
ÇİÇEKLİ'NİN
TEBLİĞİ

YÇİHK'da mülteci ve sığınmacıların çalışmaları konusunu özel olarak düzenleyen hükümler bulunmamaktadır. Mülteci ve sığınmacıların çalışmaları konusunu düzenleyen bir kanun değişikliği 2007 yılında dönemin Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiştir. Bu değişiklikle yetkili merci tarafından mülteci, sığınmacı ve muhacir statüsü verilen yabancılara istisnai çalışma izni verilebilmesine olanak sağlanmak istenmişti.⁸³ İlgili mevzuatta mülteci ve sığınmacıların çalışmalarını ilgilendiren özel düzenleme bulunmaması mülteci ve sığınmacıların yasal olarak çalışmalarını uygulamada olumsuz yönde etkilemektedir.

Eğitim ve öğretim özgürlüğü Anayasa'nın 42. maddesinde herkes için güvence altına alınmakta ve ilköğretim erkek ya da kız bütün vatandaşlar için zorunlu kılınmaktadır. Mülteci ve sığınmacıların eğitim ve öğretim özgürlüğü 1994 tarihli İltica ve Sığınma Yönetmeliği'nin 27. maddesinde düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 27. maddesi mülteci ve sığınmacıların öğrenim görebilmelerini ülkede kalacakları süre ile sınırlı olmak üzere genel hükümlere havale etmektedir. Eğitim ve öğretim hakkıyla ilgili genel hükümler '*İlköğretim ve Eğitim Kanunu*',⁸⁴ '*Milli Eğitim Temel Kanunu*',⁸⁵ '*Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu*'⁸⁶ ve '*Çocuk Koruma Kanunu*'nda⁸⁷ yer almaktadır.

"*İlköğretim ve Eğitim Kanunu*"na göre, çocuklar için zorunlu ilköğretim çağı 06-14 yaş olup (m. 2-3) Türk vatandaşı çocukların ilköğretime devam etmelerini zorunlu bulunmaktadır (m. 4). Türk hukukunda sekiz yıllık ilköğretim mülteci ve sığınmacı çocukları açısından yasal bir zorunluluk olmasa bile, bir hak ve özgürlük olarak düzenlenmektedir. Mülteci ve sığınmacıların ilköğretim kurumları dışında kalan lise-

⁸³ Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (23.05.2007 tarih ve 5665 sayılı Kanun).

⁸⁴ 05.01.1961 tarih ve 222 sayılı Kanun (RG, 12.01.1961 - 10705).

⁸⁵ 14.06.1973 tarih ve 1739 sayılı Kanun (RG, 24.6.1973 - 14574).

⁸⁶ 24.05.1983 tarih ve 2828 sayılı Kanun (RG, 27.05.1983 - 18059).

⁸⁷ 03.07.2005 tarih ve 5395 sayılı Kanun (RG, 15.07.2005 - 25876).

lerde ve yüksek öğrenim kurumlarında öğrenim haklarını yabancı olmaları nedeniyle kısıtlayan hükümler bulunmamaktadır. Diğer taraftan, mülteci ve sığınmacıların gerek Türkçe dil eğitimi gerek meslek ve beceri edinme kurslarına katılmaları kendi kendilerine yeterlilikleri ve buldukları topluma entegre olabilmeleri açısından önemlidir.⁸⁸

Mültecilerin sağlık hizmetlerinden ve sosyal yardımlardan yararlanmaları konusunda çeşitli yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, '*Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal ve Hizmetlerden Ücretsiz veya İndirimli Olarak Faydalanacakların Tespitine İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı*'dir.⁸⁹ '*İnsan Ticareti Mağdurlarına Ücretsiz Yardıma Yönelik Bakanlar Kurulu Kararı*',⁹⁰ insan ticareti mağduru olduğu tespit edilen ve sağlık giderlerini karşılayamayacak durumda olan yabancı uyruklu hastalara resmi sağlık kuruluşlarından ücretsiz faydalanma imkânı getirmektedir.

'*Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu*'nun (SSGSSK)⁹¹ 2. maddesi sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortasından yararlanacak kişileri tüm gerçek kişileri kapsayacak şekilde düzenlerken, 60(c)(2). maddesi genel sağlık sigortalısı sayılanlar arasında vatansızlar ve mültecileri sıralamaktadır. '*Sosyal Yardım ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu*'nun (SYDTK)⁹² 1. maddesi kanunun amaçları arasında, muhtaç durumda bulunan vatandaşlar ile gerektiğinde her ne suretle olursa olsun Türkiye'ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek olduğunu belirtmektedir. Yine Kanun'un 2. maddesi diğer konuların yanı sıra geçici olarak küçük bir yardım ya da eğitim öğretim imkânı sağlanması halinde topluma faydalı

⁸⁸ Bu hususa özellikle Ulusal İltica ve Göç Eylem Planında dikkat çekilmektedir: bkz. BMMYK, EGM ve AB Komisyonu (2005) *İltica ve Göç Mevzuatı*, Ankara, Bölüm 4.9.2, s. 42-43.

⁸⁹ Bkz. 28.01.2002 tarih ve 2002/3654 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG, 08.02.2002 - 24665)

⁹⁰ Bkz. 05.12.2003 tarih ve 2003/6565 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG, 02.01.2004 - 25334).

⁹¹ Bkz. 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı Kanun (RG, 16.06.2006 - 26200).

⁹² Bkz. 29.05.1986 tarih ve 3294 sayılı Kanun (RG, 14.06.1986 - 19134).

hale getirilecek, üretken duruma geçirilebilecek kişilere yardım yapılmasını öngörmektedir.

Sığınma ülkesinin vatandaşlığının kazanılması gerek hukuksal entegrasyonun sağlanmasında gerek ekonomik ve sosyo-kültürel entegrasyona katkı sağlaması açısından önemli bir araçtır. Vatandaşlık kazanmanın bu rolüne Cenevre Sözleşmesi'nin 34. maddesinde işaret edilerek, taraf devletlerin mültecileri entegre etmesi ve imkânlar ölçüsünde vatandaşlığa almayı kolaylaştırmaları istenmektedir. Türk hukukunda vatandaşlığın kazanılması ilke olarak Türk Vatandaşlık Kanunu'nda istisnai olarak İskân Kanunu'nda düzenlenmektedir.⁹³ Türkiye'ye göçmen olarak kabul edilen Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı kişiler gerekli işlemlerin tamamlanmasından sonra Bakanlar Kurulu kararıyla vatandaşlığa alınmaktadırlar.⁹⁴ İskân Kanunu'nda göçmenler için sağlanan vatandaşlık kazanma imkânı mülteci ve sığınmacılar açısından söz konusu değildir.

Türkiye'de ikametine izin verilen mülteci ve sığınmacıların ancak Türk Vatandaşlık Kanunu hükümlerinden yararlanarak vatandaşlık kazanabilmeleri mümkündür. Türk Vatandaşlık Kanununda mülteci ve sığınmacılara özgü bir hüküm bulunmamakta, ancak genel hükümlerden yararlanarak vatandaşlık kazanılabilmektedirler.⁹⁵ Mevcut Türk iltica ve sığınma sisteminde entegrasyon bakış açısı olmadığı için bunu sağlayacak kurumsal entegrasyon araçları da bulunmamaktadır. Ulusal İltica ve Göç Eylem Planı'nda entegrasyon sisteminin gerekliliğine işaret edilmekle birlikte,⁹⁶ hali hazırda iş-

⁹³ Bkz. 11.02.1964 tarih ve 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu (RG, 22.02.1964 - 11638); 19.09.2006 tarih ve 5543 sayılı İskân Kanunu (RG, 26.09.2006 - 26301).

⁹⁴ Bkz. İskân Kanunu, m. 8(4); Çiçekli, 2007, s. 209-210.

⁹⁵ Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybı konusunda bkz. V. Doğan (2008) *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (8. Baskı) Ankara: Seçkin; E. Nomer (2007) *Vatandaşlık Hukuku*, (16. Baskı) Filiz Kitabevi: İstanbul.

⁹⁶ Ulusal İltica ve Göç Eylem Planı için bkz. BMMYK, EGM ve AB Komisyonu (2005) *İltica ve Göç Mevzuatı*, Ankara, Bölüm 4.9, s. 41-45.

leyen bir entegrasyon sisteminden söz etmek için henüz erkendir.

Sonuç

Anayasa'nın 16. maddesi (90. maddeyle birlikte) Türk göç ve yabancılar hukukunun anayasal temelini ortaya koymak suretiyle Türk hukuku açısından uluslararası hukuk-iç hukuk ilişkisini büyük ölçüde sağlam bir temele oturtmaktadır. Anayasanın 16. maddesi hem mevcut idari uygulamalarda ve bunların yargı organlarınca denetiminde hem de bundan sonra yapılacak mevzuat çalışmalarında göz önünde bulundurulması gereken temel bir normdur. Bu hususun gerek temel hukuk öğretiminde gerekse idare ve yargı mensuplarının meslek içi eğitiminde ısrarla vurgulanması gerektiği bir kez daha ifade edilmelidir.

Diğer taraftan, bu anayasal çerçeve ışığında, yabancılar ve göçmenler için açık sınırlama öngörülme-yen durumlarda, yabancıların genel olarak herkese tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanacağı söylene-bilse bile, yabancıların yararlanabilecekleri hak ve özgürlüklere ilişkin açık ve net hükümlerin bulunmaması, bunların çoğu zaman söz konusu hak ve özgürlükten hiç ya da etkin bir şekilde istifade edememeleri sonucunu doğurmaktadır.

Bu nedenlerden, Türk hukukunda yabancı, göçmen, yasa dışı göçmen, mülteci, sığınmacı, iltica/sığınma talep eden kişi vb statülerin netleştirilmesi ve bu statülere giren kişilerin sahip olacakları hak ve özgürlüklerin kategorik olarak düzenlemeye tabi tutulması gerekmektedir. Örneğin, Türk hukukunda mülteci ve sığınmacıların diğer yabancılarından farklı olarak çalışmalarını genel olarak sınırlandıran hükümler olmamakla birlikte, uygulamada bunların neredeyse ülkede yasal bir şekilde çalışma olanağına sahip olamadıkları görülmektedir.

Yabancılarla ilgili temel kanunların ve bunlara bağlı ikincil düzenlemelerin sistematik bir şekilde yeniden gözden ge-

BÜLENT
ÇİÇEKLİ'NİN
TEBLİĞİ

çirilmesi acil bir gereksinimdir. Etkin bir iltica ve sığınma sisteminin gereklerinin yanı sıra göç ve yabancılar hukuku alanında, ikamet, aile birleşimi, sınır dışı işlemi ve yabancıların gözetim altında tutulmaları konuları acil düzenleme bekleyen alanlardır.

Bu yasal düzenlemeler yapılırken uluslararası hukukun temel normları, uluslararası yargı mercilerinin içtihatları, parçası olmayı düşündüğümüz AB hukuku normları ve AB üyesi ülkelerin örnek uygulamaları göz önünde bulundurulmalıdır. Diğer taraftan, ilgili kurumsal yapılar oluşturulurken ve yasal normlar yapılırken mevcut idari yapı ve hukuk sistemi göz önünde bulundurularak, getirilen norm ve mekanizmaların işleyen mevcut sisteme uyum sorunları yaşamayı engellenmelidir. İdarenin gerek görülen düzenleyici işlemlerinin sistematik ve erişilebilir hale getirilmesi sağlanarak, hukuk devleti ilkesinden yabancılar için de taviz verilmemesine özen gösterilmelidir.

KAYNAKLAR

- Altuğ, Y. (1973) *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Asar, A. (2001) *Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları*, Ankara.
- Aybay, R. (2005) *Yabancılar Hukuku*, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Berki, O.F. (1966) *Devletler Hususî Hukuku*, Cilt I - Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku, (6. Baskı), Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası.
- Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) (2000) *Sığınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye'deki Yargı Kararları*, Ankara: BMMYK ve Boğaziçi Üniversitesi Vakfı, s. 9-13.
- BMMYK, EGM ve AB Komisyonu (2005) *İltica ve Göç Mevzuatı*, Ankara.

- Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (ÇSGB) (2003) *2002 Yılı Raporu: Yurtdışındaki Vatandaşlarımıza İlişkin Gelişmeler ve Sayısal Bilgiler*, Ankara: ÇSGB, Yayın No. 112.
- Çelikel, A. ve G.Ö. Gelgel (2005) *Yabancılar Hukuku* (Yenilenmiş 12. Bası), İstanbul: Beta.
- Çiçekli, B. (1998) *The Legal Position of Turkish Immigrants in the European Union*, Ankara: Karmap.
- Çiçekli, B. (2003) *Yabancılar ve Polis: Polisin Görev ve Yetkileri Çerçevesinde Yabancıların Hukuki Durumu*, Ankara: Seçkin.
- Çiçekli, B. (2004) *Yabancıların Çalışma İzinleri Rejimi*, Ankara: TISK.
- Çiçekli, B. (2007) *Yabancılar Hukuku*, Ankara: Seçkin.
- Doğan, V. (2006) *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6. Baskı) Ankara: Seçkin.
- Doğan, V. (2008) *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (8. Baskı) Ankara: Seçkin.
- Duran, L. (1980) "Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, Yıl. 2.
- Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM) (2002) *Emniyet Genel Müdürlüğü Genelgesi*, EGM Yayın Katalog No. 255, Ankara.
- Giritli, İ. (1958) *Türkiye'de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları*, İstanbul: İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını.
- Helsinki Yurttaşlar Derneği (2007) *İstenmeyen Misafirler: Türkiye'de Yabancı Misafirhanelerinde Tutulan Yabancılar, Mülteci Savunuculuk & Destek Programı*, Kasım 2007.
- International Organisation For Migration (IOM) *Transit Migration in Turkey*, Migration Information Programme, Budapeşte, Macaristan.
- İçişleri Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Uygulama Talimatı, 22.06.2006 tarih ve 57 sayılı Genelge (2006 Uygulama Talimatı).
- Kirişçi, K. (1996) *Türkiye Coğrafi Sınırlamayı Kaldırıyor mu? Türkiye'de Kasım 1994 Sığınma Yönetmeliği, Sığınmacı ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği (SGDD)*, Yayın Serisi, Sayı 2, Ankara.

BÜLENT
ÇİÇEKLİ'NİN
TEBLÜĞİ

- Kirişçi, K. (2000) "Zorunlu Göç ve Türkiye", (içinde) (BMMYK) (2000) *Sığınmacı, Mülteci ve Göç Konularına İlişkin Türkiye'deki Yargı Kararları*, Ankara: BMMYK ve Boğaziçi Üniversitesi Vakfı, s. 37-67.
- Körner, H. (1987) "European Sending Countries", (içinde) *The Future of Migration*, Paris: OECD, s. 64-85.
- Macdonald, I.A and N. Blake (1995) *Macdonald's Immigration Law*, (3d edition) London: Butterworths.
- Nomer, E. (2007) *Vatandaşlık Hukuku*, (16. Baskı) Filiz Kitabevi: İstanbul.
- Odman, T. (1995) *Mülteci Hukuku*, Ankara: AÜ. SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No. 15.
- Özmenek, E. (1998) *Statelessness and Refugees as a Global Problem: Turkish Refugee Policies*, Yayınlanmamış Master Tezi, The Department of Political Science and Public Administration, Bilkent Üniversitesi.
- Paine, S. (1974) *Exporting Workers: the Turkish Case*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Sargın, F. (1997-1998) "Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etme ve Çalışma Hakları", *MHB, Yılmaz Altuğ'a Armağan*, Yıl: 17-18, Sayı: 1-2.
- Tekinalp, G. (2003) (8. bası) *Türk Yabancılar Hukuku*, İstanbul: Beta.
- UNHCR (1999) *UNHCR Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers*, February 1999, Geneva.

ASYLBEWERBER, FLÜCHTLING UND IMMIGRANT – EINGRUPPIERUNG UND ZUORDNUNG DER ENTSPRECHENDEN RECHTSSTELLUNG

Ass. jur. Simone ALT*

A. Einführung

Die Türkei und Deutschland sind Vertragsstaaten des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention¹) sowie des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. Januar 1967. Die Türkei hat die GFK am 30. März 1962 ratifiziert und ist am 31. Juli 1968 dem Protokoll beigetreten.² Die Bundesrepublik Deutschland hat die Konvention am 1. Dezember 1953³ ratifiziert und ist dem Protokoll am 5. November 1969⁴ beigetreten.

Artikel 1 A Nr. 2 der GFK⁵ definiert, wer als Flüchtling anzuse-

BEITRAG:
SIMONE ALT

* Die Verfasserin ist seit November 2006 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht von Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner an der Universität Konstanz.

¹ Im Folgenden abgekürzt mit GFK.

² Liste der Vertragsstaaten des Abkommens vom 28.7.1951 und/oder des Protokolls vom 31.1.1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, UNHCR, Stand: 1.12.2006; abrufbar unter www.unhcr.de (15.9.2009).

³ BGBl. 1953 II, S. 559.

⁴ BGBl. 1969 II, S. 1293; 1970 II, S. 194.

⁵ Flüchtlingsdefinition nach Art. 1 A Nr. 2 GFK:
Im Sinne dieses Abkommens findet der Ausdruck "Flüchtling" auf jede Person Anwendung:
die infolge von **Ereignissen, die vor dem 1. Januar 1951 eingetreten sind**, und aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Ans-

BEITRAG:
SIMONE ALT

hen ist.⁶ In der Fassung der GFK sah dieser Artikel zunächst hinsichtlich der für die Flüchtlingsdefinition relevanten Ereignisse eine zeitliche Begrenzung auf „Ereignisse, die vor dem 1. Januar 1951 eingetreten sind“ vor, die durch das Protokoll von 1967 aufgehoben wurde. Daneben ermöglicht Art. 1 B Nr. 1 der Konvention eine geographische Begrenzung, so dass die Vertragsstaaten der GFK als für die Flüchtlingsdefinition relevante Ereignisse entweder „Ereignisse, die vor dem 1. Januar 1951 in Europa eingetreten sind“ oder „Ereignisse, die vor dem 1. Januar 1951 in Europa oder anderswo eingetreten sind“ ansehen können.⁷ Das Proto-

pruch nehmen will; oder die sich als staatenlose infolge solcher Ereignisse außerhalb des Landes befindet, in welchem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und nicht dorthin zurückkehren kann oder wegen der erwähnten Befürchtungen nicht dorthin zurückkehren will.

Für den Fall, dass eine Person mehr als eine Staatsangehörigkeit hat, bezieht sich der Ausdruck „das Land, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt,“ auf jedes der Länder, dessen Staatsangehörigkeit diese Person hat. Als des Schutzes des Landes, dessen Staatsangehörigkeit sie hat, beraubt, gilt nicht eine Person, die ohne einen stichhaltigen, auf eine begründete Befürchtung gestützten Grund den Schutz eines der Länder nicht in Anspruch genommen hat, deren Staatsangehörigkeit sie besitzt [Hervorhebungen durch die Verfasserin].

⁶ Daneben enthält Art. 1 A Nr. 1 GFK eine Flüchtlingsdefinition:
Im Sinne dieses Abkommens findet der Ausdruck „Flüchtling“ auf jede Person Anwendung:

die in Anwendung der Vereinbarungen vom 12. Mai 1926 und 30. Juni 1928 oder in Anwendung der Abkommen vom 28. Oktober 1933 und 10. Februar 1938 und des Protokolls vom 14. September 1939 oder in Anwendung der Verfassung der Internationalen Flüchtlingsorganisation als Flüchtling gilt.

Die von der internationalen Flüchtlingsorganisation während der Dauer ihrer Tätigkeit getroffenen Entscheidungen darüber, dass jemand nicht als Flüchtling im Sinne ihres Statuts anzusehen ist, stehen dem Umstand nicht entgegen, dass die Flüchtlingseigenschaft Personen zuerkannt wird, die die Voraussetzungen der Ziffer 2 dieses Artikels erfüllen.

⁷ Wortlaut von Art. 1 B Nr. 1 GFK:

1. Im Sinne dieses Abkommens können die im Artikel 1 Abschnitt A enthaltenen Worte „Ereignisse, die vor dem 1. Januar 1951 eingetreten sind,“ in dem Sinne verstanden werden, dass es sich entweder um

- a) „Ereignisse, die vor dem 1. Januar 1951 in Europa eingetreten sind“ – oder*
- b) „Ereignisse, die vor dem 1. Januar 1951 in Europa oder anderswo eingetreten sind“,*

handelt. Jeder vertragschließende Staat wird zugleich mit der Unterzeichnung, der Ratifikation oder dem Beitritt eine Erklärung abgeben, welche Bedeutung er diesem Ausdruck vom Standpunkt der von ihm aufgrund dieses

koll von 1967 wird von seinen Vertragsstaaten dagegen ohne jede geographische Begrenzung angewendet. Jedoch findet eine bereits nach Art. 1 B Nr. 1 Buchstabe a der GFK abgegebene Erklärung über geographische Begrenzungen auf „Ereignisse, die [vor dem 1. Januar 1951] in Europa eingetreten sind“ von Staaten, die schon Vertragsstaaten der GFK sind, gem. dem Protokoll weiterhin Anwendung.⁸

Die Türkei hat von der geographischen Begrenzung Gebrauch gemacht und versteht unter verfolgungsrelevanten Ereignissen daher nur Ereignisse „die in Europa eingetreten sind“.⁹ Aufgrund der geographischen Begrenzung werden im türkischen Recht *Flüchtlinge* als Ausländer oder Staatenlose europäischer Herkunft¹⁰ definiert, die als solche auf der Grundlage der GFK vom Innenministerium anerkannt werden.¹¹ Personen nicht-europäischer Herkunft können bei der türkischen Regierung den Status eines „temporären Asylbewerbers“ beantragen und werden mit Hilfe des UNHCR in andere Staaten umgesiedelt. Für diesen Personenkreis führt parallel dazu der UNHCR unter seinem Mandat Flüchtlingsanerkennungen durch.¹²

Das deutsche Recht kennt ebenfalls die Begriffe *Flüchtling* und *Asylbewerber*. Da Deutschland im Gegensatz zur Türkei von der in der GFK vorgesehenen Möglichkeit einer geographischen Begrenzung keinen Gebrauch gemacht hat, kommt diesen jedoch eine andere Bedeutung als im türkischen Recht zu. Die Grundlage dieser Begriffe bildet somit insbesondere nicht die geographische Unterscheidung nach der Herkunft der einzelnen Person.

Abkommens übernommenen Verpflichtung zu geben beabsichtigt.

⁸ Art. 1 Nr. 3 des Protokolls.

⁹ Vgl. die Liste der Vertragsstaaten des Abkommens vom 28.7.1951 und/oder des Protokolls vom 31.1.1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, UNHCR, Stand: 1.12.2006; abrufbar unter www.unhcr.de (15.9.2009).

¹⁰ D.h. aus den Vertragsstaaten des Europarates.

¹¹ Council of Europe, Commissioner for Human Rights, 'Report on Human Rights of asylum seekers and refugees in Turkey', CommDH(2009)31, S. 6.

¹² Council of Europe, Commissioner for Human Rights, 'Report on Human Rights of asylum seekers and refugees in Turkey', CommDH(2009)31, S. 5 f. und 8.

BEITRAG:
SIMONE ALT

Asylbewerber sind Ausländer oder Staatenlose, die einen Asylantrag stellen und daher ein Asylverfahren durchlaufen. Über den Asylantrag wurde somit noch keine Entscheidung getroffen. Im Gegensatz zum türkischen Recht resultiert die Eigenschaft als Asylbewerber aus der bloßen Tatsache der Stellung eines Asylantrages und bedarf keiner Statusentscheidung durch eine Behörde.

Personen, die einen Asylantrag gestellt haben, kann die *Flüchtlingseigenschaft* zuerkannt werden (§ 3 Abs. 4 Asylverfahrensgesetz¹³ in Verbindung mit § 60 Absatz 1 Aufenthaltsgesetz¹⁴). Mit den Regelungen über die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft wird die GFK in deutsches Recht umgesetzt.

Als weitere das Asylverfahren positiv abschließende Statusentscheidung kommt daneben die *Anerkennung als Asylberechtigter* nach Art. 16a Abs. 1 Grundgesetz¹⁵ in Betracht. Unter dem Eindruck der Erfahrungen mit der Verfolgung der Juden und politisch Andersdenkender unter nationalsozialistischer Diktatur beschloss der Parlamentarische Rat die Aufnahme eines Grundrechts auf Asyl in die deutsche Verfassung.¹⁶ Das Asylgrundrecht lautet „Politisch Verfolgte genießen Asylrecht“.¹⁷ Es geht über das Völkerrecht hinaus, da es als Rechtsanspruch auf Asyl für jeden politisch Verfolgten ausgestaltet wurde.¹⁸ Die GFK regelt dagegen nur die Rechte im Asyl, jedoch nicht das Recht auf Asyl.¹⁹ Das in Art. 33 Nr. 1 GFK verankerte Refoulement-Verbot schützt lediglich vor Abschiebung in den Verfolgerstaat sowie vor Kettenabschiebung, wohingegen das deutsche Asylrecht einen Rechts-

¹³ Im Folgenden abgekürzt mit AsylVfG.

¹⁴ Im Folgenden abgekürzt mit AufenthG.

¹⁵ Im Folgenden abgekürzt mit GG.

¹⁶ Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl. 2008, Art. 16a GG, Rn. 1.

¹⁷ Bis zum Inkrafttreten der Asylrechtsreform am 1.7.1993 war das Asylrecht in Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG verankert, seit Inkrafttreten der Reform in Art. 16a GG.

¹⁸ BVerfGE 74, S. 51 (57); Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, Art. 16a GG, Rn. 7, 42; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl. 2008, Art. 16a GG, Rn. 1.

¹⁹ Koisser/Nicolaus, ZAR 1991, S. 9 (13).

anspruch auf Aufenthaltsgewährung verbürgt.²⁰ Der Grundsatz des Non-refoulement verbietet nur Maßnahmen, die zur Folge haben, dass Flüchtlinge zu ihren Verfolgern zurückgeschickt werden; er sieht nicht positiv eine Pflicht der Staaten vor, Flüchtlinge aufzunehmen.²¹ Das Refoulement-Verbot stellt nur ein Teilaspekt des Asylrechts dar.²² Dementsprechend wurde bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes²³ am 1. Januar 2005 im deutschen Recht zwischen dem sog. großen Asyl (gem. Art. 16a Abs. 1 GG) und dem sog. kleinen Asyl (Verbot der Abschiebung in Umsetzung der GFK) unterschieden. Die Unterschiede in den Rechtsfolgen, v.a. hinsichtlich der Gewährung eines Aufenthaltstitels, wurden durch das Zuwanderungsgesetz sowie durch die Einführung der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft durch das EU-Richtlinienumsetzungsgesetz²⁴ jedoch größtenteils beseitigt.²⁵

Des Weiteren geht der Beitrag kurz auf den subsidiären Schutz sowie die Anerkennungszahlen für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft, die Asylberechtigung und den subsidiären Schutz ein. Im Anschluss daran widmet sich der Beitrag der Rechtsstellung der genannten Personenkreise. Der Beitrag soll dabei lediglich einen Überblick über die deutsche Rechtslage geben und kann daher nicht alle relevanten Punkte abdecken.

B. Eingruppierung

Zunächst werden die Begriffe Asylbewerber, Flüchtling und Asylberechtigter nach dem deutschen Recht genauer dargestellt.

²⁰ BVerfGE 49, S. 168 (183 f.).

²¹ Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, 2005, Kapitel 4, S. 300 f.

²² Randelzhofer, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 16a Rn. 22.

²³ Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern vom 30.7.2004, BGBl. I, S. 1950.

²⁴ Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007, BGBl. I, S. 1970.

²⁵ S. hierzu unter C.II.

BEITRAG:
SIMONE ALT

Im Anschluss an eine Schilderung der Grundzüge des subsidiären Schutzes folgt die Darstellung der Anerkennungszahlen, bevor kurz auf den Begriff des Immigranten eingegangen wird.

I. Der Begriff des Asylbewerbers

Wer ein Asylbewerber ist, ergibt sich aus dem Asylverfahrensgesetz. Dieses Gesetz definiert dabei nicht den Begriff des Asylbewerbers, sondern enthält eine Legaldefinition des Begriffs des Asylantrages. Ein Asylantrag liegt vor, wenn sich dem schriftlich, mündlich oder auf andere Weise geäußerten Willen des Ausländers entnehmen lässt, dass er Schutz vor politischer Verfolgung oder als Flüchtling sucht (§ 13 Abs. 1 AsylVfG). Durch den Asylantrag wird mithin das Asylverfahren eingeleitet. Mit jedem Asylantrag wird sowohl die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft als auch die Anerkennung als Asylberechtigter beantragt, sofern der Ausländer letzteres nicht ausdrücklich ablehnt (§ 13 Abs. 2 AsylVfG). Asylanträge sind bei der zuständigen Außenstelle des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge zu stellen (§ 5 Abs. 1 AsylVfG). Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge²⁶ ist eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums des Innern. Neben der Zentrale in Nürnberg gibt es bundesweit 24 Außenstellen, die über Asylanträge entscheiden.

Die Stellung eines Asylantrages steht grundsätzlich jedem Ausländer offen. Dieser Grundsatz wird jedoch durch die Regelungen über sichere Drittstaaten sowie sichere Herkunftsstaaten eingeschränkt.²⁷ Der Anspruch auf Prüfung eines Asylvortrages ist Personen versagt, die aus einem sicheren Drittstaat einreisen. Diese können unverzüglich zurückgewiesen werden. Bei Asylbewerbern aus sicheren Herkunftsstaaten wird vermutet, dass sie nicht politisch verfolgt werden. Diese Vermutung kann nur durch den substantiierten Vortrag gegenteiliger Tatsachen widerlegt werden. Theoretisch können auch Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaates einen Asylantrag stellen. Nach dem

²⁶ Im Folgenden Bundesamt.

²⁷ Näheres hierzu unter B.II.1.a.ee.

Protokoll zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft zur Gewährung von Asyl für Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten,²⁸ das Teil des Amsterdamer Vertrages von 1997 ist, gelten allerdings die Mitgliedstaaten füreinander als sichere Herkunftsstaaten.²⁹ Die EU-Mitgliedstaaten dürfen daher Asylanträge von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten nur unter bestimmten Voraussetzungen berücksichtigen.³⁰

II. Schutzformen nach deutschem Recht

1. Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft und Anerkennung als Asylberechtigter

Wie bereits dargestellt, wird im deutschen Recht zwischen Personen unterschieden, denen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird³¹ und Personen, die als Asylberechtigte anerkannt

²⁸ Protokoll (Nr. 29) zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union (1997), ABl. C 321E vom 29.12.2006, S. 306–307.

²⁹ Einziger Artikel des Protokolls.

³⁰ Gemäß dem einzigen Artikel des Protokolls darf ein Asylantrag eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats von einem anderen Mitgliedstaat nur berücksichtigt oder zur Bearbeitung zugelassen werden,

a) wenn der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehöriger der Antragsteller ist, nach Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam Artikel 15 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten anwendet und Maßnahmen ergreift, die in seinem Hoheitsgebiet die in der Konvention vorgesehenen Verpflichtungen außer Kraft setzen;

b) wenn das Verfahren des Artikels 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union eingeleitet worden ist und bis der Rat diesbezüglich einen Beschluss gefasst hat;

c) wenn der Rat nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung von in Artikel 6 Absatz 1 genannten Grundsätzen durch den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehöriger der Antragsteller ist, festgestellt hat;

d) wenn ein Mitgliedstaat in Bezug auf den Antrag eines Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats einseitig einen solchen Beschluss fasst; in diesem Fall wird der Rat umgehend unterrichtet; bei der Prüfung des Antrags wird von der Vermutung ausgegangen, dass der Antrag offensichtlich unbegründet ist, ohne dass die Entscheidungsbefugnis des Mitgliedstaats in irgendeiner Weise beeinträchtigt wird.

³¹ § 3 Abs. 4 AsylVfG i.V.m. § 60 Abs. 1 AufenthG.

BEITRAG:
SIMONE ALT

werden³². Im Folgenden soll zunächst die historische Entwicklung beider Rechtspositionen aufgezeigt werden. Daran anschließend folgt ein Überblick über die Voraussetzungen beider Rechtsstellungen, bevor kurz auf die Unterschiede in der Auslegung der relevanten Vorschriften eingegangen wird. Dabei können aufgrund der gebotenen Kürze des Beitrags nur ausgewählte Punkte herausgegriffen werden. Hinsichtlich ausführlicherer Darstellungen wird auf die dazu veröffentlichte Fachliteratur verwiesen.

a. Die Umsetzung der GFK und das Grundrecht auf Asyl

Die Umsetzung der GFK hat eine wechselhafte Geschichte erfahren, die in Bezug zum Asylgrundrecht nach Art. 16a GG gesetzt werden muss.

aa. Asylverordnung von 1953

Zunächst erfolgte die Umsetzung der GFK mittels der Asylverordnung aus dem Jahre 1953³³. Darin wurde Art. 1 GFK als ausschließliche Anspruchsgrundlage genannt. Gem. §5 AsylVO 1953 wurden als ausländische Flüchtlinge Personen anerkannt, die Flüchtlinge im Sinne von Art. 1 GFK sind. Dagegen fand das Asylgrundrecht nach dem damaligen Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG in diesem Verfahren keine Anwendung.³⁴ In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des GG³⁵ wurde der damalige Asylrechtsartikel Art.16 Abs.2 S. 2 GG von der Gesetzgebung, Behördenpraxis und Wissenschaft nicht zur Kenntnis genommen.³⁶ Zunächst fand auch keine Beachtung, dass weder die GFK noch die sie umsetzende AsylVO 1953 eine Rechtsgrundlage für die Asylgewährung bilde-

³² Art. 16a Abs. 1 GG.

³³ Verordnung über die Anerkennung und die Verteilung von ausländischen Flüchtlingen (AsylVO) v. 6.1.1953, BGBl. I, S. 3.

³⁴ Koisser/Nicolaus, ZAR 1991, S. 9; vgl. auch BVerwGE 4, S. 238 (239).

³⁵ Am 24.5.1949.

³⁶ Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 7 Rn. 56; ders. in NJW 1989, S. 1246; vgl. Meyer, MDR 1953, S. 534 (535).

ten, sondern nur das Asylgrundrecht.³⁷ Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG wurde lediglich in Auslieferungsverfahren herangezogen.³⁸

BEITRAG:
SIMONE ALT

bb. Ausländergesetz von 1965

Die AsylVO galt bis zum 30. September 1965. Da in der Flüchtlingsdefinition der GFK eine zeitliche Schranke auf Ereignisse, die vor dem 1. Januar 1951 eingetreten sind, enthalten ist, wurde im Ausländergesetz von 1965³⁹ Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG als zusätzliche Anspruchsgrundlage in das Asylverfahren aufgenommen.⁴⁰ Der vierte Abschnitt des AuslG 1965 behandelte das Asylrecht. Gem. §28 AuslG 1965 wurden als Asylberechtigte auf Antrag Flüchtlinge im Sinne von Art. 1 GFK und sonstige Ausländer, die politisch Verfolgte nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG sind, anerkannt. Bis zum Inkrafttreten des AuslG 1965 gab es kein förmliches Verfahren zur Anerkennung des Asylrechts.⁴¹ Daneben wurde in das AuslG 1965 eine Regelung zur Einschränkung der Abschiebung aufgenommen (§14 Abs. 1 AuslG 1965). Ein Ausländer durfte danach nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht ist (§14 Abs. 1 S. 1 AuslG 1965). Damit wurde das Refoulement-Verbot des Art. 33 Nr. 1 GFK in deutsches Recht umgesetzt.⁴² Satz 2 der Vorschrift lehnte sich an den Wortlaut von Art. 33 Nr. 2 GFK an, auf den auch explizit verwiesen wurde. Diese Regelung über die „Einschränkung der Abschiebung“ in § 14 Abs. 1 AuslG 1965 folgte aus der

³⁷ Renner, *Ausländerrecht in Deutschland*, 1998, § 7 Rn. 56.

³⁸ S. hierzu Meyer, *MDR* 1953, S. 534; Tiedemann, *ZAR* 2009, S. 161 (163).

³⁹ AuslG v. 28.4.1965, *BGBI.* I, S. 353.

⁴⁰ Koisser/Nicolaus, *ZAR* 1991, S. 9; Tiedemann, *ZAR* 2009, S. 161 (164).

⁴¹ Bericht des Bundestags-Innenausschusses zum von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über den Aufenthalt der Ausländer (Ausländergesetz) vom 16.12.1964, *BT-Drs.* IV/3013, S. 7.

⁴² Begründung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes über den Aufenthalt der Ausländer (Ausländergesetz) vom 28.12.1962, *BT-Drs.* IV/868, S. 15.

BEITRAG:
SIMONE ALT

damaligen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die GFK den Umfang des Asylrechts regelt und bei der Auslegung von Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG die Bestimmungen der Art. 32 und 33 GFK heranzuziehen sind, da in ihnen Rechtsüberzeugungen niedergelegt sind, die sich bereits vor dem Inkrafttreten des GG im internationalen Rechtsverkehr entwickelt haben.⁴³ Die Ausländerbehörden hatten im Falle einer Abschiebung die Gefahr der politischen Verfolgung zu prüfen, wenn der Ausländer die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft nach der GFK nicht beantragt hatte oder er nicht als Flüchtling anerkannt worden war.⁴⁴

cc. Asylverfahrensgesetz 1982

Die Aufnahme des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG als zusätzliche Anspruchsgrundlage in § 28 AuslG 1965 führte in der deutschen Rechtsprechung und Lehre zu der Annahme, Art. 1 A Nr. 2 GFK gehe in Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG auf.⁴⁵ Dies wurde durch den Gesetzgeber nachvollzogen und § 28 AuslG 1965 durch das Gesetz über das Asylverfahren von 1982⁴⁶ aufgehoben, so dass Art. 1 GFK als Anspruchsgrundlage vollständig gestrichen wurde. Der neue § 1 Abs. 1 AsylVfG 1982 entspricht nach der Gesetzesbegründung inhaltlich § 28 AuslG 1965, da der Begriff des politisch Verfolgten nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG den Flüchtling im Sinne von Art. 1 GFK einschließt.⁴⁷ Daneben wurde die Regelung über den Abschiebeschutz in § 14 Abs. 1 AuslG 1965 beibehalten.

⁴³ BVerwGE 4, S. 235 und 4, S. 238; vgl. Begründung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes über den Aufenthalt der Ausländer (Ausländergesetz) vom 28.12.1962, BT-Drs. IV/868, S. 15.

⁴⁴ Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, § 7 Rn. 56.

⁴⁵ S. die Nachweise bei Koisser/Nicolaus, ZAR 1991, S. 9.

⁴⁶ Gesetz v. 16.7.1982, BGBl. I, S. 946, 953.

⁴⁷ BT-Drs. 9/875, S. 14.

dd. Ausländergesetz 1990BETRAG:
SIMONE ALT

Durch das Ausländergesetz von 1990 wurde die Regelung des § 14 Abs. 1 AuslG 1965 in § 51 AuslG 1990 überführt. Die Ausländerbehörde musste und muss grundsätzlich auch nicht als asylberechtigt anerkannten Flüchtlingen, denen politische Verfolgung droht, (zumindest) Abschiebungsschutz gewähren (§14 AuslG 1965, §51 AuslG 1990, Art. 33 GFK).⁴⁸ Mit dem Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts vom 9. Juli 1990 hat der Gesetzgeber bestimmt, dass auch die Voraussetzungen des Abschiebungsschutzes (§51 Abs. 1 AuslG 1990) vom damaligen Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge⁴⁹ in einem Asylverfahren zu prüfen sind (§51 Abs. 2 S. 2 AuslG 1990, §7 Abs. 1 AsylVfG⁵⁰) und dass im Falle einer für den Ausländer positiven Feststellung zugleich die Flüchtlingseigenschaft i. S. des Art.1 A Nr. 2 GFK gegeben ist (§ 51 Abs. 3 AuslG 1990). Damit ist einer etwaigen Differenz zwischen der Flüchtlingseigenschaft i. S. des Art. 1 A Nr. 2 GFK und der Asylberechtigung nach dem damaligen Art.16 Abs. 2 S. 2 GG für das Asylverfahren Rechnung getragen worden.⁵¹

§ 51 Abs. 1 AuslG 1990 knüpft an Art. 33 Nr. 1 GFK an. Wie in Art. 33 Nr. 1 GFK werden in § 51 Abs. 1 AuslG 1990 nur Leben und Freiheit als verfolgungsrelevante Rechtsgüter ausdrücklich genannt. Auch im internationalen Flüchtlingsrecht ist die Reichweite von Art. 33 GFK umstritten.⁵² Der Verfolgungsbegriff in Art.1 A Nr. 2 der GFK ist demgegenüber weiter und erfasst auch andere Rechtsgüter wie die Gesundheit oder ein Minimum an persönlicher oder religiöser Entfaltung.⁵³ Art. 33 Nr. 1 GFK wird jedoch vom Bundesverwaltungsgericht als verkürzte Wiederga-

⁴⁸ BVerwG, NVwZ 1992, S. 676 (677).

⁴⁹ Dem jetzigen Bundesamt für Migration und Flüchtlinge.

⁵⁰ Art. 3 des Neuregelungsgesetzes v. 9.7.1990, BGBl. I, S. 1354.

⁵¹ BT-Drs. 11/6541, S. 4; 11/6960, S. 25.

⁵² Vgl. hierzu Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, 2005, Kapitel 4, S. 304 ff.

⁵³ Hailbronner, *Kommentar zum Ausländerrecht*, § 60 AufenthG, Rn. 28.

BEITRAG:
SIMONE ALT

be des Flüchtlingsbegriffs des Art. 1 A Nr. 2 der GFK angesehen.⁵⁴ Die Vorschrift des § 51 Abs. 1 AuslG 1990 sei daher so auszulegen und anzuwenden, dass sie mit dem Flüchtlingsbegriff des Art. 1 A Nr.2 GFK übereinstimmt.⁵⁵ Dafür spreche auch der zur Klärung des Rechtsstatus der Flüchtlinge i. S. der Genfer Konvention auf Vorschlag des Bundesrats⁵⁶ im Gesetzgebungsverfahren eingefügte § 51 Abs. 3 AuslG 1990.⁵⁷

ee. Asylrechtsreform 1993

Das Asylgrundrecht wurde 1993 umfassend reformiert, da es in den Jahren 1984 bis 1992 in Deutschland zu einem starken Anstieg der Asylbewerberzahlen kam, der seinen Höhepunkt 1992 mit 438.191 Asylbewerbern erreichte. Gleichzeitig wurden immer weniger Asylbewerber als asylberechtigt anerkannt (1992 waren es 4,25% der Antragsteller).⁵⁸

Die Reform wurde von einer breiten parlamentarischen Zustimmung getragen⁵⁹ und die Neukonzeption des Asylrechts durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt.⁶⁰ Wesentlicher Inhalt der Reform war die Einführung der sog. Drittstaatenregelung sowie die Aufnahme einer Regelung über sichere Herkunftsstaaten. Damit wurden der persönliche Geltungsbereich und der Gewährleistungsinhalt des Asylrechts eingeschränkt; es wurde jedoch als individuelles Grundrecht beibehalten.⁶¹

Die Drittstaatenregelung besagt, dass Personen, die aus sicheren Drittstaaten einreisen, sich nicht auf das Asylgrundrecht

⁵⁴ BVerwG, NVwZ 1992, S. 676 (677).

⁵⁵ BVerwG, NVwZ 1992, S. 676 (677).

⁵⁶ BT-Drs. 11/6541, S. 4; 11/6960, S. 25.

⁵⁷ BVerwG, NVwZ 1992, S. 676 (677).

⁵⁸ Broschüre „Asyl in Zahlen 2007“ des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge, abrufbar unter www.bamf.de (15.9.2009).

⁵⁹ Fraktionen von CDU/CSU, SPD und FDP; dagegen sprachen sich die PDS/Linke Liste und das Bündnis 90/Die Grünen aus.

⁶⁰ BVerfGE 94, S. 49 ff.; 94, S. 115 ff.; 94, S. 166 ff.

⁶¹ Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, Art. 16a GG, Rn. 5f.

berufen können. Sichere Drittstaaten sind die Mitgliedstaaten der EU sowie Staaten, in denen die Anwendung der GFK und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sichergestellt ist. Diese werden durch Gesetz festgelegt.⁶² Grundgedanke der Drittstaatenregelung ist, dass Personen, die aus einem sicheren Drittstaat einreisen, des asylrechtlichen Schutzes nicht bedürfen, da sie in dem sicheren Drittstaat Schutz vor politischer Verfolgung hätten finden können.⁶³ Die Regeln der europäischen Dublin II-Verordnung⁶⁴ gehen allerdings wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts der Drittstaatenregelung vor.⁶⁵ Ist nach der Verordnung Deutschland zur Durchführung des Asylverfahrens zuständig, so ist der Ausschluss eines aus einem sicheren Drittstaat eingereisten Asylbewerbers von der Berufung auf das Asylrecht nicht anwendbar.⁶⁶

Das Konzept der sicheren Herkunftsstaaten sieht vor, dass Asylanträge von Ausländern aus diesen Herkunftsstaaten in einem verkürzten Verfahren überprüft werden. Es wird vermutet, dass ein Ausländer aus einem sicheren Herkunftsstaat nicht verfolgt wird, solange er nicht Tatsachen vorträgt, die die Annahme begründen, dass er entgegen dieser Vermutung politisch verfolgt wird.⁶⁷ Sichere Herkunftsstaaten sind Länder, bei denen auf Grund der Rechtslage und der allgemeinen politischen Verhältnisse politische Verfolgung nicht oder nicht mehr stattfindet und gewährleistet erscheint, dass dort keine unmenschliche oder er-

⁶² Zur Zeit Norwegen und die Schweiz, § 26a AsylVfG i.V.m. Anlage I.

⁶³ *Hailbronner*, Kommentar zum Ausländerrecht, Art. 16a GG, Rn. 302.

⁶⁴ Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18.2.2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Dublin II-Verordnung), ABl. Nr. L 50 vom 25.2.2003, S. 1; Die Verordnung regelt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten der EU für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags; hierzu *Hruschka*, Beilage zum Asylmagazin 1-2/2008, S. 1, abrufbar unter www.asyl.net (15.9.2009).

⁶⁵ Insofern deklaratorisch § 26a Abs. 1 S. 2 AsylVfG.

⁶⁶ *Hailbronner*, Kommentar zum Ausländerrecht, § 26a AsylVfG, Rn. 63.

⁶⁷ Art. 16a Abs. 3 GG, § 29a AsylVfG.

BETRAG:
SIMONE ALT

niedrigende Behandlung stattfindet.⁶⁸ Die Mitgliedstaaten der EU wurden in Anwendung des Protokolls zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft zur Gewährung von Asyl für Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten⁶⁹ durch Gesetz als sichere Herkunftsstaaten erklärt.⁷⁰ Durch Gesetz kann daneben eine Liste von Herkunftsländern erstellt werden, die als sicher im oben genannten Sinne angesehen werden.⁷¹ Dabei trifft der Gesetzgeber eine Prognose über die weitere Entwicklung in diesen Staaten über einen bestimmten Zeitraum, wobei ihm ein Einschätzungs- und Wertungsspielraum zukommt.⁷²

§ 3 AsylVfG wurde durch das Gesetz zur Neuregelung des Asylverfahrens von 1992⁷³ neugefasst und die Regelung des § 51 Abs. 3 AuslG 1990, wonach im Falle einer für den Ausländer positiven Feststellung des Bestehens des Abschiebungsverbotes zugleich die Flüchtlingseigenschaft i. S. des Art. 1 GFK gegeben ist, übernommen.⁷⁴

ff. Zuwanderungsgesetz und Richtlinienumsetzungsgesetz

Mit dem Zuwanderungsgesetz⁷⁵ wurde zum 1. Januar 2005 das Abschiebungsverbot des § 51 Abs. 1 AuslG 1990 in § 60 Abs. 1 AufenthG überführt. Daneben wurde eine explizite Bezugnahme auf die GFK in das Abschiebungsverbot aufgenommen.⁷⁶ § 3 Absatz 1 AsylVfG stellt ausdrücklich fest, dass ein Ausländer Flücht-

⁶⁸ Art. 16a Abs. 3 GG.

⁶⁹ Protokoll (Nr. 29) zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union (1997), ABl. C 321E vom 29.12.2006, S. 306–307; siehe hierzu bereits unter B.I.

⁷⁰ § 29a Abs. 2 AsylVfG.

⁷¹ § 29a Abs. 2 AsylVfG i.V.m. Anlage II: Zur Zeit Ghana und der Senegal.

⁷² *Hailbronner*, Kommentar zum Ausländerrecht, Art. 16a GG, Rn. 393 ff.

⁷³ Gesetz v. 26.6.1992, BGBl. I, S. 1126.

⁷⁴ BT-Drs. 12/2062, S. 28.

⁷⁵ S. Fn. 23.

⁷⁶ Vgl. den Wortlaut von § 60 Abs. 1 AufenthG „in Anwendung des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge“.

ling im Sinne der GFK ist, wenn er in dem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt oder in dem er als Staatenloser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, den Bedrohungen nach § 60 Abs. 1 AufenthG ausgesetzt ist. Das EU-Richtlinienumsetzungsgesetz⁷⁷ hat daneben zum 28. August 2007 in Umsetzung der Qualifikationsrichtlinie (QRL)⁷⁸ § 3 AsylVfG neugefasst. Im Zusammenhang mit den Absätzen 2 und 3, die Art. 12 Abs. 2 und Abs. 1 lit. a) QRL umsetzen, die wiederum auf Art. 1 F und D der GFK beruhen, stellt Absatz 1 daher klar, dass durch § 3 AsylVfG i.V.m. § 60 Abs. 1 AufenthG die Flüchtlingsdefinition der GFK in deutsches Recht umgesetzt wird. Das EU-Richtlinienumsetzungsgesetz hat ferner die Terminologie der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ins Gesetz eingeführt (§ 3 Abs. 4 AsylVfG).

b. Unterschiede im Hinblick auf die Anerkennung als Asylberechtigter und die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft

Bei der Auslegung der Bestimmungen über die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ist neben der GFK die QRL⁷⁹ zu beachten. Die Richtlinie gleicht die Voraussetzungen für die Flüchtlingsanerkennung innerhalb der Europäischen Union (EU) an und legt den Flüchtlingsbegriff der GFK für die Mitgliedstaaten der EU verbindlich aus.⁸⁰ Die Richtlinie war bis zum 10. Oktober 2006 in das nationale Recht der Mitgliedstaaten umzusetzen. Für die Auslegung der Bestimmungen der QRL ist ebenfalls die GFK maßgeblich.⁸¹ Die QRL ist Teil eines Katalogs von Rechtsakten,

⁷⁷ S. Fn. 24.

⁷⁸ Richtlinie 2004/83/EG des Rates der Europäischen Union vom 29.4.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. Nr. L 304 vom 30.9.2004, S. 12, mit Berichtigung in ABl. Nr. L 204 vom 5.8.2005, S. 24; Näheres hierzu sogleich unter B.II.1.b.

⁷⁹ S. Fn. 78.

⁸⁰ Vgl. Erwägungsgründe 16 und 17, Art. 2 lit. c) der Qualifikationsrichtlinie.

⁸¹ Vgl. Art. 63 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) EG-Vertrag.

BEITRAG:
SIMONE ALT

die zur Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) erlassen wurden.⁸²

Die QRL betrifft die Flüchtlingsanerkennung nach der GFK und damit die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft. Die Richtlinie betrifft jedoch nicht das Asylgrundrecht.⁸³ Art. 16a Abs.1 GG schützt vor politischer Verfolgung. Zur Bestimmung des Merkmals „politisch“ wird auf die Flüchtlingsdefinition der GFK zurückgegriffen.⁸⁴ Die Verfolgungsgründe können jedoch über die der GFK hinausgehen.⁸⁵ Das Asylrecht vermittelt im Gegensatz zur GFK ein subjektiv öffentliches Recht auf Asyl und wird daher eigenständig interpretiert. Es stellt keine Umsetzung der GFK dar.⁸⁶

⁸² Neben der Qualifikationsrichtlinie sind folgende Rechtsakte zu nennen:

- Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18.2.2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedsstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Dublin II-Verordnung), ABl. Nr. L50 vom 25.2.2003, S. 1.
- Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 des Rates vom 11.12.2000 über die Einrichtung von "Eurodac" für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens, ABl. Nr. L 316 vom 15.12.2000, S. 1.
- Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20.7.2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedsstaaten, ABl. Nr. L 212 vom 7.8.2001, S. 12.
- Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27.1.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 31 vom 6.2.2003, S. 18.
- Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1.12.2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (Verfahrensrichtlinie), ABl. Nr. L 326 vom 13.12.2005, S. 13.

⁸³ Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, § 60 AufenthG, Rn. 25; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl. 2008, Art. 16a GG, Rn. 2.

⁸⁴ BVerwGE 67, S. 184 (186).

⁸⁵ BVerfGE 54, S. 341 (356).

⁸⁶ S. hierzu bereits unter A.

Die Voraussetzungen für die Zuerkennung der Flüchtlings-eigenschaft und das Asylgrundrecht wurden bis zur Umsetzung der QRL in das deutsche Recht nahezu identisch ausgelegt. Nach der Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Recht haben sie sich jedoch auseinanderentwickelt. Die unterschiedliche Auslegung und Anwendung betrifft unter anderem die nichtstaatliche sowie die religiöse Verfolgung.

aa. Nichtstaatliche Verfolgung

Verfolgung im Sinne des Art. 16a GG und damit bislang auch des § 60 Abs. 1 AufenthG stellt sich als politische dar, wenn sie – im Unterschied etwa zu einer privaten Verfolgung – einen öffentlichen Bezug hat und von einem Träger überlegener, in der Regel hoheitlicher Macht ausgeht, der der Verletzte unterworfen ist. Politische Verfolgung ist somit grundsätzlich staatliche Verfolgung.⁸⁷

Unterschieden wird dabei zwischen unmittelbarer und mittelbarer staatlicher Verfolgung.

Unmittelbar staatliche Verfolgung ist nicht nur Verfolgung durch den Staat, d.h. seine Amtsträger, sondern kann auch durch quasi-staatliche Organisationen erfolgen, die den Staat verdrängt haben und diesen auf einem bestimmten Territorium ersetzen. In einer Bürgerkriegssituation kann nach dem Fortfall der bisherigen Staatsgewalt von einer Bürgerkriegspartei politische Verfolgung ausgehen, wenn diese zumindest in einem Kernterritorium ein Herrschaftsgefüge von gewisser Stabilität und Dauerhaftigkeit tatsächlich errichtet hat. Dabei schließt ein andauerndes äußeres Bürgerkriegsgeschehen das Bestehen eines staatsähnlichen Herrschaftsgefüges im Innern des beherrschten Gebietes zwischen dem verfolgenden Machthaber und den ihm unterworfenen Verfolgten nicht zwingend aus.⁸⁸ Diese Verfol-

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 80, S. 315 (333 f.).

⁸⁸ BVerfG, NVwZ 2000, S. 1165 (1166 f.) für Afghanistan unter der Herrschaft rivalisierender Clans.

BEITRAG:
SIMONE ALT

gung ist dann nicht dem Staat zuzurechnen, sondern unmittelbare staatliche Verfolgung durch die Organisation selbst.⁸⁹

Verfolgung kann daneben auch durch private Handlungen Dritter erfolgen, sofern deren Handeln dem Staat zugerechnet werden kann, weil dieser es duldet, dazu ermuntert oder zur Schutzgewähr nicht bereit ist. In diesem Fall handelt es sich um mittelbar staatliche Verfolgung.⁹⁰ Verfolgung durch nichtstaatliche Akteure, die dem Staat nicht zurechenbar ist, war dagegen bislang nicht als politische Verfolgung anzusehen.⁹¹ In Staaten, in denen die Herrschaftsgewalt vollständig zusammengebrochen ist (sog. failed state), kann daher keine politische Verfolgung durch Private im Sinne des Asylgrundrechts stattfinden.⁹²

Im Gegensatz zum Grundrecht auf Asyl ist Verfolgung im Rahmen der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft aufgrund der Umsetzung von Art. 6 lit. c) QRL nunmehr auch dann gegeben, wenn diese durch private Einzelpersonen verübt wird, deren Verfolgungsmaßnahmen nicht dem Staat zugerechnet werden können.⁹³ Eine solche Zurechnung ist beispielsweise beim Zusammenbruch der Staatsgewalt nicht möglich.

bb. Religiöse Verfolgung

Hinsichtlich der religiösen Verfolgung ist zwischen Verfolgungshandlung und Verfolgungsgrund zu differenzieren.⁹⁴ Der Verfolgungsgrund der Religion wird im Rahmen der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft weiter ausgelegt als dies beim Asylgrundrecht der Fall ist. Auch die öffentliche Religionsausübung

⁸⁹ BVerwG, NVwZ 1986, S. 760.

⁹⁰ BVerwG, NVwZ 1995, S. 391 (392).

⁹¹ BVerwG, NVwZ 1983, S. 744 (745).

⁹² Vgl. hierzu auch Hailbronner, Festschrift für Michael Bothe, 2008, S. 1121 (1125).

⁹³ BVerwG, BVerwGE 126, S. 243.

⁹⁴ Bank/Foltz, Beilage zum Asylmagazin 10/2008, S. 8; abrufbar unter www.asyl.net (15.9.2009); Hailbronner, ZAR 2008, S. 209 (212).

wird in den Verfolgungsgrund der Religion einbezogen.⁹⁵ Nach der bisherigen deutschen Rechtsprechung war es nur im Fall der Betroffenheit der Rechtsgüter Leib, Leben oder physische Freiheit unerheblich, ob die Verfolgung aufgrund öffentlicher Religionsausübung erfolgt oder ob es sich um einen Verfolgungseingriff in das sog. *forum internum*, d.h. den privaten Innenbereich der Religionsausübung als religiösem Existenzminimum, handelt.⁹⁶ Wurde durch eine Verfolgungshandlung in die Religionsfreiheit als Schutzgut eingegriffen, war dies dagegen nach bisheriger Rechtsprechung nur asylrelevant und damit auch relevant für das Bestehen der Flüchtlingseigenschaft, wenn in das *forum internum* eingegriffen wurde.⁹⁷ Dementsprechende Eingriffe in den Außenbereich der Religionsausübung, dem sog. *forum externum*, können jedoch kein Asylrecht begründen.⁹⁸ In diesem Zusammenhang wird für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft diskutiert, inwieweit die bisherige Rechtsprechung im Hinblick auf die Vorgaben von Art. 9 QRL für die Verfolgungshandlung weiter aufrecht erhalten werden kann.⁹⁹

2. Subsidiärer Schutz

Personen, die weder die Voraussetzungen für die Anerkennung als Asylberechtigte noch für die Zuerkennung der Flücht-

⁹⁵ Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. b) QRL; hierzu *Bank/Foltz*, Beilage zum Asylmagazin 10/2008, S. 7; abrufbar unter www.asyl.net (15.9.2009).

⁹⁶ BVerwG, NVwZ 1993, S. 788 (789) zur Bestrafung wegen religiöser Betätigung in der Öffentlichkeit als politische Verfolgung; *Strieder*, InfAusIR 2007, S. 360 (365).

⁹⁷ BVerfGE 76, S. 143 – *Ahmadiyya II*-Entscheidung.

⁹⁸ BVerfGE 76, S. 143 – *Ahmadiyya II*-Entscheidung.

⁹⁹ Hierzu *Bank/Foltz*, Beilage zum Asylmagazin 10/2008, S. 7; abrufbar unter www.asyl.net (15.9.2009); *Hailbronner*, ZAR 2008, S. 209 (212 f.); Das BVerwG hat sich in seiner Entscheidung vom 5.3.2009 (10 C 51/07, DÖV 2009, S. 726) nicht dazu geäußert, ob über das religiöse Existenzminimum hinaus auch religiöse Betätigungen in der Öffentlichkeit erfasst werden, da dies eine vom EuGH zu klärende Zweifelsfrage darstelle. Mangels unzureichender Tatsachenaufklärung durch das Berufungsgericht konnte das BVerwG dem EuGH jedoch nicht vorlegen.

BEITRAG:
SIMONE ALT

lingseigenschaft erfüllen, können subsidiären Schutz¹⁰⁰ erhalten. Subsidiärer Schutz wird in Deutschland durch die Feststellung eines Abschiebungsverbotes nach § 60 Abs. 2, 3, 5 oder 7 AufenthG sowie die Erteilung eines befristeten Aufenthaltstitels nach § 25 Abs. 3 AufenthG¹⁰¹ gewährt.¹⁰²

Nach Stellung eines Asylantrages ist das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge auch für die Prüfung der Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 2, 3, 5 oder 7 AufenthG zuständig (§ 24 Abs. 2 AsylVfG). Diese können jedoch auch unabhängig von einem Asylverfahren geltend gemacht werden. Die Prüfung fällt dann in die Zuständigkeit der Ausländerbehörde, die jedoch unter Beteiligung des Bundesamtes entscheidet (vgl. § 24 Abs. 2 AsylVfG, § 72 Abs. 2 AufenthG).

Im Folgenden werden kurz die einzelnen Abschiebungsverbote dargestellt.

Neben der GFK gewähren Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹⁰³, Art. 3 der UN-Anti-Folter-Konvention¹⁰⁴ und Art. 7 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte¹⁰⁵ Schutz vor Zurückweisung (Refoulement). Deren Umsetzung erfolgte in Deutschland mittels eines Abschiebungsverbotes im Fall der in einem Staat bestehenden konkreten Gefahr, der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender

¹⁰⁰ Vgl. zum Begriff des subsidiären Schutzes Marx, Handbuch zur Qualifikationsrichtlinie, Flüchtlingsanerkennung und subsidiärer Schutzstatus, § 35 Rn. 6ff.

¹⁰¹ Sind die Tatbestandsvoraussetzungen eines der in § 60 Abs. 2, 3, 5 oder 7 AufenthG aufgeführten Abschiebungsverbote erfüllt, so ist im Regelfall ein befristeter Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 3 AufenthG zu gewähren.

¹⁰² Es gibt jedoch keine Bestimmung, die den subsidiären Schutzstatus an sich zuerkennt, wie dies bei der Zuerkennung der Flüchtlingeigenschaft der Fall ist; s. hierzu und zur Frage der Vereinbarkeit mit der QRL Bank/Foltz, Beilage zum Asylmagazin 12/2008, S. 2, abrufbar unter www.asyl.net (15.9.2009).

¹⁰³ Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, BGBl. 2002 II, S. 1055.

¹⁰⁴ Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.1984, BGBl. 1990 II, S. 247.

¹⁰⁵ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II, S. 1534.

Behandlung oder Bestrafung unterworfen zu werden (§ 60 Abs. 2 AufenthG).

BEITRAG:
SIMONE ALT

Weitere Abschiebungsverbote resultieren aus der Gefahr der Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe, wenn der Ausländer in einem Staat wegen einer Straftat gesucht wird (§ 60 Abs. 3 AufenthG) sowie aus einer erheblichen individuellen Gefahr für Leib oder Leben im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts, wenn der Ausländer dieser in einem Staat als Angehöriger der Zivilbevölkerung ausgesetzt ist (§ 60 Abs. 7 S. 2 AufenthG).¹⁰⁶ Hinsichtlich der Auslegung der vorgenannten Abschiebungsverbote ist die QRL zu beachten.¹⁰⁷ Die Umsetzung von Art. 15 QRL in deutsches Recht durch das EU-Richtlinienumsetzungsgesetz¹⁰⁸ hat hier teilweise zu Änderungen der bereits vor Inkrafttreten der Richtlinie bestehenden deutschen Abschiebungsverbote sowohl hinsichtlich des Gesetzestextes als auch im Hinblick auf die Auslegung geführt. Die Richtlinie hat zum Ziel, in Ergänzung zum Flüchtlingsschutz nach der GFK die bestehenden Formen subsidiären Schutzes in den Mitgliedstaaten der EU anzugleichen, wobei auf bereits vorhandene Systeme in den Mitgliedstaaten sowie völkerrechtliche Verträge im Bereich der Menschenrechte zurückgegriffen wird.¹⁰⁹

Unabhängig davon bestehen im deutschen Recht weitere Abschiebungsverbote.

Ein Ausländer darf nicht abgeschoben werden, soweit sich aus der Anwendung der EMRK ergibt, dass die Abschiebung unzulässig ist (§ 60 Abs. 5 AufenthG). Dieses Abschiebungsverbot bezieht sich vor allem auf Art. 6 und 9 EMRK.¹¹⁰ Demgegenüber findet Art. 8 EMRK im Rahmen dieses Abschiebungsverbotens keine Berücksichtigung, sondern stellt ein sog. inlandsbezoge-

¹⁰⁶ S. hierzu BVerwG, NVwZ 2008, S. 1241; EuGH, NVwZ 2009, S. 705 – *Elgafaji*; hierzu *Bank*, NVwZ 2009, S. 695.

¹⁰⁷ S. hierzu bereits unter B.II.1.b.

¹⁰⁸ S. Fn. 24.

¹⁰⁹ KOM(2001) 510 endg., S. 6 und 30; Erwägungsgrund 25 QRL.

¹¹⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen bei *Hailbronner*, Kommentar zum Ausländerrecht, § 60 AufenthG, Rn. 149 ff.

BEITRAG:
SIMONE ALT

nes Abschiebungsverbot dar, das im Rahmen von § 60a Abs. 2 AufenthG relevant ist.¹¹¹ Art. 3 EMRK spiegelt sich bereits in § 60 Abs. 2 AufenthG wider.¹¹² Jedoch ist zu beachten, dass aus Art. 3 EMRK ein absolutes Abschiebungsverbot folgt, das auch in Situationen terroristischer Gewalt ungeachtet des Verhaltens des Betroffenen nicht eingeschränkt werden kann.¹¹³ Die QRL bleibt hinter diesem Schutz zurück, da sie Ausschlussgründe, die denen der GFK ähneln, auf den subsidiären Schutz überträgt.¹¹⁴ Dies ist

¹¹¹ Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, § 60a AufenthG, Rn. 23 ff.; s. hierzu sogleich.

¹¹² § 60 Abs. 2 AufenthG setzt Art. 15 lit. b) der QRL in deutsches Recht um. Art. 15 lit. b) der QRL entspricht im Wesentlichen Art. 3 EMRK, s. hierzu EuGH, NVwZ 2009, S. 705 (706) – Elgafaji.

¹¹³ Ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), *Chahal/Vereinigtes Königreich*, Urteil v. 15.11.1996, Nr. 70/1995/576/662, Rn. 79, NVwZ 1997, S. 1093 (1094); zuletzt *Saadi/Italien*, Urteil vom 28.2.2008, Nr. 37201/06, Rn. 137ff., NVwZ 2008, S. 1330 (1332).

¹¹⁴ Art. 17 QRL: Ausschluss

(1) *Ein Drittstaatsangehöriger oder ein Staatenloser ist von der Gewährung subsidiären Schutzes ausgeschlossen, wenn schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass er*

a) *ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne der internationalen Vertragswerke begangen hat, die ausgearbeitet worden sind, um Bestimmungen bezüglich dieser Verbrechen festzulegen;*

b) *eine schwere Straftat begangen hat;*

c) *sich Handlungen zuschulden kommen ließ, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen, wie sie in der Präambel und den Artikeln 1 und 2 der Charta der Vereinten Nationen verankert sind, zuwiderlaufen;*

d) *eine Gefahr für die Allgemeinheit oder für die Sicherheit des Landes darstellt, in dem er sich aufhält.*

(2) *Absatz 1 findet auf Personen Anwendung, die andere zu den darin genannten Straftaten oder Handlungen anstiften oder sich in sonstiger Weise daran beteiligen.*

(3) *Die Mitgliedstaaten können einen Drittstaatsangehörigen oder einen Staatenlosen von der Gewährung subsidiären Schutzes ausschließen, wenn er vor seiner Aufnahme in dem Mitgliedstaat ein oder mehrere nicht unter Absatz 1 fallende Straftaten begangen hat, die mit Freiheitsstrafe bestraft würden, wenn sie in dem betreffenden Mitgliedstaat begangen worden wären, und er sein Herkunftsland nur verlassen hat, um einer Bestrafung wegen dieser Straftaten zu entgehen.*

Vgl. hierzu Bank/Foltz, Beilage zum Asylmagazin 12/2008, S. 2, abrufbar unter www.asyl.net (15.9.2009); Marx, Handbuch zur Qualifikationsrichtlinie, Flüchtlingsanerkennung und subsidiärer Schutzstatus, § 39 Rn. 344.

bei der Auslegung der deutschen Vorschriften von Bedeutung, da die Mitgliedstaaten neben der Verpflichtung zur Umsetzung der QRL weiterhin an ihre völkervertraglichen Verpflichtungen aus der EMRK gebunden sind.¹¹⁵

Des Weiteren wird im Regelfall von der Abschiebung eines Ausländers in einen anderen Staat abgesehen, wenn dort für diesen Ausländer eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit besteht (§ 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG). Darunter fallen unter anderem krankheitsbedingte Abschiebungsverbote wie beispielsweise der Fall einer erheblichen konkreten Gefahr, dass sich eine posttraumatische Belastungsstörung bei unzureichenden Behandlungsmöglichkeiten im Heimatland alsbald nach der Rückkehr des Ausländers in seinen Heimatstaat wesentlich oder gar lebensbedrohlich verschlechtern wird.¹¹⁶

Nicht zum subsidiären Schutz gehören Abschiebungsverbote, die gem. § 60a Abs. 2 AufenthG zur Erteilung einer Duldung führen, solange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist oder wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen die vorübergehende weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet erfordern. Bei der Duldung handelt es sich nicht um einen Aufenthaltstitel, sondern es wird eine bereits angeordnete Abschiebung zur Vollziehung einer Ausreisepflicht ausgesetzt.¹¹⁷

Die rechtliche Unmöglichkeit der Abschiebung ist anzunehmen, wenn eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 AufenthG nicht erteilt werden kann und die damit bestehende Ausreisepflicht wegen des Vorliegens eines Abschiebungsverbots nach § 60 Abs.1, 2, 3, 5 und 7 AufenthG nicht vollzogen werden kann.¹¹⁸ Neben diesen sog. zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten

¹¹⁵ Storey, *International Journal of Refugee Law*, Volume 20, N°1, März 2008, S. 13ff.; *Bank/Foltz*, Beilage zum *Asylmagazin* 12/2008, S. 2, abrufbar unter www.asyl.net (15.9.2009).

¹¹⁶ OVG NRW, NVwZ-RR 2005, S. 359.

¹¹⁷ *Hailbronner*, Kommentar zum Ausländerrecht, § 60a AufenthG, Rn. 79.

¹¹⁸ *Hailbronner*, Kommentar zum Ausländerrecht, § 60a AufenthG, Rn. 22.

BEITRAG:
SIMONE ALT

gibt es inlandsbezogene Abschiebungsverbote, die ebenfalls von § 60a Abs. 2 AufenthG erfasst werden. Darunter zählt die Geltendmachung des Rechts auf Wahrung des Ehe- und Familienlebens im Bundesgebiet mit einem dort zum Aufenthalt befugten Familienangehörigen, wenn Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK einer Abschiebung entgegenstehen.¹¹⁹ Daneben können krankheitsbedingte Gefahren, die sich allein als Folge der Abschiebung und nicht wegen der spezifischen Verhältnisse im Zielstaat der Abschiebung ergeben, inlandsbezogene Abschiebungsverbote darstellen.¹²⁰

3. Anerkennungszahlen

Im Folgenden werden die Anerkennungszahlen in den Jahren 2005 bis 2008 für Asylberechtigte, Flüchtlinge und subsidiär geschützte Personen dargestellt.¹²¹

Die Unterschiede in den Anerkennungsvoraussetzungen für den Flüchtlingsstatus und die Asylberechtigung spiegeln sich auch in den Anerkennungszahlen wider. In den Jahren 2005 und 2006 wurden 48.102 bzw. 30.759 Entscheidungen vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge getroffen. In 0,9% (411 Fälle) bzw. 0,6% (251) der Fälle wurde Asyl gewährt, wohingegen in 4,3% (2.053) bzw. 3,6% (1.097) der Entscheidungen Flüchtlingsschutz zuerkannt wurde. 2007 wurden 28.572 Entscheidungen getroffen, davon wurden 1,1% (304) der Asylbewerber als asylberechtigt anerkannt und 24,1% (6.893) Personen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt. Im Jahr 2008 hat das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge bei 20.817 Entscheidungen in 1,1% (233) der Fälle als asylberechtigt anerkannt und in 33,9% (7.058) der Fälle Flüchtlingsschutz gewährt.

¹¹⁹ Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, § 60a AufenthG, Rn. 23 ff.

¹²⁰ BVerwG, NVwZ 2000, S. 206 (207).

¹²¹ Die statistischen Angaben in diesem Abschnitt sind der Broschüre „Asyl in Zahlen 2008“ des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge entnommen, abrufbar unter www.bamf.de (15.9.2009).

Die Zahl subsidiär Schutzberechtigter belief sich 2005 auf 1,4% (657), für 2006 2,0% (603) und für die Jahre 2007 und 2008 auf 2,4% (673) bzw. 2,7% (562) der Fälle.

Ablehnende Entscheidungen ergingen 2005 in 57,1% der Fälle (27.452), 2006 in 57,8% (17.781) sowie in den Jahren 2007 und 2008 in 44,6% (12.749) bzw. 32,5% (6.761) der Fälle.

Bei den übrigen Entscheidungen handelt es sich um formelle Entscheidungen, die beispielsweise Überstellungen von Asylbewerbern in einen anderen für die Durchführung des Asylverfahrens zuständigen Mitgliedstaat nach der Dublin II-Verordnung¹²² betreffen.

III. Immigranten

Der Begriff des Immigranten stellt keinen Rechtsbegriff nach deutschem Recht dar. Das Aufenthaltsgesetz dient der Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland. Dabei ermöglicht und gestaltet es Zuwanderung unter Berücksichtigung der Aufnahme- und Integrationsfähigkeit sowie der wirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Interessen und dient zugleich der Erfüllung der humanitären Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland (§ 1 Abs. 1 AufenthG). Das Aufenthaltsgesetz definiert seinen Anwendungsbereich durch den Begriff des Ausländers und unterscheidet hinsichtlich der Voraussetzungen für Einreise und Aufenthalt nach den von diesen angestrebten Aufenthaltszwecken. Danach ist jeder Ausländer, der nicht Deutscher ist, wer also weder die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt noch als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiet des deutschen Reiches in den Grenzen vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat; hierzu zählen auch Staatenlose (§ 2 Abs. 1 AufenthG i.V.m. Art. 116 Abs. 1 GG). Spezielle Regelungen enthält das Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit für Unionsbürger. Als angestrebte Aufenthalts-

¹²² S. zur Dublin II-Verordnung Fn. 64.

BEITRAG:
SIMONE ALT

zwecke kommen unter anderem ein Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung (§§ 16 und 17 AufenthG), der Erwerbstätigkeit (§§ 18 bis 21 AufenthG), aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen (§§ 22 bis 26) sowie aus familiären Gründen (§§ 27 bis 36 AufenthG) in Betracht.

C. Zuordnung der entsprechenden Rechtsstellung

I. Rechte des Asylbewerbers

Asylbewerbern ist zur Durchführung des Asylverfahrens der Aufenthalt im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland gestattet (§ 55 Abs. 1 AsylVfG). Die Aufenthaltsgestattung stellt keinen Aufenthaltstitel dar und gilt nur für die Dauer des Asylverfahrens.¹²³

Die Unterbringung von Asylbewerbern erfolgt in Aufnahmeeinrichtungen bzw. in Gemeinschaftsunterkünften. Nach Asylantragstellung sind Asylbewerber grundsätzlich verpflichtet, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen (§ 47 Abs. 1 AsylVfG). Aufnahmeeinrichtungen sind einer Außenstelle des Bundesamtes zugeordnet (vgl. § 46 Abs. 1 AsylVfG). Die Verpflichtung, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, hat vorübergehenden Charakter und dauert im Regelfall sechs Wochen, längstens drei Monate (vgl. § 47 Abs. 1 AsylVfG). Danach werden die Asylbewerber in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht. Durch die Erstunterbringung in Aufnahmeeinrichtungen soll eine Konzentration und Beschleunigung des Asylverfahrens stattfinden und Verfahren bei offensichtlich unbegründeten Asylanträgen schnellstmöglich abgeschlossen werden.¹²⁴ Dem korrespondiert auch die Pflicht zur Erreichbarkeit des Asylbewerbers für Behörden und Gerichte (§ 47 Abs. 3 AsylVfG).

Die Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften folgt nach landesinterner Verteilung (§ 50 Abs. 1 S. 2 AsylVfG) und ist auf ei-

¹²³ Marx, Kommentar zum AsylVfG, 7. Aufl. 2008, § 55 Rn. 14.

¹²⁴ Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, § 47 AsylVfG, Rn. 2.

nen längerfristigen Aufenthalt bei längerdauernden Asylverfahren ausgerichtet.¹²⁵

Der Asylbewerber hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten. Aus dem Grundsatz der Familieneinheit von Ehegatten und ihren minderjährigen Kindern, der aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK folgt, kann sich aber ein Anspruch auf Aufenthalt an einem bestimmten Ort ergeben (vgl. auch §§ 50 Abs. 4, 51 AsylVfG).¹²⁶

Das Aufenthaltsrecht des Asylbewerbers unterliegt einer räumlichen Beschränkung (sog. Residenzpflicht). Während der Wohnverpflichtung in einer Aufnahmeeinrichtung hat sich der Asylbewerber im Bezirk der Ausländerbehörde aufzuhalten, in dem die zuständige Aufnahmeeinrichtung liegt (§ 56 Abs. 1 S. 1 AsylVfG). Diesen Bezirk darf der Asylbewerber grundsätzlich nur mit vorheriger Erlaubnis und nur vorübergehend verlassen (§ 57 Abs. 1 AsylVfG). Eine solche Erlaubnis kann beispielsweise im Falle von Arztbesuchen oder auch für regelmäßig wiederkehrende vorübergehende Termine wie Schulbesuche erteilt werden.¹²⁷ Für Termine beim Rechtsanwalt oder beim UNHCR ist die Erlaubnis regelmäßig unverzüglich zu erteilen. (§ 57 Abs. 2 AsylVfG). Termine bei Behörden und Gerichten können ohne Erlaubnis wahrgenommen werden, sind jedoch gegenüber der Aufnahmeeinrichtung und dem Bundesamt anzuzeigen (§ 57 Abs. 3 AsylVfG). Endet die Wohnverpflichtung in einer Aufnahmeeinrichtung, so können bei der Erlaubnis zum Verlassen des Aufenthaltsbezirks die persönlichen Bedürfnisse des Asylbewerbers stärker berücksichtigt werden (vgl. § 58 AsylVfG).¹²⁸

Für die Dauer der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, darf der Ausländer keine Erwerbstätigkeit ausüben (§61

¹²⁵ Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, § 47 AsylVfG, Rn. 6, §50 AsylVfG, Rn. 2.

¹²⁶ Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, § 55 AsylVfG, Rn. 3.

¹²⁷ Vgl. hierzu Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, § 57 AsylVfG, Rn.5.

¹²⁸ Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, § 58 AsylVfG, Rn. 3.

BEITRAG:
SIMONE ALT

Abs. 1 AsylVfG). Einem Asylbewerber, der sich seit einem Jahr gestattet im Bundesgebiet aufhält, kann die Ausübung einer Beschäftigung für unselbständige Tätigkeiten erlaubt werden. Eine Erlaubnis kann nur erteilt werden, wenn deutsche Arbeitnehmer oder Ausländer, die nach dem Recht der Europäischen Union Anspruch auf vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, für die Beschäftigung nicht zur Verfügung stehen (sog. Vorrangprüfung; vgl. § 61 Abs. 2 AsylVfG).

Das Asylbewerberleistungsgesetz von 1993 regelt, welche Leistungen die Asylbewerber erhalten. Im Rahmen der Asylrechtsreform 1993 sind durch dieses Gesetz Asylbewerber aus dem Anwendungsbereich des Sozialhilferechts ausgenommen worden. Das Asylbewerberleistungsgesetz geht von einem Grundbedarf aus, der dem zum Lebensunterhalt Unerlässlichen entspricht. Durch den Ausschluss von der Sozialhilfe wurden die Leistungsstandards herabgesenkt, so dass die Grundleistungen unter dem Sozialhilfesatz liegen. Grundsätzlich gilt der Sachleistungsvorrang, d.h. Leistungen werden vorrangig nicht in Form von Geld, sondern in Form von Sachen gewährt.

Die Regelung des Schulbesuchs liegt in der Hoheit der Bundesländer. Dabei erstreckt sich in manchen Bundesländern die Schulpflicht auch auf die Kinder von Asylbewerbern. In anderen Bundesländern ist der Besuch der Schule für Kinder von Asylbewerbern möglich, auch wenn keine Schulpflicht besteht.

II. Rechte Asylberechtigter und der Personen, denen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde

Asylberechtigte genießen ebenfalls die Rechtsstellung nach der GFK (§ 2 Abs. 1 AsylVfG). Asylberechtigte und Flüchtlinge erhalten Abschiebeschutz gem. § 60 Abs. 1 AufenthG¹²⁹ und die Rechte nach Art. 2 bis 34 GFK.

¹²⁹ § 60 Abs. 1 AufenthG setzt das Refoulement-Verbot des Art. 33 Nr. 1 GFK in deutsches Recht um.

Die Rechtsstellung von Personen, denen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird, ist mit dem Zuwanderungsgesetz 2005¹³⁰ hinsichtlich der Erteilung von Aufenthaltstiteln der Rechtsstellung Asylberechtigter angeglichen worden. Beide Personengruppen haben einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, die kraft Gesetzes zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt (§ 25 Abs. 1 bzw. Abs. 2 AufenthG). Die Aufenthaltserlaubnis wird für drei Jahre erteilt (§ 26 Abs. 1 S. 2 AufenthG). Nach drei Jahren ist dem Asylberechtigten oder Flüchtling eine unbefristete Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge die Asylberechtigung oder die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nicht widerrufen hat (§ 26 Abs. 3 AufenthG).

Hinsichtlich der Sozialhilfe (§ 23 SGB XII) und der Schulbildung sind sie deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt. Sie haben Anspruch auf einmalige Teilnahme an einem Integrationskurs (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) AufenthG) und genießen besonderen Ausweisungsschutz, d.h. eine Ausweisung ist nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung möglich (§ 56 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG).

III. Rechte subsidiär geschützter Personen

Subsidiär geschützten Personen ist im Regelfall ein Aufenthaltstitel zu erteilen (§ 25 Abs. 3 AufenthG).¹³¹ Die Aufenthaltserlaubnis wird für mindestens ein Jahr erteilt (§ 26 Abs. 1 S. 2 AufenthG). Der Aufenthaltstitel berechtigt nicht automatisch zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sondern hierfür muss die Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit eingeholt werden (§§ 4 Abs. 2, 39, 18 AufenthG). Subsidiär geschützte Personen haben keinen Anspruch auf Teilnahme an einem Integrationskurs (vgl. § 44 Abs. 1 AufenthG). Hinsichtlich der Sozialhilfe (§ 23 SGB

¹³⁰ S. Fn. 23.

¹³¹ In atypischen Sonderfällen kann hiervon jedoch abgesehen werden. Es kommt aber die Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG in Betracht.

BETRAG:
SIMONE ALT

XII) und der Schulbildung sind sie deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt.

D. Zusammenfassung

Im deutschen Recht gibt es zwar keine Probleme mit der Eingruppierung der Begriffe Asylbewerber, Flüchtling, Asylberechtigter und subsidiär geschützte Personen. Vergleicht man die Zahlen für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft und der Anerkennung als Asylberechtigter, so ist jedoch die praktische Relevanz für das Grundrecht auf Asyl mittlerweile gering. Dies resultiert zum einen bereits aus der Aufnahme der Regelungen über sichere Drittstaaten und sichere Herkunftsstaaten durch die 1993 stattgefundene Asylrechtsreform. Auf der anderen Seite hat mit der QRL eine Angleichung der Rechtsnormen für den Flüchtlingsschutz auf der Basis einer Mindestharmonisierung innerhalb der EU stattgefunden. Die Umsetzung der QRL hat zu Rechtsänderungen durch das EU-Richtlinienumsetzungsgesetz¹³² sowie zu Änderungen im Hinblick auf die Auslegung der Bestimmungen über die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft geführt, wovon das Asylgrundrecht jedoch unberührt bleibt. Die Voraussetzungen für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft werden unter anderem im Hinblick auf die nichtstaatliche Verfolgung großzügiger ausgelegt. Kennzeichnend für das Asylgrundrecht ist die Möglichkeit der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde. Daneben findet die Ausschlussklausel des Art. 1 F GFK im Rahmen des Asylgrundrechtes keine Anwendung. Die Fälle, in denen aufgrund der fehlenden Anwendung der Ausschlussklausel Asyl gewährt wird, belaufen sich allerdings lediglich auf einen sehr geringen Prozentsatz. Daneben hat nun der EuGH aufgrund einer Vorlage des BVerwG darüber zu entscheiden, ob diese Rechtslage mit Art. 3 QRL vereinbar ist.¹³³ Art. 12 Abs. 2 QRL beruht auf der Ausschlussklausel des Art. 1 F GFK und ist in nationales Recht umzusetzen. Andererseits erlaubt die QRL in Art. 3 den Erlass

¹³² S. Fn. 24.

¹³³ Vorlage des BVerwG an den EuGH v. 14.10.2008, 10 C 48.07, juris.

oder die Beibehaltung günstigerer Normen, sofern diese mit der Richtlinie vereinbar sind. Welcher Raum für das Asylrecht verbleibt, ist auch aufgrund der weiteren europäischen Harmonisierungsbestrebungen fraglich. Im Rahmen der zweiten Phase des GEAS¹³⁴ soll eine Harmonisierung über Mindestnormen hinaus stattfinden.¹³⁵

BEITRAG:
SIMONE ALT

¹³⁴ S. hierzu bereits unter B.II.1.b.

¹³⁵ Der Vertrag von Lissabon sieht vor, dass die Kompetenz der EU zum Erlass von Rechtsakten im Bereich des Asylrechts über den Erlass von Mindestnormen hinaus geht (Art. 78 Nr. 2 der konsolidierten Fassung des Vertrages über die Arbeitsweise der EU).

**VATANDAŞLIK, GÖÇ, MÜLTECİ VE
YABANCILAR HUKUKUNDAKİ
GÜNCEL GELİŞMELER**
Uluslararası Sempozyum Bildirileri

**AKTUELLE ENTWICKLUNGEN IM
STAATSANGEHÖRIGKEITS-,
AUSLÄNDER- UND FLÜCHTLINGSRECHT**
Tagungsband eines internationalen Symposiums

**CURRENT DEVELOPMENTS IN
CITIZENSHIP, IMMIGRATION,
REFUGEE LAW AND LAW OF FOREIGNERS**
International Symposium Proceedings

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
Yabancılar Hukuku

DRITTES KAPITEL
Ausländerrecht

THIRD CHAPTER
Law of Foreigners

TÜRK HUKUKUNDA DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLAR

Yrd. Doç. Dr. Rifat ERTEN*

Giriş

Doğrudan yabancı yatırımlar, XX. yüzyılda, nitelik olarak önemli ölçüde değişmiş ve çeşitlenmiştir. Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra, doğrudan yabancı yatırımlar gelişmekte olan ülkelerin ekonomik kalkınmaları için önemli bir araç olmuştur.¹ Doğrudan yabancı yatırımlar, dış ödemeler dengesi ve kaynak açığını azaltabilecek finans kaynağı olması yanında, yeni istihdam alanları yaratması, hazır bilgi ve teknoloji getirmesi, döviz kazandırıcı faaliyetleri ve uluslararası entegrasyonları olumlu yönde etkilemesi, rekabet ortamı yaratması, yeni pazar alanları oluşturması veya mevcut pazarı geliştirmesi gibi birçok fonksiyona sahiptir.

Bu nedenlerle, Türkiye Cumhuriyeti de doğrudan yabancı yatırımları ülkesine çekebilmek için çabalamaktadır. Geniş bir iç pazara sahip olmasına ve bölgesel pazarlara yakınlığına rağmen Türkiye, yeterli düzeyde doğrudan yabancı yatırım çekememiştir. Tarihsel olarak bunun iki nedenden kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Birincisi yabancı yatırımcıların Türkiye hakkında yeterli bilgiye sahip olmamaları; ikincisi hukukî problemlerdir. İkinci etken bağlamında, Türkiye'de birçok kanun yürürlüğe konulmuştur; bunlardan sonuncusu tebliğ konumuzu oluşturan Doğrudan Yabancı Yatırımlar Ka-

RİFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Doğrudan yabancı yatırımın tanımı ve dünyadaki gelişim evrelerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, B., *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Ankara 2003, s. 9-26.

RİFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

nunu [DYYK]'dur. Bunların yanında, Türkiye'nin birçok devletle, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin iki taraflı sözleşmeler yaptığını belirtmek gerekir.² Ayrıca Türkiye, ICSID³ ve MIGA⁴ sözleşmelerine de taraftır.

Tebliğde, öncelikle DYYK'nun süreci hakkında bilgi verilecek, daha sonra da yabancı yatırımların Türk hukukundaki yeri belirtilecektir. Bu kapsamda, DYYK'nun kapsamı, getirilen tanımlar ve doğrudan yabancı yatırımcıların hakları konularına değinilecektir.

I. Tarihi Gelişim

Yabancı yatırımlar Osmanlı Devleti döneminde birbirinden bağımsız olmayan bazı faktörlere bağlı olarak gelişme göstermiştir. Bunlar, (1) kapitülasyonlar, (2) İngiltere ile yapılan 1838 Ticaret Anlaşması (Balta Limanı Anlaşması) ve aynı nitelikte diğer devletlerle yapılan anlaşmalar (3) borçlanma ve Düyûn-u Umumiye.

Bu faktörlerin oluşturduğu hukukî zemin nedeniyle, yabancı yatırımlar konusunda sağlıklı bir gelişme sağlanamamış, İmparatorluk adeta bir sömürge haline getirilmiştir. Bu yükümlülüklerden kurtulmak, ancak Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra imzalanan Lozan Antlaşması ile mümkün olmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucuları yabancı yatırımlar konusunda, dışlayıcı olmamakla birlikte,⁵ zamanın şartları

² Yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin iki taraflı uluslararası sözleşmeler için bkz. <http://www.hazine.gov.tr/irj/go/km/docs/documents/Hazine%20Web/%c4%b0statistikler/Uluslararası%c4%b1%20Do%c4%9frudan%20Yat%c4%b1r%c4%b1m%20%c4%b0statistikleri/Di%c4%9fer/ykkt_anlasmalari.pdf>, (11.05.2009).

³ RG, 06.12.1988, S. 20011.

⁴ RG, 06.12.1988, S. 20011.

⁵ 1923 yılında yapılan İzmir İktisat Kongresinde Mustafa Kemal Atatürk açılış konuşmasında yabancı sermayeye şu şekilde değinmiştir: "... iktisadiyat sahasında düşünürken ve konuşurken zannolunmasın ki ecnebi (ya-

(1929 Ekonomik Buhranı, Kurtuluş Savaşı'ndan yeni çıkmış olması ve Kurtuluş Savaşı'nın ülkenin ekonomik bağımsızlığı olarak da algılanması) nedeniyle yabancı yatırımcıları ülkü-ten uygulamalar görülmüştür.⁶

Yabancı yatırımlara ilişkin ihtiyaçlar 20.02.1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun⁷ uyarınca çıkarılan kararnamelerle giderilmeye çalışılmıştır.⁸ II. Dünya Savaşı'ndan sonra ise, yabancı yatırımlardan faydalanabilmek amacıyla artık kanunî düzenleme yapma ihtiyacı hissedilmiştir. Bu bağlamda, yürürlüğe konulan kanunlar şunlardır:

bancı) sermayesine hasımız (düşmaruz); hayır, bizim menleketimiz vâsîdir (geniştir). Çok sây (emek) ve sermayeye ihtiyacımız vardır. Kanunlarımıza riayet şartıyla ecnebî sermayelerine lâzımgelen teminatı vermeğe her zaman hazırız. Ecnebî sermayesi bizim sâyimize inzimam etsin (katılsın) ve bizim ile onlar için faydalı neticeler versin." Ancak, Atatürk yabancı sermayenin sahip olacağı statünün sınırlarını da bu açıklamalarının devamında ifade etmiştir. Söz konusu ifadesinde Atatürk, "... ecnebî sermayesi müstesnâ bir mevkie malikti, Deolet ve hükümet ecnebî sermayesinin jandarmalığından başka bir şey yapmamıştır. Her yeni millet gibi Türkiye buna muvafakat edemez." diyerek, yabancı sermayenin ayrıcalıklı bir yere sahip olamayacağını da belirtmiştir. Konuşma metni için bkz. Ökçün, A. G., *Türkiye İktisat Kongresi*, Ankara 1968, s. 252-253.

⁶ Cumhuriyetin kurulmasından sonraki yıllarda da, Türkiye'de yabancı yatırımlar yapılmıştır. Hatta bazı alanlarda kendilerine tekel hakkı dahi verilmiştir. Bkz. Ökçün, A. G., *1020-1930 Yılları Arasında Kurulan Türk Anonim Şirketlerinde Yabancı Sermaye*, Ankara 1971, s. 17 vd.; yabancı yatırımlara ilişkin hükümet politikaları hakkında bilgi için bkz. "Cumhuriyetin Kuruluşundan Günümüze İzlenen Yabancı Sermaye Politikaları", (Haz. Dilek Emil), *Hazine Dergisi* (Cumhuriyetin 80. Yılı Özel Sayısı), Ankara 2003, s. 109-119.

⁷ RG, 25.02.1930, 1433.

⁸ 1 ilâ 9 sayılı Kararnamelerde, konuya ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. 10 sayılı Kararnameye (RG, 02.03.1933, S. 2342) ek olarak, 1444 sayılı Kanunun 29'uncu maddesi uyarınca yayınlanmış bulunan "*Kambiyo İhtiyaç Listesi*"nin 5. maddesinde ilk defa yabancı sermayeden bahsedilmektedir. Kararnameler boyutunda bu alanı düzenleyen ilk hükümler 11 sayılı Kararnamenin (RG, 03.09.1934, S. 2793) 5. ve 29. maddelerinde yer almaktadır. Yabancı sermayenin teşviki yönünde Türk hukukundaki ilk hüküm ise 13 sayılı Kararnamenin (RG, 26.05.1947, S. 6615) 31. maddesidir (Erten, R., *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunununun Türk Yabancıları Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Ankara 2005, s. 46-47).

RİFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

- 01.03.1950 tarih ve 5583 sayılı Hazinece Özel Teşebbüs-
lere Kefalet Edilmesine ve Döviz Taahhüdünde Bulunulması-
na Dair Kanun.⁹ Kanun, yabancı yatırımcıya transfer garanti-
si vermiş ve kredi alan kuruluşlara borçlarını dövizle transfer
etmek imkânını sağlamıştır.

- 5821 sayılı Yabancı Sermaye Yatırımlarını Teşvik Kanu-
nu¹⁰ 1951 tarihli bu Kanun 5583 sayılı Kanunu ilga etmiş ve
yabancı yatırımları teşvik eden daha geniş ve sistematik hü-
kümler getirmiştir.

- 18.01.1954 tarih ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik
Kanunu.¹¹ 5821 sayılı Kanun'un beklentileri karşılayamama-
sı nedeniyle, metni yabancı bir uzmana hazırlatılan Kanun,
2003 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Kanun oldukça libe-
ral hükümler getirmekle birlikte, uygulamada yabancı yatı-
rımcıları ülküden tavırlar sergilenmiştir. 1980'den sonra, ka-
rar ve tebliğlerle Kanun'un uygulama usul ve esasları yabancı
yatırımcıları teşvik edecek şekilde belirlenmeye çalışılmıştır.¹²

- 05.06.2003 tarih ve 4875 sayılı DYYK.¹³

⁹ RG, 04.03.1950, S. 7448.

¹⁰ RG, 09.08.1951, S. 7880.

¹¹ RG, 23.01.1954, S. 8615.

¹² DYYK'nın yürürlüğünden önceki dönemde, yabancı yatırımlar, kural
olarak 6224 sayılı Kanun'un yanında, 07.06.1995 tarih ve 95/6990 sayı-
lı Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı [YSÇK] (RG, 23.07.1995, S. 22352) ve
24.08.1995 tarih ve 2 sayılı Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkında
Tebliğin [Tebliğ] (RG, 24.08.1995, S. 22384) oluşturduğu hukukî çerçeve-
de yapılmıştır. Tebliğin bazı maddeleri, 3 sayılı Tebliğ ile değiştiril-
miştir (RG, 27.06.1996, S. 22679). Bu döneme ilişkin değinilmesi gereken
önemli bir husus, bazı sınırlama ve şartların, 6224 sayılı Kanun'da yer
almamasına rağmen, ikincil mevzuatla getirilmiş olmasıdır.

¹³ RG, 17.06.2003, S. 24141. Bundan sonra metin içinde verilen madde nu-
maraları aksi belirtilmedikçe DYYK'ya aittir.

II. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu

A. Genel Olarak

Anayasa'nın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümü içinde yer alan 48. maddenin ilk fıkrası "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*" hükmünü içermektedir. Hükümde, yabancılara ilişkin olarak farklı bir hüküm getirilmediğine göre, yabancılara özel teşebbüsler kurması konusunda vatandaşlarla eşit olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Kabul edilen bu eşitlik esası, Anayasa'nın 16. maddesi uyarınca, uluslararası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir veya şartlara bağlanabilir. Aşağıda belirtileceği üzere DYYK, birkaç istisna dışında, yabancı yatırımcılara farklı bir yükümlülük getirmemekte, aksine doğrudan yabancı yatırımcılara yönelik taahhütleri içeren bir görünüm taşımaktadır.

"*Yürürlük*" ve "*Yürütme*" başlıklı maddeler dâhil toplam yedi maddeden oluşan DYYK, Türkiye'nin yabancı yatırımlar konusunda anlayış değişikliğini ifade etmek üzere hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur. Kanun'un genel gerekçesinin son paragrafında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "*18.01.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu yerine, Türkiye'deki yatırım ortamının liberal niteliğini öne çıkaran bir kanun hazırlanmıştır. Zira bir ülkenin yatırım mevzuatı, o ülkenin uluslararası yatırımlara olan bakış açısını yansıtmaya bakımından önemlidir. Doğrudan yatırımlara ilişkin temel kanun olarak dizayn edilen yeni "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu" ile esas olarak, ülkemizin uluslararası yatırımlara yönelik eşitlikçi ve liberal yaklaşımı yansıtılmakta ve kanuna "yatırımcıya açık ve anlaşılır mesajlar veren" ve yatırımcının değişik mevzuatlar gereği sahip olduğu haklar ve tâbi olduğu yükümlülükleri gösteren "yasal bir rehber" niteliği kazandırılmaktadır.*"

Kanun'un amacı, 1. maddesinde ayrıntılı bir şekilde ifade edilmiştir. Buna göre, DYYK'nın amacı, "*doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesine, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası stan-*

RİFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

dartlara uyulmasına, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesine ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasları düzenlemektir."

DYYK'nın m. 5(b) hükmü uyarınca, uygulama esaslarını belirlemek üzere, Hazine Müsteşarlığınca hazırlanan Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği [Yönetmelik] 2003 yılının Ağustos ayında yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.¹⁴

B. Bilgilendirme Sistemi

DYYK'nın getirmiş olduğu en temel değişiklik, doğrudan yabancı yatırımlarla ilgili olarak izin ve onay sisteminin kural olarak terk edilmiş olmasıdır. Bu nedenle, yabancı yatırımcıların Türkiye'de yapacağı yatırımla ilgili daha önce Hazine Müsteşarlığı'ndan alınması gereken şirket kuruluş ve şube açılış izni ile kurulu bir şirkete iştirak izni artık aranmamaktadır. Bunun yanında, yabancı yatırımın faaliyetlerine ilişkin, sermaye yapısı ve faaliyet konusu değişikliklerinde izin alma ve *know-how*, teknik yardım ve *franchise* anlaşmalarının tescili zorunlulukları da kaldırılmıştır.

Buna karşılık izin alma yükümlülüğü irtibat büroları için halen devam etmektedir. İrtibat bürolarının kuruluşu ve faaliyetleri için eskiden olduğu gibi, Hazine Müsteşarlığı'ndan izin alınması gerekmektedir (m. 3(h)).

Yeni düzenlemelerle izin ve onay sistemi yerine bilgilendirme sistemi kabul edilmiştir. Bu kapsamda, gerekli bilgilerin temin edebilmesi amacıyla Hazine Müsteşarlığı'na bazı yetkiler verilirken, yabancı yatırımcılara ve ticaret sicil memurluklarına da bazı yükümlülükler getirilmiştir. Hazine Müsteşarlığı'nun bu kapsamdaki yetkileri ile şirket ve şubelerin yükümlülükleri, DYYK'nın m. 4/II, III ve Yönetmeliğin 4 ve 5. maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

¹⁴ RG, 20.08.2003, S. 25205.

Hazine Müsteşarlığı tarafından toplanacak bu bilgilerin istatistik amaçları dışında kullanılması kanunla yasaklanarak, yabancı yatırımcılara güvence sağlanmıştır (m. 4/III).

1. Müsteşarlığın Yetkileri

Hazine Müsteşarlığı, yatırımlara ilişkin bilgi sistemini kurmak ve geliştirmek amacıyla, yabancı yatırımlarla ilgili istatistiksel bilgileri, her türlü kamu kurum ve kuruluşları ile özel kesim meslek kuruluşlarından istemeye yetkilidir (m. 4/II).

Yönetmeliğin 4. maddesi, söz konusu bilgilerin alınması usulüne ilişkin esasları belirlemiştir. Buna göre Müsteşarlık, yapacağı veri paylaşım protokolleri veya başka usuller çerçevesinde bu bilgileri, “Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Sermaye Piyasası Kurulu, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ticaret Sicil Memurlukları başta olmak üzere, ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarından” temin eder.¹⁵

2. Ticaret Sicili Memurluklarının Yükümlülükleri

Yönetmeliğin 4. maddesinin ikinci fıkrasında, ticaret sicil memurluklarınca, yabancı yatırımlarla ilgili işlemlere ilişkin bazı belgelerin Müsteşarlığa gönderilmesi hüküm altına alınmıştır. Buna göre,

- DYYK kapsamındaki şirket ve şubelerin kuruluş aşamasında ilgililerce doldurulacak “Şirket ve Şube Kuruluş Bildirim Formu ve Dilekçesi”nin bir nüshasının,

¹⁵ DYYK'nın 4. maddesinde Hazine Müsteşarlığı'na, başka önemli görevler de verilmiştir. Buna göre Müsteşarlık, doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin politikaların genel çerçevesini belirlemeye, bu amaçla diğer kuruluşların faaliyetlerine katılmaya yetkili kılınmıştır. Bunun yanında, doğrudan yabancı yatırımları ilgilendiren mevzuatta yapılacak değişiklik ve yeni mevzuat tasarımları hakkında Müsteşarlığın uygun görüşünün alınacağı belirtilmiştir (m. 4/I).

RİFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

- Bu şirketlerin tescil ve ilana tâbi her türlü ana sözleşme değişikliklerinin bir nüshasının,
 - Bu şirketlerce ilgili Ticaret Sicil Memurluğuna iletilen "Ortaklar Listesi" veya "Hazirun Cetveli"nin bir nüshasının,
- Hazine Müsteşarlığı'na gönderilmesi gerekmektedir.

3. Şirket ve Şubelerin Yükümlülükleri

DYYK'nın 4. maddesinin son fıkrasında, yabancı yatırımcılar tarafından, yatırımları ile ilgili istatistiksel bilgilerin, Müsteşarlığın belirleyeceği usul ve esaslara göre Müsteşarlığa bildirilmesi hüküm altına alınmıştır. Yönetmeliğin 5. maddesi bu esas ve usulleri belirlemektedir.

Yönetmeliğe göre Müsteşarlığa verilmesi gereken bilgiler, biri periyodik ve olağan, diğer ikisi gerçekleştikleri takdirde verilmesi gereken bilgiler olmak üzere üç kalemde düzenlenmiştir.

Buna göre, DYYK kapsamındaki şirket ve şubelerin, sermayelerine ve faaliyetlerine ilişkin bilgileri, her yıl en geç Mayıs ayı sonuna kadar Müsteşarlığa bildirmeleri gerekmektedir. Bunun için, Yönetmelik ekinde yer alan "Doğrudan Yabancı Yatırımlar İçin Faaliyet Bilgi Formu"nun doldurarak Müsteşarlığa iletilmelidir.

Olağan ve yıllık olarak verilen bu bilgiler dışında, DYYK kapsamındaki şirketlerin

1. Sermaye hesabına yapılan ödemeler için Yönetmelik ekinde yer alan "Doğrudan Yabancı Yatırımlar İçin Sermaye Bilgi Formu"nu, ödemeyi müteakip 1 ay içinde;

2. Yerli veya yabancı ortakların kendi aralarındaki veya şirket dışındaki herhangi bir yerli veya yabancı yatırımcıya yaptıkları hisse devirlerine ilişkin bilgileri Yönetmelik ekinde yer alan "Doğrudan Yabancı Yatırımlar İçin Hisse Devri Bilgi Formu" çerçevesinde ve hisse devrinin gerçekleşmesini müteakip en geç 1 ay içinde

vermeleri gerekmektedir.

Tamamen yerli sermaye ile kurulmuş olan Türk şirketleri DYYK kapsamı dışındadır. Ancak bu şirketler, hisse devri veya sermaye artırımını suretiyle yabancı ortak alması halinde DYYK kapsamına girer. Bu nedenle, bu şirketler de, hisse devirlerinin gerçekleşmesini müteakip bir ay içinde Doğrudan Yabancı Yatırımlar İçin Hisse Devri Bilgi Formunu doldurup Hazine Müsteşarlığı'na vermelidirler (Yönetmelik m. 5/son).

C. Tanımlar

DYYK, “*yabancı yatırımcı*” ve “*doğrudan yabancı yatırım*” kavramlarını modern anlayışa uygun olarak belirlemiştir.

1. Yabancı Yatırımcı

DYYK'da yabancı yatırımcının genel bir tanımı yapılmamış, bunun yerine kimlerin yabancı yatırımcı olduğu belirtilmiştir (m. 2(a)).

Önceki düzenlemede sadece yabancı bir ülkenin vatandaşı gerçek kişiler ile yabancı bir ülkenin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiler yabancı yatırımcı sayılmıştır. DYYK'ya göre ise, yabancı bir ülkenin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler yanında, yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları ile yabancı bir ülkenin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler ve uluslararası kuruluşlar da tanıma dâhil edilmiştir.

Bu düzenleme sayesinde yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları, yurt dışında veya ülke içinde elde ettikleri kazançlarını, Türkiye'de yabancı yatırım olarak kullanabilirler.

Yönetmelikte, yurt dışında ikamet ettiğini çalışma veya ikamet izni ile belgeleyen Türk vatandaşlarının yabancı yatırımcı olacağı ifade edilmiştir (Yönetmelik m. 10). Şu durumda, bu belgeler ibraz edildikten sonra, yurt dışında ikamet etme veya çalışma süresinin bir önemi kalmamaktadır.

2. Doğrudan Yabancı Yatırım

DYYK'ya göre, doğrudan yabancı yatırım kısaca, sayılan kişiler tarafından; belirlenen ekonomik değerlerle yapılan girişimlerdir.¹⁶ Mevzuatta doğrudan yabancı yatırımın kaynağı konusunda genel bir tanım vermekten kaçınılmıştır. Bunun yerine, yabancı yatırımın kaynağı olarak kabul edilebilecek değerler sınırlayıcı olmayan bir şekilde sıralanmıştır (m. 2(b)). Modern anlayışa uygun olarak, sadece yurt dışından getirilen değil, yurt içinden elde edilen, fakat yurt dışına çıkabilecek değerler de yabancı yatırımın kaynağı olarak kabul edilmiştir. Bu anlayışa uygun olarak ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre,

"Yurt dışından getirilen;

- *Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nca alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye,*

- *Şirket menkul kıymetleri (devlet tahvilleri hariç),*

- *Makine ve teçhizat,*

- *Sınai ve fikri mülkiyet hakları,*

Yurt içinden sağlanan;

- *Yeniden yatırımda kullanılan kar, hasılat, para alacağı veya mali değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar,*

- *Doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî kıymetler"* yabancı yatırımın kaynağı olarak kabul edilmiştir. Hükümde kullanılan "*gibi*" ifadesi karşısında bunların örnek olarak sayıldığı ve bu sayılanlar dışındaki değerlerin de yabancı yatırımın kaynağı kabul edilebileceğini söylemek gerekir.

¹⁶ Doğrudan yabancı yatırımın faaliyet şekli hakkında bkz. aşağı. D.1.b.

D. Yabancı Yatırımcılara Tanınan Haklar

DYYK'nun 3. maddesinde yabancı yatırımcılara tanınan hak ve kolaylıklar tek tek belirtilmiştir.

1. Yatırım Serbestisi**a. Faaliyet Alanı**

DYYK ve ilgili mevzuat, Türkiye'de faaliyette bulunacak yabancı yatırımcıların faaliyet alanı ile ilgili bir yasaklama veya sınırlama getirmemiştir. Aksine 3. maddede geniş bir serbesti kabul edilmiştir. Buna göre "*Yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapılması serbesttir.*" (m. 3(a)(1)). Bu itibarla yabancı yatırımcılar Türkiye'de DYYK kapsamında her türlü faaliyette bulunabilirler.

DYYK, yabancı yatırımlar hakkında genel düzenlemeleri içerdiğinden, yabancı yatırımcıların faaliyette bulunmak istedikleri sektörle ilgili özel düzenlemelere de bakılması gerekir. Özel düzenlemelerde yer alan yabancılarla ilgili esas ve usul-ler özel hüküm olması itibarıyla öncelikle uygulanacaktır. Zaten, DYYK'nun 3. maddesinde, uluslararası anlaşmalar ve özel kanunî düzenlemeler tarafından aksinin öngörülmemiş olması şartı aranmıştır.

b. Doğrudan Yabancı Yatırımın Şekli

Doğrudan yabancı yatırımın şekli konusunda da bir sınırlama getirilmemiştir. Yabancı yatırımcı, yabancı yatırım sayılan iktisadî değerler ile Türkiye'de yeni bir şirket kurabilir veya şube açabilir ya da kurulu bir şirketin menkul kıymet borsaları dışında hisselerini alarak iştirak edebilir (m. 2(i)). Kanundaki açıkça belirtilmese de, yabancı yatırımcı bir Türk ortakla da şirket kurabilir.

Kanun, menkul kıymet borsalarından yapılan belli bir orandaki veya nitelikteki hisse alımlarını da kapsamına al-

RIFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

mıştır. Buna göre menkul kıymet borsalarından bir şirketin hisselerinin en az %10'unun ya da bu oranda oy hakkı sağlayan hisselerinin alımı da DYYK kapsamında doğrudan yabancı yatırım sayılmaktadır (m. 2(ii)).

Yabancı yatırımcıların kuracağı şirket türlerine ilişkin açıklayıcı hüküm Yönetmeliğin 9'uncu maddesinde yer almaktadır. Buna göre, yabancı yatırımcılar, Türkiye'de, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan şirket türlerinden (kolektif, komandit, limited, anonim) birini kurabilecekleri gibi, Borçlar Kanunu'na göre adi şirket de kurabilirler. İkinci paragrafta, sözleşmeye dayalı olarak kurulan, ancak Türk Ticaret Kanunu'ndaki şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıkların adi şirket sayılacağı belirtilerek Kanun'un kapsamı geniş tutulmaya çalışılmıştır.

DYYK'dan önceki dönemde, yabancı yatırımcıların sadece anonim veya limited şirket kurarak faaliyette bulunmalarına izin verilmişti. Aslında böyle bir şart 6224 sayılı Kanun'da yer almamakla birlikte, tebliğle getirilmişti.

Önceki dönemde, yatırım yapacak yabancı yatırımcının en az 50.000 ABD Doları getirmesi; eğer iki yabancı yatırımcı varsa, bunların getirmiş oldukları sermayenin, sahip olunan oranlara bakılmaksızın en az 100.000 ABD Doları olması şartı aranmıştı. Yeni düzenleme ile yabancı yatırımcının Türkiye'de yatırım yapabilmesi için getirmesi gereken sermaye miktarına ilişkin böyle bir şart bulunmamaktadır. Ancak, yabancı yatırımcının kuracağı şirketle ilgili iç hukuk kurallarının aradığı sermaye koşulunun yerine getirilmesi gerekmektedir.

2. Eşit Muamele (Ulusal, Millî Muamele)

Yeni düzenlemede de, yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla eşit muameleye tâbi olacakları belirtilmiştir (m. 3(a)(2)). Eşit muamele ilkesinin bazı istisnaları bulunmaktadır. İlki, doğrudan yabancı yatırımcıların bilgi verme yükümlülüğüdür. İkinci olarak, aşağıda belirtileceği üzere, taşınmaz

ve sınırlı aynı hak edinme konusunda yabancı sermayeli şirketler için farklı ilke ve esaslar kabul edilmiştir. Bu istisnaların dışında, yerli yatırımcıların yararlanmış oldukları tüm haklardan yabancı yatırımcılar da yararlanabileceklerdir. Örneğin, yatırım teşviklerinden veya sübvansiyonlardan, şartlarını taşımaları halinde, yabancı yatırımcılar da yararlanabilirler. Aksi bir davranış, yabancı yatırımcılar aleyhine haksız rekabete neden olur.¹⁷

3. Kamulaştırma ve Devletleştirme

Kamulaştırma ve devletleştirme durumunda ilgililerin hakları Türk hukukuna göre zaten korunmakla birlikte,¹⁸

¹⁷ Doktrinde eşit muamele esasının, küçük ve orta ölçekli Türk işletmeleri açısından olumsuz sonuçlar doğurabileceği, doğrudan yabancı girişimin niteliğine göre bir ayırım yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, "Türkiye'den ihracat yapacaksa, yaptığı yatırım sayesinde istihdam artacaksa, üretimi artıracaksa veya yüksek teknolojinin yurda girmesini sağlayacaksa, bu gibi yatırımcılara karşı tüm teşviklerin herhangi bir kısıtlama olmaksızın Türk girişimcilerle eşit koşullarda sağlanması gerekir. Yabancı sermaye bu faydalardan hiçbirisini taşımıyorsa, Türkiye'de zaten üretimi bulunan, teknolojinin gelişmiş olduğu bir alanda bir yatırım yapmak istiyorsa, bu gibi yatırımlara sağlanacak teşviklerin, Türk girişimcilerin rekabet güçlerinin dünya piyasalarında korunabilmesi adına, kısıtlanmasında fayda" olabileceği belirtilmektedir (bkz. Demir Gökyayla, C./Süral, C., "4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, C. 6, S. 2, s. 141).

¹⁸ Türk Anayasası'nın 46. maddesinde kamulaştırma, 47. maddesinin ilk iki paragrafında ise devletleştirme düzenlenmiştir:

Madde 46: "Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.

İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple öden-

RIFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

DYYK'da da bu hakka yer verilmekle, bu husus teyit edilmiştir (m. 3(b)). Kanuna göre, yabancı yatırımların kamulaştırılması ve devletleştirilmesi üç şarta bağlı olarak mümkündür. Bu şartlar şunlardır:

1. Kamulaştırma veya devletleştirme mevzuata uygun gerçekleştirilecek,
2. Kamulaştırma veya devletleştirme kamu yararı gerekleri ile yapılacak ve
3. Kamulaştırılan veya devletleştirilen işletmelerin karşılıkları ödenecektir.

4. Transferler

Doğrudan yabancı yatırımlarla ilgili politikalar üretilirken en önemli köşe taşlarından birisi transferlerdir. DYYK'da da, önceki düzenlemede olduğu gibi elde edilen net değerlerin transfer edilebileceği taahhüt edilmiştir. Buna göre, "Yabancı yatırımcıların Türkiye'deki faaliyet ve işlemlerinden doğan net kâr, temettü, satış, tasfiye ve tazminat bedelleri, lisans, yönetim ve benzeri anlaşmalar karşılığında ödenecek meblağlar ile dış kredi anapara ve faiz ödemeleri, bankalar veya özel finans kurumları aracılığıyla yurt dışına serbestçe transfer edilebilir." (m. 3(c)). Önceki düzenlemeden tek fark, bankalar yanında özel finans kurumları aracılığıyla da belirtilen değerlerin transferine müsaade edilmiş olmasıdır.

5. Taşınmaz Edinimi

Yabancı yatırımcıların yapmış oldukları yatırımlar dolayısıyla Türkiye'de taşınmaz edinimleri mümkün değil-

memiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır."

Madde 47: "Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kaldığı hallerde devletleştirilebilir.

Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir."

dir. Yabancı yatırımcılar ancak, genel hükümler çerçevesinde Türkiye’de taşınmaz edinebilirler. Ancak, bunun istisnasını, Türk vatandaşları teşkil eder. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, belli durumlarda Türk vatandaşları da yabancı yatırımcı statüsünde Türkiye’de yatırım yapabilirler.

DYYK’nun orijinal halinde, 3. maddenin (d) bendine göre, yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının taşınmaz edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz veya sınırlı aynî hak edinmeleri serbest bırakılmıştır. Aslında bu şirketler Türk hukukuna göre kurulmaları ve idare merkezlerinin Türkiye’de bulunması nedeniyle Türk tâbiyetini taşıyan şirketlerdir. Böyle bir düzenleme olmasa dahi, yine aynı serbestinin var olduğu sonucu çıkmasına rağmen, DYYK’nun ilk halinde, doğrudan yabancı yatırımlar konusunda Türkiye’nin olumlu yaklaşımını göstermek amacıyla böyle bir hüküm sevk edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmü, Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁹ Anayasa Mahkemesi’ne göre, yabancı yatırımcıların taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak edinmelerine ilişkin yasal düzenlemede, taşınmazın ve/veya sınırlı aynî hakkın (1) iktisap amacı, (2) kullanım şekli ve (3) devrine ilişkin usul ve esasların belirtilmemesi Anayasa’nun 2. maddesine aykırı görülmüştür.²⁰ Yukarıda da belirtildi-

¹⁹ An. Mah., K.T. 11.03.2008, E. 2003/71, K. 2008/79; Karar metni için bkz. RG, 16.04.2008, S. 26849.

²⁰ “Hukuk devletin’in ... işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında millî ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenebilmesi için yabancı yatırımcıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hakların iktisap amacı, kullanım şekli ve devrine ilişkin esas ve usullerin Yasada belirlenmesi gerekirken bu yönde hiçbir düzenleme yapılmaması belirsizliklere yol açmakta ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak edinme olanağı tanımaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.”

Karar, 11 üyenin 6’sının kabulüyle alınmıştır. Diğer beş üye, çoğunluk görüşüne katılmamış ve katılmama gerekçelerini, karşı oylarında detaylı bir şekilde belirtmişlerdir.

RİFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

ği üzere, yabancı yatırımcının, –eğer Türk tâbiyetinde değilse– Türkiye’de taşınmaz edinmesi, genel düzenlemelere göre mümkündür. İptal edilen hüküm ise, yabancı yatırımcıların değil, yabancı yatırımcıların ortağı olduğu Türk şirketlerinin Türkiye’de taşınmaz veya sınırlı aynı hak edinmelerini düzenlemiştir. Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu iptal kararında, şirketin yabancı veya yerli olması ayırımı değil, *kontrol sistemini* dikkate almıştır.

Anayasa Mahkemesi, iptal nedeniyle doğacak hukuksal boşluğu, kamu yararını ihlal edici nitelikte gördüğünden, iptal hükmünün, kararın *Resmî Gazete’de* yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesini oybirliğiyle kararlaştırmıştır. Konu, 03.07.2008 tarih ve 5782 sayılı Kanun’la, Tapu Kanunu’nun 36. maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Tapu Kanunu’nun 36. maddesinin son fıkrasında, ilgili bakanlıkların görüşünün alınmasını müteakip Hazine Müsteşarlığı, İçişleri Bakanlığı, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ile Milli Savunma Bakanlığı tarafından, maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen bir yönetmeliğin hazırlanacağı hükme bağlanmıştır.²¹

Tapu Kanunu m. 36’nın ilk fıkrasına göre, yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketler, *ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını*²² yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı

²¹ Bu bağlamda, hazırlanan “*Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik*” [Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik], 12.11.2008 tarih ve 27052 sayılı *Resmî Gazete’de* yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, konuya ilişkin olarak, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Dairesi Başkanlığı’nın 20.11.2008 tarihli “*Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz ve Sınırlı Aynı Hak Edinimi*” konulu Genelgesi (Genelge 1668-2008/13) için bkz. <<http://www.tkgm.gov.tr/ana.php?Sayfa=icerikana&ICID=2&DID=205>>, (15.08.2009).

²² Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararında belirtilen eksiklikleri gidermek için, yabancı sermayeli şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebileceği şartı getirilmiştir. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu’nun 137. maddesinde, *ultra vires* ilkesi benimsenmiş olup, buna göre “*ticaret şirketlerinin ehliyeti, esas sözleşmelerinde belirtilen işletme mevzuu çevresi ile sınırlanmıştır; bunlar dışında kalan işlemler ise, şirketin hak ehliyeti dışında ve bu nedenle*

hak edinebilir ve kullanabilirler. Aynı fıkra hükmüne göre, yabancı sermayeli şirketin elde ettiği taşınmazı başka bir yabancı sermayeli şirkete devretmesi ya da taşınmaz sahibi yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelmesi halinde de aynı esas geçerli olacaktır.

Madde 36/II'de, taşınmazın bulunduğu yere göre izin verecek makamlar da belirtilmiştir. Buna göre, bu şirketlerin askerî yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ve Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nun 28. maddesi çerçevesinde belirlenen stratejik bölgelerdeki taşınmaz edinimleri, Genel Kurmay Başkanlığı'nun ya da yetkilendireceği komutanlıkların, özel güvenlik bölgelerindeki taşınmaz edinimleri ise taşınmazın bulunduğu yerdeki valiliğin iznine tâbidir. Ancak, Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmeliğe bakıldığında, usulün biraz farklı düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu Yönetmeliğin 5. maddesinde, talebin, istenen bilgi ve belgelerle²³ valiliğe yapılacağı ve valiliğin de talebin şirketin faaliyet konusu içinde olup olmadığını sanayi ve ticaret il müdürlüğünden; taşınmazın askerî yasak bölge, askerî güvenlik bölgesi veya stratejik bölgede kalıp kalmadığını Genel Kurmay Başkanlığı'ndan veya Genel Kurmay Başkanlığı'nun yetkilendireceği komutanlıklardan; taşın-

yok hükmünde sayılmaktadırlar." (Yıldız, B., "TTK Tasarısı'nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki "Ultra Vires" Sınırlamasının Yerindeliliğinin Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 55, S. 1, s. 322). Doktrinde çeşitli açılardan eleştirilen (bkz. Yıldız, s. 323 vd.) bu ilkeye TTK Tasarısı'nda yer verilmiştir. *Ultra vires* ilkesi hakkında bilgi için bkz. Yıldız, B., "AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti ("Ultra Vires" İlkesi)", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2006, C. 23, S. 3, s. 185-206; Yıldız, B., "Şirketlerin Ehliyetine İlişkin Olarak Özellik Arz Eden Bazı Hukukî İşlem ve Sözleşmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2006, S. 2, s. 55-86.

Şu hâlde, Tapu Kanunu'nun 36. maddesinde ortaya konan *ana sözleşmede belirtilen faaliyet konuları kıstası* pozitif düzenlemeler açısından yabancı ya da yerli sermayeli ayırımı yapılmaksızın tüm ticaret şirketleri için zaten aranan bir şarttır. Tapu Kanunu'nun 36. maddesinde belirtilen bu şart, *ultra vires* ilkesine yer vermeyen TTK Tasarısı'nın kanunlaşması halinde önem taşıyacaktır.

²³ İstenen bilgi ve belgeler için bkz. Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik m. 4.

RİFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

mazın özel güvenlik bölgesinde kalıp kalmadığını ise, Emniyet Genel Müdürlüğü'nden soracağı hükme bağlanmıştır. Bu bölgelerden hiçbirine girmeyen taşınmaz mülkiyeti edinim talebi, şirketin faaliyet konusuna ilişkin olarak sanayi ve ticaret il müdürlüğünden gelecek görüş çerçevesinde valilik tarafından sonuçlandırılır (Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik m. 6); görüldüğü üzere m. 6'da hassas bölgelere girmeyen alanlara ilişkin taleplerin değerlendirilmesinde ülke güvenliği kıstasına yer verilmemiştir (krş. Tapu Kanunu m. 36/II, son c.). Askerî yasak bölge, güvenlik bölgeleri veya stratejik bölgeler içinde kalan taşınmazlarla ilgili olarak valilik, Genel Kurmay Başkanlığı'nun veya yetkilendireceği komutanlıkların görüşleri uyarınca karar verir (Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik m. 7(1)). Askerî makamlar konuyu, ülke güvenliği açısından değerlendirerek görüş bildireceklerdir. Valilik, askerî makamların görüşü olumlu olsa bile, talebin şirketin faaliyet konusuna uygun olup olmadığı yönünde değerlendirme yapmak durumundadır. Uygulamada askerî makamların olumsuz görüş bildirmeleri halinde, valiliğin talebi reddettiği görülmektedir. Edinimi talep edilen taşınmazın özel güvenlik bölgesi içinde kalması halinde valilik bünyesinde bu amaçla oluşturulan komisyon,²⁴ talebi ülke güvenliği ve şirketin faaliyet konusu çerçevesinde değerlendirerek sonuçlandıracaktır.

Sınırlı aynı hak edinimiyle ilgili daha basit bir süreç kabul edilmiştir. Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmeliğin 9. maddesine göre, yapılan başvuru üzerine valilik, talebin şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konusu çerçevesinde olup olmadığını sanayi ve ticaret il müdürlüğünden ta-

²⁴ Komisyonun oluşumu, çalışma usulü ve esasları, Yönetmeliğin 10. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre komisyon, ilgili kadastro müdürlüğünün, defterdarlığın, sanayi ve ticaret il müdürlüğünün, il emniyet müdürlüğünün, garnizon komutanlığının yetkili temsilcilerinden oluşmaktadır. Görüldüğü üzere, oluşturulacak komisyonda, Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca kendilerinden bilgi istenecek resmî makamların temsilcileri de yer almaktadır.

lep eder. Valilik, gelecek cevaba göre talebi karara bağlayacaktır.²⁵

Tapu Kanunu'nun 36. maddesinin üçüncü fıkrasında, kanun hükümlerine aykırı edinildiği veya kullanıldığı tespit edilen taşınmazların ve sınırlı aynî hakların, Maliye Bakanlığı'nca verilecek süre içerisinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde, tasfiye edilerek bedele çevrileceği ve bedelin hak sahibine ödeneceği ifade edilmiştir. Buna ilişkin usul ve esaslar ise Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmeliğin 13 ve 14. madde hükümlerinde detaylı bir şekilde hükme bağlanmıştır.

Hukukî çerçevesini çok genel bir şekilde çizdiğimiz bu konuya ayrıntılı olarak değinilmeyecek olmakla birlikte²⁶ bazı noktaların belirtilmesinde fayda bulunmaktadır. İlk olarak, taşınmazın sayılan hassas bölgelerde olması hali, tek başına talebin reddi nedeni değildir; bunun yanında, taşınmazın ediniminin, yetkili kılınan kurumlarca ülke güvenliği açısından sakıncalı bulunması veya şirketin faaliyet konusu içinde olmaması gerekmektedir. Değinishmesi gereken ikinci bir husus ise, Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmeliğin, Tapu Kanunu m. 36'nın kapsamını genişletmiş olduğudur. Madde 36'nın birinci fıkrasında, yabancı sermayeli şirketin taşınmaz edinmesine ilişkin esaslar belirlenmiş ve yabancı sermayeli şirket elinde bulunan taşınmazların başka bir yabancı sermayeli şirkete devri ile taşınmaz maliki yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli bir şirket haline gelmesi durumunda da aynı esasların geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Yönetmelikte bu hususların yanı sıra, yabancı sermayeli bir şirkete yeni yabancı ortağın iştirak etmesi halinde de durumun değerlendirilmesi ve karara bağlanması gerektiğini ortaya koyan hükümler getirilmiştir (Taşınmaz Edinimi-

²⁵ Yabancılar lehine taşınmaz mal üzerinde rehin hakkı tesis edilmesi için Tapu Kanunu m. 35'de bir sınırlama getirilmemiştir. Buna karşılık Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik'te yabancı sermayeli Türk şirketleri aleyhine neden böyle bir ayırım yapıldığı anlaşılammaktadır.

²⁶ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. aşağı. Prof. Dr. Fügen Sargın'ın tebliği.

RİFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

ne İlişkin Yönetmelik m. 12). Bu düzenlemeler, bazı devletlerin tâbiyetini taşıyan kişilerin ortağı olduğu Türk şirketlerinin farklı muameleye tâbi tutulabilmesine imkan sağlamaktadır. Böyle bir sonuç, Türkiye açısından, tarafı olduğu iki taraflı uluslararası sözleşmeler düşünüldüğünde bazı sıkıntılar doğurabilir.

Son olarak, aşağıda belirtileceği üzere, DYYK m. 5(d)'de, DYYK hükümlerinde yapılacak değişikliklerin, ancak DYYK'ya hüküm eklenmek veya DYYK'da değişiklik yapılmak suretiyle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükme rağmen, yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinmelerine ilişkin düzenlemenin Tapu Kanunu'nda yer alması, anayasal anlamda bir sakınca doğurmamakla birlikte, kanun koyucunun, öncesinde yapmış olduğu taahhüde riayet etmemiş olması eleştiriye açıktır.

Sonuç olarak, Tapu Kanunu m. 36 ve ilgili Yönetmeliğin yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinimi konusunda izin ve denetim sistemi getirdiğini söyleyebiliriz.

DYYK'nın yürürlükten kaldırılan hükmünde olduğu gibi, Tapu Kanunu m. 36'da da yabancı yatırımcıların açmış oldukları şubelerin taşınmaz veya sınırlı aynı hak edinmelerine ilişkin hükümlere yer verilmemiştir.

6. Uyuşmazlıkların Çözümü

1999 yılından evvel, Türkiye'nin devlet olarak taraf olduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için tahkim yoluna gidilebilmesi birtakım anayasal engellerle karşılaşmıştır. Her şeyden evvel, Anayasa hükmü gereği imtiyaz sözleşmelerini incelemekle yükümlü olan Danıştay tahkim şartını kabul etmemiştir. Bunun doğal sonucu olarak da, imtiyaz sözleşmeleri kapsamında yeteri kadar yabancı yatırım gelmemiştir.

13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin

Kanun'la²⁷ getirilen değişikliklerle, devletin taraf olduğu bazı anlaşmalarda uluslararası tahkime gidebilme imkânı getirilmiştir. Söz konusu değişikliği getiren Kanun'un 2. maddesi ile Anayasa'nın 125. maddesinin ilk fıkrasına "*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.*" hükmü eklenmiş ve 3. maddesi ile Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrası "*Danıştay, ... , kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, ... , idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.*" şeklinde değiştirilmiştir.

Söz konusu hükümler karşısında devletin taraf olduğu yabancı unsurlu sözleşmeler için tahkim kaydının konulabilmesi mümkün olmuştur. Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri ile ilgili tahkim kaydını olumsuz değerlendirmesinin anayasal dayanağı ortadan kalktığından, "*inceleme*" yapma yetkisi "*düşüncesini bildirmek*" şeklinde değiştirilmiştir. Uygulamada yine de, Danıştay'ın konuya ilişkin görüşlerinin, imtiyaz sözleşmeleri akdedilirken dikkate alındığını ve söz konusu sözleşmelerin bu görüşler doğrultusunda imzalandığını ifade etmek gerekir.

DYYK'da da uyuşmazlıkların çözüm yöntemine ilişkin düzenleme getirilmiştir. Buna göre, "*Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, millî veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.*" (m. 3(e)).

Kanun, özellikle imtiyaz sözleşmelerine ilişkin çözüm yöntemini genişleterek, sözleşme tarafı idareyi rahatlatacak

²⁷ RG, 14.08.1999, S. 23786.

RİFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

bir hüküm sevk etmiştir. Şöyle ki, Anayasa'nun 125. maddesinin ilk fıkrası ile 4501 sayılı Kanun²⁸ uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak sadece tahkimden bahsetmesine karşılık, söz konusu hüküm tahkim dışındaki alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulabilmesine de imkân tanımaktadır. Böylece taraflar, tahkim yolunu öngörmeksizin veya tahkim yoluna başvurulmasından evvel bir ön koşul olarak uzlaştırma yöntemini aralarında yapacakları imtiyaz sözleşmesinde öngörebilirler.

Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal davasında, davacı bu bendin iptalini de talep etmiştir.

Davacı, Anayasa'nun 125. maddesinde, sadece kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümünün düzenlendiğini, oysa iptali istenen bend hükmünde, idare ile yatırımcı arasındaki özel hukuka tâbi yatırım sözleşmelerinin de kapsama alındığını ve bu yüzden bendin Anayasa'nun 125, 2 ve 11. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, tahkim anlaşmasının tarafların ihtiyarında olduğunu ve mevcut mevzuat çerçevesinde yapılabileceğini, Anayasa'nun hiçbir hükmünde, özel hukuka tâbi yatırım uyuşmazlıkları için tahkime başvurulmasının engellenmediğini ifade ederek iptal talebinin reddine karar vermiştir.²⁹ Anayasa Mahkemesi, kararın-

²⁸ 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyuşması Gereken İlkelere Dair Kanun, RG, 22.01.2000, S. 23941.

²⁹ Hükmün iptali talebi oy çokluğuyla reddedilmiş; bir üye muhalif kalmıştır. Azlık oyunda, çoğunluğun görüşüne katılmama gerekçesi şu şekilde belirtilmiştir:

"... iptali istenen kuralla özel hukuka tabi yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü yönünden yargı yolunun ve doğal yargıç ilkesinin tarafların anlaşmasıyla sınırlandırılmasına neden olunmaktadır. Ayrıca yetkin temyiz incelemesi hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucu olduğundan, hak arama özgürlüğünün boyutu ve kapsamının bu nedenle de daraltılmayacağı kuşkusuzdur. Dahası yargı yerlerinin ve yargı yolunun, bireylerin istençleriyle tamamen silinmesinin anayasal ilkelerle örtüşmesi olanaksızdır.

Açıklanan nedenlerle 4875 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (e) bendi bu

da, ayrıca bend hükmünün Anayasa'nın 2 ve 11. maddesiyle bir ilgisinin görülmediğini de belirtmiştir.

7. Nakit Dışı Sermayenin Değer Tespiti

DYYK, sermaye olarak konulan nakit dışı değerlerin nasıl hesaplanacağını da hükme bağlamıştır. Buna göre, nakit dışı sermayenin değer tespiti Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre yapılacaktır. Yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin sermaye olarak konması halinde, bunların değer tespiti için menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmeleri esas alınacaktır (m. 3(f), 2. c.). DYYK'nın kabulünden önce, nakit dışı sermayenin değer tespiti idare tarafından atanan eksperler tarafından yapılmaktaydı.³⁰

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan iptal başvurusunda, DYYK'nun m. 3(f)'nin ikinci cümlesinin de Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Davacı, "yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde, bunların değerlendirmelerinin menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmelerinin esas alınması suretiyle yapılmasının, Türk mahkemelerinin ve hakimlerin bağımsızlığını zedeleyeceği; hakimlerin uygun gördükleri kişileri bilirkişi olarak seçmemeleri ve verecekleri kararda dava konusu (f) bendinde tanımlanan makam, bilirkişi ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmelerini esas almak zorunda bırakılmalarının Anayasa'nın 6, 9 ve 138. maddelerine" aykırı olacağını ileri sürmüştür.

yönden Anayasa'nın 9., 16., 13., 36., 37. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. ..."

³⁰ Tebliğ m. 10.

RİFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

Anayasa Mahkemesi, söz konusu yabancı makamlarca yapılacak değer tespit ve değerlendirmelerin, Türk mahkemelerini bağlamayacağını ifade ederek, talebi oy birliğiyle reddetmiştir.

8. Yabancı Personel İstihdamı

Türkiye'de yabancı personelin istihdamı genel olarak 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun³¹ ve bu Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nde³² düzenlenmiştir. Mevzuatta bu genel düzenlemenin istisnaları da bulunmaktadır. Bazı doğrudan yabancı yatırımlarda çalıştırılacak kilit personelin istihdamı bu istisnalardan biridir.

DYYK'da yabancı sermayeli kuruluşlarda yabancı personel çalıştırma ile ilgili yeni düzenlemeler getirilmiştir (m. 3(g)). Buna göre, *özellik arz eden yabancı doğrudan yatırımlarda* ve irtibat bürolarında kilit personel niteliğini haiz *yabancı uyruklu personel* çalıştırılabilmesi mümkündür.

Önceki uygulamadan farklı olarak, bu personelin izinleri artık Hazine Müsteşarlığı'ndan değil, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan alınması gerekmektedir. DYYK'dan önce, yabancı sermayeli kuruluşta çalışacak olsun olmasın tüm yabancıların çalışma izinleri, Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nden verilmiştir.

Konuya ilişkin usul ve esaslar, Kanun hükmü gereği Hazine Müsteşarlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nun birlikte hazırladıkları, Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik'te³³ belirlenmiştir. Yönetmelik'te, konuya ilişkin kavramların kapsamı belirlendikten sonra, kapsam içindeki izin başvuruların nasıl yapılacağı ve bunun esasları düzenlenmiştir.

³¹ RG, 06.03.2003, S. 25040.

³² RG, 29.08.2003, S. 25214.

³³ RG, 20.08.2003, S. 25205.

Yabancı doğrudan yatırımlarda personel istihdamı ile ilgili olarak DYYK'da bazı istisnaî hükümler getirilmiştir. Bu istisnalardan ilkinine göre, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 14. maddesinde yer alan, izin isteminin veya süre uzatım isteminin reddi nedenleri arasında sayılan *"Başvurulan iş için ülke içinde, dört haftalık süre içerisinde o işi yapacak aynı niteliğe sahip kişinin"* bulunması şartı aranmayacaktır.

Getirilen istisnalardan ikincisi ise, 4817 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrası ile ilgili düzenlemenin Yönetmelikle yapılacağına ilişkin düzenlemedir.³⁴ Yabancı Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik, konuyu, 14. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre:

"Özellik arzeden doğrudan yabancı yatırımlarda mesleki eğitim alanı dışındaki bir görevde istihdam edilecek yabancı uyruklu kilit personel için, ilgili mercilerden mesleki yeterlilik konusunda görüş alınmaz.

Bu kişiler; Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde öngörülen mesleki yeterlilik istem ve yeterlilik prosedürleri ile lisans istem ve prosedürlerine tabi değildirler."

Böylece, özellik arz eden yabancı doğrudan yatırımlarda, kilit personelin, eğitim alanları dışında çalışabilmelerine de imkân tanınmıştır.³⁵

9. Değişiklik Taahhüdü

DYYK'nun 5. maddesinin (d) bendi, *"Bu Kanun hükümlerine ilişkin değişiklikler, ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir."* hükmünü ta-

³⁴ Söz konusu hüküm şu şekildedir: *"Yabancılar, bu Kanunla getirilen koşullara bağlı olarak çalışabilecekleri meslek, sanat veya işlerle ilgili çalışma izinleri, ilgili mercilerin mesleki yeterlilik dahil görüşleri alınmak suretiyle Bakanlıkça verilir."*

³⁵ Tekinalp, G., *Türk Yabancılar Hukuku*, B. 8, İstanbul 2003, s. 155.

şımaktadır. Kanun koyucu yabancı yatırımcılar lehine, daha önce mevzuatımızda görmeye alışık olmadığımız bir taahhütte bulunmuştur.

Anayasa hukuku açısından bu düzenlemenin bağlayıcılığı tartışılabilir ise de, kanun koyucunun DYYK'da verilmiş olan taahhütler ve haklar konusunda iyi niyetini göstermesi açısından önemsenmesi gereken bir düzenlemedir. Benzer bir hükmün uluslararası bir sözleşmede yer alması hâlinde değiştirilmesi, ancak tarafların iradesiyle mümkün olması nedeniyle bir öneme sahiptir. Oysa bir kanun olarak bu hükmün, kanun koyucuyu bağlayacağını söyleyebilmek güçtür.

Yukarıda belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin yabancı sermayeli şirketlerin Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinmelerini serbest bırakan DYYK m. 3(d) hükmünü iptal etmesinden sonra, yeni düzenleme Tapu Kanunu'nun 36. maddesine alınmıştır. Dolayısıyla, DYYK'nın 5. maddesindeki taahhüde aykırı bir düzenleme yapılmıştır.

E. İrtibat Bürosu Faaliyetleri

İrtibat bürosuyla ilgili DYYK'da tek hüküm bulunmaktadı. Bunun yanında, Yönetmeliğin "İrtibat Büroları" başlıklı üçüncü bölümü konuya ilişkin ayrıntılı hükümler getirmiştir.

İrtibat bürosu faaliyetinde iki temel şart bulunmaktadır. Bunlar:

- İrtibat bürosunun tüm masrafları yurt dışından döviz olarak getirilmelidir. İrtibat bürolarının, faaliyetlerine ilişkin olarak her yıl vermek zorunda oldukları Bilgi Formunda, büronun geçmiş yıl harcamalarının yurt dışından gönderilen dövizlerle karşılandığına ilişkin belgelerin de eklenmesi gerekmektedir (Yönetmelik m. 8(b), 2. c.).

- İrtibat bürosu hiçbir ticarî faaliyette bulunamaz (m. 2(h); Yönetmelik m. 6/I). Ancak, verilen izin konusu içindeki faaliyetleri yapabilir; bu bağlamda, irtibat bürosunu kuran yaban-

cı şirketin Türkiye'deki alıcı ve/veya satıcıları arasında teması sağlayabilir; yapılan işlemleri takip edebilir.³⁶

Ayrıca, irtibat büroları, kapanış ve tasfiye halinde oluşan bakiye haricinde, kâr ve benzeri transfer talebinde bulunamazlar (Yönetmelik m. 8(d), son c.).

1. İrtibat Bürosu Kurma Talebi

İrtibat bürosu faaliyetlerine DYYK ile de izin verilmiştir; ancak bunlar için izin şartı kaldırılmamış olup, hem kuruluş hem de süre uzatımı için Hazine Müsteşarlığı'na müracaat edilmesi gerekmektedir. DYYK'nun 3. maddesinin "İrtibat büroları" başlıklı (h) fıkrası hükmüne göre, "Müsteşarlık, yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere, Türkiye'de ticari faaliyette bulunmamak kaydıyla irtibat bürosu açma izni vermeye yetkilidir."

Önceki düzenlemeden farklı olarak, DYYK'nun ifadesine göre, "yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere" irtibat bürosu açma izni verilebilecektir. Daha önce, irtibat bürosu açma konusunda Tebliğ hükmü, "dışarıda yerleşik kuruluşlar"³⁷ ifadesini kullanmıştır. Tebliğin bu geniş ifadesi uyarınca, yurt dışında bulunan bazı yabancı vakıflara da irtibat bürosu açma izni verilebilmiştir. Yeni düzenlemenin söz konusu hükmü karşısında, DYYK kapsamında şirket olmayan kuruluşların Türkiye'de irtibat bürosu açmaları mümkün gözükmemektedir. Şirket olmayan kuruluşlar hakkında, ilgili mevzuat hükümlerine bakmak gerekir.

Yönetmeliğin 6. maddesinin ikinci fıkrası, irtibat bürosu kurulmasına ve süre uzatımına ilişkin başvuruların, istenilen bilgi ve belgelerin tam ve eksiksiz olması şartıyla beş iş günü içinde sonuçlanacağını hükme bağlamıştır. Aynı maddenin son fıkrası, "Yabancı şirketlerin, para ve sermaye piyasala-

³⁶ Demir Gökyayla/Süral, s. 160.

³⁷ Dışarıda yerleşik kuruluşlar, YŞÇK'nun 2. maddesinde "... yabancı ülkelerde, bu ülkelerin kanunlarına göre teşekkül etmiş tüzel kişiler ..." olarak tanımlanmıştır.

RİFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

rı, sigortacılık gibi özel mevzuatı bulunan alanlarda faaliyette bulunmak amacıyla irtibat bürosu açma talepleri, ilgili özel mevzuatı çerçevesinde yetkili kılınan kurum veya kuruluşlarca değerlendirilir." hükmünü taşımaktadır. Yönetmelik böylece, özel mevzuatı bulunan alanlar için, yetkili kılınan kurum ve kuruluşların değerlendirmelerinin alınması şartını getirmiştir.

2. Başvuruda Aranılan Belgeler

Türkiye'de irtibat bürosu açmak için gerekli belgelerle Hazine Müsteşarlığına başvurulması gerekmektedir. İrtibat bürosu kurmak için başvuruya eklenecek belgeler, daha önce Tebliğde düzenlenmişken, şimdi Yönetmeliğin 7. maddesinde sıralanmıştır. Bu belgeler şunlardır:

- Ana şirkete ait ve ilgili Türk konsolosluga veya Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı tarafından hazırlanan Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin 05 Ekim 1961 Tarihli Lahey Sözleşmesi³⁸ hükümlerine göre tasdik edilmiş faaliyet belgesi aslı,

- Ana şirket hakkında hazırlanmış Faaliyet Raporu veya bilanço ve gelir tablosu,

- İrtibat bürosunun faaliyetlerini yürütmekle görevli olarak atanacak kişiye verilecek yetki belgesi aslı,

- İrtibat bürosunun kuruluş işlemlerinin başka bir kimse aracılığı ile yürütülmesi durumunda vekâletname aslı.

Tebliğde, başvuru sırasında sayılan bu belgelerin yanında "*Türkiye'deki irtibat bürosunun yapacağı işler, çalıştırılacak personel sayısı, bir yıl içinde yapılacak masraflar hakkında ayrıntılı bilgi*"ler de aranmakla birlikte, Yönetmelikte bu konuya ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak, Yönetmeliğin

³⁸ RG, 16.09.1984, S. 18517; Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=41>, (04.01.2004); Sözleşmeye taraf olan devletler için bkz. <http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.authorities&cid=41#T>, (04.01.2004).

8. maddesinin (b) fıkrasına göre, irtibat bürolarının her yıl en geç Mayıs ayının sonuna kadar Hazine Müsteşarlığına göndermeleri gereken, İrtibat Bürolarının Faaliyetlerine İlişkin Bilgi Formu'nda bu konulara ilişkin de bilgiler istenmektedir. İşin tabiatı gereği, yapılacak başvurular sırasında bu bilgilerin de verilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

3. Faaliyet İzni

İrtibat bürosu açma talebi üzerine en fazla 3 yıl için faaliyet izni verilir. İrtibat bürolarının süre uzatımlarında, geçmiş yıl faaliyetleri ile geleceğe yönelik plân ve hedefleri dikkate alınarak, her defasında en fazla 3 yıl olmak üzere süre uzatımı izni verilebilir (Yönetmelik m. 8(c)).

Müsteşarlık, mevzuata aykırı davrandığı tespit olunan irtibat bürolarının kuruluş izinlerini iptal edebilir ve iptal kararını ilgili mercilere bildirir (Yönetmelik m. 8(e)). Ancak, iptal kararının haksız olduğunu düşünen taraf, karar aleyhine, idarî yargıya başvurabilir.

4. Bildirim Yükümlülükleri

Kuruluş izni alan irtibat büroları, vergi dairesine kayıt olduktan sonra kayıt belgesinin bir örneğini en geç bir ay içinde Hazine Müsteşarlığı'na gönderirler. İrtibat bürolarının, değiştirmeleri durumunda yeni adreslerini de en geç bir ay içinde Genel Müdürlüğe bildirmeleri gerekmektedir (Yönetmelik m. 8(a)).

İrtibat büroları ayrıca, her yıl en geç Mayıs ayı sonuna kadar, büronun geçmiş yıl faaliyetleri hakkında, Yönetmelik ekinde yer alan "*İrtibat Bürolarının Faaliyetlerine İlişkin Bilgi Formu*"nu doldurarak Müsteşarlığa göndermelidir (Yönetmelik m. 8(b)).

İrtibat bürolarının faaliyetlerini sona erdirmesi durumunda kapatma işlemi için, ilgili vergi dairesinden alınacak

iş bırakma-yoklama fişi Hazine Müsteşarlığı'na gönderilir (Yönetmelik m. 8(d)).

Sonuç

Türkiye'ye, daha fazla doğrudan yabancı yatırım çekebilme için hukukî birçok düzenleme yapılmıştır. Ancak, başka faktörlerin etkisi ile ülkeye istenilen düzeyde doğrudan yabancı yatırım çekilememiştir. Nihayet, doğrudan yabancı yatırımlar konusunda anlayış değişikliğini ifade etmek üzere, yeni bir yasal düzenleme yapma ihtiyacı hissedilmiş ve doğrudan yabancı yatırımcılar için bir manifesto niteliğine sahip olan DYYK, 2003 yılının Haziran ayında yürürlüğe konulmuştur.

DYYK, "yabancı yatırımcı", "doğrudan yabancı yatırım" kavramlarına ve yabancı yatırımın Türkiye'de faaliyet şekillerine ilişkin modern anlayışa uygun düzenlemeler getirmiştir.

DYYK'nın kabul ettiği en radikal değişiklik, doğrudan yabancı yatırımların kuruluş ve faaliyetleri sırasında aranan bazı izin ve onay alma zorunluluklarının, irtibat büroları haricinde kaldırılmış olmasıdır.

Bu itibarla, artık yabancı yatırımcılar Türkiye'de istedikleri şekilde ve sektörde faaliyette bulunabilirler. Ancak, irtibat bürolarının açılışlarında izin almaları gerektiği gibi, süre sonunda izin sürelerinin tekrardan uzatılması gerekmektedir.

DYYK genel bir düzenleme olarak, bu serbestiyi kabul etmiş olmasına rağmen, yabancı yatırımcının faaliyette bulunmak isteği sektörü düzenleyen özel hükümlere de bakılması gerekmektedir. Çünkü DYYK özel düzenlemelerdeki hükümleri bertaraf etmemektedir.

İzin ve onay sistemi yerine, istatistiksel verilerin oluşturulabilmesi amacıyla bilgilendirme sistemi kabul edilmiştir. Bu amaçla, Hazine Müsteşarlığı'na bazı yetkiler verilirken, yabancı yatırımcılara da bazı yükümlülükler yüklenmiştir.

DYYK'da yabancılara verilen taahhütler tek tek sayılmıştır. Taahhüt edilen bu hakların çoğunluğunun, Türk hukukuna göre zaten mevcut olmasına rağmen, burada da belirtilmesi Türkiye'nin yabancı yatırımlar konusundaki isteğini göstermesi açısından önemlidir.

Bu bağlamda, yabancı yatırımcılara, yerli yatırımcı ile eşit muamelede bulunma; kamulaştırma ve devletleştirmenin şartları; yatırım dolayısıyla elde edilen gelirleri transfer edebilme; uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak, özellikle kamu imtiyaz sözleşmelerinde tahkime veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurabilme ve yabancı yatırımlarda yabancı personel istihdam edebilme konularında çeşitli taahhütlerde bulunulmuştur.

DYYK'nun orijinal halinde, Türk vatandaşlarının edini mi konusunda yasaklama olmayan yerlerde yabancı sermayeli şirketlerin de taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebilecekleri belirtilmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, 2008 yılında, bu hükmün Anayasaya aykırı olduğunu belirterek iptaline hükmetmiştir.

Konu, Anayasa Mahkemesi'nin kararına uygun bir şekilde Tapu Kanunu'nun 36. maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Yine Tapu Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca, uygulama usul ve esaslarını düzenlemek üzere Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik ihdas edilmiştir. Tapu Kanunu'nun 36. maddesi ve Yönetmelik, yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hak edinmeleri konusunda izin ve denetim sistemini kabul etmiştir.

Tüm bu taahhütlerin yanında, yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılmak istenmesi halinde, bu kıymetlerin değer tespiti yöntemine ilişkin uluslararası anlayışa uygun bir yöntem öngörülmüştür. Buna göre, bu değerler, menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslara-

RİFAT ERTEN'İN
TEBLİĞİ

rası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmeleri esas alınacaktır.

DYYK 2003 yılının Haziran ayında yürürlüğe girmiştir. O zamandan, 2007 yılı sonuna kadar, DYYK'nun sağladığı liberal ortam sayesinde, Türkiye'ye önemli miktarda yabancı sermaye girişi olmuştur. Miktarın yüksek olmasında özelleştirme uygulamalarının ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu elinde bulunan şirketlerin satışının da payı bulunmaktadır. Ancak, 2008 yılında etkisini ciddi şekilde hissettiren küresel kriz nedeniyle, tüm dünyada olduğu gibi, Türkiye'ye gelen yabancı yatırımlarda da bir gerileme görülmektedir.³⁹ Krizin bitmesine kadar gerilemenin devam edeceği tahmin edilmektedir.

³⁹ Dünyada doğrudan yabancı yatırımlar, 2007 yılında 1,8 trilyon USD ile en üst seviyeye ulaşmasına rağmen, 2008 yılında %21,7'lik bir gerileme görüldü. Paralel şekilde Türkiye'deki doğrudan yabancı yatırımlar, 2007 yılında 22 milyar USD ile en yüksek seviyeye ulaşmasına rağmen, 2008'de bu miktar 18 milyar dolarda kaldı; yani %20 dolaylarında bir gerileme görülmektedir (bkz. Kızılot, Ş., "Kriz, Yabancı Sermaye Yatırımlarını da Etkiledi", *Hürriyet Gazetesi*, 07.04.2009; yazı için bkz. <<http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=11379764&ya zarid=82& tarih=2009-04-07>>, (10.07.2009).

**TAPU KANUNU'NDA YAPILAN
SON DEĞİŞİKLİKLER İŞİĞİNDA
YABANCILAR İLE YABANCI YATIRIMCILARIN
TÜRKİYE'DE TAŞINMAZ MAL EDİNMELEİ VE
SINIRLI AYNİ HAKLARDAN YARARLANMALARI**

Prof. Dr. Fügen SARGIN*

Giriş

Yabancıların Türkiye'de taşınmaz mal edinebilmeleri, Türk yabancılar hukuku alanında en çok tartışılan, 1980'li yıllardan başlayarak çeşitli gerekçelerle, kanun koyucunun düzenlemesine ve Anayasa Mahkemesi'nin müdahalesine defalarca maruz kalan bir *hakkın* konusu olarak¹ dikkat çekmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilen 1984 tarihli ve 3029 sayılı Kanun² bir yana bırakılacak olursa, taşınmaz mal

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBÜĞİ

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Mülkiyet hakkının, "temel insan hakları" arasındaki yeri hakkındaki çeşitli görüşler için bkz. Güney Dinç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, Ankara 2007, s. 1-3; İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı dışında, mülkiyet hakkını kişinin sahip olması gereken temel insan hakları arasında sayan insan hakları konulu bir milletlerarası metnin mevcut olmadığı hakkında bkz. H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul 2009, s. 3-4; 1982 Anayasası'nın 35. maddesinin mülkiyet hakkını sosyal bir hak mı yoksa ekonomik bir özgürlük olarak mı düzenlediği hakkındaki tartışmalar ve Anayasa Mahkemesi'nin yorumu için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, B. 6, İstanbul 2002, s. 450 vd.

² 21 Haziran 1984 tarihli ve 3029 sayılı, "2644 sayılı ve 22 Kasım 1964 tarihli Tapu Kanunu'nun 35. maddesi ile 442 sayılı ve 18 Mart 1924 tarihli Köy Kanunu'nun 87. Maddesine Birer Fıkra Eklenmesi Hakkında Kanun": RG, 28 Haziran 1984, S. 18445; Kanun'un verdiği yetkiye da-

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

edinme hakkının "sınırlarını" belirleyen "genel ilkeler"i içeren 22 Aralık 1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu³ sırasıyla, 03 Temmuz 2003 tarihli ve 4916 sayılı,⁴ 29 Aralık 2005 tarihli

yanarak çıkarılan 31 Temmuz 1984 tarihli ve 84/ 8359 sayılı "Yabancı Hakiki Şahısların Mütakabiliyet Şartı Aranmaksızın Türkiye'de Gayrimenkul Edinmeleri Hakkında Esaslara Dair Bakanlar Kurulu Kararı" için bkz. RG, 21 Ağustos 1984, S. 18496; Sözü edilen Kanun'a dair Anayasa Mahkemesi'nin 13 Haziran 1985 tarihli ve E. 1984/14, K. 1985/7 sayılı iptal kararı için bkz. RG, 24 Ağustos 1985, S. 18852; Adı geçen mevzuat hükümleri ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile ilgili ayrıntılı bir açıklama için bkz. Fügen Sargın, *Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmaları*, Ankara 1997, s. 119 vd.(Taşınmaz)

³ RG, 29 Aralık 1934, S. 2892.

⁴ Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığı'nın Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 19 metni aynen şöyle idi: "Karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde taşınmaz edinebilirler. Karşılıklılık ilkesinin uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına veya yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına veya ticaret şirketlerine de tanınması esastır.

"Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmazlar ile kanunî kısıtlamalara tâbi alanlardaki taşınmazlar, intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilir ve bedele çevrilir.

"Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin otuz hektardan fazla taşınmaz edinebilmesi Bakanlar Kurulunun iznine tâbidir. Kanunî miras yoluyla intikal eden taşınmazlar için bu hüküm uygulanmaz. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin, kanunî miras dışında ölüme bağlı tasarruflar yoluyla otuz hektardan fazla taşınmaz edinebilmesi de Bakanlar Kurulunun iznine bağlıdır. İzin verilmez ise, fazla miktar tasfiye edilerek bedele çevrilir.

"Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine, taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hak tesis edilmesi halinde karşılıklılık şartı aranmaz.

"Kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından, bu maddenin uygulanmaya çağrı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir." Kanun metni için bkz. RG, 19 Temmuz 2003, S. 25173; Kanun hakkında bir tahlil için bkz. Banu Şit, "Son Değişikliklere Göre Yabancıların Türkiye'de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Mülkiyet ve Sınırlı Aynı Hak Edinmeleri", *BATİDER*, C. 22, S. 4, 2004, s. 203 vd. Madde, Anayasa Mahkemesi'nin 14 Mart 2005 tarihli ve E. 2003/70, K. 2005/14 sayılı kararı ile şu gerekçeye dayanılarak iptal edilmiştir: "...Öte yandan, kuvvetler ayrılığının benimsendi-

ği Anayasa'da, yasama, yürütme ve yargı organlarının görev ve yetki alanları ayrılarak düzenleme yapıldığından, Anayasa ile öngörülen ayrık durumlar dışında bunlar arasında yetki devri olanaklı değildir. Bu husus, Anayasa'nın 7. maddesinde açıkça ifade edilerek "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez" denilmektedir. Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi uyarınca, yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için yasada temel esasların belirlenmesi, sınırların çizilmesi gerekir. Bu doğrultuda, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesi ise yürütme organına bırakılabilir.

"Dâva konusu 35. maddenin ilk fıkrasıyla yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz edinmeleri, "karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak" koşuluna bağlı tutulmuş, ancak, bu edininin usul ve esasları gösterilmemiştir. Oysa, hukuk devletinin yukarıda belirtilen işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi için, ülkenin bütünlüğü, güvenliği, coğrafi özellikleri, stratejik konumu ve öncelikleri gözetilerek yabancıların alacağı taşınmazın yeri, arazi, arsa veya bina olmasının getireceği farklılıklar ile satın almanın amacı, koşulları ve devirde uyulacak usul ve esaslar gibi hususların yasada belirtilmesi gerekir. Bunların yasada düzenlenmemiş olması, ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğunda duraksama bulunmayan yabancıların taşınmaz edinimi konusunda, yetki devrine yol açacağı gibi yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçekleştirilmesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına da aykırı düşer.

"Dâva konusu maddedeki yabancılar lehine taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilmesinde de kuşkusuz aynı Anayasal sakıncalar söz konusudur. Çünkü burada da tesis edilecek sınırlı aynı hak süresinin çok uzun olması halinde, mülkiyet hakkının kullanılmasından doğan sonuçlara benzer bir duruma yol açılacağından bu hakkın da, amacı, süresi, türü gibi özellikler ile buna ilişkin usul ve esasların Yasa'da belirlenmemiş olması bu konularda yasama yetkisinin yürütmeye devri anlamına gelmektedir.

"Dâva konusu 35. maddenin son fıkrasında da "kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından bu maddenin uygulanmayacağı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir" denilmesi, böylece "ülke güvenliği" yanında "kamu yararı" gibi sınırları belirsiz bir kavrama dayanarak Bakanlar Kuruluna bu maddenin uygulanmayacağı yerleri saptama konusunda geniş bir takdir yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devrine yol açmaktadır.

"Yabancıların durumunun özel olarak düzenlendiği Anayasa'nın 16. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği öngörülmektedir. Dâva konusu maddenin son fıkrasıyla Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin kullanılmasının ise yabancılar yönünden sınırlama içerdiği açıktır. Bu sınırlamanın doğrudan yasayla yapılmaması veya uygulamaya yönelik yetkilendirmenin sınırlarının ve ilkelerinin belirlenmemesi Anayasa'nın 16. maddesiyle de bağdaşmamaktadır.

"Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 7. ve 16. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir". RG, 26 Nisan 2005, S. 25797; Anayasa Mahkemesi kara-

ve 5444 sayılı,⁵ 03 Temmuz 2008 tarihli ve 5782 sayılı kanun-

rı hakkında ayrıntılı bir tahlil için bkz. Esra Dardağan, "Yabancıların Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Taşınmaz Mallar Üzerinde Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmaları Alanında Yeni Gelişmeler: Anayasa Mahkemesinin 14 Mart 2005 tarihli Kararı ve 5444 sayılı Kanuna Bakış", *KÜHFD*, S. 6, Ocak 2006, s.38 vd.

⁵ Tapu Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesi şu hükmü içermektedir: "Yabancı uyruklu gerçek kişiler, karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, Türkiye'de işyeri veya mesken olarak kullanmak üzere, uygulama imar plânı veya mevzii imar plânı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilirler. Sınırlı aynı hak tesis edilmesinde de aynı koşullar aranır. Yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynı hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı geçemez. Bu fıkrada belirtilen koşullarla, yüzölçümü miktarını otuz hektara kadar arttırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.

"Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hak edinebilirler.

"Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine Türkiye'de taşınmaz rehni tesisinde birinci ve ikinci fıkralarda yer alan kayıt ve sınırlamalar aranmaz.

"Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri dışındakiler Türkiye'de taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı aynı hak tesis edilemez.

"Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla intikal eden taşınmazları için birinci fıkrada belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanmaz. Ölüme bağlı tasarruflarda yukarıdaki fıkralarda belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanır. Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmaz ve sınırlı aynı hakların intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilir.

"Karşılıklılığın tespitinde hukukî ve fiilî durum esas alınır. Bu ilkenin kişilere toprak mülkiyeti hakkının tanınmadığı, ülke uyruklarına uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına da tanınması esastır.

"Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin; sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanca ve kültürel özellikleri nedeniyle korunması gereken alanlar, özel koruma alanları ile flora ve fauna özelliği nedeniyle korunması gereken hassas alanlarda ve stratejik yerlerde kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinemeyecekleri alanları, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının tescile esas koordinatlı harita ve planları içeren teklifi üzerine belirlemeye ve yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespit etmekte Bakanlar Kurulu yetkilidir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu Bakanlık bünyesinde ilgili idare temsilcilerinden olu-

larla⁶ üç kez değişikliğe uğramıştır. Tapu Kanunu'nda deği-

şan komisyon tarafından, bu madde uyarınca Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler dahilinde çalışmalar yapılmak suretiyle kamu kurum ve kuruluşlarının bu kapsamdaki teklifleri incelenip değerlendirilerek Bakanlar Kuruluna sunulur.

"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra belirlenecek askerî yasak bölgeler, askerî ve özel güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgelere ve değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri Milli Savunma Bakanlığınca geciktirilmeksizin Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu Bakanlığa verilir.

"Yukarıdaki fıkralarda belirtilen bölgeler içerisinde kalması nedeniyle kamulaştırılması gereken ya da tapu sicilinde şerh verilmesine gerek duyulan parsellere ilişkin bildirimler ilgili idarelerince tapu sicil müdürlüklerine yapılır.

"Bu madde hükümlerine aykırı edinilen veya kanunî zorunluluk dışında edinim amacına aykırı kullanıldığı tespit edilen taşınmazlar ile sınırlı aynı haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek süre içerisinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir." Kanun metni için bkz. RG, 07 Ocak 2006, S. 26046; Kanun metninin tahli- li için bkz. Nuray Ekşi, *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, İstanbul 2006, s. 108 vd.; Dardağan, s. 53 vd.; maddenin 1. ve 7. fıkralarında yer alan bazı cümlelerin iptaline dair Anayasa Mahkemesi'nin, 11 Nisan 2007 tarihli ve E. 2006/35, K. 2007/48 sayılı kararı için bkz. RG, 16 Ocak 2008, S. 26758; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında esas aldığı gerekçelere, yeri geldikince ilgili dipnotlarda yer verilecektir.

- 6 Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5444 sayılı Kanun ile değişik Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin 7. ve 8. fıkraları değiştirilmiş ve mülga 36. madde yeniden düzenlenmiştir. Değişik 35. madde fıkra hükümleri şöyledir: "Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin; sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanç ve kültürel özellikleri nedeniyle korunması gereken alanlar, özel koruma alanları ile flora ve fauna özelliği nedeniyle korunması gereken hassas alanlarda ve stratejik yerlerde kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinemeyecekleri alanları, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının tescile esas koordinatlı harita ve planları içeren teklifi üzerine belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Yabancı uyruklu gerçek kişiler merkez ilçe ve ilçeler bazında, uygulama imar planı ve mevzi imar plan sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünün yüzde onuna kadar kısmında taşınmaz ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynı hak edinebilirler. Bakanlar Kurulu, merkez ilçe ve ilçelerin altyapı, ekonomi, enerji, çevre, kültür, tarım ve güvenlik açısından önemlerini dikkate alarak, bu orandan fazla olmamak kaydıyla farklı oran belirlemeye yetkilidir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu Bakanlık bünyesinde, ilgili idare temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından, bu madde uyarınca Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler dâhilinde çalışmalar yapılmak suretiyle kamu kurum ve kuruluşlarının bu kapsamdaki teklifleri incelenip değerlendirilerek Bakanlar Kuruluna sunulur. Valiliklerce, merkez ilçe ve ilçelerin uygulama imar planı ve mevzi imar plan sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünde meydana gelen değişiklikler takip eden yılın Ocak ayı sonuna kadar komisyona

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

şiklik yapan sözü edilen kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılıkları iddialarının, Anayasa Mahkemesi'nce gerçekleştirilen Anayasa'ya uygunluk denetimlerinde yerinde görülmesi, bu süreci yaratmıştır.

Yaptığı denetimin hukukiliği veya yerindeliği hakkındaki tartışmanın dışında kalarak, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları doğrultusunda son şeklini alan Tapu Kanunu'nun ilgili hükümlerini tahlil etmeye geçmeden önce, yabancıların Türkiye'deki temel hak ve özgürlüklerinin sınırını belirleyen anayasal hükümler üzerinde durulması gereklidir.

I. Anayasa Hükümleri Doğrultusunda Temel İlkelerin Tespiti

A. Anayasa'nın İlgili Hükümlerinin Tespiti ve Tahlili

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası,⁷ bazı istisnalar dışında⁸ güvence altına aldığı temel hak ve hürriyetlerden yararlanma konusunda, kural olarak, yabancı ile vatandaşta ayrı ölçüde koruma getirmiş (Anayasa, m. 10); bu suretle, yabancılar açısından "eşitlik ilkesi"ni benimsemiş bulunmaktadır.

bildirilir.

"Askerî yasak bölgeler, askerî güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgelere ve değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri Millî Savunma Bakanlığına, özel güvenlik bölgeleri ve değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri ise İçişleri Bakanlığınca geciktirilmeksizin Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu Bakanlığa verilir." : RG, 15 Temmuz 2008, S. 26937; 36. madde nin tam metni için bkz. ileride "II. C. Yabancı Sermayeli Ticaret Şirketlerinin Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Aynî Haklardan Yararlanmalarına Getirilen Sınırlamalar" başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷ 9 Kasım 1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG, 9 Kasım 1982, S. 17863 Mükerrer.

⁸ Nitekim siyasî haklardan yararlanma ile suçluların iadesi ve sınır dışı edilme gibi kişi hak ve hürriyetini sınırlayan hukukî işlemler bakımından yabancı ile vatandaş arasında bir farklılık yaratılmaktadır. Bkz. Anayasa m. 66 vd.; Anayasa m. 23; Anayasa m. 38/son.

Anayasa'nın bu genel tutumunu yansıtacak şekilde, "Kişinin Hak ve Ödevleri" adı altındaki İkinci Bölümü'nde yer alan "Mülkiyet Hakkı" başlığını taşıyan 35. madde ile de "herkes(in), mülkiyet ve miras haklarına sahip(tir)" olduğu belirtilmek suretiyle yabancı/tebaa ayrımı yapılmaksızın gerçek ya da tüzel kişiliği haiz kişilerin,⁹ Türkiye'de "mülkiyet hakları"nın, Anayasal güvence altında olduğu "ayrıca" vurgulanmış bulunmaktadır.¹⁰

Anayasa'nın 35. maddesinde, "bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği (2. f.)", "mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı" (3. f.) ifade edilerek, mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesine ilişkin özel sebepler de somutlaştırılmıştır.¹¹

Temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılabilceği ise, Anayasa'nın 13. ve 16. maddeleri ile düzenlenmiştir. 13. maddede, tüm temel hak ve hürriyetler bakımından genel olarak ifade edildiği üzere, bu haklar, "özlerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın özüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik cumhuriye-

⁹ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, B. 6, İstanbul 2004, s. 147.

¹⁰ "Modern mülkiyet anlayışı" dahilinde, mülkiyetin sınırlı aynı hakları da kapsadığı ve bu suretle, adı geçen Anayasal güvencenin sınırlı aynı haklar bakımından da sağlandığı yönünde görüş hakkında bkz. Sargın, (Taşınmaz), s. 96 vd.

¹¹ Doktrinde, Anayasa'da herhangi bir özel sınırlama nedenine yer verilmediği hallerde dahi, hak arama özgürlüğünün, niteliğinden doğan, başka bir ifadeyle, eşyanın tabiatında mevcut objektif sınırları olduğu görüşünden hareket edilmekte ve devlete ödevler yükleyen diğer Anayasa hükümleri dikkate alınarak yapılacak bazı koruyucu sınırlamaların, meşru nedene dayandığının kabul edilebileceği sonucuna varılmaktadır. Temel hak ve hürriyetlerin objektif sınırlılığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara 1982, s. 47-53; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, B. 8, Ankara 2004, s. 103; ayrıca bkz. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2002, s. 118.

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

tin gereklerine ve ölçülülük ilkesine¹² aykırı olamaz"¹³. Madde dahilinde, "hakkın veya hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı hükümler" (le),¹⁴ demokratik ve lâik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesine aykırı düşecek şekilde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması söz konusu edilemez. Madde ile getirilen bir diğer ölçü de, sınırlamanın ancak ilgili hakkı düzenleyen Anayasa maddesinde belirtilen özel sebeplerle yapılabileceğidir.

Anayasa'nın 16. maddesi ise, münhasıran yabancıların temel haklarını esas almakta ve onların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılabilmesinin dayanağı olan ilkeleri içermektedir. Buna göre, sınırlandırmanın milletlerarası hukuka uygun olması ve bir kanun hükmüne dayanması esastır.¹⁵

Birbiriyle karşılaştırıldığında, görünüşte farklı sınırlama/koruma kriterleri ihtiva eden iki maddenin varlığı, pratikte iki farklı yorumu da beraberinde getirecektir. Bu yorumlardan ilkinde göre, yabancılar söz konusu olduğunda, 13. maddenin öngördüğü güvencelerin devre dışı kalacağı ve 16. maddenin münhasıran uygulama alanı bulacağıdır. Bu bağlamda, yabancıların temel haklarının sınırlandırılma-

¹² Hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük ilkesi, 03 Ekim 2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun m. 2 ile eklenmiş bulunmaktadır: Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, RG, 17 Ekim 2001, S. 24556.

¹³ Anayasa'nın 15. maddesinde ise, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının, istisnaen "savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde, kısmen ya da tamamen durdurulabileceği veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği" hükmüne bağlanmış bulunmaktadır.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin hakkın özünü kavramı ile ilgili yaptığı bu tanım ve ilgili yorumlar hakkında bkz. Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, B. 4, İstanbul 2007, 126-127; Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 136-137.

¹⁵ Kanun ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hakkında görüşler için bkz. Fügen Sargin, "Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etme ve Çalışmaları", Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, MHB, 1997-1998, S. 17-18, s. 317-384.

sında, kanunîlik ve milletlerarası hukuka uygunluk kriterleri gerekli ve yeterli olup; Anayasa'nun ilgili maddesinde belirtilen özel sebeplerin dışında kalan nedenlerle dahi bu sınırlama gerçekleştirilebilecektir.¹⁶ Diğer bir yorum tarzı ise, Anayasa'nun 13. maddesinde yer alan "hakkın özü" ile "demokratik ve lâik toplum düzenine uygunluk" ve "ölçülülük" kriterlerinin, 16. maddede zikredilen ilkelerle birlikte bütünlük arz edeceği; bir başka deyişle, 16. maddenin yabancılar için ek bir güvence sağladığıdır. Dolayısıyla ikinci yorum tarzı dahilinde konuya yaklaşıldığında, genel olarak yabancıların Anayasa ile tanınan hakları, milletlerarası hukuka uygunluk kaydıyla, kanunla sınırlandırılabilmeyle birlikte, hakkın özünü ortadan kaldıracak biçimde -Anayasa'nun 15. maddesi hükümü hariç- tümüyle yasaklanması mümkün olamayacaktır. Bu çerçevede, milletlerarası hukuk, yabancılar için bu hakkın tümüyle ortadan kaldırılmasına veya fiilen kullanılamaz hale getirilmesine izin verse bile, Türk Anayasası'nun 13. maddesinin, 16. maddenin uygulanma alanını bu kapsamda daralttığı söylenebilecektir.

Kanımızca esasen, ölçülülük ilkesi, milletlerarası hukukun benimsediği bir ilke olarak 16. maddede mündemiçtir. Aynı şekilde, insan haklarına saygı ve hakkın özü kriterini ihtiva ettiği dile getirilen demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriteri¹⁷ bakımından da benzer bir yorum yapılması yanlış olmayacaktır.¹⁸ Bu nedenle, her iki madde arasındaki farklılık, özel sebeplerle sınırlama ve şayet doktrin-

¹⁶ Bu yönde görüş için bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, B. 4, Bursa 2007, s. 132-133; Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere*, İstanbul 2004, s. 65. Ancak, anılan son yazar, 16. maddede yabancılar hakkında milletlerarası hukuka uygunluk kriteri bir güvence olarak yer aldığı için, Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme ile yabancılar tanınan güvencelerin, minimum güvenceler olarak 1982 tarihli Anayasa açısından da geçerliliğini koruduğunu ifade etmektedir.

¹⁷ Kavramı somutlaştıran bu ve diğer unsurlar için bkz. Atar, s. 126 vd.

¹⁸ "Demokratik toplum düzenine uygunluk"un, milletlerarası insan hakları belgelerinde, temel hak sınırlamalarının sınırını çizen ilkelerden biri olarak yer aldığı hakkında bkz. Eren, s. 106.

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

de ifade edildiği üzere, tamamlayıcı, ancak bağımsız bir ilke olarak kabul edilirse,¹⁹ hakkın özü ilkesi noktasında önem arz ediyor gözükmektedir. Ancak, son anılan ilkeye, insan haklarını konu alan milletlerarası hukuk metinlerinde yer verildiği de unutulmamalıdır.²⁰

Öte yandan, ilk görüşün benimsenmesi halinde dahi, Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen özel sebepler dışında kalan nedenlerle yabancılar için sınırlama getirilebileceği kabul edilse bile, hakkın özü kriterinin halen uygulama alanı bulacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira 16. madde yabancıların nasıl hak sahibi olacağına değil, Anayasanın tanımış olduğu hakların nasıl sınırlanacağına/korunacağına dair bir ölçü getirmektedir.²¹ Dolayısıyla, ancak tanınmış bir hakkın sınırlanmasından söz edilebilir; ayrıca, sınırlama ifadesi, kavramsal içerik olarak hakkın tümüyle yasaklanamayacağına da işaret eder.²² Bu nedenle, yabancıların, mevcut Anayasa

¹⁹ Demokratik toplum düzenine uygunluk kriterinin, hakkın özü kriterini tamamlayan ancak ondan bağımsız karakteri ve gerekliliği ile ilgili Türk hukukundaki tartışmalar ve Anayasa Mahkemesi'nin yorumu için bkz. Eren, s. 100 vd.; Atar, s. 126-127.

²⁰ Eren, s. 126; Gemalmaz, s. 448-449.

²¹ 1982 tarihli Anayasa'nın 16. maddesinin gerekçesi, farklı bir anlam çıkarmaya müsait bir ifade içermekle birlikte, bütünüyle değerlendirildiğinde, yukarıda varılan sonucu desteklediği söylenebilecektir. Gerekçe aynen şöyledir: "Bu madde, ülkede bulunan yabancıların haklarının ve hürriyetlerinin, gereken hallerde, vatandaşlardan farklı olarak düzenlenip, sınırlanabileceğini hüküm altına almaktadır. Mesela bir yabancıların ülkeye giriş yahut ülkede seyahat ve yerleşme hürriyeti, basın hürriyeti elbette ki vatandaşlarınkinden farklı olacaktır... Vatandaş ve yabancı arasında gözetilen bu ayrım milletlerarası hukuka uygun olmalıdır. Kişi-Devlet ilişkilerine milletlerarası bir unsur karıştığı zaman bu ilişkilerin düzenlenmelerinde milletlerarası hukukun göz önünde tutulması gereği bilinmektedir". Eren, s. 63-64' den naklen.

²² "...Demokrasinin ve hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından birisi temel hak ve hürriyetlerin tanınması ve güvence altına alınmasıdır. Hak ve hürriyetlerin varlığı kural, sınırlandırılması ise istisnadır. Sınırlandırmanın anlamı, var olan bir hak ve hürriyeti ortadan kaldırmak, yok etmek değil, sadece daraltmak, kısıtlamaktır. Sınırlandırma kavramına, hak ve hürriyeti tamamen ortadan kaldırma anlamı yüklenemez. Zira bu durumda hak tanınır olmaktan çıkmakta, yok sayılmaktadır. Olmayan bir şeyin sınırlandırılmasından da söz edilemez. O halde mantık olarak sınırlandırmanın da bir sınırı vardır. İşte bu sınırdır, hak ve hürriyetin özüdür". Atar, s. 127' den naklen. 2001 yılında yapı-

hükümleriyle güvence altına alınmış bulunan mülkiyet haklarının "tümüyle" yasaklanması mümkün değildir.²³

Türk Anayasası hükümleri kapsamında sonuç olarak ifade etmek gerekirse, yabancıların taşınmaz mal edinme hakları eşitlik ilkesine bağlanmış olup; anayasal güvence altındadır. Bu hakların yabancıya "tanınması" değil, "mevcut hakkın" Türk tebaasından farklı bir "sınırlamaya" tâbi kılınması, ancak bu sınırlamanın kanunla olması ve milletlerarası hukuka uygunluğu ölçüsünde mümkündür. O halde, *bir kanun ile açıkça aksi belirtilmedikçe, taşınmaz mal edinme hakkı ve koşulları tebaa ile aynı olacaktır.* Dolayısıyla, Türk hukukunda genel ilkeyi belirleyen Tapu Kanunu, yabancılara *taşınmaz mal edinme hakkını veren ya da tanıyan* değil; tam tersine Anayasa'nun eşit yararlanma imkânı tanıdığı mülkiyet hakkını, yine onun verdiği yetki dahilinde sınırlandıran istisnâî bir kanun niteliği taşımaktadır; bu nedenle, dar yoruma tâbidir ve getirdiği yasaklama, kanunda açıkça belirtilenlerle sınırlıdır. Aksinin kabulü, yani Tapu Kanunu ile yabancılara taşınmaz mal edinme hakkının verildiği düşüncesi, mülkiyet hakkının Türk hukukunda "sınırlama sistemi" ne tâbi kılındığı sonucunu yaratır ki, bu durum açıkça eşitlik ilkesini esas alan Anayasa'nun 35. maddesini gözardı etmek anlamına gelir.

B. Türk İç Hukukunun Bir Parçasını Oluşturan Bazı Milletlerarası Hukuk Metinleri Dahilinde Getirilecek Sınırlamaların Çerçevesinin Çizilmesi

İç hukukumuzun bir parçasını oluşturan ve Anayasa'nun 90. maddesi gereğince, öncelikle uygulanması gereken insan

lan değişiklik ile hakkın özüne dokunmama ilkesi eklenmeden önceki dönemde, Anayasa'nun 13. maddesi ile ilgili olarak yapılan bir yorumu yansıtan bu görüşün, artık 13. madde bakımından olmasa da, mevcut 16. madde açısından önem arz etmeye devam edeceği açıktır.

²³ Yabancılarla ilgili olmamakla birlikte, mülkiyet hakkının tümüyle yasaklanması hakkında benzer yorum için bkz: 7 Şubat 2005 tarihli Danıştay kararı: <http://gayrimenkuldavalari.blogcu.com> (08 Nisan 2009 günü itibarıyla).

haklarını konu edinen çok taraflı milletlerarası sözleşmeler bağlamında konuya yaklaşıldığında ise, Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme (AİHS) ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ışığında, Tapu Kanunu'na yönelik bir tahlil öncelikli kılınmalıdır.

Türkiye'nin tarafı olduğu, ikiz sözleşmeler olarak adlandırılan 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi²⁴ ve nihayet AİHS'nin orijinal metninde, mülkiyet hakkına dair bir hüküm yer almamaktadır.²⁵ Bu hak, AİHS'ne bir Protokol ile sonradan eklenmiştir.²⁶ Ancak, Protokol hükmü, mülkiyet hakkının hak olarak üye devletlerce tanınmasını zorunlu kılan bir içerik taşımamakta; sadece millî hukuk sistemlerince tanınmış mülkiyet hakkının²⁷ korunmasına dair temel ilkeleri belirlemektedir.²⁸

²⁴ Milletlerarası sözleşmelerin onaylanmasının uygun bulunduğuna dair 17 Haziran 2003 tarihli ve sırasıyla, 4868 sayılı, 4867 sayılı Onay Kanunları için bkz. RG, 18 Haziran 2003, 25142.

²⁵ Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında 10 Mart 1954 tarihli ve 6336 sayılı Kanun için bkz. RG, 19 Mart 1954, S. 8662.

²⁶ Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 20 Mart 1952 tarihli Protokol'ün 1. maddesi aynen şöyledir: "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini istemek hakkı vardır. Herhangi bir kimse ancak kamu yararı sebebiyle ve kanunda öngörülen koşullara ve milletlerarası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

"Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri kanunları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez".

²⁷ Madde hükmünde yer alan mal ve mülk deyiminin, maddî bir varlığa sahip her türlü taşınır ve taşınmaz mallarla, maddî varlığı olmayan hak ve menfaatleri; mameleke dahil her türlü aktifi, malî ve ekonomik değeri içerdiği yönünde bilgi için bkz. Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, B. 7, Ankara 2007, s. 418.

²⁸ Mülkiyet hakkının temel bir insan hakkı olarak adı geçen milletlerarası metinlerde yer almasından kaçınılmasının nedenleri hakkında farklı yaklaşımlar için bkz. Gemalmaz, s. 5'de yer alan Dn. (15); Genç, s. 4-5.

Adı geçen 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan "her gerçek ve tüzel kişi" ifadesi, yabancıları da kapsayan bir içeriği haizdir. Sözleşme ve ek protokollerin her bir hükmünün sağladığı korumadan, özel hükümlerde işaret edilen bazı istisnalar dışında, vatandaş/yabancı ayrımı yapılmaksızın herkes aynı şekilde yararlanacaktır.²⁹

Bu tespit çerçevesinde bakıldığında, maddenin birbiriyle bağlantılı üç ayrı kural içerdiği kabul edilmektedir. AİHM kararlarına yansıdığı üzere, Protokol'ün 1. maddesi, yabancıları da kapsayacak biçimde herkesin maliki olduğu şeylerden barışçıl biçimde yararlanma hakkını ve mülkiyet hakkına saygı ilkesini içerir; dolayısıyla esas itibariyle sadece kişinin/(yabancının) millî hukuk kuralları veya devletin tarafı olduğu milletlerarası sözleşmelerle bireysel olarak kazanılmış mevcut bir mülkiyet hakkı bakımından uygulanma alanı bulur; mülkiyet hakkı edinmeyi, örneğin, kanunî mirasçılık ya da bir ölüme bağlı tasarruf yolu ile mülkiyet hakkının kazanılma ihtimalini, güvence altına almaz. Bununla birlikte, Mahkeme kararlarında somutlaştığı şekliyle, mülkiyet hakkı elde edileceğine dair hukukî temele dayalı bir meşru beklenti de,³⁰ Protokol hükmünün uygulanmasını sağlayacaktır.³¹

1. fıkranın ikinci cümlesindeki sonraki kural ise, mülkiyetten yoksun bırakılmayı belirli koşullara bağlamaktadır. 2.

²⁹ App. No. 9006/80; 92621/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Judgment 08 July 1986 *Case of Lithgow and Others v. The United Kingdom*: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp/97/search.asp?> (08 Nisan 2009 günü itibariyle); Türkçe metin için bkz. Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, C. II, İstanbul 2004, s. 73.

³⁰ Meşru beklenti kavramının, bir kanun hükmü ya da nihaî yargı kararı gibi hukukî bir belge veya istisnai hallerde özel hukuk sözleşmelerinde dahi somut olaydaki ek faktörler temeline dayalı olarak gerçekleşebileceği yönünde AİHM kararı ve meşru beklenti kavramının yorumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, s. 144 vd. ile s. 149'da yer alan Dn.(456).

³¹ Aida Grgic/Zvonimir Mataga/ Matija Longar/ Ana Vilfan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No. 10, (çev. Özgür Heval Çınar/ Abdulcelil Kaya), Strasbourg 2007, s. 6 ve s. 8; Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 419; Gemalmaz, s. 176.

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

fıkırada ifadesini bulan son kural da, mülkiyetin kullanılması üzerinde, Devletin kontrol hakkıyla ilgilidir. Bu bağlamda, son iki kural, mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma hakkına müdahalenin özel örnekleri olarak, ilk kuralda beyan edilen prensip ışığında yorumlanmalıdır.³²

Özetle ifade edilmek gerekirse, Sözleşme'ye göre hakkın varlığı mutlak olmayıp; millî hukukça taranmış olmak kaydıyla, hak bazı kısıtlama ve sınırlamalara konu edilebilecektir. Genel kural niteliğindeki, mülkiyete saygı ilkesi, madde-nin açıkça izin verdiği bazı özel müdahale şekilleri dışındaki her türlü müdahaleyi yasaklamakta ve bu suretle genel bir koruma sağlamaktadır; ayrıca, izin verilen müdahale şekillerinin meşruluk şartlarına da bizzat işaret etmektedir.³³

Öte yandan, AİHM kararlarında vurgulandığı üzere,³⁴ mülkiyet hakkını düzenleyen 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan, "milletlerarası hukukun genel ilkelerine uygun olarak" ifadesi, *münhasıran yabancıların mülkiyet hakları bakımından getirilmiştir*,³⁵ bu ilkeye yer verilmek suretiyle, milletlerarası hukukun öngördüğü şekilde, "kamu yararına"³⁶ uy-

³² *Lithgow and Others v. The United Kingdom*: Doğru, s. 71.

³³ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 420.

³⁴ App. No. 8793/79, Judgment 21 February 1986 Case of *James and Others v. The United Kingdom*: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp/97/search.asp?> (08 Nisan 2009 günü itibariyle); Türkçe metin için bkz. Doğru, s. 3- 22.

³⁵ Mahkeme kararında, "Protokol'ün 1. maddesinde, milletlerarası hukukun genel prensiplerine atıfta bulunulmak suretiyle sadece, "yabancıların" mülklerinin kamulaştırılması halinde kendilerine hemen, yeterli ve etkili bir tazminat ödenmesine dair milletlerarası hukuk şartına işaret edildiğini" belirtmektedir. Devamla, Mahkeme'ye göre, "... maddede bu ifadeye yer verilerek iki amaç gerçekleştirilmeye çalışılmıştır: Bunlardan ilki, yabancılar, milletlerarası hukukun ilgili prensiplerine başvurarak haklarının korunması için Sözleşme mekanizmasına doğrudan başvurabilme imkânı sağlanmaktadır. İkinci olarak, Protokol'ün yürürlüğe girmesi nedeniyle yabancıların haklarının azaltıldığı şeklindeki muhtemel argümanlara karşı güvence temin edilmektedir": *James and Others v. The United Kingdom*: Doğru, s. 13-14 ve s. 15'den naklen; Aynı yönde bkz. *Lithgow and Others v. The United Kingdom*: Doğru, s. 72-74.

³⁶ Mahkeme kararında kamu yararı kavramı şu şekilde somutlaştırılmaktadır: "Meşru, sosyal, ekonomik ve diğer politikalar gereğince mülkiyetin elden alınması, alınan mülkiyetten toplumun tüm kesimleri doğrudan yararlanmasa

gun olmak"³⁷ ve "makûl bir tazminat ödenmesi yükümlülüğünü"³⁸ yerine getirmek"³⁹ kaydıyla, bir yabancıнын kanunda belirlenen şartlarla⁴⁰ bireysel olarak fiilen sahibi bulunduğu mülkiyet hakkına her zaman son verilebilmesi, yani, hakkın bütünüyle ve hukuken yok olması mümkün kılınmaktadır.⁴¹ "Ölçülülük ilkesi" ile "alternatif çözümlerin varlığı" da Mahkeme'nin tahlil ettiği kriterler arasında yer almaktadır.⁴² Yine, maddenin 2.

veya mülkü kullanmasa bile kamu yararına olabilir": *James and Others v. The United Kingdom*: Doğru, s. 7-8'den naklen.

³⁷ "Kamu yararı" ibaresi maddede ayrıca zikredilmiş bulunmakla birlikte, böyle bir gerekliliğin milletlerarası hukukun genel prensipleri arasında her zaman yer aldığı, bu nedenle, yabancılar söz konusu olduğunda, genel prensiplerin zaten kamu yararı kriterinin aranmasını gerekli kıldığı, bu ibarenin esasen vatandaşları korumak amacıyla maddeye konduğu yönünde bkz. *James and Others v. The United Kingdom*: Doğru, s. 14.

³⁸ Mülkiyet hakkının hukuka aykırı biçimde ihlâl edildiği veya sona erdirildiği hallerde ise AİHM'nin son tarihli kararlarında *eski hale iade* gibi parasal olmayan hukuka aykırılık giderim araçlarına, tazminat dışı önlemler olarak yer verilmeye başlandığı hakkında bkz. Kerem Altıparmak, "Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?", *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 68-73.

³⁹ Protokol'ün 1. maddesinde tazminat ödenmesi bir yükümlülük olarak yer almamaktadır. Ancak, Mahkeme'ye göre, tazminat şartları, itiraz konusu kamulaştırmanın farklı menfaatler arasındaki adil dengeye saygı gösterip göstermediğini ve özellikle başvuruculara orantısız bir külfet yükleyip yüklediğini değerlendirme bakımından önemli bir husus teşkil eder. Buna paralel olarak, Protokol metnini imzaya açan Bakanlar Komitesi 52(1) sayılı kararında, "milletlerarası hukukun genel prensiplerinin kamulaştırma olaylarında vatandaş olmayanlara tazminat ödenmesi yükümlülüğü yüklediği"ni açıkça belirtmiştir: *James and Others v. The United Kingdom*: Doğru, s. 11 ve s. 15'den naklen.

⁴⁰ Sözleşme'de geçen hukuk veya hukukilik terimlerinin, sadece iç hukuka gönderme yapmakla kalmadığı, hukukun üstünlüğüne (üye devletlerin ortak hukuk prensiplerine) de işaret ettiği iddiasının, Mahkemece teyit edildiği yönünde bkz. *James and Others v. The United Kingdom*: Doğru, s. 15.

⁴¹ Gözübüyük / Gölcüklü, s. 422-423.

⁴² Mahkeme, ayrıca "kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makûl bir orantılılık ilişkisinin kurulması gerektiğinin ve ...bu şartın, toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil denge kavramıyla ifade edildiğini kararında belirtmiştir. Bu aşamada, alternatif çözümlerin varlığı, adil denge kurulması gereği göz önünde tutularak seçilen araçların, izlenen amacın gerçekleştirilmesi bakımın-

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

fıkrası uyarınca devletler, mülkiyet hakkının "genel menfaate" uygun olarak kullanılmasını sağlamak için, gerekli kısıtlamalar getirebilecektir.⁴³

Bu aşamada, sözü edilen kriterler arasında hakkın özüne yer verilmiş olup olmadığı üzerinde de durulmalıdır. Doktrinde, 1 no.'lu Protokol'de, sınırlamanın sınırı ölçütünü içeren bir özel madde hükmüne yer verilmemiş olmakla birlikte, hakkın özü kriterinin⁴⁴ genellikle sınırlama şartına sahip olmayan hükümler bakımından da uygulama alanı bulduğu ve AİHS ve eki protokollerinde düzenlenen haklar bağlamında da geçerli olacağı tespiti yapılmaktadır. Dolayısıyla, bu doğrultuda, mülkiyet hakkını düzenleyen 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesi açısından da hakkın özü kriterinin uygulama alanı bulabileceği söylenebilecektir.⁴⁵

Bu kapsamda son olarak, Sözleşme'nin ayrımcılık yasasını düzenleyen 14. maddesi de zikredilmelidir.⁴⁶ Bu madde, Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, Sözleşme ve diğer Protokol hükümlerini tamamlamakta; bir başka deyişle, bu maddi hükümlerle korunan hakların ve hürriyetlerin kullanılmasına bağlantılı olarak bir sonuç doğurmaktadır. AİHM,

dan makûl ve uygun olup olmadığı tespit edilirken, ele alınan diğer ilgili faktörlerden sadece biridir". James and Others v. The United Kingdom: Doğru, s. 10'dan naklen.

⁴³ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 422-423.

⁴⁴ Hakkın özü kriterinin, ölçülülük testinin metinsel dayanaklarından biri olduğu ile bağımsız ve gerekli ek bir ölçüt yarattığı hakkındaki farklı görüşler için bkz. Gemalmaz, s. 451 ve bu s.' da yer alan Dn. (1393).

⁴⁵ Gemalmaz, s. 448-449; Kanımızca, Sözleşme'nin 17. maddesi, 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına dair yapılabilecek sınırlamaların sınırlarını belirleyen ölçütler olarak da dikkate alınabilecektir. Nitekim 17. maddeye göre, "Bu Sözleşme hükümlerinden hiç biri, bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz".

⁴⁶ "İşbu Sözleşme'de tanınan hak ve hürriyetlerden istifade keyfiyeti, bilhassa cins, ırk, renk, dil, siyasî veya diğer kanaatler, millî veya sosyal menşee, millî bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi bir durum üzerine müesses hiç bir tefrike tâbi olmaksızın sağlanmalıdır."

kararlarında, sürekli olarak, objektif ve makûl haklılığa sahip olan bir farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağını tekrarlamaktadır. Buna göre, farklı muamele, “objektif ve makûl bir haklılığa sahip” değilse, yani “meşru bir amaç” gütmüyorsa veya “kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makûl bir orantılılık” yoksa, ayrımcı bir içerik taşıyacaktır.⁴⁷

Sonuç itibariyle, AİHS açısından temel çerçeveyi belirlemek gerekirse, Sözleşme'nin temel insan haklarından biri olarak mülkiyet hakkının tanınmasını güvence altına alan bir hüküm içermediği; sağladığı korumanın ancak üye devletin iç hukuk kurallarıyla tanıdığı mevcut mülkiyet hakkı bakımından söz konusu olabileceğidir. Konuya yabancılar açısından bakıldığında, böyle bir hakkın yabancılar için verildiği hallerde, kullanımının sınırları ya da sona erdirilmesinin şartları, 1 no.'lu Protokol'de belirtildiği üzere, kanunilik esasına dayalı bir müdahalenin, kamu menfaatini sağlayacak haklı ve makûl bir nedene dayanması ve bu meşru amaca ulaşacak araç ile bir ölçülülüğün olmasıdır ki, bunu gerçekleştirecek kriterlerden biri de mülkiyet hakkının yerini, derhal ödenmesi gereken uygun bir tazminat miktarının almasıdır.⁴⁸

Türk Anayasası'nın, “herkes” ifadesini kullanan 35. maddesi karşısında, yabancıların mülkiyet hakkı güvence altına alınmış, bir başka ifade ile bu hak tanınmış olduğundan, hakka iç hukuk kuralları ile getirilecek sınırlamaların, Anayasa'nın 16. ve 90. maddeleri doğrultusunda, Türkiye'nin tarafı olduğu AİHS ve eki Protokol'ün çizdiği sınırlar ve AİHM'nin kararlarıyla somutlaşan yorum dahilinde ortaya çıkan yukarıda zikredilen kriterlere uygunluk arz etmesi gerekecektir.

⁴⁷ *Lithgow ve Diğerleri vs. Birleşik Krallık dâvası*: Doğru, s.73; App. No. 8695/79, Judgment 28 October 1987 Case of *Inze v. Austria* dâvası için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp/97/search.asp?> (08 Nisan 2009 günü itibariyle); Türkçe metin için bkz. Doğru, 397-406.

⁴⁸ Mülkiyet hakkını sınırlama kriterleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, s. 447 vd.

II. Sınırlamaya Dair Genel İlkeyi Belirleyen Tapu Kanunu

22 Aralık 1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. ve 36. maddeleri, konumuz açısından önem arz etmektedir. Bunlardan ilki, yabancıların mülkiyet hakkı ile ilgili sınırlamayı belirleyen temel ilkeleri içermektedir. Tapu Kanunu'nun 36. maddesi bağlamında dikkat çekilmesi gereken husus ise, maddenin esasen "*yabancı yatırım*" ile ilgili olmasıdır.

Aşağıda öncelikle yabancı gerçek kişilerin, daha sonra tüzel kişilerin anayasal güvence altında bulunan mülkiyet haklarını sınırlandıran ilgili kanun hükümleri; son olarak da yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin mülkiyet hakları inceleme konusu yapılacaktır. 36. maddedeki sınırlama, yabancı sermayeli Türk şirketlerine ait bulunmakla birlikte, aynı zamanda Türkiye'de şirket kurmak, şirkete iştirak etmek suretiyle yabancı sermaye getiren yabancı gerçek ve tüzel kişileri de dolaylı biçimde de olsa etkilediğinden konunun bu başlık altında ele alınması uygun görülmüştür.

Ancak, içeriği itibariyle incelemeye başlamadan önce kanun yapma tekniği açısından, mülkiyet hakkının kullanım sınırlarını belirleyen hükümlerin, Tapu Kanunu'nda düzenlenmiş bulunması hususu eleştirilmelidir. Zira, ilgili hükümlerinden anlaşılacağı üzere 1934 tarihli Tapu Kanunu şekli hukuken düzenleyen bir kanundur; bu nedenle, ediminin şeklinden ziyade mülkiyet hakkının sınırlarını belirleyen maddî hukuk kurallarının, bu Kanunda yer almasının tercih edilmiş olması dikkat çekicidir.

Ayrıca, bu paralelde eleştirilmesi gereken bir diğer nokta da 35. ve 36. madde metinlerinin anlaşılması güç karmaşık bir ifade tarzı ile kaleme alınmış olmasıdır. Aynı madde dahilindeki birbirini takip eden fıkralar arasındaki uyumsuzluk bir yana, madde metinleri son derece uzundur ve birden fazla maddede düzenlenmesi uygun olan konular içiçe geçmiş biçimde, iki maddeye sığdırılmış bulunmaktadır. Örneğin, Kanun'un 35. maddesi 3. fıkrasında, önce kurala istisna

teşkil eden rehin hakkı tesisi düzenlenmekte; sonraki fıkrada ise, tüzel kişilerin sınırlı aynı haklardan yararlanma haklarına dair temel sınırlayıcı kural yer almaktadır.

A. Gerçek Kişilerin Mülkiyet Hakkı ve Sınırlı Aynı Hak Edinimine Getirilen Sınırlamalar

1. Mülkiyet Hakkının Edinimine Dair Sınırlamalar

a. Genel İlke

22 Kasım 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) 704. maddesinde taşınmaz mal olarak nitelendirilen, "arazi", "ayrı bir sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli nitelikli aynı haklar" ile "kat mülkiyeti kanununa göre kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler" in yabancı gerçek kişiler bakımından edinimine getirilen sınırlamalar, Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin 1. fıkrasında⁴⁹ aynen şu şekilde ifade edilmektedir: "Yabancı uyruklu gerçek kişiler, karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, Türkiye'de işyeri veya mesken olarak kullanmak üzere, uygulama imar plânı içinde veya mevzii imar plânı içinde bu amaçlarla ayrılıp "tescil edilen" taşınmazları edinebilirler... Yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynı hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı geçemez".⁵⁰ Bu hüküm da-

⁴⁹ Yabancıların mensubu oldukları devlet adlarına göre, Türkiye genelinde ve iller bazında sahibi buldukları taşınmaz malların yüzölçümü ve sayısına dair hergün güncellenen istatistiki bilgi için bkz. <http://www.tkgm.gov.tr/yabancilar>

⁵⁰ Tapu Kanunu'nun 5444 sayılı Kanun'la değişik 35. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ve Bakanlar Kurulu kararı ile bu miktarın 30 hektara kadar uzatılabilmesine imkân tanıyan 4. cümlesi, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Karara göre, "... yasakoyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız bir yetki alanını yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Dâva konusu kural ile Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin sınırı, esasları ve çerçevesi fıkra da belirlenmiş olmakla birlikte, verilen yetki ikibuçuk hektarlık yasal sınırın oniki katına kadar artırılabilmesi olanaklı kıldığından, düzenleme sınırlamanın işlevselliğini etkisiz bırakacak derecede ölçüsüzdür. Buna göre, Bakanlar Kurulu'na tanınan... artırma yetkisinin ölçüsüz olması yasama yetkisinin, yürütme organına devri sonucunu doğuracağıın-

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

hilinde, Anayasa'nın 35. maddesi ile tanınmış mülkiyet hakkının kullanımına getirilen temel sınırlamanın çerçevesi, sırasıyla "karşılıklılık ilkesi", "kanunî sınırlamalara riayet", "kullanım amacı", "uygulama imar plânı ya da mevzii imar plânı içinde bu amaçlarla ayrılarak tescil edilmiş olmak"⁵¹ ve "ülke genelinde belli bir yüzölçümünü geçmemek"⁵² şartları dahilinde belirlenmiş bulunmaktadır.

Yine, yüzölçümünü esas alan bir diğer sınırlama da 35. maddenin 7. fıkrasında yer almaktadır. Bu sınırlamaya göre, yabancı uyruklu gerçek kişiler, "merkez ilçe ve ilçeler bazında", uygulama imar plânı ve mevzii imar plânı sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünün "yüzde onuna kadar" olan kısmında taşınmaz mal ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynı hak edinebilirler. Bakanlar Kurulu, bu oranı aşmamak kaydıyla farklı oran belirlemeye yetkilidir. Bir başka ifade ile Kanunda yer alan % 10'luk oran, Bakanlar Kurulu'nun gördüğü lüzum üzerine azaltılabilecektir. Takdir yetkisi dahilinde bir oran belirlerken Bakanlar Kurulu, *altyapı, ekonomi,*

dan kabul edilemez.... 11 Nisan 2007 tarihli, E. 2006/35, K. 2007/48 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. RG, 16 Ocak 2008, S. 26758, s. 11.

⁵¹ Uygulama imar plânı, mevzii imar plânı kavramları için bkz. 03 Mayıs 1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu, m. 3 ve m. 5 : RG, 09 Mayıs 1985, S. 18749; Plân Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik, m. 3: RG, 02 Kasım 1985, S. 18916, (Mükerrer); ilgili invezuat hükümleri için ayrıca bkz. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/711.html>; <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/20361.html> (08 Nisan 2009-günü itibariyle; plânli alanda belirlenen tarım, turizm, enerji, konut, sanayi gibi çeşitli kullanım amaçlarıyla, bu yerlerin başka kullanım amaçlarına dönüştürülebilmeleri imkânı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yücel İnal, *Türk Şehir Plânlama ve İmar Mevzuatının Kentsel Dönüşüm ve Deprem Ağırıklı İncelenmesi*, Ankara 2008.

⁵² 17 Temmuz 2008 tarihli 1662, 2008/12 sayılı Genelge'de belirtildiği üzere, "...taşınmaz mal edinimi veya bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynı hak tesisi talebinde bulunan yabancı gerçek kişilerin akitli işlemlerde resmi senede, kanunî miras dışındaki tasarruflar için düzenlenen tescil istemi belgesinde, bu taşınmaz mal dahil, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde şahsım tarafından edinilen bağımsız ve sürekli nitelikli sınırlı aynı haklarla taşınmaz malların miktarı 2.5 hektarı geçmemektedir. Aksi durumun tespiti halinde fazla miktarın tasfiye edilerek bedele çevrilmesini kayıtsız ve şartsız kabul ve taahhüt ederim şeklinde taahhütlerin alınması..." öngörülmektedir. Genelge metni için bkz. <http://www.tkgm.gov.tr> (04 Nisan 2009 günü itibariyle)

enerji, çevre, kültür, tarım ve güvenlik açısından merkez ilçe ve ilçelerin önemlerini dikkate alarak bir değerlendirme yapacaktır⁵³. Her iki madde fıkrası birlikte yorumlandığında, yabancı gerçek kişinin edineceği toplam taşınmaz mallar ile bağımsız, sürekli nitelikli sınırlı aynî hakların yüzölçümü toplamı, belli bir merkez ilçe ve ilçeler bazında uygulama imar plânı/mevzii imar plânı içinde kalan toplam alanın % 10'unu; Türkiye genelinde ise 2.5 hektarı geçemeyecektir. Ancak hemen belirtelim ki, bu % 10'luk sınırlama, tek bir yabancı kişiye ait olmayıp; o bölgede genel olarak tüm yabancıların edinebilecekleri taşınmaz malların toplamını esas almaktadır. Bir başka ifade ile yüzölçümü sınırlamalarından biri, belli bir alandaki tüm yabancıların; diğeri ülke genelinde ilgili başvuru sahibinin edinebileceği taşınmaz malların ve bağımsız, sürekli aynî hakların yüzölçümü toplamına ait gözükmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin, Tapu Kanunu'nun Bakanlar Kurulu'na, "yabancı gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmaz malların, illere ve il yüzölçümüne göre, binde beşi geçmemek üzere oranını tespit" yetkisi veren ilgili hükümlerini, yetki devri bulunduğu düşüncesi ile iptal etmesi üzerine, iptal kararında yer alan gerekçeler dikkate alınarak yukarıda zikredilen yeni madde hükmü ihdas edilmiştir.⁵⁴ Ancak yeni dü-

⁵³ "Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu Bakanlık bünyesinde, ilgili idare temsilcilerinden oluşan Komisyon tarafından, bu madde uyarınca Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler dâhilinde çalışmalar yapılmak suretiyle kamu kurum ve kuruluşlarının bu kapsamdaki teklifleri incelenip değerlendirilerek Bakanlar Kuruluna sunulur. Valiliklerce, merkez ilçe ve ilçelerin uygulama imar plânı ve mevzii imar plân sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünde meydana gelen değişiklikler, takip eden yılın Ocak ayı sonuna kadar Komisyona bildirilir" (Tapu Kanunu m. 35/7. f.).

⁵⁴ "... Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. ... yürütme organına yasalarda düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi getirilemez... Dâva konusu kuralla yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmaz malların illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespiti Bakanlar Kurulu yetkili kalmaktadır. İller coğrafi ve stratejik olduğu kadar yerleşim alanları ve konumları itibarıyla de birbirinden farklılıklar göstermektedir. Kimi illerin yerleşim alanlarının tamamı veya birçok büyük ilçesinin tamamı binde beşlik sınırın altında kalabilmektedir. Buna karşılık il yüzölçümleri, ilin ormanları, dağları ve mera-

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

zenlemede, iller yerine ilçe ölçeğinde belirlenen alt ve üst sını-
nırım yanı sıra, bu aralıklar arasında oran belirlenirken Ba-
kanlar Kurulu'nun esas alacağı hukukî sebepler de Kanun'da
zikredilmiş bulunduğundan, yetkinin devrinde belirsizlik
bulunduğu temeline dayalı benzer bir iptal gerekçesinin ile-
ri sürülmesinin güç olacağı düşünülmektedir. Bu kısıtlama-
nın, Anayasa'nın 16. maddesine uygun olması için Bakanlar
Kurulu'na tanınan yetkinin kullanım sınırlarının ve sınırlama
nedenlerinin kanun ile somutlaştırılmış/objektif ölçülerde
somutlaştırılabilir kriterlere bağlanması, böylece haktan ya-
rarlanacak kişi bakımından öngörülebilir nitelikte olması ge-
reker. Bu açıdan bakıldığında hükmün mevcut hali ile Anaya-
sa m. 16'ya uygun bir düzenleme içerdiği söylenebilir.

Kanun'da karşılıklı işlemin tanımı da yapılmak suretiy-
le geçmiş dönemlerde bu konuda yaşanan tereddütler bir öl-
çüde giderilmiş olmaktadır. 35. maddenin 6. fıkrasında belir-
lendiği üzere, karşılıklılığın tespitinde, hukukî ve fiilî durum
esas alınacaktır.⁵⁵ Buna göre, siyasî (ahdî), kanunî ve fiilî kar-

*ları gibi yerleşim alanları dışındaki kısımlarını da kapsamaktadır. İller için ge-
çerli koşulların ilçeler ve beldeler içinde geçerli olmadığından söz edilemez. Bu
durumda Bakanlar Kurulu'na bırakılan düzenleme yetkisinin Anayasal sınırlar
da gözetilerek çerçevesinin belirlenmediği açıktır. Ülke bütünlüğü ve ege-
menliği ile doğrudan ilgili olduğunda duraksama bulunmayan yabancıların ta-
şınmaz mal edinimi konusunda yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırları belli ku-
rallar içermesi gerekir. İptali istenen kural ise yeterli açıklıktan ve belirlilikten
uzak olduğundan Anayasa'nın 2. ve 7. maddesine aykırıdır..." 11 Nisan 2007
tarihli, E. 2006/35, K. 2007/48 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı: RG, 16
Ocak 2008, S. 26758, s. 14.*

⁵⁵ AİHM, App. No. 45628/99, Judgment 27 March 2007 Case of *Apostolii and Others v. Turkey* ile App. No. 19558/02, Judgment 08 January 2008 Case of *Nacaryan and Deryan v. Turkey* dâvalarında verdiği kararlarında taşınmaz mal edinmenin karşılıklı işlem şartına bağlanmasının, 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesi hükmü kapsamında bir ihlâl yaratıp yaratmadığı hususunu tartışma dışında bırakmış; buna karşılık, karşılıklı işlemin uygulanışının değil, başvurularını etkileme şeklinin incelenmesi gerektiği; "hukukîlik ilkesi" nin gerçekleşmiş sayılması için, kanunî bir dayanağın varlığının yeterli olmayıp; ayrıca mevcut iç hukuk kuralının başvurular bakımından, yeterince anlaşılabilir, ulaşılabilir, kesin, öngörülebilir, nitelikte bulunması lâzım geldiği noktasından hareketle ihlâlin varlığı sonucuna varmıştır. Bu aşamada Mahkeme, Türk millî makamlarının, Türk vatandaşlarının ilgili ülkede hak edinimlerinin ya-

şıklırlık türlerinin üçü de uygulama alanı bulacaktır. Ancak, karşılıklılığın gerçekleşmesi için bir kanun ya da sözleşmenin hukukun varlığı yeterli olmayıp, bu sözleşme veya kanun hükümlerinin fiilen uygulanmakta olması da aranacaktır. Buna karşılık, karşılıklı işlemin “tam bir karşılıklılığın” mu ifade edeceği; bir başka deyişle hakkın, yabancı devletin Türk vatandaşlarına tanıdığı, hukukî sebep, miktar, tür ve ölçü esas alınarak mu verileceği açık değildir.⁵⁶

6. fıkrada devamla yer verilen, “bu ilkenin kişilere toprak mülkiyeti hakkının tanınmadığı ülke uyruklarına uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına da tanınması esastır” hükmü ise oldukça muğlak ve yorum ihtilâfı yaratacak niteliktedir. Anayasa Mahkemesi bu madde hükmünü şu şekilde yorumlamaktadır: “Türkiye ile arasında karşılıklılık bulunmakla birlikte, toprak satışının olmadığı devletlerde, karşılıklılık ilkesiyle, fiilî ve hukukî durum esas alınarak, yabancı devletin kendi

saklandığı veya fiilen kısıtlandığı yönündeki bilgileri teyit edecek somut örneklere dayanmaksızın karşılıklı işlemin bulunmadığı sonucuna varmış olmasını esas almıştır. Kararların Türkçe metni, Dışişleri Bakanlığı resmî çevirisinden elde edilmiştir. Her iki kararın Fransızca orijinal metinleri için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk/97/search.asp?> (08 Nisan 2009 günü itibariyle); Bu konuda ayrıca bkz. Mahmut Kamaçı, “Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye’de Kanunî Miras Yoluyula Taşınmaz Mal Edinmelerine Getirilen Koşul ve Sınırlamaların, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AIHS) ve Eki 1 Nolu Protokole Aykırılığı Sorunu”, *Yargıtay Dergisi*, 2008, C. 34, S. 1-2, s. 41-94; Gemalmaz, s. 404.

⁵⁶ Geçmiş uygulamada, tam bir karşılıklılığın arandığı gözlemlenmiştir. Yargıtay’ın, kamu düzeni gibi daha farklı bir gerekçeye de dayansa olağanüstü zamanaşımı yolu ile taşınmaz mal edinimi ile ilgili verdiği karar aynen şöyledir: “...İlke olarak zamanaşımı yolu ile taşınmaz mal iktisabı, Alman Hukukunda kabul edilmiş ve karşılıklılık ilkesine uygun olarak Türk vatandaşları Almanya’da bu haktan yararlandıklarına göre, Batı Alman uyruklular da zamanaşımı yolu ile taşınmaz mal iktisabı hakkından yararlanırlar. Alman Hukuku’ndaki, [Türk Hukuku’ndan] daha uzun olan zamanaşımı süresinin [30 yıl], olaya uygulanması gerekmez... Aksi düşünüş kabul edilirse, taşınmaz mala ilişkin uyumsuzluklarda yabancı hukukun uygulanması gerekir. Bu durum ise Türk kamu düzenini katlanılamaz biçimde bozar...”: Y.8.HD., 21.10.1986, E. 1986/9681, K. 1986/10741: Ahmet Cemal Ruhi, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Ankara 2003, s. 184-190.

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLÜĞİ

*vatandaşlarına tanıdığı hakların Türk vatandaşlarına da tanınmasının sağlanmak istendiği anlaşılmaktadır.*⁵⁷ Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi'nin üstelik toprak mülkiyetinin edini mi yollarını satışa indirgeyen bir bakış açısıyla yorumu, madde metninin anlaşılmasını sağlayacak bir açıklık içermemektedir.

Doktrinde ifadesini bulan bir yorum tarzına göre, adı geçen hükümle, yabancı ülkede kural olarak vatandaşları da kapsayacak biçimde toprak üzerinde bireysel mülkiyet hakkı tanınmamakla birlikte, taşınmaz mallar üzerinde hak sahibi olmak bakımından hem vatandaş hem de Türk vatandaşlarının hukukî statüsü, çeşitli biçimlerde kullanma hakkı tanıma gibi aynı hukukî yararlanma yollarına tâbi kılınmış ise bu devlet vatandaşları bakımından karşılıklılık şartının gerçekleşmiş sayılacağı ve ilgili kişilerin Türkiye'de taşınmaz mal edinebilecekleri ifade edilmek istenmiş olabilir. Ancak, bu halde devamla, maddede yer alan ve taşınmaz mal mülkiyeti kazanılmasına işaret eden "*taşınmaz ediniminde...*" ibaresiyle çelişen bir durumun ortaya çıkacağı da vurgulanmaktadır.⁵⁸

Kanun'da mülkiyet hakkına getirilen diğer sınırlamalar, 35. maddenin 7. ve 9. fıkralarında ifadesini bulmaktadır. Bu fıkralara göre, Bakanlar Kurulu, Kanun'da sayılan bazı özelliği haiz yerlerde, yabancıların taşınmaz mal edinmelerini yasaklayabileceği gibi, yine Kanun'un verdiği yetki dahilinde belirlediği bölgelerde, yabancıların daha önceden edinmiş buldukları taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkını da sona erdirebilecektir. Bakanlar Kurulu'nun, hukukî sebebi 7. fıkroda somut biçimde belirtilen takdir yetkisini kullanabilmesi için, "*sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanç ve kültürel özellikleri nedeniyle korunması gereken alanlar, özel koruma alanları ile flora ve fauna özelliği nedeniyle korunması gereken hassas alanlarda ve stratejik yerlerde*" "*kamu yararı*" ve "*ülke güvenliği*" bakımından yabancı gerçek kişilerin taşınmaz mal edinmele-

⁵⁷ 11 Nisan 2007 tarihli, E. 2006/35, K. 2007/48 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. RG, 16 Ocak 2008, S. 26758, s. 14.

⁵⁸ Dardağan, s. 55-56.

rinin uygun görülmemesi gerekmektedir. 9. fıkra "*yukarıdaki fıkralar nedeniyle kamulaştırılması gereken ya da tapu sicilinde şerh verilmesine gerek duyulan parsellere ilişkin bildirimlerin ilgili idarelerince tapu sicil müdürlüklerine yapılacağını*" belirtmek suretiyle, "*kamulaştırma*" gereğinin doğabileceğini de hükme bağlamıştır. Bu noktada, Kanun ile belirlenmiş olsa da bir yandan, objektif kriterler dahilinde tayin edilebilecek sula- ma, enerji, tarım, maden, sit, inanç ve kültürel önem arz eden alanlarla, flora ve fauna özelliği taşımaları nedeniyle korun- ması gereken hassas alanlar dışında kalan hukukî sebepler- den "*özellikli alanlar*", "*stratejik yerler*"in idareye geniş takdirî yetki veren soyut kavramlar olması; diğer yandan Bakanlar Kurulu'nun zikredilen tüm alanlarda kullanacağı yetkinin, yine "*ülke güvenliği*" ve "*kamu yararı*" gibi soyut kavramlara dayanması karşısında, düzenlemenin, yetki devri yarattığı, kanunîlik ilkesini zedelediği yönünde muhtemel tartışma- ları gündeme getirebileceğine dikkat çekilmelidir.

Söz konusu yetki, mülkiyet hakkı dışında hem sınırlı aynı haklar hem de yabancı ülkelerde kendi kanunlarına göre ku- rularak tüzel kişilik kazanan ticaret şirketleri bakımından da varittir.

b. Miras Yoluyla Mülkiyet Hakkı Edinimi

aa. Kanunî Mirasçılık Hali

aaa. Karşılıklı İşlem Varsa

Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık bulunan devlet vatandaşlarının, kanunî miras yoluyla intikal eden ta- şınmaz malları için, 1. fıkra hükmünde yer alan kayıt ve sı- nırlamaların aranmayacağını öngören Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin 5. fıkrasının 1. cümlesi dolayısıyla, kanunî mi- ras yoluyla taşınmaz mal üzerinde mülkiyet hakkı edinimin- de, 2.5 hektarlık yüzölçümü ile işyeri ve mesken olarak kul- lanım amacı sınırlaması, uygulama imar plânu veya mevzii imar plânu içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilmiş olma, sı-

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

nurlayıcı kanunî hükümlere riayet şartı uygulama alanı bulamayacaktır.

bbb. Karşılıklı İşlem Mevcut Değilse

Karşılıklılık mevcut değilse, yabancı gerçek kişilerin, kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmaz mallar, adlarına intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilecektir. (Tapu Kanunu m. 35/5/son cüm.). Hiç şüphesiz bu halde, miras hakkı tasfiye bedeli üzerinde devam edecektir.

bb. İradî Mirasçılık Hali

Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin 5. fıkrasının 2. cümlesinde devamlı, "ölüme bağlı tasarruflarda yukarıdaki fıkralarda belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanır" hükmüne yer vermekle, ölüme bağlı tasarruflar bakımından, 1. fıkra hükmünün uygulanmaya devam edeceğine işaret edilmektedir. 2. cümle, 1. cümle ile bir bütün olarak birlikte değerlendirildiğinde, karşılıklı işlemin bulunduğu hallerde dahi ölüme bağlı tasarruf ile mirasçı tayin edilen kişinin 1. fıkrada sözü edilen diğer sınırlayıcı şartlara tâbi olacağı açıktır.

Kanunî miras ile iradî mirasçılık arasında yapılan bu ayrımın eşitlik ilkesine uygunluğu tartışılmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 2007 tarihli kararında, Türk Medenî Kanunu'nda, mahfuz hisseyi esas alan kanunî mirasçılık sisteminin kabul edildiği ve bu mahfuz hisselerin saklı tutulmasıyla aile ve dolaylı olarak toplumun korunmasının amaçlandığı, dolayısıyla her iki mirasçılık sisteminin mirasçılarının farklı konumda olduğu, bu nedenle ölüme bağlı tasarruflar için farklı kayıt ve sınırlamalar getirilebileceği gerekçesiyle, bu ayrımın eşitlik ilkesine aykırı bulunmadığına hükmetmiştir.⁵⁹

⁵⁹ 11 Nisan 2007 tarihli, E. 2006/35, K. 2007/48 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. RG, 16 Ocak 2008, S. 26758, s. 13

Pek çok millî hukukun miras hukukunda kural olarak "iradî mirasçılık sisteminin" esas alındığı düşünülürse, bu sınırlamanın "haklılığı" tartışılır hale gelebilecektir. Kanunî mirasçılık ile iradî mirasçılık arasında yaratılacak bir farkın meşru, haklı bir nedene dayanması ve kamu menfaatinin bulunması gerekir. Oysa, "...her iki sistem de hak edinimi bakımından aynı hukukî sonucu doğurmaktadır; benzer hukukî durumlara benzer kuralların uygulanması, kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesi gereğidir".⁶⁰ Mirasbırakan tarafından iradî mirasçı tayin edilenler, 27 Kasım 2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 20/1. f. uyarınca Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında yetkili kılınan Türk hukuku dahilinde,⁶¹ aynı zamanda kanunî mirasçı sıfatı taşıyabilir ve hatta muhtemel mahfuz hisseler saklı kalmak kaydı ile iradî mirasçı tayin edilmiş olabilirler. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinin kendi mantığı doğrultusunda bakıldığında, bu somut halde, söz konusu ayrımı anlamak zorlaşacak; iki sistem arasındaki tek fark, iradî mirasçı seçilen kişilerin aynı zamanda kanunî mirasçı sıfatı taşıması halinde ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla, tüm bu hususlar gözetilmeden, aile ve toplumu koruma gibi bir düşünceyle, mahfuz hisseli kanunî mirasçıları ayrıcalıklı bir konuma sokmak, mülkiyet hakkının elde ediminde ayrım yapmayı haklı ve meşru gösteren bir gerekçe yaratamaz.

Bir başka açıdan değerlendirildiğinde bu hükmün, ölüme bağlı tasarruflar aracılığıyla, 1. fıkra hükmünün uygulanabilirliğinin dolaylı olarak bertaraf edilebilmesi ihtimalini önlemek amacıyla getirilmiş olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte, yapılan tasarrufun ancak ölümden sonra hüküm ifade edeceği unutulmamalıdır.

⁶⁰ 11 Nisan 2007 tarihli, E. 2006/35, K. 2007/48 sayılı Anayasa Mahkemesi kararına konu olan iptal başvurusunda ileri sürülen talep gerekçesi hakkında bkz. RG, 16 Ocak 2008, S. 26758, s. 5-6'dan naklen.

⁶¹ RG, 12 Aralık 2007, S. 26728.

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

Öte yandan, her ne kadar m. 35'de sadece karşılıklılığın gerçekleşmediği kanunî mirasçılık hali ile sınırlı bir tasfiyeden bahsedilmiş olsa da ölüme bağlı tasarruflar aracılığıyla bir taşınmaz malın iradî mirasçısı sıfatını kazanan yabancı gerçek kişinin sahip olduğu miras hakkının, kanunda öngörülen şartlar bulunmadığı takdirde, taşınmaz malın tasfiye bedeli üzerinde devam edeceği açıktır. Zira, bu kanun hükmü, temel haklardan biri olarak kabul edilen ve Anayasa m. 35 ile anayasal güvence altına alınan miras hakkını değil, mülkiyet hakkını sınırlamaktadır. İki hakkı bağdaştırmanın yolu, kanımızca tasfiye bedeli üzerinde mülkiyet hakkının devamının sağlanmasıdır.

2. Sınırlı Aynî Hak Edinimine Getirilen Sınırlamalar ve Tahlili

Tapu Kanunu'nun m. 35/1. f. 2. cümlesinin, "*sınırlı aynî hak tesis edilmesinde de aynı koşullar aranır*" ifadesini içerir hükmü gereğince, sınırlı aynî hak ediniminde de,⁶² karşılıklılık, kanunî sınırlamalara riayet, işyeri veya mesken olarak kullanılmak, uygulama imar plânı ya da mevzii imar plânı içinde bu amaçlarla ayrılarak tescil edilmiş taşınmaz mallar üzerinde kurulmuş olmak şartları aranacaktır. Toplam 2.5 hektarlık yüzölçümü sınırlaması ise Kanun maddesinin açık ifadesi karşısında hiç şüphesiz bağımsız ve sürekli nitelik arzetmeyen sınırlı aynî hak türleri bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Yabancı gerçek kişiler lehine kurulacak taşınmaz rehni tesisinde de, 1. fıkrada yer alan sınırlamalar dikkate alınmayacaktır (m. 35/2. f.). Rehnin sınırlamanın kapsamı dışında bırakılmasında esas alınan düşünce, alacak ödenmediği takdirde, üzerinde rehin tesis edilen taşınmaz malın mülkiyetinin, rehin hakkı sahibine geçmesinin mümkün

⁶² Bu sınırlı aynî haklar, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmek suretiyle bağımsız ve sürekli nitelik kazanmış aynî haklar dışında kalan haklardır. Yukarıda belirtildiği üzere, TMK m. 704 uyarınca sözü edilen bağımsız ve sürekli aynî haklar, taşınmaz mal olarak tapuya kaydedilmekte ve mülkiyet hakkına dair kurallar kıyasen uygulanmaktadır.

bulunmamasıdır.⁶³ Ancak, aynı düşünce, diğer sınırlı aynî haklar bakımından etkili olamamıştır.

Sınırlı aynî hakların kanunî miras yolu ile edinimine dair, sözü edilen maddede özel bir hüküm mevcut değildir. Madenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde, genel olarak sınırlı aynî hakların tesis edilmesinde aynı koşulların uygulanacağı ve 3. fıkrasında rehin hakkının kapsam dışı bırakıldığı; 5. fıkrasının son cümlesinde, Türkiye ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla edindikleri sınırlı aynî hakların adlarına intikal işlemleri yapıldıktan sonra tasfiye edileceğinden söz edilmektedir. Bu hükümlerden çıkan sonuç, kanunî mirasçılık halinde, karşılıklı işlem yoksa sınırlı aynî hak ediniminin mümkün olmadığı ve ilgili adına yapılan intikal işleminden sonra hakkın tasfiye edileceğidir. Karşılıklı işlemin varlığı halinde ise, 1. fıkrada yer alan sınırlamaların etki doğurmaya devam edip edemeyeceği sorusu gündeme gelecektir. 1. fıkranın 2. cümlesindeki genel hüküm, sınırlı aynî hak edinimini herhangi bir hukukî sebep ayrımı yapmaksızın, 1. cümlesinde ifadesini bulan mülkiyet hakkı ediniminin bağlandığı koşullara tâbi kılmış; 5. fıkranın 1. cümlesi kanunî mirasçılık halinde karşılıklı işlem var ise, 1. fıkradaki diğer kısıtlamaların aranmayacağını taşınmaz mal edinimi ile sınırlı olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, kanunî mirasçı sıfatı ile bir sınırlı aynî hak edinmek isteyen kişi, karşılıklı işlemin varlığı halinde, ayrıca 1. fıkrada öngörülen diğer sınırlamalara da tâbi olmaya devam edecek-

⁶³ Anayasa mahkemesi, rehlin sınırlama alanı dışında bırakılmasının, Anayasa'ya aykırı bir durum yaratmadığına şu gerekçeye dayanarak karar vermiştir: "Alacaklı sıfatıyla bir rehin hakkının iktisabı, rehne konu olan taşınmaz malın iktisabı anlamına gelmez. Alacak ödenmediği takdirde, taşınmaz mal edinme imkânı olmayan bir yabancı taşınmaz malı edinemeyecek, alacağını satış bedelinden temin edecektir. Bu nedenle, karşılıklılık ilkesi gereği, Türkiye'de taşınmaz mal edinme hakkı olmayan bir yabancıya alacağına karşılık olmak amacıyla, taşınmaz mal üzerinde ipotek, ipotekli borç senedi ve irad senedi biçiminde rehin hakkı tesis etmesi, mülkiyetin, kanunlarda öngörülen ayrıksı durumlar dışında devrine yol açmayacağından taşınmaz mal rehlinde bir sınırlama aranmaması Anayasa'ya aykırı değildir." 11 Nisan 2007 tarihli, E. 2006/35, K. 2007/48 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. RG, 16 Ocak 2008, S. 26758, s. 12.

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

tir. Bu aşamada kanunî mirasçı sıfatıyla edinilecek rehin hakkı bağlamında ise, her ne kadar sınırlı aynî hakların edinimi bakımından benzer koşulların varlığını şart koşan genel kuralı ihtiva eden 1. fıkra hükmünden sonra düzenlenmiş olsa da, rehin hakkının her türlü edinim biçimini kapsayan özel hüküm nitelikli 3. fıkranın, 1. fıkranın istisnası olarak uygulanma alanı bulacağı söylenebilir.

Benzer şekilde, ilgili maddede, ölüme bağlı tasarruf aracılığıyla bir sınırlı aynî hak ediniminin sınırlarını belirleyen özel bir hüküm de yer almamaktadır. Aynı mantık dahilinde bir yorum yapmak gerekirse, 1. fıkranın 2. cümlesindeki sınırlı aynî hakları esas alan genel nitelikli sınırlayıcı hüküm, ölüme bağlı tasarruf ile sınırlı aynî hak edinimi bakımından da uygulama alanı bulacaktır. 5. fıkranın 2. cümlesindeki, "*ölüme bağlı tasarruflarda yukarıdaki fıkralarda belirtilen kayıt ve şartlar aranır*" ifadesi, aynı fıkranın 1. cümlesi ile birlikte değerlendirildiğinde, bu hükmün, taşınmaz mal edinimi ile ilgili olduğu ve bu düzenleme tarzı itibarıyla, ölüme bağlı tasarruf aracılığıyla taşınmaz mal edinmenin, karşılıklılık olsa bile, maddede zikredilen diğer sınırlamalara tâbi kılınacağına işaret ettiği söylenebilecektir. Bu bağlamda, esasen, 5. fıkranın 2. cümlesi bakımından daha geniş bir yorum benimsense bile sonuç değişmeyecek olmakla birlikte, sınırlı aynî hak ediniminin, maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki genel nitelikli hükme dahil edileceği düşünüldüğünde, mülkiyet hakkının tâbi kılındığı sınırlamalar, ölüme bağlı tasarruf yolu ile sınırlı aynî hak ediniminde de uygulanmaya devam edecektir. Konuya rehin hakkı açısından yaklaşıldığında ise, 3. fıkranın rehin hakkını esas alan özel düzenleme olma niteliği, bu suretle rehin hakkı edinimini de kapsayacaktır.

Devamla Kanun'da karşılıklılık şartının gerçekleşmediği hallerde, sınırlı aynî hakların ne olacağı sorusuna yanıt veren açık bir hükme de rastlanılamamaktadır. Ancak, sözü edilen 5. fıkranın kanunî miras ile sınırlı biçimde intikal ve tasfiyeyi öngören son cümlesinden hareketle, bu hükmün ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan bir sınırlı aynî hak bakımından uygulanamayacağı sonucuna varılabilecektir. Bu sonuç, ölüme

bağlı tasarruf yolu ile edinilen mirasçılık hakkının dolaylı biçimde engellendiğine işaret edecektir. Bu nedenle, kural olarak ölüme bağlı tasarruf yoluyla bir sınırlı aynî hak ediniminin de kanunî mirasa benzer bir yol izlenmesi gereklidir.

Bu aşamada, yukarıda genel çerçevesi belirlenen sınırlı aynî hak edinimine dair kayıt ve sınırlamalar hakkında şu düşünceler dile getirilmelidir:

Kanun koyucunun rehin hakları ile ilgili istisnaî tavrı bir yana bırakılacak olursa, taşınmaz mallar üzerinde kurulan sınırlı aynî hakların sahibine sağladıkları yetkilerin nitelikleri dikkate alındığında, sınırlı aynî hakların tümünün ediniminin aynı şartlara tâbi kılınmış bulunması eleştirilebilir. TMK'nun, irtifak hakları,⁶⁴ rehin hakları⁶⁵ ve taşınmaz yükü⁶⁶ olarak somutlaştırdığı "*numerus clausus*" hak tasnifi dahilinde bakıldığında, kanımızca, tüm sınırlı aynî hak çeşitleri için or-

⁶⁴ İrtifak hakları şu şekilde tasnif edilmektedir: Taşınmaz lehine irtifak hakları (TMK m. 779 vd.); devri ve miras yoluyla intikalinden söz edilemeyen, kişiye bağlı irtifak hakları olarak intifa ve oturma hakları (TMK m. 795 vd. ve m. 823 vd.); aksi kararlaştırılmadıkça devri ve miras yolu ile kazanımı mümkün kılınan kişiye bağlı haklar olarak üst ve kaynak hakları (TMK m. 826 vd. ve m. 837); aksi kararlaştırılmadıkça devredilemeyen ve mirasçıya intikal etmeyen diğer düzensiz kişisel irtifak hakları (TMK m. 838). Bunlardan üst ve kaynak hakkının ortak özelliği, bağımsız ve sürekli sınırlı aynî hak niteliği kazanabilmeleri ve bu nedenle taşınmaz mal mülkiyeti hakkı yaratabilmeleridir. Örneğin, üst hakkı, 30 yılı aşan bir süre için kurularak süreklilik kazandığında taşınmaz mal sayılmakta ve hak olarak varlığını azami 100 yıl devam ettirmektedir (TMK m. 826 ve m. 836). Tapuda ayrı bir sayfaya bağımsız ve sürekli aynî hak olarak kaydedilen üst hakkı, mülkiyet hakkı yarattığından, bu bağımsız hak üzerinde, ayrıca yeni sınırlı aynî haklar oluşturulması da mümkündür: Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, B. 11, İstanbul 2006, s. 676; Keza kaynak hakkı için bkz. TMK m. 837/3.fık. Bu hakların dışında, düzensiz diğer kişisel irtifaklar da devredilebilir şekilde kurulmuşlarsa, bağımsız nitelik taşırlar; sürekliliğe sahip iseler, bağımsız ve sürekli hak nitelikleri dolayısıyla tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz mal olarak kaydedilebilirler: Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 679-680.

⁶⁵ TMK m. 850 vd.

⁶⁶ Taşınmaz yükü, taşınmaz mal malikini hak sahibine bazı edimlerde bulunma borcu altına sokan ve hak sahibinin bu alacağını taşınmaz bedeli ile teminat altına alan sınırlı aynî haklardır (TMK m. 839 vd.).

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLÜĞİ

tak bir ilke belirlenmesi yerine, bu hakların sağladıkları kullanma, yararlanma, paraya çevirme yetkilerini, mülkiyet hakkının verdiği yetkilere yakınlığı ölçüsünde esas alan, dolayısıyla hakların niteliklerine uygun düşen bir sınırlama getirilmesi uygun olurdu.

Bu bağlamda sınırlı aynı hak edinimine kısıtlama getirilirken,

- hakkın verdiği kullanım yetkisinin kapsamı ve sınırı,

- hakkın süresi,

- hakkın devredilebilirliği, hak sahibi dışında kalan 3. kişilerce kullanılabilme ve mirasçılara intikali imkânının varlığı,

- hakkın sağladığı yetkinin, mülkiyet hakkının sağladığı yetkiye benzerliği dikkate alındığında, Türkiye'de yaratacağı ekonomik, sosyal, kültürel etki ve değişiklikler, stratejik alanlar, doğal kaynaklar, güvenlik mülâhazaları gibi nedenlerle, mülkiyet hakkının kullanımının kısıtlanmasında izlenen amacın gerçekleştirilmesi için sınırlı aynı haklarda da benzer sınırlamalar yapma gereği,

- sınırlı aynı hakkın, mülkiyet hakkına dönüşümü imkânı gibi hususlar dikkate alınmalıydı.

Bu kapsamda olarak, intifa haklarının, mülkiyet hakkının verdiği yetkileri en geniş biçimiyle sağlayan niteliği gereği, taşınmaz mal edinimi koşullarına tâbi kılınmasının yerinde olduğu düşünülebilir. Yine, her ne kadar mülkiyet hakkının, üst hakkına ayrılmaz biçimde bağlı olup, ondan bağımsız bir mevcudiyeti bulunmasa, üzerindeki tasarruf işlemleri, irtifak üzerinde tasarruf yolu ile yapılacak ve süresi sonunda yapı/ inşaat, arazinin bütünleyici parçası olarak arazi malikine kalacak (TMK m. 828) bulunsa da⁶⁷ üst hakkının, devamı süresince inşaat sahibine yapılan inşaat üzerinde mülkiyet hakkı tanıdığı için, taşınmaz mal ediniminde aranan şartlara tâbi kı-

⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 676; Jale G. Akipek/Turgut Akın-türk, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2009, s. 711.

linmasının yerinde olacağı söylenebilecektir. Bu suretle, ayrıca, yabancıların taşınmaz mal edinmelerine getirilen sınırlamaların hileli biçimde ortadan kaldırılması imkânı da bertaraf edilmiş olacaktır. Buna karşılık, bir kişiye ihtiyacı gereği binadan veya bir bölümünden konut olarak bizzat yararlanma, orada oturma yetkisi veren, devri ve intikali mümkün olmayan oturma hakkının amacı doğrultusunda bakıldığında, örneğin, TMK m. 652/2. f. gereğince, sağ kalan yabancı eşin, birlikte yaşanan konut üzerinde kendi miras payına mahsuben oturma hakkı sahibi olmasının, karşılıklı işlem bulunmaması gibi bir nedenle tanınmaması, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir.⁶⁸ Mevcut bir taşınmaz mal üzerinde diğeri lehine kurulan -geçit hakları (TMK m. 789), belirli bir yükseklikten fazla inşaat yapmama gibi- yüklü taşınmaz mal malikini mülkiyetin içeriğindeki bazı yetkileri kullanmaktan kaçınma veya irtifak hakkı sahibinin bu taşınmaz malı, hakkına uygun biçimde kullanmasına katlanma yükümlülüğü altına sokan taşınmaz lehine irtifak hakları⁶⁹ ile hak sahibine, atış eğitimi, spor alanı veya geçit vb. gibi amaçla, sınırlı kullanma yetkisi tanıyan veya yüklü taşınmaz malikine inşaat yaptıktan kaçınma yükümlülüğü getiren diğer düzensiz kişisel irtifak haklarını da Tapu Kanunu m. 35'de öngörülen kuralın uygulama alanı dışına çıkarmanın yerinde olacağı düşünülebilir. Keza, konusunu, ancak yüklü taşınmazın ekonomik niteliğinden doğan veya yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaç-

⁶⁸ 5718 sayılı MÖHUK m. 20/1. f. 2. cümle gereği, TMK m. 652'ye dayanarak sağ kalan eş böyle bir talepte bulunabilir. Zira bu maddeye göre bir yandan Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk hukuku uygulanacaktır; öte yandan, böyle bir hüküm bulunmasaydı bile bu talep aynı zamanda mirasın taksimine ilişkin bulunduğu için, terekenin bulunduğu yer Türk hukukuna tâbi olacaktır (2. f.). Bu talep sonuçlandırılırken, hâkim Tapu Kanunu'ndaki bu sınırlamaları dikkate almak zorundadır.

⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 626-627; Hiç şüphesiz bu haktan yararlanma iki taşınmaz malın varlığına bağlıdır ve yabancıların bu haktan yararlanabilmesi için, bir taşınmaz malın maliki olması gerekir. Mevcut bir taşınmaz malı bulunmayan veya taşınmaz mal edinme hakkı olmayan bir yabancıların böyle bir hak edinimi hakkın mahiyeti gereği mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sargin, (Taşınmaz), s. 98-99.

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

larını karşılayan, vermek veya yapmak biçiminde bir edim oluşturduğuna ve borç yerine getirilmediğinde sadece yüklü taşınmazın paraya çevrilecek değeri üzerinde bir hak yarattığına göre (TMK m. 839/3. f. ve m. 848), taşınmaz mal yükü bakımından da aynı sonuca varılacaktır.

Öte yandan, Kanun'un 35. maddesinin sınırlı aynî hakların, "işyeri" ve "mesken" olarak kullanılmak kaydı ile kurulabileceğini öngören ancak bu kavramları tanımlamayan ifadesi, farklı yorumlara neden olabilecektir. Her iki kavram dar yorumlandığı takdirde, bazı sınırlı aynî hakların kurulması, mümkün olmayabilecektir. Örneğin, hak sahibine taşınmaz mala girme, orada inşaat yapma, tesisat kurma ve mecra geçirme yetkisi veren bir kaynak hakkının başkasına ait bir taşınmaz mal üzerinde mesken amaçlı kurulmasından söz edilemeyeceği gibi doğrudan işyeri olarak kullanımın gerçekleşmeyeceği pek çok somut durum da bulunabilecektir. Dolayısıyla bu amaçlı kullanım, ancak işyeri veya mesken sahibi bulunma gereği olarak "dolaylı biçimde" gerçekleşebilecektir. Kanımızca, kavramın geniş yorumu, geçit hakkı veren bir taşınmaz lehine irtifak hakkı örneğinde olduğu gibi bazı sınırlı aynî hak türlerinin niteliği gereği daha uygun gözükmektedir. Esasen, bazı sınırlı aynî hak türlerinin edinimi imkânını ortadan kaldıran böyle bir sınırlamanın yerindeliliği de tartışılır niteliktedir.

35. maddenin 5. fıkrasında düzenlenen kanunî miras yolu ile edinilen bir sınırlı aynî hakkın, karşılıklılığın gerçekleşmediği hallerde yapılacak "intikal" ve "tasfiye" işlemleri ile ilgili olarak dikkat çekilmesi gereken husus ise, tapuda ilgililerin adlarına yapılacak intikal işlemlerinden sonra gerçekleşeceği ifade edilen tasfiye kavramından ne anlaşılacağı ve bu hakların nasıl tasfiye edileceği noktasında yaşanacak tereddüt ve muhtemel fiilî imkânsızlıktır.⁷⁰

⁷⁰ Bkz. aşağıda, "II. A. 3. Mülkiyet Hakkı ve Sınırlı Aynî Hakkın Sona Ermesi" başlığı altında yapılan açıklamalar.

3. Mülkiyet Hakkı ve Sınırlı Aynî Hakkın Sona Ermesi

Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin 10. fıkrası ilginç bir hüküm içermektedir. Fıkra hükmüne göre, *"Bu madde hükmüne aykırı edinilen veya kanunî zorunluluk dışında edinim amacına aykırı kullanıldığı tespit edilen taşınmazlar ile sınırlı aynî haklar, Maliye Bakanlığı'nca verilecek süre içerisinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir"*.

Bu madde hükmü ile öncelikle Türk eşya hukukunda, kural olarak mutlak anlamda, ancak *"taşınmaz malın tamamen yok olması"* veya *"mülkiyeti terk"* ya da *"kamulaştırma"* ile sona erebilen mülkiyet hakkının devamı, yabancılar bakımından şartta ve süreye bağlanmış bulunmaktadır.⁷¹ Buna göre, kanunî bir zorunluluk bulunmaksızın amacına aykırı kullanıldığı tespit edilen taşınmaz mallar, maliki tarafından tasfiye edilerek mülkiyet hakkı sona erdirilecektir. Bunun yanı sıra, tasfiye ve tasfiye bedelinden söz eden m. 35/10. f. hükmü bu suretle, yabancıların taşınmaz mallar üzerinde aynî hak edinmelerine dair hak ehliyetinin şartlarını belirleyen 35. maddeye aykırı bir edinimi, sebebe bağlılık ilkesine rağmen (TMK m. 1025), geçerli bir mülkiyet hakkı doğumu/devri olarak nitelendiriyor gözükmektedir. Aynı yorum, sınırlı aynî haklar bakımından da yapılabilecektir.

Diğer yandan, Kanun'a aykırı biçimde edinilen veya kanunî zorunluluk dışında edinim amacına aykırı kullanıldığı tespit edilen sınırlı aynî hakların Maliye Bakanlığı'nca verilecek süre içinde tasfiye edilmediği takdirde re'sen tasfiye edilerek bedele çevrileceğini öngören hüküm de eleştiriye açıktır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, nitelikleri gereği bazı sınırlı aynî hakların, taşınmaz mal üzerinde kurulan mülkiyet haklarının tasfiyesindeki gibi 3. kişilere devredilmek suretiyle bedele çevrilmeleri mümkün değildir.

⁷¹ Mülkiyet hakkını sona erdiren nedenler için bkz. TMK m. 717; ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 366 vd.; sınırlı aynî hak türlerine göre aynı paralelde bir yorum yapmak üzere, mülkiyet hakkıyla ortak ve farklı sona erme nedenleri için bkz. Akipek/Akıntürk, s. 661 vd.

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

Bu bağlamda somutlaştırmak gerekirse, örneğin intifa hakkı ve oturma hakkı bağlamında bir değerlendirme yapıldığında, kişiye bağlı olan, devredilemeyen ve miras yolu ile intikal etmeyen, devredilemediği için haczi dahi mümkün olmayan⁷² kişinin sahip olduğu bir özellik nedeniyle ona münhasıran kurulan bir intifa hakkı veya oturma hakkının tasfiyesi ve bedele çevrimi nasıl gerçekleşecektir? Bunun dışında başkasının arazisi üzerinde kurulu ve devri, yüklü ve yararlanan taşınmaz mallar üzerindeki hakkın devrine bağlı bir taşınmaz lehine irtifak hakkı, *pratikte* bu taşınmaz mallardan bağımsız surette nasıl "*tasfiye edilip*" "*paraya çevrilecek*"tir?

Herhalde, bu nitelikli haklar bakımından maddede ifadesini bulan tasfiye ile kastedilen, hakkın sicilden terkini olsa gerektir.

Kanun'da, 35. maddenin amacına aykırı kullanılan veya Kanun'a aykırı biçimde edinilen bir sınırlı aynî hak mevcutsa, "*malik*"in, sınırlı aynî hakkı tasfiye edeceği belirtilmektedir. Kanun koyucunun bilinçli bir tercihini mi yansıttığı ve yerindediği tartışması bir yana bırakılacak olursa, maddenin ifadesi karşısında, sınırlı aynî hakların tasfiyesini/(terkinini talebi) gerçekleştirmek borcunun da bizzat, üzerinde sınırlı aynî hakkın kurulduğu taşınmaz *malın malikine* yüklenmiş olduğu söylenebilecektir.

B. Yabancı Tüzel Kişilerin Mülkiyet Hakkı ve Sınırlı Aynî Hak Edinimi

Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin 4. fıkrasında, "*yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri dışındakilerin Türkiye'de taşınmaz mal edinemeyecekleri ve lehlerine sınırlı aynî hak tesis edilemeyeceği*" açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, kanun koyucu

⁷² Bir Kanun hükmü gereği maddî hukuka göre devri mümkün olmayan sınırlı aynî hakların (TMK m. 806, m. 823, m. 838/2. f.) haczi ve bu suretle bedele dönüştürülmesinden söz edilemeyeceği hakkında bkz. Baki Kuru, *İcra İflas Hukuku*, (El Kitabı), İstanbul 2004, s. 392, 438, 540.

yabancı bir devletin kanunlarına göre yabancı bir ülkede kurularak tüzel kişilik kazanmış kişileri, Kanun'un uygulanması bakımından "yabancı"⁷³ saymaktadır. Ayrıca, tüzel kişilerden, ticaret şirketleri dışında kalan dernek ve vakıfların hem taşınmaz mal edinmeleri hem de sınırlı aynî haklardan yararlanmaları tümüyle yasaklanmıştır. Bir başka deyişle, Vakıflar Kanunu, Dernekler Kanunu ve Türk Medenî Kanunu hükümleri dahilinde Türk tebaası olmadıkları tespit edilen *dernek* ve *vakıfların*, Türkiye'de hiç bir surette taşınmaz mal edinmeleri ve "lehlerine" herhangi bir sınırlı aynî hak tesisi, "rehin hakkı" da dahil olmak üzere mümkün olamayacaktır. Lehlerine ifadesinden hareketle, dernek ve vakıfların Kanun'un yürürlük tarihinden önce sahibi oldukları taşınmaz mallar üzerinde bu tür bir hak tesis edebilmeleri ise mümkün gözükmemektedir.

Bu aşamada, 20 Şubat 2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 12. maddesinin son fıkrası üzerinde durulmalıdır. Madde hükmü aynen şöyledir: "*Kurucularının çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıfların taşınmaz mal edinmeleri hakkında, 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesi uygulanır.*" Bu özelliği haiz vakıflar bakımından, 35. madde hükümlerinin uygulanacağını öngören Kanun hükmü bir tahlile tâbi tutulacak olursa, söz konusu ifade iki şekilde yorumlanabilir: Bunlardan ilkinde göre, kural olarak, Türk kanunlarına uygun biçimde kurularak tüzel kişilik kazanan bir vakıf, Türk vakfı niteliğini haizdir ve sahip olduğu bu tüzel kişilik, onu oluşturan kişilerin hukukî kişiliğinden ve tâbiyetinden tümüyle bağımsızdır. Ancak, Vakıflar Kanunu ile bu nitelik-

⁷³ Esasen Türk tebaası olan cemaat vakıfları bakımından geçmiş dönemde yapılan tartışmalar ve yabancı muamelesi uygulaması, yeni Vakıflar Kanunu ile 3. maddesinde yapılan tanım dahilinde de açıkça görüleceği gibi, sona ermiştir. Bu maddede tanımlandığı üzere, adı geçen vakıflar, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlara ait tüzel kişiliklerdir. 20 Şubat 2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu metni için bkz., RG, 27 Şubat 2008, S. 26800. Cemaat vakıflarının, Türk tebaası tüzel kişiler olduğu hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. İsmet Sungurbey, *Eski Vakıfların Yeni Sorunları*, İstanbul 2001.

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

li Türk vakıflarının, yabancıların hukukî statüsüne tâbi kılın-
dıkları söylenebilecektir. Adı geçen 12. madde düzenlemesiyle,
bir vakfın kurucularının tâbiyetinin, Türk tâbiyetindeki
bir vakfın, bu tâbiyetini korumaya devam etmekle birlikte,
taşınmaz mal edinme hakları bakımından yabancı muamele-
sine tâbi kılınmasına yol açacak bir fonksiyon görebileceği ka-
bul edilmiş; bir başka deyişle "kontrol sistemi" benimsenmiş
olmaktadır. Kontrol sisteminin uygulanmasındaki ölçüt, "va-
kıf kurucularının çoğunluğunun yabancı devlet tebaası" olması-
dır. Bu doğrultuda, söz konusu vakıfların, Türkiye'de taşın-
maz mal edinmelerinin mümkün olmadığı sonucuna varıla-
caktır. Zira, Vakıflar Kanunu'nda yapılan atıf dolayısıyla ya-
abancı sayılan vakfın, m. 35/4. fıkrada sadece "yabancı şirketle-
rin" taşınmaz mal edinebilecekleri belirtildiği için, taşınmaz
mal ediniminden söz edilemeyecektir. Bu sınırlama hiç şüp-
hesiz mülkiyet hakkı ile ilgilidir. Miras veya hibe yolu ile dev-
ri gündeme gelen bir taşınmaz mal üzerinde kurulacak mül-
kiyet hakkı, bu malların tasfiye bedeli üzerinde devam ede-
cektir.

Diğer bir yorum ise, her ne kadar Vakıflar Kanunu'nun
12. maddesi ile atıfta bulunulmuş olsa da maddede, "... Tapu
Kanununun 35. maddesi uygulanır" yerine, "35. maddede tüzel
kişiler için öngörülen sınırlamalar uygulanır" gibi açık bir ifade
kullanılmadığı; oysa ilgili 35. maddede sadece "yabancı ülke-
lerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip
ticaret şirketleri dışındakiler" arasında sayılacak "yabancı vakıf-
lar" bakımından bir yasaklama getirildiği; 35. maddenin hak-
ka kısıtlama getiren istisnâî bir hüküm olduğu için dar yoru-
ma tâbi bulunduğu ve kıyas yapılamayacağı; bu nedenle esa-
sen Türk tebaası olan bu vakıfların, Tapu Kanunu m. 35'in
mevcut düzenlemesi karşısında taşınmaz mal edinme hakla-
rının bulunduğudur.

Sınırlı aynî haklardan yararlanmaları konusunda ise, 12.
madde "taşınmaz mal edinme" hakkından söz etmekte ve bu
kapsamda 35. maddeye atıfta bulunmaktadır. Bu nedenle, 35.
maddenin 4. fıkrasında yer alan sınırlı aynî hak edinme yasa-
ğının, bu tür vakıflar bakımından uygulanmayacağı düşünü-

lebilir. Bununla birlikte, mülkiyeti, hem yetki hem de ödevlerden oluşan bir hâkimiyet hakkı ve özel mamelek haklarının bütününe ifade eden bir kavram olarak tanımlayan *modern mülkiyet anlayışına* göre, mülkiyet, sınırlı aynî hakları da kapsamına alacağı için,⁷⁴ böyle bir geniş yorum dahilinde, 35. maddedeki sınırlamanın, sınırlı aynî hakları da etkileyeceği sonucuna varılabilir.

Konuya dernekler açısından bakıldığında, 2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nda, Vakıflar Kanunu'na paralel bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Dernekler Kanunu'nun 22. maddesinde, derneklerin genel kurullarından yetki alınması kaydıyla yönetim kurulu kararıyla taşınmaz mal satın alabilecekleri veya mevcut taşınmaz mallarını satabilecekleri hükme bağlanmış bulunmaktadır. Devamla, 36. maddesinde, bu Kanun hükümlerinin, yabancı derneklerin Türkiye'deki şube ve temsilcilikleri bakımından da uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir.⁷⁵ Dolayısıyla, Dernekler Kanunu'nda taşınmaz mal edinme imkânı, satın almayla sınırlı olarak yabancı tebaa ayırımına tâbi kılınmaksızın düzenlenmiştir. Ancak, Tapu Kanunu'nun 35. maddesi son derece açıktır ve yabancı derneklerin mülkiyet ve sınırlı aynî haklardan yararlanması tümüyle yasaklanmıştır.

35. madde çerçevesinde bakıldığında, yabancı dernek ve vakıflar bakımından Tapu Kanunu'nda "*mülkiyet hakkı*"nın sınırlama sistemine tâbi kılındığı tespiti yapılabilecektir. Oysa bu yasaklama, dernek ve vakıflar açısından "*hakkın özünü tümüyle ortadan kaldıran*" niteliklidir ve bu nedenle, Anayasa'nın ilgili hükümlerine açıkça aykırıdır.

Bir kanun maddesi ile taşınmaz mal edinmenin dernekler ve vakıflar bakımından tümüyle önlenmiş olması, 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesinin uygulanabilirliğini saptayan AIHM kararları ışığında, kazanılmış bir hakkın korun-

⁷⁴ Bkz. Sargın, (Taşınmaz), s. 96'da zikredilen yazarlar.

⁷⁵ "Bu kanun hükümleri, yabancı dernekler ile merkezleri yurtdışında bulunan dernekler ve vakıflar dışındaki kâr amacı gütmeyen kuruluşların şube veya temsilcilikleri hakkında da ceza hükümleri ile birlikte uygulanır."

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLÜĞİ

ması kapsamında nitelendirilmeyecek bulunmakla birlikte, Anayasa'nın 35. maddesini hukukî temel alan bir meşru beklenti olarak yorumlandığı takdirde, hiç şüphesiz Anayasa'nın 16. maddesinde zikredilen milletlerarası hukuka uygunluk kriterine de aykırılık teşkil edebilecektir.

Yabancı tüzel kişilerden ticaret şirketlerinin taşınmaz mal edinmeleri ve sınırlı aynî haklardan yararlanmaları imkânı da, 35. maddede istisna olarak düzenlenmiştir. Zira 3. fıkradaki istisna bir yana bırakılacak olursa, maddenin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, ancak "özel bir kanun hükmü ile izin veriliyor ise" mülkiyet ve sınırlı aynî hak sahibi olabilecektir. O halde aslolan, yabancı şirketler için de mülkiyet hakkının bulunmadığı, ancak istisnaen bir özel kanun ile bu haklardan yararlanabileceği; yani "sınırlama sistemi"nin şirketler bakımından da "kural" olduğudur. Maddenin bu düzenleme tarzı itibarıyla, Anayasa'ya aykırılık sorunu yine gündeme gelebilecektir. Bu noktada tespiti gereken bir diğer husus, ticarî şirketlerin özel kanunlara tâbi olduğu ve özel kanunda ayrıca belirtilmedikçe 1. fıkrada sayılan kayıt ve sınırlamaların, örneğin, karşılıklı işlemin varlığının ya da belli bir yüzölçümü içinde kalmanın birer şart olarak aranmayacağıdır. Buna karşılık, özel kanun hükümleri ile taşınmaz mal edinimine izin verildiği hallerde, hiç şüphesiz m. 35/ 7. f.'de yer alan açık ifade doğrultusunda, zikredilen sınırlama uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, Bakanlar Kurulu'na verilen yetki dahilinde, 7. fıkrada özellikleri sayılan, "sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanç ve kültürel özellikleri nedeniyle korunması gereken alanlar, özel koruma alanları ile, flora ve fauna özelliği nedeniyle korunması gereken hassas alanlarda ve stratejik yerlerde, kamu yararı ve ülke güvenliği" bağlamında getirilecek kısıtlamalar, tüzel kişileri de kapsayacaktır.

Yabancı tüzel kişilere taşınmaz mal edinme ve sınırlı aynî haklardan yararlanma hakkı tanıyan özel kanunlar sırasıyla, 16 Mart 1954 tarihli ve 6326 sayılı Petrol Kanunu,⁷⁶ 12 Mart

⁷⁶ RG, 16 Mart 1954, S. 8659; 05 Nisan 1973 tarihli ve 1702 sayılı Kanun'un

1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu⁷⁷ ile 09 Ocak 2002 tarihli ve 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu⁷⁸ dur.⁷⁸

35. maddenin 3. fıkrasındaki "...yabancı bir devletin kanunlarına uygun olarak kurulan tüzel kişiliği haiz şirketlerin taşınmaz mal rehin hakkı tesisinde, 1. ve 2. fıkralarda yer alan kayıt ve sınırlamaların uygulanmayacağı" nı öngören hüküm doğrultusunda, bu sıfatı haiz şirketlerin, özel bir kanun hükmüne gerek olmaksızın ve herhangi bir yüzölçümü, kullanım amacı, imar plânı içinde bu amaçla tescil edilmiş olma ve karşılıklı işlem kayıtlarına bakılmaksızın taşınmaz mallar üzerinde rehin hakkı sahibi olabileceği sonucuna varılacaktır. Ancak, bu aşamada, 3. fıkra hükmünün, özel kanunlarda yer alan rehin hakkı yasağını ortadan kaldıran bir içeriği haiz olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Zira 1. fıkra hükmünde bir kayıt olarak yer alan sınırlayıcı kanunî hükümlere riayet şartı, 3. fıkra ile "rehin hakkı" bağlamında ortadan kaldırılmış gözükmemektedir. Bu kapsamda, özel bir kanun hükmünde yer alan açık bir kanunî sınırlama kaldırılmış mı sayılacak yoksa önceki nitelikli özel bir kanun vasfı ile uygulanmaya devam mı edecektir? Bu hüküm, sonraki tarihli özel kanunlarda getirilecek yasaklar bakımından da önem arz edecektir.

37. maddesi ile değişik 87. maddesi uyarınca.

⁷⁷ RG, 16 Mart 1982, S. 17635; Kanun'un 8. maddesinin, 7 Mayıs 2008 tarihli ve 5761 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değişik (D) ve (E) bendi uyarınca, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nda yer alan yabancı tabiiyetlilerle ilgili sınırlamalardan Bakanlar Kurulu kararı ile istisna edilebilecek; Kültür ve Turizm Bakanlığı'nun tasarrufuna geçen taşınmaz mallar üzerinde, (C) bendinde zikredilen şartlarla, yabancı gerçek ve tüzel kişiler lehine bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları da dahil olmak üzere, irtifak hakkı tesisi mümkün olabilecektir.

⁷⁸ Endüstri Bölgeleri Kanunu m. 3/A, m. 4 ve m. 4/C uyarınca yabancı gerçek ve tüzel kişi yatırımcılar lehine taşınmaz mallar üzerinde irtifak hakkı tesis edilebilir: RG, 09 Ocak 2002, S. 24645; ek maddeler için ayrıca bkz. 22 Haziran 2004 tarihli ve 5195 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun: RG, 01 Temmuz 2004, S. 25509.

C. Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Aynî Haklardan Yararlanmalarına Getirilen Sınırlamalar

03 Temmuz 2008 tarihli ve 5782 sayılı Kanun⁷⁹ ile Tapu Kanunu'nun daha önce 2003 yılında ilga edilen 36. maddesi⁸⁰ yeniden düzenlenmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından⁸¹ iptal edilen 05 Haziran 2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun⁸² (DYYK) m. 3/

⁷⁹ Madde hükmü aynen şöyledir: "Yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketler, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinebilir ve kullanabilirler. Bu şekilde edinilen taşınmazların Türkiye'de kurulu bulunan bir başka yabancı sermayeli şirkete devrinde ve taşınmaz maliki yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelmesi durumunda da aynı esas geçerlidir. Türkiye'de kurulu yabancı sermayeli şirketlerin tasfiyesi halinde şirketin sahip olduğu taşınmazın şirket ortağı yabancı gerçek kişiler veya yurt dışında kurulu yabancı ticaret şirketleri tarafından edinilmek istenmesi halinde 35 inci madde hükümleri uygulanır.

"18/12/1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu şirketlerin, askeri yasak bölgeleri, güvenlik bölgeleri ve aynı Kanununun 28 inci maddesi çerçevesinde belirlenen stratejik bölgelerdeki taşınmaz edinimleri, Genel Kurmay Başkanlığının ya da yetkilendireceği komutanlıkların, özel güvenlik bölgelerindeki taşınmaz edinimleri ise taşınmazın bulunduğu yerdeki valiliğin iznine tâbidir. Valilik iznine tâbi hususlar, ilgili idare temsilcilerinin katılımıyla oluşan komisyonunda, taşınmaz ediniminin, ülke güvenliği ve faaliyet konusuna uygunluğu değerlendirilerek karara bağlanır.

"Bu madde hükümlerine aykırı şekilde edinildiği veya kullanıldığı tespit edilen taşınmazlar ve sınırlı aynî haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek süre içerisinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedelle çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir. "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, ilgili bakanlıkların görüşlerinin alınmasını müteakip Hazine Müsteşarlığı, İçişleri Bakanlığı, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ve Millî Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir": RG, 15 Temmuz 2008, S. 26937.

⁸⁰ 03 Temmuz 2003 tarihli ve 4915 sayılı Kanun m. 38 hükmü gereğince.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi'nin, 11 Mart 2008 tarihli ve E. 2008/71, K. 2008/79 sayılı kararı: RG, 16 Nisan 2008, S. 26849. Anayasa Mahkemesi'nce, kararın *Resmî Gazete*'de yayımlandığı tarihten başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesine hükmedildiği için kanun hükmü, 16 Ekim 2008 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkmıştır.

⁸² RG, 17 Haziran 2003, S. 25141.

(d) bendinin⁸³ düzenleme konusunu içeren bir hüküm, Tapu Kanunu'na, 36. madde olarak eklenmiştir.

"Yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketler, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti... edinebilir ve kullanabilirler..." cümlesini içeren 36. maddenin ilk fıkrasından hareketle yapılabilecek saptamalardan ilki, maddede "tüzel kişiliği haiz" şirketlerden söz edildiği için, yabancı yatırımcının Türkiye'de kurduğu veya katıldığı tüzel kişiliği bulunmayan bir şirketin, Kanun'un uygulama alanı dışında kalacağıdır.⁸⁴ Keza, bu doğrultuda maddede yabancı yatırımcının şirkete katılımından söz edildiğinden böyle bir iştirak olmaksızın Türkiye'ye yabancı sermaye getirerek faaliyet gösterecek/gösteren yabancı şirketlerin, maddenin uygulama alanı dışında kalacağı ve rehin hakkı hariç, Tapu Kanunu m. 35/2. f. hükmü dahilinde ancak, özel kanunlarla haktan yararlanabileceği ifade edilebilecektir. Örneğin, Türkiye'de şube kurarak,⁸⁵ getireceği yabancı sermayeyle faaliyette bulunacak bir yabancı şirket, özel bir kanun hükmü hariç taşınmaz mal edinemeyecektir.

⁸³ Mülga, m. 3/(d): "*Yabancı yatırımcıların, Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak edinmeleri serbesttir.*"

⁸⁴ Örneğin, bir Türk şirketi ile joint venture sözleşmesi ile kurulan bir adi ortaklık ilişkisi içinde Türkiye'de faaliyet göstermek üzere yabancı sermaye getiren bir yabancı şirket, özel kanun hükümleri hariç, Tapu Kanunu'nun 36. maddesinden yararlanarak taşınmaz mal edinemeyecektir. Oysa, DYYK'nın 2. fıkrasında yer alan "yeni şirket kurma" ibaresi, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin (DYYKUY) 9. maddesinde açıklandığı üzere, adi şirketleri de kapsamaktadır; bu nedenle, sözleşmeye dayalı joint venture ilişkisi dahilinde kurularak Türkiye'ye yabancı sermaye getiren adi şirketler yabancı yatırımcı vasfı ile DYYK kapsamında sayılmaktadır. Joint venture ilişkisi dahilinde Türkiye'ye yabancı sermaye getirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rifat Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Ankara 2005, s. 87-89; DYYKUY metni için ayrıca bkz. RG, 20 Ağustos 2003, S. 25205.

⁸⁵ Yabancı şirketlerin şube açmak suretiyle Türkiye'de yabancı yatırım yapması imkânıyla, açılan şubelerin yerli vasfı taşımadığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erten, s. 94-95.

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

Yine, maddede yer alan "yabancı unsur"un tanımında esas alınan, şirketlerin tâbiyeti değil; şirkete getirilen "sermaye"nin niteliğidir. Ölçü, şirketin Türkiye'de yabancı sermaye ile kurulması ya da Türk şirketinin yabancı sermaye kabul etmesidir.⁸⁶

Yabancı yatırımcıdan ne anlaşılması gerektiğini, Tapu Kanunu m. 36 tanımlamamaktadır. Bu nedenle, tanımın unsurlarının, uygulama ile somutlaşacağı düşünülebileceği gibi; doğrudan yabancı yatırımlar mevzuatı içinde yer alan ve "bu Kanun hükümlerine ilişkin değişiklikler, ancak bu Kanun'a hüküm eklenmek veya bu Kanun'da değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir" hükmünü içeren DYYK'nın 5. maddesinin (d) bendine aykırılık teşkil edecek şekilde, Tapu Kanunu'nun 36. maddesinin, DYYK'nun mülga 3. maddesi yerine vaz'edildiği, bu nedenle, DYYK kapsamında belirlenebileceği de söylenebilecektir. Son düşünce tarzı dahilinde, DYYK'nun tanımları içerir 2. maddesinde belirlendiği üzere, yabancı sermaye getiren kişilerin, yurt dışında ikamet eden "Türk vatandaşları" olması da mümkündür.⁸⁷ O halde, yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarının Türkiye'de Türk kanunlarına uygun biçimde kur-

⁸⁶ Tapu Kanunu m. 36/ son fıkranın, "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, ilgili bakanlıkların görüşlerinin alınmasını müteakip Hazine Müsteşarlığı, İçişleri Bakanlığı, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ve Millî Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir Yönetmelikle düzenlenir" hükmü uyarınca hazırlanan "Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik" in (YSŞTEY), şirketlerin taşınmaz mal üzerinde mülkiyet ve sınırlı aynî hak edinimi başvuruları için, "şirket merkezinin kayıtlı bulunduğu ticaret müdürlüğünden" edinilecek bir belgenin ibrazından söz eden 4. maddesinden hareketle, Yönetmelik'in, Kanun metninde geçen, yabancı yatırımcı tarafından kurulan şirketlerin yarı sıra iştirak edilen tüzel kişiliklerin de Türk şirketi olduğu düşüncesinden hareket ettiği sonucuna varılabilecektir. Yönetmelik metni için bkz. RG, 12 Kasım 2008, S. 27052; 4. madde metni için ayrıca bkz. ileride Dn.(105); Ticaret şirketlerinin Türk tâbiyetinin tayini ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğrul Arat, *Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti*, Ankara 1973; Musa Aygül, *Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Ankara 2007.

⁸⁷ Buna göre, yabancı yatırımcı, "Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapan, yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip gerçek kişilerle, yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını, yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri, uluslararası kuruluşları ifade eder" (m. 2/a).

dukları tüzel kişiliği haiz şirketler ile iştirak ettikleri şirketler de,⁸⁸ 36. maddenin uygulama alanına dahil olacaktır.

İlk bakışta, bu nitelikli Türk şirketlerinin taşınmaz mal edinme haklarının kısıtlandığı ve ancak "ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek"le sınırlı olarak mülkiyet hakkı ve diğer sınırlı aynı haklardan yararlanmalarının mümkün kılındığı söylenebilecektir. Ancak, TTK'nun "ticaret şirketleri, ...şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler..." hükmünü içeren ve dolayısıyla *ultra vires* ilkesini esas alan 137. maddesi doğrultusunda bir yorum yapıldığında,⁸⁹ 36. maddede zikredilen bu şartın,⁹⁰ mer'î Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurularak tüzel kişilik kazanmış Türk şirketleri bakımından yeni bir sınırlamayı ifade etmediği görülecektir. Bu sınırlama ancak, muhtemel yeni bir TTK düzenlemesinde, *ultra vires* ilkesinden vazgeçildiği takdirde pratik bir anlam taşıyacaktır.⁹¹

⁸⁸ Doğrudan yabancı yatırım, yabancı yatırımcı tarafından, 1) yurt dışından getirilen; Merkez Bankası'nca alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, devlet tahvili hariç şirket menkul kıymetleri, makina ve teçhizat; fikrî ve sınaî mülkiyet hakları, 2) yurt içinden sağlanan; yeniden yatırımda kullanılan kâr, hasılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, doğal kaynak araştırılması ve çıkarılmasına dair haklar gibi iktisadî kıymetler aracılığıyla, (i) yeni şirket kurmayı veya şube açmayı; (ii) menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az %10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı kapsamaktadır (DYYK m. 2/b).

⁸⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Burçak Yıldız, "Şirketlerin Ehliyetine İlişkin Olarak Özellik Arz Eden Bazı Hukukî İşlem ve Sözleşmeler, ABD, 2006-2, s. 58 (Şirketler).

⁹⁰ Kanun'da sözü edilen işletme mevzuu çevresinin, şirket esas sözleşmesinde belirtilen işletme mevzuunun yanı sıra, esas sözleşmede belirtilmese bile doğrudan veya dolaylı olarak o işletme mevzuunun gerçekleştirilmesini sağlayan veya bunu kolaylaştıran yardımcı faaliyet niteliğindeki iş ve sözleşmeleri de kapsayan bir kavram olduğu; şirket esas sözleşmesinde tek tek sayılmasa dahi işlemin içeriği, işletme mevzuu ile olan makûl düzeyde bir amaçsal bağlantısıyla şirkete menfaat sağlayıp sağlamadığı kriterlerinin, şirketin hak ehliyetini belirlemede esas alınacağı hakkında bkz., Yıldız, (Şirketler), s. 57-58.

⁹¹ Yeni TTK Tasarısı m. 125 hükmü bağlamında, *ultra vires* ilkesinden tü-

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

Kanun maddesinde, "iştirak etme" ibaresinden ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklama da yer almamaktadır.⁹² Bununla birlikte, tüm iştirak biçimleri için ortak olması gereken, herhalde bu katılımın iştirakçiye şirket ortaklığı imkânı sağlamasıdır.⁹³ Kavram dahilinde, hisse devri veya sermaye artırımını birer örnek olarak zikredilebilir. Bu bağlamda, ayrıca, Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmeliğin, "şirketlerin ortaklık yapısının değişmesi" başlıklı 12. maddesi önem arz etmektedir. Madde, mevcut yabancı sermayeli şirkete yeni yabancı ortak iştiraki halinde, katılımdan önce sahip olunan taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkının "devamı" ile yeni "mülkiyet hakkı edinim talepleri"nin nasıl değerlendirileceğini düzenlemektedir.⁹⁴ Bu maddede,

müyle vazgeçildiği hakkında bkz. Burçak Yıldız, "TTK Tasarısı'nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki *Ultra Vires* Sınırlamasının Yerindeliliğinin Değerlendirilmesi", *AÜHFD*, C. 55, S. 1, 2005, s. 337 vd. Bu ilkenin uygulanmadığı bazı hukuk sistemleri için ayrıca bkz. Burçak Yıldız, "AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti (*Ultra Vires* İlkesi)", *BATİDER*, C. 23, S. 3, 2006, s. 185-206.

⁹² Doğrudan yabancı yatırım mevzuatı çerçevesinde, iştirakin çeşitli tanımları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erten, s. 89-91.

⁹³ Karş. Erten, s. 89.

⁹⁴ Madde metni aynen şöyledir: (1) *Mevcut yabancı sermayeli şirkete yeni yabancı ortak iştirakinin gerçekleştiği Hazine Müsteşarlığına bildirilen şirketlere ilişkin bilgileri aylık olarak, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğüne bildirir.*

(2) *Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, yeni yabancı ortak iştirakinin gerçekleştiği mevcut yabancı sermayeli şirketlerin sahip oldukları taşınmazlara ilişkin bilgileri valiliklere bildirir.*

(3) *Valilik, taşınmazın askerî yasak bölge, askerî güvenlik bölgesi veya stratejik bölgede kalıp kalmadığını, bu bölgelerde kalması halinde taşınmaz mülkiyeti edinim durumunun uygun olup olmadığını, Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıklardan otuz gün içinde; taşınmazın özel güvenlik bölgesinde kalıp kalmadığını ise, Emniyet Genel Müdürlüğü'nden yirmi gün içinde yazılı olarak bildirmesini talep eder. Taşınmazın özel güvenlik bölgesi içinde kalması halinde taşınmaz mülkiyeti edinim talebi Komisyon tarafından değerlendirilir.*

(4) *İlgili birimler talebi, bu Yönetmeliğin 6, 7, 8 ve 10 uncu maddeleri çerçevesinde sonuçlandırır.*

(5) *Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıklar ve Komisyon tarafından yapılacak değerlendirmenin olumsuz olması halinde birimler, bu Yönetmeliğin 14 üncü maddesinin uygulanmasını teminen valiliğe bildirimde bulunulur.*

yabancı sermayeli şirkete yeni bir "yabancı ortak" katılımından söz edilmektedir. Maddenin, DYYK m. 2/(b) çerçevesinde tanımlanan, yurtiçi/yurtdışından sağlanan iktisadî kıymetler aracılığıyla hisse senedi satın alarak mevcut şirkete iştirak eden yabancıya mı işaret ettiği ise açık değildir. İştirak kavramına ayrıca, şirketlerin birleşmeleri açısından da yaklaşılabılır. Türk hukukunda da olduğu gibi iki veya daha fazla ticaret şirketinin tüzel kişiliğine son vererek yeni bir ticaret şirketi kurmaları veya mevcut bir ticaret şirketine iltihak etmeleri suretiyle gerçekleşen şirket birleşmeleri⁹⁵ de yabancı sermaye ile kurulmanın yanı sıra mevcut şirkete iştirak kavramı kapsamında değerlendirilebilecektir.⁹⁶

Bu aşamada, yabancı sermayeye dönüşümün pratikte nasıl tespit edileceği sorusu da gündeme gelecektir. Doğrudan yabancı yatırım mevzuatı kapsamında değerlendirildiği takdirde, DYYKUY'nin m. 5/(b) bendi hükmüne göre, Kanun kapsamında bulunmayan tamamen yerli sermayeli şirketler, şirkete bir yabancı yatırımcının hisse devri yoluyla iştirak etmesi veya şirketin yaptığı sermaye artışına şirket di-

⁹⁵ Örneğin, TTK m. 151'e göre, "...kalan ya da yeni kurulan şirket, ortadan kalan şirketlerin yerine geçer. Bunların bütün hak ve borçları, kalan veya yeni kurulan şirkete intikal eder."

⁹⁶ Şirketlerden birinin çatısı altında, iltihak suretiyle tüzel kişiliğin tümüyle sona ermesine ya da her iki şirketin hukukî varlığına son verilerek yeni bir şirket oluşturulmasına yol açan birleşmeyi idare edecek yetkili hukuk dahilinde külli halefiyet ilkesinin uygulanacağı tespit edildiği hallerde, "ayakta kalan veya yeni kurulan şirketin", birleşen şirket/lere ait sermayeyi oluşturan malvarlığı içinde yer alan taşınmaz malın mülkiyet hakkını kendiliğinden edinmesi mümkün olabileceğinden; yeni veya devralan şirket, yabancı devlet kanunlarına uygun biçimde kurulan veya yabancı sermayenin iştirak ettiği ortaklık olarak, sırasıyla Tapu Kanunu'nun 35. ve 36. maddelerinin uygulama alanına dahil edilebilecektir. Bu kapsamda, örneğin birleşme suretiyle şayet mevcutlar sona erdirilerek yeni bir şirket kurulur ise, kurulan yeni şirketin TTK hükümlerine binanen Türk ticaret siciline tescil ile varlık kazanmış bir Türk şirketi vasfı taşıması, Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin uygulama alanı dışında kalmabilmesinin ön şartıdır. Buna karşılık, Türk tâbiyetini taşısa da yeni şirket, birleşen şirketlerden birinin sermayesi yabancı olmak kaydı ile m. 36'nun uygulama alanına dahil olacaktır. İltihak suretiyle birleşme halinde de benzer şekilde, katılan şirketin yabancı sermayeli olması, 36. maddeyi uygulanabilir kılacaktır.

şındaki yabancı bir yatırımcının katılımı suretiyle hisse devrinin gerçekleşerek, DYYK'nın uygulanma alanına girmesi halinde, hisse devrine ilişkin bilgileri, "*doğrudan yabancı yatırımlar için hisse devri bilgi formu*" dahilinde, hisse devrinin gerçekleşmesini müteakip en geç bir ay içinde Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'ne bildirecektir. Hazine Müsteşarlığı da, diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla yapacağı veri paylaşım protokolleri çerçevesinde yabancı yatırımlarla ilgili bilgileri temin edecektir (DYYKUY m. 4). Ayrıca, Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik m. 11/1. f. hükmü uyarınca, yabancı sermayeli hale geldiği Hazine Müsteşarlığı'na bildirilen şirketlere ilişkin bilgiler, Hazine Müsteşarlığı'nca, aylık olarak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'ne gönderilecektir.⁹⁷ Bu bildirim ve kayıt zorunluluğu nedeniyle, yerli sermayeli bir şirketin hisse devri suretiyle yabancı sermayeli hale geldiğinin tespiti kolaydır.⁹⁸ Bununla birlikte, yerli sermayeli bir şirketin bu bildirimini yapabilmesi için, hisseleri devralanın kimliğinden haberdar olması gerekir. Oysa hisse senetlerinin hamile yazılı olduğu bir şirketin bu devirlerden haberdar olması, halka arz olunan ser-

⁹⁷ Madde hükmü, hisse devri dışında kalan iştirak hallerini de kapsamaktadır.

⁹⁸ Yerli sermayeli şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale dönüşümü olasılığı dışında, genel olarak Türkiye'de yapılacak yabancı yatırımın takibini sağlayacak şekilde, yabancı yatırım getirilerek şirket kurulması, şirketlere iştirak edilmesi hususları da bildirim ve kayda bağlanmıştır. Nitekim, DYYKUY'nin 4. maddesine göre, ilgili ticaret sicil memurlukları, Kanun kapsamındaki bir şirketin kuruluşu aşamasında ilgililerce doldurulacak "şirket ve şube kuruluş bildirim formu ve dilekçesi" nüshası ve bu şirketlerce iletilen "ortaklar listesi" veya "hazirun cetveli"ni Hazine Müsteşarlığı'na gönderecektir. Yine, Yönetmelik'in 5/a. maddesinde, DYYK kapsamındaki yabancı yatırım sahibi şirketlerin, sermayelerine ve faaliyetlerine ilişkin bilgileri "doğrudan yabancı yatırımlar bilgi formu"nu doldurarak, yıllık bazda her yıl en geç mayıs ayı sonuna kadar Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'ne göndereceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, mevcut yerli veya yabancı ortakların kendi aralarındaki veya şirket dışındaki herhangi bir yerli ya da yabancı yatırımcıya yaptıkları hisse devirlerine ilişkin bilgileri de "doğrudan yabancı yatırımlar için hisse devri bilgi formu"nu hisse devrinin gerçekleşmesini takiben en geç bir ay içinde, aynı Müdürlüğe bildirmeleri de şarttır.

maye piyasası araçları için 28 Temmuz 1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 10/A hükmünün öngördüğü istisnaî durum bir yana bırakılacak olursa,⁹⁹ ancak bu hisse senetlerini elinde bulunduranın, örneğin genel kurulda oy kullanması, kâr payı alması/talebi anında mümkün olacaktır. Dolayısıyla, hisse senetlerinin devri aşamasında ilgilinin Türkiye'ye yabancı sermaye getiren yabancı yatırımcı olduğunun tayini güçlük arz edebilecektir. Yerli sermayeli şirketin hisse senetlerinin hamile yazılı düzenlenmiş olduğu hallerde, yabancı yatırımcılar tarafından hisse senetlerinin devralınarak, şirketin yabancı sermayeli hale getirildiğini tespit, DYYK m. 4/son f. hükmünün verdiği yetki dahilinde yabancı sermaye ile hamile yazılı hisse senediyle hisse devralana bu senetleri devraldığını bildirim yükümlülüğü getiren özel bir maddede hükmü bulunmadığı ve bu zorunluluğun gereği fiilen yerine getirilmediği sürece, hissesini devreden şirketin durumdan haberdar olması zor/imkânsızdır.

Bir başka açıdan bakıldığında belirlenmesi gereken bir diğer husus da yerli sermayeli şirketin, hisse devri suretiyle yabancı sermayeli hale geldiği aşamaya kadar geçen dönemde, maliki olduğu taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkının devam edip etmeyeceği; yani 36. maddedeki kısıtlayıcı hükmün, sadece devirden sonraki aşamayı mu kapsadığıdır. Diğer bir deyişle, yerli sermayeli şirketin gerek "*devir anında malvarlığında halen mevcut taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkını devam ettirebilmesi*" gerek "*devirden sonra sermayesine taşınmaz mal mülkiyeti/sınırlı aynî hak dahil edebilmesi ve kullanılabilmesi*", esas sözleşmesinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek amacıyla sınırlı biçimde mi mümkün olabilecektir sorusunun cevabı önem arz edecektir.

⁹⁹ RG, 30 Temmuz 1981, S. 17416; sermaye piyasası araçlarının, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izleneceği ve kaydileştirilen sermaye piyasası araçlarına ilişkin kayıtların bilgisayar ortamında ihraççılar, aracı kuruluşlar, hak sahipleri itibarıyla bildirim üzerine tutulacağı hakkında 15 Aralık 1999 tarihli ve 4487 sayılı Kanun ile eklenen m. 10/A için ayrıca bkz. RG, 18 Aralık 1999, S. 23910.

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLÜĞİ

Tapu Kanunu'nun 36. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi, "...taşınmaz maliki yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelmesi durumunda...", maddenin 1. cümlesinde zikredilen aynı esasların geçerli olduğunu belirtmek suretiyle, bu halde, taşınmaz mal edinmenin ve kullanmanın ancak, "...ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere", mümkün olabileceğini hükme bağlamış bulunmaktadır. Dolayısıyla, taşınmaz mal maliki bir yerli sermayeli şirketin hisse senetleri devralınmak suretiyle, yabancı sermayeli hale gelmesi halinde, 36. maddenin 1. fıkrası uygulama alanı bulacak ve bu şirketin taşınmaz mal edinmesi ve kullanabilmesi, ancak esas sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmekle sınırlı biçimde mümkün olacaktır. Bu hükümle, Türk kanunlarına uygun biçimde kurularak taşınmaz mal edinmiş bir yerli sermayeli şirketin daha sonra hisselerinin devredilmesi suretiyle, 36. maddenin 1. fıkrasında öngörülen sınırlamanın hileli biçimde etkisiz hale getirilmesi ihtimali önlenmektedir. 36. maddenin 3. fıkrasında devamla, "bu madde hükümlerine aykırı biçimde edinildiği veya kullanıldığı tespit edilen taşınmazlar..."ın tasfiye edileceğinden söz edilmektedir. Görüldüğü üzere, Tapu Kanunu'nun 36. maddesi, şirketin faaliyet konusuna uygun bir kullanımın, bu Kanun'a uygun biçimde edinilen taşınmaz mallar ile mi sınırlı olacağı yoksa dönüşümden önceki taşınmaz malların kullanımını da mı kapsadığı ile ilgili soruya cevap verecek özel bir ifade içermemektedir. Bununla birlikte, maddenin 1. fıkrasında yer verilen "taşınmaz maliki yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelmesi..." ibaresiyle vurgulanmak istenen, iştirakin bir türü olan hisse devrinin özel olarak düzenlendiği değil; dolaylı biçimde hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelen yerli sermayeli şirketlerin devirden önceki döneme ait mevcut taşınmaz malları hakkında da benzer esasların uygulanacağıdır. Aksi halde, ilgili hükümde, "taşınmaz maliki yerli sermayeli şirket" gibi bir kritere yer verilmesine gerek olmaz; ayrıca, 1. fıkradaki iştirak ibaresinin, hisse devrini de doğal olarak zaten kapsayacağı düşünülerek hüküm vaz'edilirdi. Bu bağlamda, 36. maddenin son fıkrasının

da ifadesini bulan “*kanuna aykırı kullanım*”ın bu somut durumu da kapsadığı ve taşınmaz malı bulunan yerli sermayeli şirketin, dönüşümden önce Kanun’a uygun biçimde mülkiyet hakkı edinilmiş olsa bile, dönüşümden sonra maliki bulunduğu mallarının şirketin faaliyet konusu ile uyumlu değilse kullanımına artık devam edemeyeceği ve mülkiyet hakkına son verileceği sonucuna varılabilecektir. Esasen bir şirketin, Türk hukukuna tâbi olarak hisse senetleri devralması, bu suretle başka bir şirketin ortağı haline gelmesi, bu şirkete ait sermayeyi oluşturan malvarlığı üzerinde mülkiyet hakkı sağlamadığı için, malvarlığı içinde yer alan taşınmaz malların mülkiyet hakkını kazanımından da söz edilemeyecektir; bununla bağlantılı olarak, taşınmaz mallar üzerinde, *devreden şirketin* tüzel kişiliğinin mülkiyet hakkı, hiç şüphesiz devam edecektir. Hisse devralan, şirket malvarlığının tamamı üzerinden, hissesi oranında sadece “*kâr payı*” ve “*şirketin tasfiyesi halinde tasfiye payı*” talep etmek hakkını haizdir. Tasfiye halinde de, şirket ortaklarının, hissesini devreden şirketin sermayesine dahil taşınmaz malların mülkiyet hakkını tasfiye nedeniyle kendiliğinden kazanması mümkün değildir. Bu açıdan bakıldığında hisse senedi devrinin, devreden şirkete ait mevcut taşınmaz mallar üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır. Bir başka deyişle, TTK açısından hisse devrinin şirketin tüzel kişiliğine bir etkisi bulunmamakta; hisseyi devralan, sadece devraldığı hisselerin bahşettiği “*pay sahipliği mevki*”nin sağladığı hakları kullanmakta ve borçları üstlenmektedir; payları devralan, bu suretle hissesini devraldığı şirketin sahibi bulunduğu malvarlığının maliki konumuna gelmemektedir. Tüzel kişiliği devam eden şirket, hisse senedi devrinden sonra da, satıştan önce olduğu gibi malvarlığı üzerinde mülkiyet hakkı sahibi sıfatını bizzat korumaktadır.¹⁰⁰ Bununla birlikte, Tapu Kanunu m. 35 ve m. 36.’da yer alan hükümlerin amacı doğrultusunda bakıldığında, *kanuna karşı hileyi* önlemek düşüncesi, bir şirketin hisse devri suretiyle yabancı sermayeli hale gel-

¹⁰⁰ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku, Temel Esaslar*, B 6, Adana 2007, s. 365-366; Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku*, B. 9, İstanbul 2003, s. 760.

mesi durumunda, mevcut taşınmaz malları üzerindeki mülkiyet hakkının devamının, şirket ana sözleşmesinde zikredilen faaliyet amacına bağlı olması gereğini destekleyecektir. Nitekim Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik'in 11. maddesi, devir anından önce edinilen taşınmaz malları da kapsayan bir tercihi yansıtmaktadır. Zira bu madde uyarınca, yabancı sermayeli hale gelen yerli sermayeli şirketlerin,¹⁰¹ halen sahibi oldukları taşınmaz mallara dair bilgiler, ilgili valiliklere iletilecek ve Yönetmelik'te öngörülen biçimde yapılacak değerlendirme sonunda varılacak sonuç olumsuzsa, tasfiyenin gerçekleştirilmesi talep edi-

¹⁰¹ 11. madde metni aynen şöyledir: "(1) Yabancı sermayeli hale geldiği Hazine Müsteşarlığına bildirilen şirketlere ilişkin bilgileri Hazine Müsteşarlığı, aylık olarak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne gönderir.

"(2) Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, bu şirketlerin sahip oldukları taşınmaz mallara ilişkin bilgileri valiliklere bildirir.

"(3) Valilik, taşınmaz mülkiyeti edinim durumunun, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konusu çerçevesinde olup olmadığını sanayi ve ticaret il müdürlüğünden yedi gün içinde; taşınmazın askeri yasak bölge, askeri güvenlik bölgesi veya stratejik bölgede kalıp kalmadığını, bu bölgelerde kalması halinde taşınmaz mülkiyeti ediniminin uygun olup olmadığını, Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıklardan otuz gün içinde; taşınmazın özel güvenlik bölgesinde kalıp kalmadığını ise, Emniyet Genel Müdürlüğünden bildirmesini yirmi gün içinde yazılı olarak talep eder. Taşınmazın özel güvenlik bölgesi içinde kalması halinde taşınmaz mal mülkiyeti edinim talebi Komisyon tarafından değerlendirilir.

"(4) İlgili birimler talebi, bu Yönetmeliğin 6, 7, 8 ve 10 uncu maddeleri çerçevesinde sonuçlandırır.

"(5) Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıklar, Komisyon ile sanayi ve ticaret il müdürlüğü tarafından yapılacak değerlendirmenin olumsuz olması halinde söz konusu birimler, bu Yönetmeliğin 14 üncü maddesinin uygulanmasını teminen valiliğe bildirimde bulunur". Madde metninin kaleme alınış tarzı eleştiriye açıktır. Kullanılan ifadeler, tereddüt yaratacak niteliktedir. Nitekim, 3. ve 4. fıkralarda "mülkiyet edinim durumu"ndan ve "mülkiyet edinim talebi"nden söz edilmekte, bu nedenle, 2. fıkraya uygun mevcut taşınmaz malların tayininin istatistiki bir bilgi elde etmek amaçlı olduğu sonucuna varılacak iken, son fıkrada 14. maddeye yapılan atıfla tasfiye mümkün kılınmakta ve tasfiyenin tanımı gereği, 2. fıkra dahilinde tespiti yapılan mevcut taşınmaz malların faaliyet konusuna uygun değil ise tasfiye edileceği anlaşılmaktadır. Benzer eleştiri, 12. madde bakımından da yapılabilir.

lecektir. Tasfiyenin ancak, edinilmiş mevcut taşınmaz mallar bakımından anlam ifade edeceği ise açıktır.¹⁰²

Bu kapsamda olarak, yerli sermayeli bir şirketin yabancı sermayeli hale gelmesi halinde, daha önce edinilmiş sınırlı aynî hakların kullanımı ve devamının faaliyet konusu ile uyumlu olması gerekip gerekmediği sorusu da akla gelebilecektir. Bilindiği üzere, 36. maddenin 1. fıkrasında, dönüşümden önce bir taşınmaz malın maliki bulunan yerli sermayeli şirketin hisse devri yolu ile yabancı sermayeli hale gelmesinde aynı esasın uygulanacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda, kuralın uygulanabilirliği, taşınmaz malın maliki olmaya bağlıdır. Dolayısıyla, hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelinmesi durumunda, şirketin dönüşümden önce sahibi olduğu sınırlı aynî haklar bakımından "*faaliyet konusuna uygunluk*" kriteri uygulama alanı bulamayacaktır. Zira sınırlayıcı kanunî hükümler dar yorumlanmak durumundadır ve kıyas yoluyla genişletilmesi de söz konusu değildir.

Tapu Kanunu'nun 36. maddesinde hisse devri dışında iki ihtimal daha özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, Türkiye'de kurulu yabancı sermayeli şirketlerin "*tasfiyesi*" halinde, şirketin sahip olduğu taşınmaz malın, şirket ortağı yabancı gerçek kişiler veya yurt dışında kurulu yabancı ticaret şirketleri tarafından edinilmesi, 35. madde hükümlerine tâbi olacaktır (1. f. son cümle), Hükümle, her ne kadar, böyle bir açık düzenleme olmasa bile, 35. maddenin tanımı gereği yine aynı sonuca varılacak idiyse de, bu konuda bir tereddüt yaşanması ihtimali önlenmiş bulunmaktadır. Diğeri ise, edinilen taşınmaz malların "*devri*" ile ilgilidir. İfade edildiği üzere, 36. maddede öngörülen biçimde edinilen taşınmaz malların, Türkiye'de kurulu bulunan bir başka yabancı sermayeli şirkete devrinde aynı esas geçerli olacak ve faaliyet konusuna uygunluk kriteri rol oynamaya devam ede-

¹⁰² Aynı Yönetmelik'in 12. maddesi de, yeni yabancı ortak iştirakinin yapıldığı yabancı sermayeli şirketlerin mevcut taşınmaz malları üzerindeki mülkiyet haklarının tasfiye suretiyle sona erdirilebileceğine dair benzer içerikte bir hüküm ihtiva etmektedir. Hükümün metni için bkz. yuk. Dn. (94).

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

cektir. (1. f. 2. cümle) Tasfiye edilen yabancı sermayeli şirketlere ait taşınmaz mallar hakkında yapılan yorum, hiç şüphesiz bu halde de tekrarlanabilecektir.

Faaliyet konusu kriteri ile ilgili yapılabilecek bir tespit de sınırlı aynî haklarla ilgilidir. Zira sınırlı aynî hak ediniminin "*şirketin faaliyet konusuyla ilgili olması*" şartına bağlanması ilginç bir durum yaratmaktadır. Nitekim, yabancı bir devletin kanunlarına uygun olarak kurularak tüzel kişilik kazanmış yabancı şirketler, m. 35/3. f. hükmü gereğince "*rehin hakkı*"ndan yararlanma konusunda bir sınırlama ile karşılaşmamakta; buna karşılık, m. 36/1. f. hükmü nedeniyle, yabancı sermaye ile kurulan Türk şirketleri ile yabancı yatırımcının yabancı sermaye ile iştirak ettiği Türk şirketlerinin rehin hakkı tesisi faaliyet konusu ile sınırlı olarak mümkün kılınmaktadır. *Ultra vires* ilkesi bir yana bırakılacak olursa, sınırlamanın gerekçesi ve bu sınırlamada gözetilen ayırımın hiçbir mantığı bulunmamaktadır.¹⁰³

36. maddede "*faaliyet konusu*" kriteri¹⁰⁴ dışında zikredilen bir diğer sınırlama da "*izin alma*" şartıdır. Kanun'un 36. mad-

¹⁰³ YSŞTEY'nin 9. maddesine göre, ilgili valilik, sıırlı aynî hak edinimi başvurusu üzerine de, talebin, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konusu çerçevesinde olup olmadığını, yedi gün içerisinde sanayi ve ticaret il müdürlüğünün görüşü çerçevesinde sonuçlandırıcaktır (1. f.) Bu süre, yazının sanayi ve ticaret il müdürlüğüne intikal tarihinden itibaren başlar (2. f.). Değerlendirme olumlu ise sonuç, şirkete ve ilgili tapu sicil müdürlüğüne; olumsuzsa, şirkete yazılı olarak bildirilir (4. ve 5. f.). Yönetmelik'te, askerî yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ile özel güvenlik bölgelerinde sınırlı aynî hak edinimi talebinde bulunulması hakkında ise bir hüküm bulunmamaktadır.

¹⁰⁴ Taşınmaz mal edinimi talebi üzerine şirket ana sözleşmesinde belirlenen faaliyet konusuna uygunluğu tespit yetkisi, YSŞTEY'nin 5., 7. ve 8. maddeleri gereğince, taşınmaz mal askerî yasak bölge, askerî bölge, stratejik bölge ile özel güvenlik bölgesi içinde kalsa dahi sanayi ve ticaret il müdürlüğüne ait olacaktır. 5. maddeye göre, valilik başvuru üzerine, talebin, "*...şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konusu çerçevesinde olup olmadığını, sanayi ve ticaret il müdürlüğünden yedi gün içinde...*" bildirmesini yazılı olarak talep edecektir. Bu Yönetmelik'in 6, 7/1, 8. maddeleri uyarınca, valilik/komisyon, ilgili birimlerin görüşü doğrultusunda talebi sonuçlandırıcaktır. Askerî yasak bölge, askerî güvenlik bölgesi, stratejik bölge veya özel güvenlik bölgesi dışında kaldığı tespit edilen

desinin 2. fıkrasında, sözü edilen şirketlerin, “*askerî yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgeler*”de ve “*özel güvenlik bölgeleri*”nde taşınmaz mal edinimleri, faaliyet konusunun yanı sıra, ayrıca izin alma koşuluna bağlanmıştır.¹⁰⁵ Buna göre,

taşınmaz mallar hakkında uygulama alanı bulacak 6. madde hükmüne göre, edinilmek istenen taşınmaz malın sayılan bölgeler dışında kaldığının, “(1) ... ilgili birimlerden gelen cevaplar doğrultusunda tespit edilmesi halinde, bu bölgelerdeki taşınmaz mülkiyeti edinimi talebi, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konusuna ilişkin olarak sanayi ve ticaret il müdürlüğünün görüşü çerçevesinde ilgili valilik tarafından sonuçlandırılır.

“(2) Değerlendirmenin olumlu olması halinde sonuç, şirkete ve ilgili tapu sicil müdürlüğüne yazılı olarak bildirilir.

“(3) Değerlendirmenin olumsuz olması halinde ise sonuç, şirkete yazılı olarak bildirilir”.

Askerî yasak bölge, askerî güvenlik bölgesi, stratejik bölge veya özel güvenlik bölgesinde kalan taşınmaz mallar hakkında uygulama alanı bulacak 5., 7. ve 8. madde metinleri için bkz. ileride Dn. (108), (109); Edinilmiş taşınmaz malların faaliyet konusuna uygun kullanımını denetim yetkisi ise Yönetmelik’in 13. maddesiyle Komisyon’a verilmiş bulunmaktadır. Bu madde metni için bkz. ileride Dn. (112).

¹⁰⁵ YŞŞTEY’nin 4. maddesinde, şirketlerin Türkiye’de taşınmaz mal mülkiyeti ve/veya sınırlı aynı hak edinimi için taşınmaz malın bulunduğu yerdeki Valilik İl Plânlama ve Koordinasyon Müdürlüğü’ne yapılacakları başvurularda ibraz edecekleri belgeler ve sunacakları bilgiler sayılmıştır. Bu bilgi ve belgeler sırasıyla, talebin amacını ve taşınmazla ilişkin bilgileri içeren başvuru dilekçesi (a bendi); şirketin taşınmaz mal tasarrufuna izinli olduğunu ve temsilcisini gösterir yetki belgesi (b bendi); şirketin bağlı olduğu vergi dairesi ve vergi numarası (c bendi); şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konusunu, ortaklarının isimlerini veya ünvanlarını, tâbiyetlerini ve ortaklık oranlarını içeren şirket merkezinin kayıtlı bulunduğu ticaret sicil müdürlüğünden son bir ay içinde alınan mevcut durumu gösteren belge (d bendi); yabancı gerçek kişi ortakların kimlik belgelerinin noter tasdikli suretleri, ortağın yabancı tüzel kişi olması halinde ise, şirketin ilgili Türk Konsolosluğuna veya La Haye Devletler Özel Hukuku Konferansı çerçevesinde hazırlanan “Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi” hükümlerine göre tasdik edilmiş Faaliyet Belgesi (e bendi); şirketin yöneticilerinin isimleri, kimlik belgeleri ve adresleri; varsa son üç yıla kadar şirket bilançosudur (f bendi). Maddede ifade edildiği üzere, başvuru talebinin sadece sınırlı aynı hak edinimine ilişkin olması durumunda birinci fıkranın (d), (e) ve (f) bentlerinde yazılı belgeler istenmeyecektir. Yönetmelik maddesinin (b) bendinde ifadesini bulan şirketin taşınmaz mal tasarrufuna izinli olduğunu ve temsilcisini gösterir yetki belgesi, Tapu Kanunu’nun 2. maddesi gereğince, tapuya başvuru aşamasında da ayrıca aranmaktadır. Nitekim, 2. maddeye göre, “hükmi şahısların tapu işlerinde merkez veya şubelerinin bulunduğu yerin en

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLÜĞİ

izin vermeye yetkili makamlar, Genelkurmay Başkanlığı veya onun yetkilendireceği komutanlıklar ile¹⁰⁶ özel güvenlik bölgelerinde valiliklerdir. Valiliklerin iznine tâbi olan hususlar, ilgili idarî temsilcilerinin katılımıyla oluşan Komisyon'da,¹⁰⁷

büyük mülki amirinden nizamnamelerine göre gayrimenkul mal tasarrufuna izinli olduklarına ve tescil işini yapacak mümessilin yetkisine dair alınacak belgenin verilmesi mecburidir. Ticaret şirketleri bu belgeyi, ticaret sicil memurlarından alırlar". Konuyla ilgili bir düzenleme de Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Dairesi Başkanlığı'nun 1668 sayılı ve 20 Kasım 2008 tarihli 1668, 2008/18 sayılı Genelge'sidir. Bu Genelge'de, işlem için başvuran ticaret şirketlerinin 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 2. maddesi gereğince ibraz ettikleri yetki belgesinde, şirketin 4875 sayılı DYYK.'na göre kurulan bir şirket olduğu bildirilmemiş ise, Genelge kapsamında düzenlenen resmî senedin uygun bir yerine, "taşınmaz malı edinen şirketin, 4875 sayılı Kanun'a tâbi olmadığı, aksi takdirde edinilen taşınmaz malın 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 36. maddesi gereğince tasfiyeye tâbi tutulacağını bildikleri ve kabul ettikleri", hususu yazılarak taraflara imzalatılmak suretiyle genel hükümlere göre işlemin tamamlanması uygulamasına devam edilmesi öngörülmektedir. Genelge'de ayrıca, 4875 sayılı Kanun'a tâbi bankalar lehine taşınmaz rehni talep edilmesi halinde, bu bankaların bir kereye mahsus olmak üzere şirket merkezinin bulunduğu valiliğe müracaatlarıyla, anılan Yönetmelik'in 9. maddesinde belirtilen yazılı belgeyi alarak ibraz etmeleri halinde, ilgili tapu müdürlüğünce bu belgeye dayanarak tekrar belge istenmeksizin taleplerin karşılanması gerektiği de ifade edilmektedir. Bu Genelge ile, 17 Temmuz 2008 tarihli 1662, 2008/12 sayılı Genelge'nin 4875 sayılı Kanun'a tâbi şirketlere ilişkin hükümleri kaldırılmıştır. Diğer hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Her iki Genelge metni için bkz. <http://www.tkgm.gov.tr> (04 Nisan 2009 günü itibarıyla)

¹⁰⁶ Nitekim, bu doğrultuda, YSŞTEY'nin, taşınmaz edinimi başvurularının değerlendirilmesi başlığını taşıyan 5. maddesinin 1. fıkrasında, ilgili valiliğin talebi üzerine, taşınmaz malın askerî yasak bölge, askerî güvenlik bölgesi veya stratejik bölgede kalıp kalmadığı ile kalması halinde taşınmaz mal üzerinde mülkiyet hakkı ediniminin "uygun olup olmadığı" ru, Genelkurmay Başkanlığı ya da onun yetkilendireceği komutanlıkların otuz gün içinde yazılı olarak bildireceği hükme bağlanmaktadır.

¹⁰⁷ YSŞTEY'nin 3. ve 10/2. maddelerinde tanımlanan, "valilik bünyesinde", ilgili kadastro müdürlüğünün, defterdarlığın, sanayi ve ticaret il müdürlüğünün, il emniyet müdürlüğünün, garnizon komutanlığının yetkili temsilcilerinden, -Komisyon başkanının, gerekli gördüğü diğer birim yetkililerinin de toplantılara katılımı ile-, oluşan Komisyonun, çalışma usûl ve esasları 10. maddede şöyle düzenlenmiş bulunmaktadır:

"(1) Komisyon, valinin veya görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında faaliyet gösterir.

"(2)....."

taşınmaz mal ediniminin, "ülke güvenliği" ve "faaliyet konusuna uygunluğu" değerlendirilerek karara bağlanacaktır.¹⁰⁸ Dolayısıyla, Kanun'da özel güvenlik bölgeleri ile sınırlı olarak taşınmaz mal edinimi talebi hakkında kullanılacak takdir yetkisi, "ülke güvenliği" kriteriyle sınırlandırılmıştır. Öte yandan, YSŞTEY'nin 7. maddesinde benzer şekilde, yukarıda çerçevesi çizilen kapsamda, Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıkların kullanacakları takdir yetkinin sınırları da, "ülke güvenliği yönünden değerlendirerek" ifadesiyle yeknesaklaştırılmıştır.¹⁰⁹ Buna karşılık, Tapu Kanunu'nun 36.

"(3) Komisyon'un Sekreteryazı hizmetleri, Valilik İl Planlama ve Koordinasyon Müdürlüğü tarafından yürütülür.

"(4) Komisyon, taşınmaz edinimi talebi olması halinde, ayda en az iki defa toplanır.

"(5) Komisyon çalışmalarında, ilgili kurum ve kuruluşlardan ve/veya şirketten, taşınmaz edinimine ilişkin ihtiyaç duyulacak ek bilgi ve belge talep edebilir.

"(6) Taşınmaz edinimine, Komisyon daimi üyelerinin oybirliğiyle izin verilir.

"(7) Komisyon kararları, karar defterine işlenir ve Komisyon üyelerince imzalanarak Valiliğe bildirilir.

"(8) Valilik, taşınmaz edinimine izin verilmesi halinde sonucu şirkete ve ilgili tapu sicil müdürlüğüne; izin verilmemesi halinde ise şirkete, yazılı olarak bildirir".

¹⁰⁸ YSŞTEY'nin 5. maddesinde ifade edildiği üzere, taşınmaz malın özel güvenlik bölgesinde kalıp kalmadığının tespiti, Emniyet Genel Müdürlüğü'ne verilmiş olup; talep hakkında değerlendirme yapma yetkisi ise Komisyon'a aittir: Maddeye göre, "Valilik...taşınmazın özel güvenlik bölgesinde kalıp kalmadığını ise, Emniyet Genel Müdürlüğünden yirmi gün içinde bildirmesini yazılı olarak talep eder. Taşınmazın özel güvenlik bölgesi içinde kalması halinde taşınmaz mülkiyeti edinimi talebi, Komisyon tarafından değerlendirilir (m. 5/1. f.). Yine, YSŞTEY'nin 8. maddesinde yer aldığı şekliyle, taşınmaz malın özel güvenlik bölgesi içinde kalması halinde Komisyon, "taşınmaz mal edinimi talebini, ülke güvenliği ve şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konusu çerçevesinde, ilgili kurum ve kuruluşların yazılı görüşlerini değerlendirerek karara bağlar. Taşınmaz mal ediniminin şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konusu çerçevesinde gerçekleşip gerçekleşmediği hakkında sanayi ve ticaret il müdürlüğünün, bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan değerlendirmesi esas alınır".

¹⁰⁹ YSŞTEY'nin 7. maddesine göre, "(1) Taşınmazın askeri yasak bölge, askeri güvenlik bölgesi veya stratejik bölge içinde kalması halinde, Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıklar, taşınmaz malın mülkiyetinin edinimine ilişkin talebi, ülke güvenliği yönünden değerlendirerek sonucu valiliğe

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLÜĞİ

maddesinde, taşınmaz mal mülkiyeti için öngörülen izin şartının, sınırlı aynı hak ediniminde ve kullanımında aranmadığı görülmektedir.

Tapu Kanunu'nun 36. maddesinin 2. fıkrasında, 1981 tarihli ve 2565 sayılı Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu (AYBGBK)¹¹⁰ hükümlerinin saklı tutulduğu açıkça zikredilmek suretiyle, adı geçen yetkili makamların izin verme yetkilerini, 2565 sayılı Kanun'un mümkün kıldığı ölçüde kullanabileceği ifade edilmiş ve bu suretle ortaya çıkabilecek muhtemel yorum farklılıkları önlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, söz konusu yetkili makamların, stratejik ve güvenlik açısından özellik arz eden Kanun kapsamındaki alanlarda taşınmaz mal edinme iznini vermeleri, AYBGBK'da bu konuda bir yasaklama bulunmamasına bağlıdır.

Nitekim bu çerçevede bir örnek vermek gerekirse, askerî ve özel güvenlik bölgelerinde, yabancı-tebaa ayrımı yapılmaksızın gerçek ve tüzel kişilere ait taşınmaz malların kamulaştırılabileceği, AYBGBK'nun 21. maddesinde hükme bağlanmıştır; ancak bu kararı alma yetkisinin kime ait olduğu maddede belirtilmemiştir. Buna karşılık Kanun'a ilişkin Yönetmelik'in 22. maddesinin 2. fıkrasında,¹¹¹ askerî ve özel güvenlik bölge-

bildirir. Değerlendirmenin olumlu olması halinde Valilik, sanayi ve ticaret il müdürlüğünün şirketin taşınmaz edinimi talebinin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konusuna uygunluğuna ilişkin görüşü çerçevesinde, ilgili talebi sonuçlandırır.

"(2) Genelkurmay Başkanlığı veya yetkilendireceği komutanlıklar, bu değerlendirme kapsamında ilgili kurum ve kuruluşlardan ve/veya şirketten, taşınmaz mal edinimine ilişkin ihtiyaç duyulacak ek bilgi ve belge talep edebilir.

"(3) Valilik, değerlendirmesinin olumlu olması halinde sonucu, şirkete ve ilgili tapu sicil müdürlüğüne; olumsuz olması halinde ise şirkete, yazılı olarak bildirir". Hiç şüphesiz, maddeden de anlaşılacağı üzere, burada bir yetki devri olmayıp; Genelkurmay Başkanlığı'nun ancak olumlu bulduğu bir talep üzerine, ilgili valilik, şirketin faaliyet konusu kapsamında kaldığı sanayi ve ticaret il müdürlüğüne tespit edilen bir taşınmaz mal hakkındaki talebi sonuçlandırmaktadır.

¹¹⁰ RG, 22 Aralık 1981, S. 17552.

¹¹¹ 17 Ocak 1983 tarihli ve 83/5949 sayılı Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği metni için bkz. RG, 30 Nisan 1983, S. 18033; yönetmelik değişiklikleri için ayrıca bkz. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/20069.html> (08 Nisan 2009 günü itibarıyla)

leri ilân edilen alanlar içinde kalan ve kamulaştırılmasına gerek duyulan mallardan, askerî güvenlik bölgelerinde olanların Millî Savunma Bakanlığı'nca, özel güvenlik bölgelerinde olanların ise bu konudaki kanunlar uyarınca kamulaştırılacağı ifade edilmektedir. Bu kapsamda bir kamulaştırma kararı alma yetkisi dışında, Tapu Kanunu'nun 36. maddesinde bahsi geçen makamların, askerî ve özel güvenlik bölgelerinde taşınmaz mal edinme taleplerini, Kanun'un çizdiği sınır dahilinde takdir yetkisini kullanarak olumlu ya da olumsuz biçimde değerlendirebileceği düşünülebilecektir.

Tapu Kanunu'nun 36. maddesinde hükme bağlanan son husus, Kanun maddesine aykırı biçimde edinildiği ya da kullanıldığı¹¹² tespit edilen taşınmaz mallar ile sınırlı aynı hak-

¹¹² YSSTEY'nin 13. maddesi, yabancı sermayeli şirketlerce edinilmiş taşınmaz malların ve sınırlı aynı hakların kullanımının şirket esas sözleşmesinde belirlenen faaliyet konusuna uygunluğunun denetimi ve hukukî sonuçlarını düzenlemektedir. Bu doğrultuda, maddeye göre, "(1)Edinilen taşınmazların ve/veya sınırlı aynı hakların şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konuları çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığı, Komisyon tarafından değerlendirilir. Değerlendirme süreci, resen ya da kişi veya kuruluşların yazılı başvuruları üzerine Komisyon, edinilen taşınmazların ve/veya sınırlı aynı hakların, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konuları çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığını değerlendirir.

"(2) Bu değerlendirme kapsamında Komisyon, şirketin, ana sözleşmede belirtilen konularda faal durumda olup olmadığını değerlendirir ve ilgili kurum ve kuruluşlardan taşınmaz mal edinimine ilişkin ihtiyaç duyulacak bilgi ve belgeleri isteyebilir.

"(3) Şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konularına aykırı kullanıldığı belirlenen taşınmaz mallara ve/veya sınırlı aynı haklara ilişkin olarak öncelikle dosya üzerinde inceleme başlatılır. Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda gerekli görülmesi halinde yerinde inceleme de yapılabilir.

"(4) Yapılan inceleme sonucunda taşınmazın ve/veya sınırlı aynı hakkın, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konularına aykırı kullanıldığının tespit edilmesi halinde, bu durum yazılı olarak şirkete ve varsa ihbarda bulunan kişiye veya kuruluşa bildirilir. Şirketin on gün içinde bildirim yazılı bir cevap vermesi zorunludur. Aksi takdirde şirket, bildirim içeriğini kabul etmiş sayılır. Komisyon gerekli görürse, şirket yetkililerini görüşmeye çağırır.

"(5) Komisyon tarafından, ana sözleşmede belirtilen faaliyet konusuna aykırı kullanımın tespiti halinde kullanımın ana sözleşmede belirtilen faaliyet konusuna uygun hale getirilmesi için şirkete süre tanınabilir.

"(6) İnceleme sonuçları valilik tarafından şirkete yazılı olarak bildirilir.

"(7) Komisyon, değerlendirmenin olumsuz olması halinde, Yönetmeliğin 14 üncü maddesinin uygulanmasını teminen valiliğe bildirimde bulunur".

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

ların tasfiye edileceğidir.¹¹³ Tapu Kanunu m. 35 ile karşılaştırıldığında, "kanunî bir zorunluluğa dayalı edinim amacına aykırılığını kullanim" haline, tasfiyeyi engelleyen bir neden olarak m. 36'da yer verilmediği görülmektedir. 36. maddeye göre, tasfiyeyi bizzat hak sahibi şirket, Maliye Bakanlığı'nca verilecek süreler içinde gerçekleştirecek; bu süre içinde tasfiye gerçekleşmez ise, işlem genel hükümlere göre ilgili Bakanlık aracılığıyla sağlanarak, elde edilecek bedel hak sahibine ödenecektir. Bu süre, YSŞTEY'de altı ay olarak belirlenmiştir. Haklı sebeplerin varlığı halinde, bir defaya mahsus olmak üzere, sürenin altı aya kadar uzatılması da mümkün kılınmıştır.¹¹⁴

Sonuç

Mülkiyet hakkını, temel insan hakları kategorisine dahil etme ve bu doğrultuda devletleri bu hakkı mutlaka tanıma ya da bu konuda sahip olduğu münhasır yetki dahilinde şayet tanımış ise korunmasını sağlamakla yükümlü kılma yönünde milletlerarası hukukun genel tercihinin saptamaya dair tartışmalar ve tespitler bir yana bırakılacak olursa, söylenmesi gereken, Türk Anayasa koyucusunun tercihinin, mülkiyet hakkını tebaa-yabancı ayrımı yapmaksızın herkese tanımak yönünde yaptığı; ancak bu hakkın sınırlanabilmesine de izin verdi-

¹¹³ YSŞTEY'de de ifade edildiği üzere, "Taşınmazların ve/veya sınırlı aynî hakların, Tapu Kanunu hükümlerine aykırı biçimde edinildiğinin veya kullanıldığının tespit edilmesi halinde, edinilen taşınmaz malların ve/veya sınırlı aynî hakların tasfiye işlemlerine başlanması hususu, şirketin aykırı edinim veya kullanımının tespiti ve değerlendirmesine ilişkin belgeler ile malik ve hak lehtarları şirketin unvanı ve tebligata esas adresini gösteren belgeler ve ilgili taşınmazlar ile sınırlı aynî hakların tapu kayıt bilgilerini gösteren belgelerin onaylı örnekleri eklenerek, Valilik tarafından Maliye Bakanlığına bildirilir" (m. 14/1. f.).

¹¹⁴ "Maliye Bakanlığı, taşınmaz maliki veya sınırlı aynî hak lehdarı şirkete, taşınmazın veya sınırlı aynî hakkın altı ay içinde tasfiye edilmesini yazılı olarak bildirir. Bu süre, haklı sebeplerin varlığı halinde, bir defaya mahsus olmak üzere altı aya kadar uzatılabilir. Şirketin, taşınmaz mal veya sınırlı aynî hakkı, Maliye Bakanlığı'nca verilen süre içinde tasfiye etmemesi halinde bunlar, Maliye Bakanlığı tarafından genel hükümlere göre tasfiye edilir ve tasfiye harcamaları düşüldükten sonra bedeli hak-sahibi adına açılacak bir banka hesabına yatırılır. İşlemlerin sonucu hak sahibiyile, valiliğe yazılı olarak bildirilir" (m. 14/2. f.).

ğidir. O halde mevcut Anayasa hükümleri dahilinde tartışılması gereken, Türk hukukunda bu hakkın yabancılara tanınıp tanınmayacağı değil; Anayasal güvence altına alınmış yabancılardan mülkiyet hakkının "sınırlanmasının sınırı"nın ne olması gerektiğidir. Bu bağlamda zikredilecek Anayasa'nın 16. maddesi, Anayasa'nın 35. ve 10. maddelerine yabancı ekseni getirilecek istisnanın yaratacağı eşitlik ilkesi ihlâlini meşru kılan iki temel kıstas içermektedir. Bunlar sırasıyla, kanunilik ve milletlerarası hukuk kurallarına uygunluktur.

Esasen, Anayasa hükümleri ile paralel ilkeler içeren milletlerarası hukuk kuralları birlikte değerlendirildiğinde, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kabul görebilmesinin şu unsurların varlığına bağlandığı gözlemlenmektedir: Öncelikle, iç hukukta yer alan bir sınırlamanın, kanunî bir metne dayanması yeterli olmayıp; bunun için mevcut kuralın ulaşılabılır, yeterince anlaşılabilir nitelikte bulunması şarttır. Buna ek olarak, kanunî hükümlerin öngördüğü sınırlamanın, insan haklarını düzenleyen milletlerarası hukuk metinlerinde de vurgulanan, kamusal menfaati esas alan meşru bir nedene dayanması, demokratik toplum düzeniyle uyumlu olması gerekir. Yine devamla, ölçülülük ilkesinin uygulanabilirliğini işler kılmak için, mevcut hukuk kuralları dahilinde edinilen bireysel hakkın sona erdirilmesi halinde, ilgiliye uygun bir bedel gecikmeksizin ödenmek suretiyle hak kaybının derhal tazmini sağlanmalıdır.

Türk pozitif hukukundaki ilgili kanunî hükümler, bu doğrultuda tahlil edildiğinde, Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin, birbirinden farklı hukukî durumların içiçe girdiği, kural ve istisnanın birbirine karıştığı, yorumunda tereddüt doğacak ibarelerden, soyut kavramlardan oluşan ve tüzel kişiler bakımından mülkiyet hakkının özünü tümüyle ortadan kaldıran hükmünün, yabancılardan taşınmaz mal edinmesinin yaratacağı, ekonomik, sosyal, kültürel etki/dönüşümler, korunması gerektiği düşünülen özellikli alanlar (doğal kaynaklar, tarımsal alanlar, stratejik bölgeler gibi) dikkate alınarak kanun koyucu tarafından benimsenecek politika ve yukarıda zikredilen ilkeler ışığında gözden geçirilmesi; sınırlamada te-

FÜGEN
SARGIN'IN
TEBLİĞİ

mel teşkil edecek hukuken haklı ve makûl görülecek nedenlerin/ilkelerin açık ve anlaşılabilir şekilde özel bir kanunla yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır. Bu süreç içinde, özellikle Kanun hükmünde yer alan karşılıklı işlem şartının, AİHM kararlarının çizdiği sınırlar dahilinde yorumlanarak, uygulanabilirliğinin sağlanması da bu Mahkeme önünde görülecek benzer içerikli muhtemel dâvaların Türkiye aleyhine sonuçlanmasının önlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Kanun'un 36. maddesi bağlamında bir tahlil yapıldığında ise, içeriği itibariyle bakıldığında düzenlemenin temelinde yatan amaç, yabancı sermayenin ülkeye girişini kolaylaştırmak ve Türkiye'yi yabancı yatırımcı için cazip kılmak değildir; tam tersine mevcut TTK hükümleri dahilinde faaliyet konusu bakımından bir farklılık yaratmamakla birlikte, izin alma ve mülkiyet hakkının devamını faaliyet konusuna uygunluğu denetlemeye tâbi kılma şartları dikkate alındığında, yabancı sermaye ile kurulan veya kabul eden Türk şirketlerini caydırıcı veya bu nedenle adeta cezalandırıcı bir nitelik taşımaktadır. Buna paralel olarak, yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarının, ülke ekonomisine katkı sağlamak üzere ülkeye yabancı sermaye getirerek kurdukları ya da iştirak ettikleri Türk şirketlerinin, diğer Türk şirketlerinden farklı bir statüye tâbi kılınmasının temelinde yatan düşüncenin mantığı da anlaşılammamaktadır. Ayrımda esas alınan yabancı ülkede ikamet etme unsuru, bu ayrımı meşru kılan bir neden olamaz. Dolayısıyla, Türk vatandaşlarının oluşturduğu, Türk şirketleri arasında hiç bir makûl nedene dayandırılmayacak böyle bir ayrımı öngören maddenin içeriği itibariyle Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık yaratacağı açıktır.

Şayet bu madde ile hedeflenen, bir yandan yabancı sermayenin ülkeye girmesi teşvik edilirken; öte yandan bir Türk tüzel kişiliği ile perdelenmiş yabancı devlet tebaası yatırımcıyı tespit ve kontrol etmek; bir başka deyişle kontrol sistemi taşınmaz mal edinme hakkı bakımından etkin kılmak ise, kanımızca maddenin bu doğrultuda koyduğu kriterler de eksiktir. Yabancı yatırımın oranı ile ilgili herhangi bir limit belirlenmiş olmadığından, çok cüz'i bir miktar/sayı ile iştirak

dahi bir şirketin ve taşınmaz mal edinimi ile hakkın devamını şarta tâbi kılmaya yetecektir. Bu nedenle, ilgili madde, ortak sayısını/ortaklık payını, imtiyaz sahipliğini, yönetim ve temsil yetkisini elinde bulunduran ortakları dikkate alan bir yaklaşımı yansıtmalıydı.

Ayrıca, bu haliyle düzenleme, acaba bilinçli bir tercihi mi yansıtmaktadır sorusunu da beraberinde getirmekte ve aslında ait olması gereken yerde, DYYK'da değil de, Tapu Kanunu'na 36. madde ile eklenerek düzenlendiği için, maddede ifadesini bulan yabancı yatırım/yabancı yatırımcı/iştirak kavramlarının tanımlanması ve somutlaştırılmasında tereddütler doğmaktadır. Madde hükmünün, kanun koyucunun hedeflediği amaç ne ise bunu yansıtacak şekilde yeniden gözden geçirilerek, düzenlenmesi uygun olacaktır.

Kanun'un 35. maddesi hakkında yapılabilecek son eleştiri de, mülkiyet hakkı edinimi ve devamı bakımından aranan şartların aynısının, rehin hakkı hariç, yabancıların sınırlı aynı hakları edinimi için aranması; getirilen sınırlamada, intifa, üst hakkı gibi, aynı hakkın sahibine verdiği yetkinin, mülkiyet hakkının sağladığı yetkiye olan "yakın" benzerliğinin, hakkın mülkiyet hakkına dönüşümü talebi yaratma imkânının esas alınmamış olmasıdır. Bu kapsamda, geçit hakkı örneğinde görüleceği üzere, pek çok sınırlı aynı hakkın sağladığı yetki dikkate alındığında, bu tür hakların ediniminin, neden karşılıklı işlem şartına bağlandığının; öte yandan çoğunun bu amaçlarla kullanımı da hakların niteliği gereği zaten mümkün bulunmadığından, -ayrıca maddede tanımlanmadığı için farklı yorumlar yaratacağı da açık olan- mesken ve işyeri olarak kullanmayla sınırlandırıldığıнын mantığı sorgulanmalıdır.

PROBLEME HINSICHTLICH SOZIALER UND WIRTSCHAFTLICHER RECHTE VON AUSLÄNDERN IN DER TÜRKEI - EIN KOMMENTAR AUS DER PERSPEKTIVE DER PRAXIS

Dr. Frauke BEMBERG*

BEITRAG:
FRAUKE BEMBERG

Die Türkei hat in den letzten Jahren erfolgreich eine Anpassung des rechtlichen Regelungsrahmens für ausländische Direktinvestitionen vorgenommen, die zum einen durch die Annäherung des türkischen Rechts an EU-Recht im Beitrittsprozess geprägt ist, zum anderen die Bemühungen widerspiegelt, das Land und seine Wirtschaft für ausländische Investitionen immer attraktiver zu machen.

Der Vortrag der Referentin, die als Mitarbeiterin der seit Jahren im deutsch-türkischen Rechtsverkehr tätigen Stuttgarter Kanzlei Rumpf Rechtsanwälte auf der Schnittstelle zwischen deutschem bzw. europäischen und dem türkischen Recht tätig ist, steuert der Diskussion um die sozialen und wirtschaftlichen Rechte von Ausländern in der Türkei einige Beispiele und Aspekte aus der Praxis der Tätigkeit der Kanzlei und deren Kooperationspartner in Istanbul bei.

Dabei werden Probleme bei der Anwendung der rechtlichen Regelungen und Umsetzung durch den hiermit im konkreten Fall befassten Verwaltungsapparat bezüglich Kapitalbeteiligung und Grundeigentumserwerb skizziert. Zusätzlich soll die mit dem Problembereich von wirtschaftlichen und sozialen Rechten von Ausländern in Zusammenhang stehende Frage der Berufsausübungsbeschränkungen für Ausländer beleuchtet werden.

* Die Verfasserin arbeitet als Rechtsanwältin in der Stuttgarter Kanzlei Rumpf Rechtsanwälte.

1. Kapitalbeteiligung / Gesellschaftsgründung

Der rechtliche Rahmen in Hinblick auf Kapitalbeteiligung und Gesellschaftsgründung war bereits Gegenstand des vorangegangenen Referats, weshalb hier nur eine kurze Zusammenfassung vorgenommen werden soll. Aus dem Gesetz über ausländische Direktinvestitionen Nr. 4875,¹ das im Jahr 2003 erlassen wurde, ergibt sich der Grundsatz der Gleichbehandlung ausländischer Investoren. Dieses System der Gleichstellung von ausländischen und inländischen Investoren löst das ehemalige Prinzip der Genehmigungsvorbehalte in Kombination mit der Förderung einzelner Investitionen ab. Mit Ausnahme von einigen wenigen Sektoren wie beispielsweise Fischerei und Seefahrt, zivile Luftfahrt, TV- und Radiosender, private Bildungsinstitute und Yachthäfen, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll, können ausländische Investoren sich ohne Beschränkungen in der Türkei niederlassen. Die meisten der in der Vergangenheit geltenden Genehmigungserfordernisse bzw. Investitionsgebühren sind abgeschafft worden.

Was die praktische Seite anbelangt, so kann man auch hier sagen, dass die Gleichstellung von in- und ausländischen Investoren größtenteils vollzogen ist. Probleme bereiten hier eher die teils formalistischen und unter den beteiligten Handelsregistern auch unterschiedlich gehandhabten Erfordernisse bezüglich der einzureichenden Unterlagen und Anträge, beispielsweise zur Vorbereitung einer Gesellschaftsgründung. Die Eintragung einer neu gegründeten Gesellschaft mit ausländischer Beteiligung dauert auch bei sehr guter Vorbereitung oftmals länger, als die vorgeschriebenen maximal 24 Stunden.

¹ Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, Gesetz Nr. 4875, RG (Resmi Gazete - Amtsblatt) Nr. 25141 vom 17.6.2003.

BEITRAG:
FRAUKE BEMBERG

2. Grundeigentumserwerb

Auch zu den rechtlichen Details des Grundeigentumserwerbs durch Ausländer wurde im Vorreferat bereits ausführlich Stellung genommen. Folgende Eckpunkte sollen aus der Praxisperspektive noch einmal aufgegriffen werden: Die Schlüsselnormen in Hinblick auf den Erwerb von Grundeigentum in der Türkei durch Ausländer bilden Art. 35 und 36 Grundbuch-Gesetz.² Hiernach ist der Erwerb von Grundeigentum durch Ausländer in der Türkei unter der Maßgabe des Gegenseitigkeitsprinzips sowie unter Beachtung von Erwerbsbeschränkungen bezüglich der Größe der zu erwerbenden Grundstücke in einer Provinz bzw. landesweit sowie bezüglich der Lage der fraglichen Grundstücke möglich. In den vergangenen Jahren kam es wiederholt zur Befassung des Verfassungsgerichts mit Fragen der gesetzlichen Regelungen zum Grundeigentumserwerb durch Ausländer sowohl im Grundbuchgesetz selbst als auch im Gesetz über ausländische Direktinvestitionen. Dabei hatte das Verfassungsgericht³ zunächst einen Teil der Vorschrift des Art. 35 des Grundbuchgesetzes für nichtig erklärt, und zwar denjenigen, wonach der Ministerrat beschließen darf, die für Ausländer geltende Erwerbsbeschränkung von 2,5 Hektar auf 30 Hektar zu erhöhen. Darüber hinaus war diejenige Regelung von der Aufhebungsentscheidung betroffen, wonach die Obergrenze für den ausländischen Erwerb pro Provinz auf 5 Promille festgelegt werden kann.

Im vergangenen Jahr stand dann Art. 3 des Gesetzes über ausländische Direktinvestitionen im Fokus des Kassationshofes. Die Vorschrift, wonach türkische Gesellschaften mit ausländischem Kapital Grundstücke auf türkischem Boden erwerben dürfen, wurde aufgehoben, weil das Verfassungsgericht sie für zu breit angelegt und damit unbestimmt hielt.

In der Praxis verunsicherten die Aufhebungsentscheidungen die zuständigen Behörden, so dass es zur wiederholten Aussetzung der Bearbeitung von Anträgen auf Grundbucheintragung

² Tapu Kanunu Nr. 2644 v. 22.12.1934, RG Nr. 2892 vom 29.12.1934.

³ Urteil des Verfassungsgerichts v. 11.4.2007, Az. 2006/35 E 2007/58 K.

durch die Verwaltung in den Fällen mit ausländischer Beteiligung kam. Dies beeinträchtigte den guten Ruf der Türkei als Standort für ausländische Investitionen. Gerade in der zweiten Jahreshälfte 2008 war es fast unmöglich, eine Eintragung zugunsten von Ausländern zu erwirken, was in konkreten uns bekannten Fällen zur Gefährdung einiger großer Projekte geführt hat. Obwohl mittlerweile die Regelungslücken, die durch die verfassungsrechtliche Aufhebung der besagten Vorschriften zeitweilig entstanden waren, geschlossen sind, beobachten wir weiterhin eine gewisse Unsicherheit auf Seiten der ausführenden Behörden und Grundbuchämter, denen nicht in jedem Fall die ganze Bandbreite in der jüngeren Vergangenheit erlassenen Verordnungen und Runderlässe bekannt zu sein schient. Und so stoßen wir nach wie vor auf bürokratische Hindernisse bei ausländischer Beteiligung an Grundstücksgeschäften, die die Abläufe erschweren und den Zeit- und Kostenaufwand für die betreffenden ausländischen Investoren erhöhen.

3. Berufsbeschränkungen/Berufsverbote für Ausländer

In der Türkei gilt nach wie vor eine Vielzahl berufsrechtlicher Regelungen für unterschiedlichste Berufsgruppen, die die Ausübung des betreffenden Berufs nicht nur an bestimmte Qualifikations- und Ausbildungserfordernisse, sondern darüber hinaus an die türkische Staatsangehörigkeit knüpfen. Zu diesen aus diesem Grund für Ausländer verbotenen Berufen gehören beispielsweise medizinische Berufe (Zahnärzte, Ärzte, Krankenschwestern, Hebammen), Pharmazeuten, Optiker, Rechtsanwälte und Notare etc. Ausländern mit einer einschlägigen Berufsausbildung wird in der Türkei – so unsere Beobachtung – oftmals auch dann keine Arbeitsgenehmigung erteilt, wenn diese für eine Tätigkeit beantragt wird, die außerhalb des Kernbereichs der fraglichen beruflichen Qualifikation liegt. Wer Jurist ist, muss daher damit rechnen, dass er nicht in einer Unternehmensberatung oder gar einem Textilunternehmen als Geschäftsführer tätig werden kann.

Illustrieren lässt sich dies am Beispiel des Rechtsanwaltsberufes etwa folgendermaßen: Ausländische Anwälte dürfen in

BEITRAG:
FRAUKE BEMBERG

der Türkei nur beschränkt auf das Recht ihres Herkunftsstaates und internationales Recht beratend tätig werden. Es gibt derzeit keine Möglichkeit für ausländische Kanzleien sich niederzulassen und mit türkischen Kollegen gemeinsam am Markt für Rechtsberatungsdienstleistungen zu werden. Anwaltsgesetz⁴ und eine Verordnung zur Anwaltspartnerschaft mit ihrem Kapitel zur ausländischen Anwaltssozietät („Yabancı Avukatlık Ortaklıkları“)⁵ sehen ein Konstrukt für ausländische Anwälte vor, das alles in allem nicht praktikabel ist und zur Öffnung des Anwaltsmarkts nichts beiträgt. Ausländische Anwälte dürfen sich unter der Voraussetzung der Registrierung im Herkunftsstaat bei der zuständigen Kammer eintragen lassen und anschließend im Recht ihres Herkunftsstaates und dem internationalen Recht beraten. Es ist ihnen jedoch nicht gestattet, türkische Kollegen für die Beratung im türkischen Recht zu beschäftigen. Kooperationen mit türkischen Kollegen dürfen nicht bekannt gemacht werden, weil dies gegen das Reklameverbot verstößt.

Selbst die Zusammenarbeit türkischer Kanzleien mit im Ausland ansässigen Anwaltskanzleien darf nicht nach außen kommuniziert werden. Verstöße türkischer Anwälte dagegen ziehen Verweise und schwerere Sanktionen der Kammern nach sich. Dies ist selbst dann der Fall, wenn eine ausländische Kanzlei in ihrer Heimat mit einer Kooperation in der Türkei – zulässiger Weise – wirbt und dabei den Namen einer türkischen Kanzlei nennt. Diese verbraucher- und kundenfeindliche Regelung ist nach modernem Verständnis einer international orientierten Anwaltsarbeit nicht nachvollziehbar.

4. Schluss

In jedem Fall darf abschließend festgehalten werden, dass die Türkei in den letzten Jahren auf der Ebene der Rechtsetzung bedeutende Erleichterungen für ausländische Investoren und in

⁴ Avukatlık Kanunu Nr. 1136 v. 19.3.1969, RG Nr. 13168 vom 7.4.1968.

⁵ Art. 11 Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği, RG Nr. 24594 vom 25.11.2001.

der Türkei lebende Ausländer geschaffen hat. Was aber noch irritiert, ist, dass der Bestand begrüßenswerter Neuerungen immer wieder durch Eingriffe aus Rechtsprechung und Politik gefährdet wird, die von einem falsch verstandenen Protektionismus geleitet sind. Dennoch sind wir überzeugt davon, dass der grundsätzliche Trend der Verbesserung der Rahmenbedingungen für ausländische Investitionen anhält.

BEITRAG:
FRAUKE BEMBERG

DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLAR VE YABANCILARIN GAYRİMENKUL MAL EDİNMESİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Av. Vedat Ahsen COŞAR*

VEDAT AHSEN
COŞAR'IN
KONUŞMASI

Değerli Konuklar...

Hepinizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum.

Gerek geride bıraktığımız yüzyılın son çeyreğinde, gerekse halen yaşadığımız yüzyılda yerktürenin birbirine uzak veya yakın her bölgesi geçmiş yüzyıllara oranla birbirine çok daha fazla bağlıdır. Bu bağlılık sadece iş, ticaret, iletişim, bilgi alanlarında değil, fikirler yönünden de böyledir.

Teknolojik gelişme ve değişmelere bağlı olarak anlayışların ve gereksinimlerin önemli ölçüde değiştiği günümüz dünyasında bu bağlılık ülkelerin tarihten kaynaklanan düşmanlıklarını ve hesaplaşmalarını bir yana bırakarak ekonomik yönden olsun, kültürel ve siyasal yönden olsun birbirlerine yakınlaşmalarını sağlamıştır.

Bir yanda kalkınmış, bolluk içersinde yaşayan zengin ülkelerin, diğer yanda yoksulluk, yoksunluk ve baskı altındaki insanların yaşadığı ülkelerin varlığı geride kalan bütün yüzyılların gerçeği olduğu kadar bu yüzyılın da gerçeğidir. Kendi ülkelerindeki yoksulluğu ve yoksunluğu ortadan kaldırma çabası ve hedefi içerisinde olan, bu amaçla kalkınmaya çalışan, ama kendi kaynakları buna yeterli olmayan ülkeler günümüzde, geçmişte olduğundan daha fazla gelişmiş ülkelere muhtaç durumdadırlar.

* Ankara Barosu Başkanı.

Gerçek o ki, bugünün dünyası geçmişte olduğundan çok daha fazla biçimde ve oranda Batı'nın egemenliği altındadır. Dünyanın eski krallarının, imparatorlarının, hükümdarlarının emperyal gücü ve iktidarı zaman içerisinde zayıflamış ya da çökmüş olsa da, Batı'nın günümüzdeki egemenliği, özellikle ekonomik, siyasal ve kültürel yönden geçmişteki bütün zamanlardan çok daha güçlüdür.

Batının bu gücünün yarattığı sonuçlardan en önemlisi küreselleşme olgusudur. Yarında veya karşısında olalım adına küreselleşme denilen ve beraberinde ülkelerin birbirlerine olan bağımlılıklarını, bağılıklarını ve gereksinimlerini artıran bu olgu, kuşkusuz yerel ekonomiler ve kültürler yönünden hem kaçınılmazdır, hem de ciddi bir tehdit niteliğindedir. Bu tehdidi bertaraf etmenin bir yolu ticaretin, ekonominin, kültürün, siyasetin küreselleşmesini durdurmaktır. Bunun mümkün olmadığı, modern teknolojiye iktisadi rekabet üstünlüğü kazandıran muazzam teknolojik evrimin tetiklediği rekabetçi bir dünyada iktisadi mübadele güçlerine, bu güçlerin sermaye ve teknoloji transferine, bütün bunların yarattığı küresel düzeydeki iş bölümüne direnmenin son derece zor ve hatta olanaksız olduğu açıktır.

O halde, ülke olarak, birey olarak gerçekte bir hastalık değil, iyi geçinilmesi gereken bir arkadaş olarak tanımlanan "şeker" gibi bir şey olan bu gerçekle, yani küreselleşme ile birlikte yaşamayı, ona göre pozisyon almayı, onun vereceği zararlardan mümkün olduğunca az etkilenmeyi, sağladığı veya sağlayacağı fırsatlardan mümkün olduğu kadar çok yararlanmayı becermeliyiz. Evet! Küreselleşme bir sorundur, bir tehdittir, ama az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkeler için değerlendirmeyi bilmeleri, becermeleri durumunda bir fırsat, iktisadi refahı getirebilecek bir olanaktır.

Bütün bunları iki nedenle anlattım; birincisi böyle bir dünyada yaşadığımızı ifade etmek için anlattım. İkincisi nedeni de şu; küreselleşmeye bağlı olarak oluşan karşılıklı bağımlılık, bağılılık, ülkelerin birbirlerine olan gereksinimleri, bilginin, paranın yanı sıra insanların dünyayı çok hızlı biçim-

VEDAT AHSEN
COŞAR'IN
KONUŞMASI

de dolaşması, devletleri diğer başka alanlarda olduğu gibi hukuk alanında da yeni düzenlemeler yapmaya zorladı. Türkiye bağlamında hukuk alanında yapılan değişikliklerden biri de, bu etkinliğin konusunu oluşturan yabancıların gayrimenkul edinmeleri ile yabancı yatırımlar konusunda yapılan yasal düzenlemelerdir.

Az yukarıda ifade etmeye çalıştığım nedenlerle "*yabancıların gayrimenkul edinmeleri*"ne küreselleşme başta olmak üzere çağcıl pek çok neden ve etken yol vermiş olmakla birlikte; bu hususun oldukça duyarlı bir husus olduğuna, bu bağlamda toprağın bir ulus için vazgeçilmez bir unsur niteliği taşıdığına, toprak, yani vatan olmadan devletin varlığından söz etmenin mümkün bulunmadığına, esas konumuz bu olmamakla birlikte işaret etmek ve dolayısıyla kendi toprakları üzerinde siyasi ve hukuki yönden egemenlik hakkına sahip bulunan her ulus devlet gibi, Türkiye'nin de son derece hassas olan bu konuda dikkatli yasal düzenlemeler yapmak durumunda ve zorunda olduğunun altını çizmek gerekir.

Karşılaştırmalı hukuk yönünden durumu değerlendirdiğimizde pek çok ülkenin yabancıların gayrimenkul mal edinmelerine izin ve imkan verdiğini, kimi ülkelerin ise buna izin ve imkan vermediğini görüyoruz. Ülkelerin bu konudaki düzenlemelerine baktığımızda, kimi ülkelerin vatandaşlık, kimi ülkelerin ikametgah, kimi ülkelerin de etnik köken ölçütüne göre yabancıların gayrimenkul mal edinmeleri hususunu düzenlediklerini, kimi ülkelerin ise bu konuda herhangi bir kısıtlama yapmadıklarını görüyoruz.

Örneğin Belçika, Fransa, Almanya, Hollanda, İngiltere, Portekiz, Lüksemburg yabancıların gayrimenkul mal edinmeleri konusunda herhangi bir kısıtlama uygulamaz iken, İtalya ve İspanya özellikle sınır bölgelerinde bazı kısıtlamalarla buna imkan sağlamaktadırlar. Japonya, Monako gibi ülkeler ikametgah ölçütünü esas almakta ve ikametgahı olan yabancılara taşınmaz mal edinmeleri hususunda herhangi bir kısıtlama uygulamamaktadırlar. Türkiye'nin de içersinde bu-

lunduğu kimi ülkeler ise yabancıların taşınmaz mal sahibi olmaları hususunda "karşılıklılık ilkesi"ni esas almaktadırlar.

Değerli Konuklar...

Bu genel girişten sonra konumuza dönecek olursak, oturumumuzun üst başlığı "*Yabancılar Hukuku*", alt başlıkları "*Doğrudan Yabancı Yatırımlar*" ve "*Yabancıların Gayrimenkul Edinmeleri*" olduğundan, konunun değerlendirilmesine "*yabancı*" kavramının tanımlanmasıyla başlamak gerekir.

Gerek devletler hukuku ve gerekse vatandaşlık hukuku bağlamında gerçek kişi yabancıнын kim olduğunun tespiti, vatandaşın kim olduğunun tespitine bağlıdır. Bu bağlamda yabancı gerçek kişi, bir devletin ülkesinde bulunan ve fakat o devletin vatandaşı olmadığı gibi bunu iddia etmeye hakkı da bulunmayan kişidir. Bu kişi bir başka devletin vatandaşı olabileceği gibi, vatansız ya da mülteci olabilir.

Türk Medeni Kanunu'ndaki tanıma göre tüzel kişi, "*başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi ve belli bir amaçla özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları*" olmakla ve bu kişi ve mal toplulukları "*kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanmakla*", her devlet kendi toprakları üzerinde faaliyet gösteren topluluklara kendi iç hukuku çerçevesinde vatandaşlık statüsü verme yetkisine sahiptir. Bu bağlamda işaret etmek gerekir ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 42/son maddesi hükmüne göre, merkezi Türkiye dışında olan kişi ve mal toplulukları yabancıdır.

Oturumumuzun alt başlığını oluşturan "*Doğrudan Yabancı Yatırımlar*" ve "*Yabancıların Gayrimenkul Edinmeleri*", hem birbirlerinden ayrı, hem de birbirleriyle bağlantılı ve birbirini tamamlayan iki ayrı kavram ve kurumdur. Birbirlerinden ayrı iki kavram ve kurumdur, zira her ikisi de ayrı iki yasa da, bu bağlamda "*Doğrudan Yabancı Yatırımlar*" 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nda, "*Yabancıların Gayrimenkul Edinmeleri*" ise 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde düzenlenmiştir. Birbirleriyle bağlantılı ve birbirini tamamlayan iki kavram ve kurumdur, zira her iki yasa da so-

VEDAT AHSEN
COŞAR'IN
KONUŞMASI

nuç itibariyle yabancıların Türkiye'de mülk edinmeleriyle ilgilidir.

Aradaki fark, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları öncesinde doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesinin, bu yolla Türkiye'ye yabancı sermayenin gelmesinin, yabancı yatırımcıların haklarının korunmasının, yabancı yatırımcıların Türkiye'de taşınır veya taşınmaz mal edinmelerinin 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3/d maddesinde; yatırım ve yabancı sermaye koşuluna bağlı olmaksızın gerçek ve tüzel kişi konumundaki bir yabancı'nın Türkiye'de taşınmaz mal sahibi olmasının ise 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde düzenlenmiş olmasıdır.

Bilindiği üzere 05 Haziran 2003 kabul tarihli 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Avrupa Birliği'ne uyum süreci içerisinde ve bu amaçla yürürlüğe konulmuştur. Bu yasadan önce yürürlükte olan 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun zaman içerisinde eskimesi, buna bağlı olarak uluslararası standartlar bağlamında yabancı yatırımcıların haklarını korumada yetersiz kalması nedeniyle yürürlüğe konulan ve özünde ülkemize yabancı sermaye girişini artırmayı amaçlayan 4875 sayılı Kanun'un "*yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinmeleri serbesttir*" hükmünü taşıyan 3/d maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Aynı şekilde 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun yabancılara gayrimenkul satışını düzenleyen 29.12.2005 yürürlük tarihli ve 5444 sayılı Kanun ile değişik 35. maddesinin bir kısım fıkraları da Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine 15.07.2008 tarihinde yürürlüğe giren Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 5782 sayılı Kanun ile 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin 7 ve 8. fıkraları ile 36. maddesi değiştirilmiştir.

Bu değişikliklerle Anayasa Mahkemesi'nin kararı gereğince 16.04.2008 tarihinden itibaren durdurulmuş olan Tapu ve Kadastro Bölge Müdürlüğü'nün 1657 sayılı Genelgesi yabancı uyruklu gerçek kişilerle, yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz edinmelerine ilişkin işlemlere yeniden başlanması olanağı getirilmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin 4875 sayılı Kanun'un 3/d maddesini iptal etmesi sonrasında yürürlüğe konulan 5782 sayılı Kanun ile yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları ve iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin taşınmaz edinimlerini 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 36. maddesini değiştirmek suretiyle yeniden düzenlemiştir.

Böylece Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3. maddesinin (d) bendinde yer alan hükmün yeniden ilgili Kanun'da düzenlenmesi yerine Tapu Kanunu'nun 36. maddesine hüküm konulmak suretiyle düzenlenmesi tercih edilmiş olmaktadır.

Sonuç itibariyle yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilerle, yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de kurulan veya iştirak edilen tüzel kişiliğe sahip şirketlerin taşınmaz mal edinmeleri 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 5782 sayılı Kanun ile değişik 35 ve 36. maddeleri çerçevesinde düzenlenmiştir.

Bu yeni düzenlemeler çerçevesinde durum değerlendirildiğinde şu hususlara işaret etmek gerekir:

- Yabancı uyruklu tüzel kişiler, sadece ticaret şirketi niteliğinde olmaları durumunda Türkiye'de taşınmaz mal edinebilirler. Diğer bir deyişle ticari şirket niteliğinde olmayan yabancı vakıf ve dernekler Türkiye'de taşınmaz mal edinemezler.

- Kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan yabancı ticaret şirketleri, sadece özel kanunlar çerçevesinde Türkiye'de taşınmaz mal edinebilirler. Bu özel kanunlar Turizmi Teşvik Kanunu, Endüstri Bölgeleri Kanunu ve Petrol Kanunu olmak-

VEDAT AHSEN
COŞAR'IN
KONUŞMASI

la, bu kanunlarla düzenlenmiş haller dışında yabancı ticaret şirketleri Türkiye'de taşınmaz mal edinemezler.

- Yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye'de taşınmaz mal edinebilmeleri için öncelikle karşılıklılık koşulunun gerçekleşmiş olması, yani taşınmaz mal edinmek isteyen yabancı kişinin vatandaşı olduğu ülkede Türkiye vatandaşlarına taşınmaz mal edinme hakkının hukuken ve fiilen tanınmış olması gerekir.

- Türkiye'nin hangi ülkeler ile arasında karşılıklılık olduğuna ilişkin listeler Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından tutulmaktadır. Bu ülkelere örnek olarak ABD, Avusturya, Avustralya, Arjantin, Almanya, Arnavutluk, Azerbaycan, Belçika, Bolivya, Bosna-Hersek, Brezilya, Bulgaristan, Cezayir, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Finlandiya, Gürcistan, Hırvatistan, Hindistan, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsrail, İtalya, Japonya, Kanada, Kazakistan, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Kuveyt, Libya, Lübnan, Lüksemburg, Malezya, Macaristan, Makedonya, Malta, Mısır, Meksika, Moldova, Norveç, Pakistan, Peru, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, Slovenya, Somali, Suudi Arabistan, Şili, Tunus, Türkmenistan, Ukrayna, Yunanistan devletlerini ve-rebiliriz.

- Yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye'de taşınmaz mal edinimleri, edinmeye konu taşınmazın mesken veya işyeri olarak kullanması koşuluna bağlıdır.

- Taşınmaz mal edinimi ancak merkez ilçe ve ilçeler bazında uygulama imar planı veya mevzii imar planı bulunan yerlerde mümkün olmakla, imar planı olmayan yerlerde yabancı gerçek kişilerin taşınmaz mal edinmeleri mümkün değildir.

- Yabancı gerçek kişiler tarafından edinilebilecek alanlar, merkez ilçe ve ilçeler bazında uygulama imar planı ve mevzii imar planı sınırları içinde kalan alanların %10'unu geçmeyecektir.

• Bakanlar Kurulu, söz konusu oranları ilçelerin ekonomi, enerji, çevre, kültür, tarım ve güvenlik bakımından özellik ve önemlerini göz önüne alarak %10 oranının altında oranlar halinde belirlemeye yetkilidir. Ancak ilçeler bazında bir belirleme yapıncaya kadar % 10 oranı uygulanacaktır.

• Yabancı uyruklu gerçek bir kişinin edinebileceği alan 2,5 hektar, yani 25.000 metrekare ile sınırlı olup, Bakanlar Kurulu'nun bu miktarı artırma yetkisi yoktur.

• Yabancı uyruklu gerçek kişiler, sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanca ve kültürel özellikleri nedeniyle korunması gereken alanlar ile özel koruma alanları, flora ve fauna özellikleri nedeniyle korunması gereken hassas alanlarda ve stratejik yerlerde taşınmaz mal edinemezler. Bu alanlar ilgili kamu kuruluşlarının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenebilir.

• Yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de kurulmuş ticaret şirketlerinin taşınmaz mal edinimleri ana sözleşmelerinde belirlenen faaliyet konuları ile sınırlı olarak yapılabilir.

• Bu konumdaki yabancı yatırımcılar, iktisap etmek istedikleri taşınmazın Askeri Yüksek Bölge ve Güvenlik Bölgeleri veya stratejik bölgelerde yer alması durumunda, Genel Kurmay Başkanlığı'nun veya yetkilendirecekleri komutanlıkların, özel güvenlik bölgelerindeki edinimler de ise taşınmazın bulunduğu yerdeki valiliğin iznini almak zorundadırlar.

• Bu esas ve ilkeler, yerli sermaye ile kurulmuş şirketlere yabancı yatırımcıların iştirak etmeleri durumunda ve yine yabancı sermayeli şirketler arasındaki devir işlemlerinde de uygulanır.

Üzerinde çok spekülasyon yapılan ve halen de yapılmakta olan bir noktaya işaret etmek istiyorum, o da şudur; Cumhuriyet'in kurulmasından hemen sonra yürürlüğe konulan yasalarda yabancıların Türkiye'de taşınmaz mal edinimleri konusunda yapılan düzenlemeler günümüzde yapılandırdan çok daha izin ve imkan verici, çok daha kolaylaştırıcıdır. Yani çok daha liberaldir. Ama yabancıların bu dönem-

VEDAT ANSEN
COŞAR'IN
KONUŞMASI

de Türkiye'de taşınmaz mal edinim sayıları ile geride bıraktığımız beş altı yılın sayılarını karşılaştırdığımızda, son beş altı yılın taşınmaz mal edinim sayılarının önemli ölçüde bir arttığını görüyoruz.

Onun için sözlerime son vermeden önce bu konuda bazı istatistikî bilgiler vermek istiyorum.

Cumhuriyet tarihi boyunca yabancı gerçek kişilere toplam olarak 44.479.191 metrekare büyüklüğünde 24.632 adet arsa ve arazi satışı yapılmıştır. Bu taşınmazların 34.24.088 metrekarelik kısmının satışı 1 Ocak 2003 ile 31 Mart 2009 tarihleri arasında gerçekleşmiştir. Buna göre AKP hükümetleri döneminde yabancılara satılan arsa ve arazilerin oranı % 76'dır.

Aynı dönemde yabancılara satılan kat mülkiyetli taşınmazların toplam miktarı 6.613.587 metrekare, sayısı ise 50.911'dir. Bu miktarın 5.653.836 metrekaresi 01 Ocak 2003 ile 31 Mart 2009 tarihleri arasında gerçekleşmiştir.

AKP iktidarları döneminde satılan kat mülkiyetli taşınmaz sayısı 40.482 olup, bunun toplam içerisindeki oranı % 85'dir.

Bu verilere göre Cumhuriyet tarihi boyunca yabancılara satılan ana taşınmaz ve kat mülkiyetli taşınmazların miktarı 51.092.778 metrekare, sayısı ise 75.543'tür. Bunlardan 39.677.924 metrekaresi 1 Ocak 2003 ile 31 Mart 2009 tarihleri arasında satılmıştır. Satılan 75.543 taşınmazdan 54.472'si AKP iktidarları döneminde gerçekleşmiştir.

Beni sabırla dinlediğiniz için hepinize teşekkür eder, saygılar sunarım.

**DIE SOZIALE SICHERHEIT VON MIGRANTEN UNTER
BERÜCKSICHTIGUNG DES
DEUTSCH-TÜRKISCHEN ABKOMMENS ZUR SOZIALEN
SICHERHEIT UND DES ASSOZIATIONSRATSBESCHLUSSES
NR. 3/80 SOWIE DER VERORDNUNG (EG) NR. 883/2004**

Dr. Christoph SCHUMACHER-HILDEBRAND*

I. Einleitung

Die soziale Sicherheit für Wanderarbeitnehmer ist die Voraussetzung einer menschenwürdigen Migration. Nur wenn sichergestellt ist, dass die in dem Beschäftigungsland erworbenen Rechte auch bei Rückkehr in das Herkunftsland in Anspruch genommen werden können, kann von einer fairen Arbeitsmigration gesprochen werden. Hierdurch wird nicht nur der einzelne Arbeitnehmer geschützt, vielmehr geht es auch darum, Ausbeutung zu Lasten Dritter zu vermeiden. Würden nämlich die erworbenen Rechte nicht transferiert, so hätte dies eine Belastung des Herkunftslandes zur Folge, das dann in der Regel Leistungen im Alter zu erbringen hätte, um eine Altersarmut abzuwenden. Aber auch für das Beschäftigungsland hätte dies insofern negative Auswirkungen, als die Wanderarbeitnehmer im Ergebnis „billigere“ Arbeitskräfte wären und so Verdrängungseffekte auf dem Arbeitsmarkt entstehen könnten. Vor diesem Hintergrund werden in einem Staat, der nach dem Prinzip der sozialen Marktwirtschaft organisiert ist, die erworbenen Rechte in einem fairen Ausgleich erbracht.

BEITRAG:
CHRISTOPH
SCHUMACHER-
HILDEBRAND

* Der Verfasser ist Leiter der Unterabteilung „Europäische Union, Europäische Beschäftigungs- und Sozialpolitik“ im deutschen Bundesministerium für Arbeit und Soziales in Berlin. Er bringt hier nur seine persönliche Auffassung zum Ausdruck.

BEITRAG:
CHRISTOPH
SCHUMACHER-
HILDEBRAND

Dieser Ausgleich lässt sich sowohl national als auch international lösen. Die Bundesrepublik Deutschland hat sowohl im nationalen Rahmen Regelungen getroffen als auch mit anderen Staaten Instrumentarien entwickelt, die diesen Ausgleich zum Inhalt haben und den besonderen Interessen und Bedürfnissen der Betroffenen Rechnung tragen.

II. Die nationalen Regelungen

1. Aufenthalt in Deutschland

Im deutschen Arbeits- und Sozialrecht gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung. Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit sind bei Aufenthalt und Beschäftigung in Deutschland ausgeschlossen. Das Sozialrecht kennt nur Versicherte, sofern sie ihren Aufenthalt in Deutschland haben. Besonderheiten gelten für Personen, die nach Deutschland entsandt werden. Auf den Aufenthaltsstatus wird nicht abgestellt. Dies bedeutet, dass auch illegal Beschäftigte sozialversicherungspflichtig sind, denn sie stehen in der Regel in einem faktischen Arbeitsverhältnis, das die Betroffenen nicht schutzlos stellt, aber natürlich auch strafrechtliche Folgen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben kann.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Regelungen in der Unfallversicherung. Danach ist auch ein illegal Beschäftigter bei einem Arbeitsunfall versichert, d.h. sowohl er als auch seine Hinterbliebenen haben Anspruch auf die vollen Leistungen. Dies gilt für Hinterbliebene selbst dann, wenn sie sich im Ausland aufhalten.

Dieses Beispiel zeigt, welcher Stellenwert der sozialen Absicherung von Arbeitnehmern zukommt. Es wäre durchaus vertretbar, illegal Beschäftigten diesen Schutz nicht zu gewähren, da gerade in dem Schutz auch ein Anreiz für eine derartige Tätigkeit liegen könnte. Der Gesetzgeber hat bewusst einen anderen Weg eingeschlagen und hat damit deutlich gemacht, dass in der Abwägung der Interessen das Interesse an einer fairen Absicherung bei einer Beschäftigung umfassend zu verstehen ist. Das heißt jedoch nicht, ordnungspolitische Aspekte außer Acht zu

lassen. Eine illegale Tätigkeit hat sowohl für den Arbeitnehmer aber natürlich in besonderem Maße auch für den Arbeitgeber meist strafrechtliche Konsequenzen.

Einschränkungen bestehen jedoch im Bereich der Familienleistungen und der Arbeitslosenversicherung. Familienleistungen wie das Eltern- und Kindergeld setzen eine Bindung an das Land des Wohnsitzes voraus. Ihr Zweck liegt in der Förderung und Unterstützung der Familie und des sozialen Ausgleichs. Technisch wird diese Anbindung durch die entsprechenden Aufenthaltstitel nachgewiesen. Bei der Arbeitslosenversicherung ist Voraussetzung für eine Leistung, dass die betreffende Person auch die Erlaubnis hat und dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht.

Diese kurze Darstellung des Rechts bei Aufenthalt in Deutschland zeigt, dass ausländische Staatsangehörige in der Sozialversicherung im Wesentlichen wie Inländer behandelt werden. Dies gilt für die Kranken-, Renten- und Unfallversicherung wie auch für die Arbeitslosenversicherung. Unterschiede gerade im Bereich der Familienleistungen erklären sich aus dem Sinn und Zweck der Leistung selbst.

2. Aufenthalt im vertragslosen Ausland

Hier stellt sich die Situation nach derzeitigem Recht anders da. Der Export von Leistungen ist teilweise eingeschränkt, jedoch nicht ausgeschlossen. Für den Bereich der Krankenversicherung gilt im Grundsatz, dass Leistungen nur bei gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland erbracht werden können. Das gleiche gilt natürlich auch für die Arbeitslosenversicherung und die Familienleistungen. Besonderheiten gibt es für Entsandte.

In der Renten- und Unfallversicherung wird ein Export im Umfang von 70% der Leistungen erbracht, die sich aus den im Bundesgebiet zurückgelegten Versicherungszeiten ergeben. Diese Leistungsreduktion besteht jedoch nicht für deutsche Staatsangehörige, sie erhalten die Rentenleistung zu 100% auch im Ausland. Die Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit erklärt sich aus der besonderen Verantwortung des Staates ge-

BEITRAG:
CHRISTOPH
SCHUMACHER-
HILDEBRAND

BEITRAG:
CHRISTOPH
SCHUMACHER-
HILDEBRAND

genüber seinen Staatsbürgern; sie sollen auch von den Bundeszuschüssen profitieren. Die 70% entsprechen den zurückgelegten Beiträgen und sind insofern auch eigentumsgeschützt. Nicht zuletzt wird diese Regelung als „Faustpfand“ gegenüber anderen Staaten gesehen, mit Deutschland ein Abkommen zu schließen, das den Export von Leistungen an deutsche Staatsangehörige sicher stellt, die nach einer Auslandstätigkeit nach Deutschland zurückgekehrt sind. Die Vorschrift wird also als Anregung für den Abschluss von Sozialversicherungsabkommen gesehen. Entsprechende Regelungen bestehen auch für die Unfallversicherung. Sehr viel umfassendere Regelungen bestehen in der EU/EWR und im Verhältnis zu der Schweiz.

Im Folgenden werden die vertraglichen Regelungen im Verhältnis zur Türkei näher erläutert. Dabei werden auch die EG-Regelungen kurz dargestellt, und zwar im Hinblick auf die besonderen Beziehungen der EG zur Türkei.

III. Die internationalen Regelungen

1. Das deutsch-türkische Abkommen über soziale Sicherheit vom 30. April 1964

Die türkische Migration in die Bundesrepublik hat eine lange Tradition. Sie begann Anfang der 60er Jahre und nahm gegen Ende dieses Jahrzehntes rasant zu. Die türkische Zuwanderung hat die Gesellschaft Deutschlands mitgeprägt und die Diskussion zur Ausländerpolitik stark beeinflusst. Mittlerweile leben in Deutschland ca. 2,5 Millionen türkische Staatsangehörige. Im Jahr 2007 waren ca. 480.000 Türken sozialversicherungspflichtig beschäftigt, Insgesamt sind ca. 868.000 türkische Staatsangehörige als aktiv Versicherte in der Rentenversicherung registriert.

Viele dieser Migranten erfüllen die Voraussetzungen für den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit, die gerade von der jüngeren Generation verstärkt in Anspruch genommen wird. Bisher haben sich ca. 0,8 Millionen Türken einbürgern lassen.

Damit die sozialen Rechte in geeigneter Weise garantiert sind, wurde – wie mit anderen Anwerbestaaten – ein Sozialver-

sicherungsabkommen¹ geschlossen. In dem deutsch-türkischen Abkommen wird die Gleichstellung der Staatsangehörigen bei Aufenthalt in einem Vertragsstaat geregelt, der sachliche Geltungsbereich, der Export von Leistungen und natürlich auch die administrative Umsetzung.

Die Gleichstellung der Staatsangehörigen der Vertragsstaaten in Art. 4 stellt die Gleichbehandlung sicher. Diese Vorschrift hat zur Konsequenz, dass z.B. in Deutschland die türkischen Staatsangehörigen wie deutsche Staatsangehörige zu behandeln sind. Umgekehrt gilt dies aber auch in Bezug auf deutsche Staatsangehörige, die sich in der Türkei aufhalten und die in Deutschland Rechte erworben haben. Dies bedeutet, dass z.B. türkische Rückkehrer aus Deutschland in der Türkei so behandelt werden müssen, wie deutsche Versicherte die sich in der Türkei aufhalten. Eine differenzierte Behandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit ist danach nicht zulässig. Leistungseinschränkungen für Nichtdeutsche, wie sie teilweise das deutsche Recht bei Aufenthalt im Ausland kennt, sind nach diesem Abkommen ebenfalls nicht zulässig, so dass die Rentenleistungen zu 100% erbracht werden müssen. Entsprechendes gilt natürlich im umgekehrten Fall für deutsche Staatsangehörige, die Leistungen aus der Türkei in Deutschland beziehen wollen.

Der sachliche Geltungsbereich des Abkommens bezieht sich auf die Kranken-, Renten- und Unfallversicherung sowie das Kindergeld. Wie bereits unter Ziffer 2 dargestellt, wirkt sich das Abkommen besonders bei den grenzüberschreitenden Sachverhalten aus.

a. Krankenversicherung

Für den Bereich der Krankenversicherung hat dies zur Folge, dass unabhängig von der Staatsangehörigkeit Versicherte, die z.B. im deutschen System versichert sind, auch bei Aufenthalt

¹ Vgl. Das deutsch-türkische Abkommen über soziale Sicherheit vom 30.4.1964, BGBl. 1965 II, S. 1170, zuletzt geändert durch das Zusatzabkommen vom 2.11.1984, BGBl. 1986 II, S. 1040.

BEITRAG:
CHRISTOPH
SCHUMACHER-
HILDEBRAND

in der Türkei leistungsberechtigt bleiben. Das gilt natürlich auch im umgekehrten Falle. Leistungsberechtigung heißt, dass ein in Deutschland Versicherter bei Aufenthalt in der Türkei so behandelt wird, als wäre er im türkischen System versichert, d.h. er wird in das türkische System integriert und hat dort den entsprechenden Leistungsanspruch. Hier bestehen jedoch zahlreiche Verfahrensvorschriften. Vor Verlegung des Aufenthalts in den jeweils anderen Vertragsstaat sollte daher Kontakt mit dem zuständigen Krankenversicherungsträger aufgenommen werden.

Die in der Türkei lebenden Familienangehörigen eines in Deutschland Versicherten werden in der Türkei so gestellt, als seien sie im türkischen System versichert. Problematisch ist hier die Definition der Familienangehörigen. Das türkische Recht schließt im Gegensatz zum deutschen Recht auch die Eltern und Großeltern als Familienangehörige mit ein. Diese Personen haben als Familienangehörige einen Leistungsanspruch, den sie bei Aufenthalt in Deutschland nicht hätten. Hierdurch wird erreicht, dass durch eine Arbeitsmigration nach Deutschland der Versicherungsschutz der Familienangehörigen im Herkunftsland erhalten bleibt. Im Bereich der EU bestehen entsprechende Regelungen. Daran hat sich auch durch die neue Verordnung (EG) Nr. 883/2004² nichts geändert.

Die durch eine Behandlung in der Türkei verursachten Kosten werden der türkischen Versicherung erstattet. Auch wenn die Kosten für medizinische Leistungen in der Türkei in den letzten Jahren spürbar gestiegen sind, so liegen sie doch wesentlich niedriger als in Deutschland.

b. Pflegeversicherung

Die Pflegeversicherung wird von dem Abkommen nicht erfasst, so dass auch keine Leistungen in der Türkei erbracht werden können. Dies bedeutet, dass natürlich auch Rentner bei

² Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. EG L 166 v. 30.4.2004, S. 1.

gewöhnlichem Aufenthalt in der Türkei keine Beiträge zur Pflegeversicherung erbringen müssen. Pflegeberechtigte, die in die Türkei zurückkehren, können weder das Pflegegeld noch die entsprechenden Sachleistungen erhalten. Dies ist ein Unterschied zum EG-Recht. Danach werden die Geldleistungen exportiert.

c. Rentenversicherung

Einen ganz zentralen Bestandteil des Abkommens bilden die Vorschriften zur Rentenversicherung. Für Wanderarbeitnehmer ist entscheidend, dass die erworbenen Ansprüche bei Aufenthalt in dem jeweiligen anderen Vertragsstaat realisiert werden können. Um dies sicherzustellen, enthalten alle Abkommen Regelungen zur Zusammenrechnung von Versicherungszeiten und zum Leistungsexport entsprechend den zurückgelegten Zeiten. Das Abkommen sieht vor, Versicherungszeiten, die in den beiden Vertragsstaaten, zurückgelegt worden sind, zur Erfüllung der Wartezeiten in dem jeweiligen System zusammenzurechnen. Ist die Wartezeit erfüllt, wird aus dem jeweiligen Rentensystem der Betrag ausbezahlt, der sich aus den Versicherungszeiten ergibt, die in dem türkischen bzw. deutschen Versicherungssystem nachgewiesen wurden. Dies bedeutet, der Wanderarbeitnehmer erhält die Leistungen, die er in dem jeweiligen System erworben hat. Hierdurch wird erreicht, dass erworbene Ansprüche bei Rückkehr in das Herkunftsland nicht verloren gehen und der Wanderarbeitnehmer im Grunde nicht schlechter gestellt wird, als der jeweilige Inländer.

Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass die Migranten im Rentenrecht in Bezug auf die Erfüllung der Wartezeit so gestellt werden, als hätten sie nur in einem Vertragsstaat gearbeitet. In Bezug auf die Leistungen kann festgestellt werden, dass die Leistungen gezahlt werden, die den zurückgelegten Zeiten entsprechen.

Hinzuweisen ist auf eine weitere Besonderheit des deutschen Rechts. Im Bereich des Invaliditätsrechts können nur die Leistungen gewährt werden, die aufgrund medizinischer Ein-

BEITRAG:
CHRISTOPH
SCHUMACHER-
HILDEBRAND

schränkungen begründet sind. D.h. konkret, Versicherte, die in der Türkei ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, können nur dann eine Invaliditätsrente erhalten, wenn sie nicht mehr in der Lage sind, mindestens drei Stunden täglich eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Die Invaliditätsrente wegen teilweiser Erwerbsminderung kann nach dem Abkommen jedoch nur bei Aufenthalt in Deutschland gewährt werden. Sie wird nur gewährt, wenn der Betroffene zwar drei aber weniger als sechs Stunden täglich arbeiten kann und der allgemeine Arbeitsmarkt für eine Teilzeit-tätigkeit verschlossen ist. Das hat seinen Grund in der Tatsache, dass das Abkommen lediglich die Gleichstellung der Personen regelt, nicht jedoch die Gleichstellung der Staatsgebiete. Dadurch wird der Aufenthalt in Bezug auf die Invaliditätsrenten in der Türkei nicht dem Aufenthalt in Deutschland gleichgestellt. Diese Einschränkung ist nicht ohne Bedeutung für die Entscheidung über die Rückkehr. Diese Besonderheit gilt jedoch für deutsche und türkische Staatsangehörige in gleicher Weise. Das europäische Recht kennt eine solche Beschränkung allerdings nicht.

Insgesamt konnten nach der Statistik der Deutschen Rentenversicherung 2008, Band 173, insgesamt 48.075 Renten mit einem Gesamtvolumen von 254 Mio. Euro in der Türkei gezahlt werden. Diese Zahl wird in den nächsten Jahren sicher weiter ansteigen, da doch immer mehr Türken der ersten Generation wieder in ihre Heimat zurückkehren.

d. Sonderproblem: Die Beitragserstattung

Eine besondere Regelung enthält das Abkommen zur Beitragserstattung. Das deutsche Recht sieht vor, dass Personen, die nicht zur freiwilligen Versicherung in Deutschland berechtigt sind, das Recht auf Rückerstattung ihrer selbst entrichteten Beiträge haben. Nach § 210 SGB VI ist dieses Recht gegeben, wenn 24 Monate nach Beendigung einer Tätigkeit keine versicherungspflichtige Tätigkeit mehr ausgeübt wurde und kein Recht zur Entrichtung freiwilliger Beiträge besteht. Das Abkommen sieht nun vor, dass türkische Staatsangehörige, die sich außerhalb Deutschlands aufhalten, kein Recht zur Entrichtung freiwilliger Beiträge

haben. Anders verhält es sich bei deutschen Staatsangehörigen. Sie haben immer das Recht zur freiwilligen Versicherung und sind damit nur in ganz besonderen Fällen zur Beitragserstattung berechtigt. Dabei ist zu beachten, dass sich die Beitragserstattung ausschließlich auf die selbst entrichteten Beiträge bezieht. Die von dem Arbeitgeber entrichteten Beiträge können nicht zurückgefordert werden.

Von dieser Möglichkeit haben sehr viele türkische Rückkehrer Gebrauch gemacht. Sie haben damit ihre Ansprüche frühzeitig kapitalisiert. Die Zahl der Beitragserstattungen belief sich im Jahr 2008 auf 1.355 mit einem Volumen von 24,9 Mio. Euro. Mit der Beitragserstattung gehen alle in der deutschen Rentenversicherung erworbenen Ansprüche verloren. Die Erstattung ist ein kurzfristiger Vorteil. Die Erfahrung hat gezeigt, dass häufig die kapitalisierte Altersversorgung durch Fehlinvestitionen rasch aufgezehrt wird. Dies kann dann im Alter zu Problemen führen. Vor diesem Hintergrund haben einige Länder wie z.B. Griechenland die Nachentrichtung von Beiträgen für Zeiten zugelassen, für die eine Beitragserstattung in Deutschland durchgeführt wurde. Eine solche Nachentrichtungsmöglichkeit – allerdings in modifizierter Form – sieht auch das türkische Recht vor.

e. Kindergeld

Das Abkommen enthält auch Regelungen zur Zahlung von Kindergeld in Fällen, in denen ein Elternteil in Deutschland erwerbstätig ist und das Kind in der Türkei seinen Wohnsitz hat. Deutschland hat sich zur Zahlung eines Kindergeldes in der Höhe verpflichtet, wie es in anderen Anwerbestaaten auch zu zahlen bereit ist. Für das erste Kind wird danach ein Betrag von 5.11 Euro, für das zweite Kind 12.78 Euro, für das Dritte und vierte Kind 30.68 Euro und für jedes weitere Kind 35.79 Euro erbracht. Diese Beträge liegen zwar deutlich unter den Leistungen, die bei Wohnsitz in Deutschland erbracht werden. Die Differenz kann jedoch über den Lohnsteuerjahresausgleich und die entsprechenden Freibeträge weitestgehend ausgeglichen werden. Auch hier weicht die Abkommensregelung von den EG-Vorschriften ab.

BEITRAG:
CHRISTOPH
SCHUMACHER-
HILDEBRAND

f. Die Nachentrichtung von Beiträgen in die türkische Versicherung nach dem Gesetz Nr. 3201

Nach diesem Gesetz³ haben türkische Staatsangehörige die Möglichkeit, sich für nachweislich im Ausland versicherte Zeiten bei einem türkischen Sozialversicherungsträger nachzuversichern. Dies gilt auch für Zeiten der Arbeitslosigkeit und für Zeiten, „die als Hausfrau zurückgelegt“ wurden. Mit dieser Nachentrichtung erwerben die türkischen Migranten mit relativ günstigen Beitragssätzen volle Leistungen aus der türkischen Rentenversicherung. Mittlerweile haben über 500.000 Personen hiervon Gebrauch gemacht. Der Grund für diese hohe Zahl liegt offensichtlich in der relativ hohen Rendite. Die Nachentrichtung wird als Privilegierung verstanden.

Das Gesetz ist allerdings für Außenstehende nicht leicht verständlich, so dass hier zahlreiche Auslegungsfragen offen bleiben, die teilweise in den Durchführungsverordnungen (DVOen) geregelt werden. In § 3 des Runderlasses vom 2. Januar 2009 wird ausgeführt, dass eine Nachentrichtung nicht für Zeiten erfolgen kann, die vor Erwerb oder nach Verlust der türkischen Staatsangehörigkeit liegen. Dies bedeutet, dass durch den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit, mit der in der Regel der Verlust der türkischen Staatsangehörigkeit verbunden ist, das Recht zur Nachentrichtung erheblich eingeschränkt ist. Bei Antragstellung auf Nachentrichtung der konkreten Beiträge muss die türkische Staatsangehörigkeit nachgewiesen werden. Die türkische Rente kann aber nur erbracht werden, wenn der Betroffene die „endgültige Rückkehr“ nachweist. Die DVO vom 6. November 2008⁴ definiert in § 4 lit. d) den Begriff wie folgt: Es liegt eine „endgültige Rückkehr“ vor, wenn die Beschäftigung im Ausland des Antragstellers auf Zuweisung einer Rente abgeschlossen ist und er

³ Gesetz Nr. 3201 v. 8.5.1985 (*Yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesi hakkında kanun*), Resmi Gazete v. 22.5.1985, Sayı: 18761.

⁴ Resmi Gazete v. 6.11.2008, Sayı: 27046 (*Yurtdışında geçen sürelerin borçlandırılması ve değerlendirilmesine ilişkin yönetmelik*).

keine wohnortgebundene Sozialversicherungs- oder Sozialhilfeleistungen erhält.

Im Ergebnis besteht bei den türkischen Staatsangehörigen eine gewisse Unsicherheit in Bezug auf die praktische Anwendung dieses Gesetzes. Vor allem wird im Einzelnen nicht klar, welche Konsequenzen die Annahme der deutschen Staatsangehörigkeit und der Verlust der türkischen Staatsangehörigkeit haben. Klar ist, dass die Einbürgerung in Deutschland das Recht auf Nachentrichtung in die türkische Versicherung sich nachteilig auswirken kann.

Aufgrund dieses Nachteiles haben zahlreiche Antragsteller beim Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit unter Berufung auf § 12 StAG beantragt, die bisherige Staatsangehörigkeit beizubehalten, da sonst erhebliche wirtschaftliche Nachteile drohten. Soweit ersichtlich haben die Gerichte diese Auffassung bisher zurückgewiesen.⁵ Sicher gilt hier, dass durch den Verlust des Rechts auf Nachentrichtung ein erheblicher Nachteil entstehen kann und diese Praxis auch dazu führt, dass türkische Staatsangehörige davon absehen, einen Antrag auf den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit zu stellen.

Es ist hier zu klären, ob diese Praxis mit dem deutsch-türkischen Sozialversicherungsabkommen vereinbar ist, das in Art. 2 klar formuliert, welche Rechtsvorschriften von dem Abkommen erfasst werden. Danach fallen alle Rechtsvorschriften über die Altersversicherung unter den Geltungsbereich des Abkommens. Dies müsste auch das Gesetz Nr. 3201 umfassen. Würde dieses Gesetz in den Anwendungsbereich des deutsch-türkischen Sozialversicherungsabkommens fallen, so dürfte nicht mehr nach der Staatsangehörigkeit differenziert werden. Dies bedeutet natürlich nicht, dass nunmehr alle deutschen Staatsangehörigen dieses Recht auf Nachentrichtung haben, sondern natürlich nur die Personen, die die in dem Gesetz genannten Voraussetzungen

⁵ Vgl. VG Darmstadt v. 10.11.2008 – VI 63-1c04-A-1091/00, das sich allerdings auch auf die fehlende Mitwirkung des Klägers bezog.

BEITRAG:
CHRISTOPH
SCHUMACHER-
HILDEBRAND

erfüllen. Die Klärung dieser Fragen ist für viele türkische Bürger von herausragender Bedeutung.

2. Der Beschluss Nr. 3/80 des Assoziationsrats vom 19. September 1980

Gestützt auf das 1964 in Kraft getretene Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Türkei⁶ und Art. 39 des Zusatzprotokolls von 1970⁷ zu dem Abkommen hat der Assoziationsrat einen Beschluss gefasst, der im Ergebnis die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten auf türkische Arbeitnehmer und ihre Familienangehörige vorsieht.⁸ Mit dem Beschluss werden türkische Staatsangehörige in das EU-Koordinierungssystem der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71⁹ einbezogen. Diese Verordnung regelt im Einzelnen die grenzüberschreitenden Sachverhalte im Bereich der sozialen Sicherheit. Dabei ist nach dem Gemeinschaftsrecht sicher zu stellen, dass erworbene Ansprüche durch die Inanspruchnahme des Rechts auf Freizügigkeit nicht verloren gehen, Versicherungszeiten zur Erfüllung einer Wartezeit zusammengerechnet werden und auch die Leistungen unabhängig vom Staat des Wohnsitzes erbracht werden. Damit sollten die türkischen Arbeitnehmer in der EU sozialrechtlich gleichgestellt werden. Der Beschluss sieht ausdrücklich nur die Zusammenrechnung von Zeiten vor, die in der Gemeinschaft zurückgelegt wurden. Die Berücksichtigung von türkischen Zeiten ist damit ausgeschlossen. Allerdings bestimmt das Abkommen in Art. 6 auch den uneingeschränkten Export von „Geldleistungen bei Invalidität, Alter oder für die Hinterbliebenen“, und zwar auch bei

⁶ ABl. EG L 217 v. 29.12.1964, S. 3687.

⁷ ABl. EG L 293 v. 29.12.1972, S. 1.

⁸ ABl. EG C 110 v. 25.4.1983, S. 60, siehe hierzu auch Schumacher, Soziale Sicherheit für Drittstaatsangehörige und Assoziierungs-/Europa-Abkommen, DRV 1995, S. 681.

⁹ Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates v. 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. EWG L 149 v. 5.7.1971, S. 2.

Aufenthalt in der Türkei. Es ist jedoch noch nicht abschließend geklärt, ob diese Vorschrift eine unmittelbare Anwendung findet, da der Beschluss Nr. 3/80 keine ergänzenden Maßnahmen zur Durchführung enthält. Es ist nach wie vor nicht geregelt, wie z.B. zu verfahren ist, wenn Leistungen aufeinander treffen. Der EuGH hat in seinem Urteil *Taşlan Met* vom 10. September 1996¹⁰ diese Auffassung vertreten.

Eine weitere wichtige Regelung des Beschlusses ist Art. 3, der die Gleichbehandlung von türkischen Staatsangehörigen mit den Staatsangehörigen des jeweiligen Aufenthaltsstaats in der EU bestimmt. Der EuGH hat in seinem Urteil *Sürül* vom 4. Mai 1999¹¹ klar entschieden, dass diese Vorschrift – auch wenn insgesamt keine Regelungen zur Durchführung des Beschlusses vorliegen – unmittelbar angewandt werden muss. Zur Begründung wird ausgeführt, bei der Gleichbehandlung seien keine weiteren technischen Regelungen erforderlich.

Damit ist sichergestellt, dass türkische Staatsangehörige bei Aufenthalt in Deutschland oder einem anderen Mitgliedstaat nicht anders behandelt werden dürfen, als deutsche Staatsangehörige oder Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates. Der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit kann also in Bezug auf die Rechtstellung in Deutschland zu keinen sozialrechtlichen Nachteilen führen. Vielmehr sind sie dann – unabhängig vom jeweiligen Aufenthaltstitel – berechtigt, Sozialhilfeleistungen in Anspruch zu nehmen, die von dem Beschluss nicht erfasst werden.

Die Frage der Wirkung des Beschlusses ist noch nicht abschließend geklärt. Dem EuGH liegt ein Vorabentscheidungsverfahren vom 27. Dezember 2007¹² vor, in dem es um die Frage geht, ob Geldleistungen nach Art. 6 uneingeschränkt in die Türkei exportiert werden müssen. Würde das Gericht dies bejahen, so

¹⁰ EuGH, Rs. C-277/94, Slg. 1996, I-04085 – *Taşlan Met*.

¹¹ EuGH, Rs. C-262/96, Slg. 1999, I-02685 – *Sürül*.

¹² EuGH, C-485/07, ABl. EU 2008, Nr. C 22, S. 24 – *Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen vs. H. Akdaş*.

BEITRAG:
CHRISTOPH
SCHUMACHER-
HILDEBRAND

könnte das auch Auswirkungen auf deutsche Sozialleistungen haben.

3. Der Beschluss Nr. 3/80 und die neue Verordnung (EG) Nr. 883/2004

Wie bereits ausgeführt, bezieht sich der Beschluss Nr. 3/80 auf die Verordnung Nr. 1408/71. Eine Durchführungsverordnung (DVO) fehlt nach wie vor. Zwar könnte die DVO 574/72 hier analog angewandt werden, das scheidet aber nach der bisherigen Rechtsprechung aus. Die Grundverordnung Nr. 1408/71 ist mittlerweile grundlegend überarbeitet worden und enthält vor allem auch in der neuen DVO umfassende Änderungen. Die neue Verordnung Nr. 883/2004¹³ erweitert z.B. den persönlichen Geltungsbereich, der sich nunmehr auch auf die Inaktiven, z.B. die freiwillig Versicherten, bezieht. Aber auch im Bereich der einzelnen Versicherungen und der Familienleistung gibt es zahlreiche Anpassungen. Wenn die neue Verordnung am 1. Mai 2010 in Kraft treten wird, passt der alte Beschluss nicht mehr in die Systematik des neuen Rechts. Ohne hier auf Einzelheiten eingehen zu können, stellt sich die Frage nach seiner Anpassung. Diese Frage muss auch im Zusammenhang mit einem Umsetzungsbeschluss zur Durchführung der EU-Abkommen mit Algerien, Marokko etc. gesehen werden. Die EU-Kommission hat hierzu einen Entwurf vorgelegt, der voraussichtlich unter spanischer Präsidentschaft im ersten Halbjahr 2010 Gegenstand von Ratsbehandlungen sein wird.

IV. Zusammenfassung

Die Darstellung hat gezeigt, dass das deutsche Recht im Bereich der sozialen Sicherung bei Aufenthalt in Deutschland nicht nach der Staatsangehörigkeit differenziert. Unterschiede auf-

¹³ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. EG L 166 vom 30.4.2004, S. 1.

grund der Staatsangehörigkeit gibt es bei Aufenthalt im vertragslosen Ausland. Durch das deutsch-türkische Abkommen werden diese Differenzierungen vermieden. Die Staatsangehörigen werden bei Aufenthalt im Vertragsstaat gleichbehandelt. Fragen ergeben sich in Bezug auf die Nachentrichtungsmöglichkeit nach türkischem Recht. Der Beschluss Nr. 3/80 muss angepasst werden, die neue Verordnung (EG) Nr. 883/04 wird am 1. Mai 2010 in Kraft treten. Das Gemeinschaftsrecht enthält noch weitergehende Gleichstellungsregelungen, es erfasst auch die neuen Sozialleistungen wie z.B. die Pflegeversicherung.

BEITRAG:
CHRISTOPH
SCHUMACHER-
HILDEBRAND

TÜRK İDARİ YARGISINDA SINIR DIŞI ETME KARARLARININ ELE ALINMASI

Doç. Dr. Esra G. DARDAĞAN KİBAR*

ESRA G.
DARDAĞAN
KİBAR'IN
TEBLİĞİ

Giriş

Ülke üzerindeki varlıkları çeşitli nedenlerle sakıncalı kabul edilen yabancıların, devletin tasarrufuyla ülkeden uzaklaştırılmaları "sınır dışı etme" olarak adlandırılır. Devletlerin, kamu düzeni ve güvenliğini sağlamak amacıyla belli eylemlerde bulunan yabancıları ülkesinden sınır dışı etmesine, gerek ulusal hukuk düzenlerinde, gerek uluslararası düzenlemelerde cevaz verilmektedir. Sınır dışı etme işlemi, hakkında bu işlem uygulanan yabancı üzerinde çok olumsuz sonuçlara yol açabilmekte, dolayısıyla, yabancının hukuk düzenince tanınan güvencelerden yararlanması büyük önem taşımaktadır. Türk hukukunda, sınır dışı edilen yabancı, hukuksal korumadan, esas olarak, sınır dışı etme işleminin uygulanması sonrasında ve idarî işlemin idarî yargı mercii tarafından iptal edilmesi suretiyle yararlanabilir. Yabancıların Türkiye'den sınır dışı edilmesine ilişkin başlıca hüküm olan Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (YİSK) madde 19, İdarenin takdir yetkisine geniş ölçüde yer vermektedir. Bu itibarla, sınır dışı etme işleminin idarî yargı tarafından hukuka uygunluk denetimine tâbi olması, genel olarak idarî yargı denetiminin sınırları, idarenin takdir yetkisinin denetlenebilirliği, hukuka uygunluk denetiminin nerede bitip, yerindelik denetiminin nerede başladığı gibi sorunları gündeme getirmektedir.

Aşağıda açıklanacağı gibi, yabancıların sınır dışı edilmeleri Türk hukukunda başka kanun hükümlerinde de düzenlenmiş olmakla birlikte, idarî yargı kararlarına konu teşkil

eden sınır dışı etme işlemleri esas olarak YİSK m. 19 hükmüne dayandırılmıştır. Bu itibarla, sunuşumuzda, sınır dışı etme işlemlerine ilişkin idarî yargı denetiminin kapsamı ve sınırları irdelenirken, özellikle bu madde hükmü üzerinde durulacaktır. Öte yandan, başka devlete sığınmak amacı ile Türkiye'ye gelen ve mülteci statüsünden yararlanmak isteyen yabancıların sınır dışı edilmeleri ile ilgili olarak, Danıştay kararlarında belli içtihadın oluştuğu söylenebilir. Sunuşumuzda, bu hususu da kısaca ele almaya çalışacağız. Ele alınan kararlar, daha ziyade, Türk idarî yargı düzeninde Yüksek Mahkeme niteliği taşıyan "Danıştay" tarafından verilmiş olan kararlardır.¹

I. İLGİLİ MEVZUAT HÜKÜMLERİ

1. Anayasa

Anayasa'nın kişi dokunulmazlığına ilişkin 17. maddesi uyarınca "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir".

Öte yandan, Anayasa'nın "Yerleşme ve seyahat hürriyeti" başlıklı 23. maddesi şu hükmü içermektedir:

"Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir. Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak;

Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek;

Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.

¹ Yayınlanmamış, yakın tarihli kararlara ulaşmamadaki önemli yardımları için Danıştay 10. Daire Başkanı sayın Mehmet Rıza Ünlüçay'a teşekkürlerimi sunarım.

* Ankara Üniversitesi Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı öğretim üyesi.

ESRA G.
DARDAĞAN
KIBAR'IN
TEBLÜĞİ

Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlandırılabilir.

Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz”.

Anayasa'nın 16. maddesi ise, temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırabileceğini bildirir. Yabancıların sınır dışı edilmeleri, Türk doktrininde, kişi dokunulmazlığının ve/ veya yerleşme ve seyahat özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin bir işlem olarak ele alınmıştır (Bu konuda bkz. Çelikel, A./ Gelgel, G., *Yabancılar Hukuku*, B.14, İstanbul 2008, s. 107; Aybay, R., *Yabancılar Hukuku*, B.2, İstanbul 2007, s. 254; Çiçekli, B., *Yabancılar Hukuku*, Ankara 2007, s. 159). Sonuçta, sınır dışı etme işlemi yabancıların temel hak ve hürriyetlerine ilişkin bir sınırlama olarak kendini gösterdiğinden, bu işlemin milletlerarası hukuka aykırılık içermemesi ve kanuna dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Öte yandan, Anayasa m. 23/son Türk vatandaşlarının sınır dışı edilmesini yasaklamıştır.

2. İlgili Yasal Düzenlemeler

Yabancıların ülkeden sınır dışı edilmeleri, Türk hukukunda, idarî bir işlem olarak, Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'da (15.7.1950 tarihli, 5683 sayılı Kanun, RG, 24.7.1950, 7564) ve Pasaport Kanunu'nda (15.7.1950 tarihli, 5682 sayılı Kanun, RG, 24.7.1950, 7564) düzenlenmiştir. 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda, iptal işleminin tamamlayıcısı olarak düzenlenen sınır dışı etme işlemine yeni Türk Vatandaşlığı Kanununda (29.5.2009 tarihli, 5901 sayılı Kanun; RG, 12.6.2009, 27256) yer verilmiştir.

Sınır dışı etme işlemi, ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nun 59. maddesinde bir güvenlik tedbiri olarak öngörülmüştür. Ancak, sunuşumuzda, idarî işlem olarak sınır dışı etme inceleme konusu edildiğinden, bu hüküm üzerinde durulmayacaktır. İdarî işlem olarak "sınır dışı etme" işlemine hangi durumlar-

da başvurulacağını belirten yasal düzenlemeler aşağıda zikredilmiştir.

A. Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun

Madde 19 - İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye'den çıkmağa davet olunur. Bu müddetin sonunda Türkiye'yi terketmeyenler sınır dışı edilebilirler.

Madde 20 - Usûlüne uygun olarak Türkiye sınırlarına girmiş oldukları halde pasaportlarını zayi etmiş olan veya pasaportlarının hükmü kalmamış bulunan yabancılar, kendilerine ilgili makamlarca resmen ihtar vukubulduğu tarihten itibaren 15 gün içinde pasaport veya tabiiyet ilmühaberi almağa mecburdurlar.

Madde 21 - Bu kanunda derpiş edilen sınır dışı kararını almağa İçişleri Bakanlığı yetkilidir.

İçişleri Bakanlığı, lüzum göreceği sınır ve sahil illerine memleketin umumi güvenlik ve nizamı noktasından derhal çıkarılmaları lazım gelen yabancıları istizan etmeden sınır dışı etmek yetkisini verebilir. Bu iller bu yetkiye göre işlem yaptıkları takdirde keyfiyeti mucip sebepleriyle birlikte İçişleri Bakanlığına bildirmeğe mecburdurlar.

Tabiiyetsiz veya yabancı devlet tebaası olan Çingenelerin ve Türk kültürüne bağlı olmıyan yabancı göçebelerin sınır dışı edilmelerine İçişleri Bakanlığı salahiyyetlidir.

Madde 22 - (Değişik birinci fıkra: 23/1/2008-5728/134 m.) Türkiye'den sınır dışı edilenler İçişleri Bakanlığının hususi müsaadesi alınmadıkça Türkiye'ye dönemezler, bunlardan ağır ceza mahkemesinin görevine giren bir suçtan dolayı Türkiye'de mahkûm olmuş ve cezası çektirilerek sınır dışı edilmiş olanlar bir daha Türkiye'ye giremezler; ancak İçişleri Bakanlığının müsaadesiyle durmadan transit geçmeleri caizdir.

Madde 26 - (Değişik : 23/1/2008-5728/136 m.) Sınır dışı edildikleri veya Türkiye'yi terke davet olundukları halde müsaade-

ESRA G.
DARDAĞAN
KIBAR'IN
TEBLİĞİ

siz gelmeye mütecasir olan yabancılar bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suretle mahkûm edilen yabancılar cezaları çektirildikten sonra sınır dışı edilirler.

B. Pasaport Kanunu

Madde 34 - Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girebilmiş olan vatandaşlar ve yabancılar 250 Liradan 1250 Liraya kadar ağır para veya 1 aydan 6 aya kadar hapis cezasıyla veya her ikisiyle cezalandırılır.

Bu gibilerden yabancı olanlar cezalarını çektikten sonra sınır dışı edilirler.

II. SINIR DIŞI ETME İŞLEMİNİN NİTELİĞİ/ İŞLEVI

1. Önleyici Tedbir (Kolluk Önlemi)

Sınır dışı etme işlemlerinin hukuka uygunluğunun idarî yargı tarafından denetlenmesini incelediğimizde, ilgili kararlarda, büyük ölçüde YİSK m. 19 hükmünün uygulama bulduğunu görmekteyiz. Doktrinde, YİSK m. 19'da öngörülen sınır dışı etme işlemi toplum düzenini korumayı ve sağlamayı amaçlayan bir önlem, bir "kolluk önlemi" olarak nitelendirilmiştir (Duran, L., "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmeleri", *İnsan Hakları Yıllığı*, 1980, s.10, 15; Altuğ, Y., *Yabancıların Hukukî Durumu*, B. 4, İstanbul 1971, s. 129; Göger, E., *Yabancılar Hukuku*, B.3, Ankara 1979, s.34; Dardağan, E., "Yabancılar Hukuku Açısından Sınırdışı Etme", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1993, s. 73; Aybay, s.264). Yabancı çingene ve göçebelerin sınır dışı edilmesi ile ilgili düzenleme içeren ve "arkaik" ve temel insan hakları anlayışına aykırı biçimde kaleme alınmış görünen YİSK m. 21/III hükmü de (hükümle ilgili eleştiriler için bkz. Aybay, s. 264-265; konu hakkında ayrıntılı tahlil için bkz. Aydoğan, D., "Yabancı Çingenelerin Türkiye'ye Giriş, İkamet, Seyahat Özgürlükleri ile Türkiye'den Sınır Dışı Edilmeleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, S. 1, C. 56, s. 32 vd.), amaçsal yoruma

tâbi tutularak, kamu düzenini ve güvenliğini sağlamaya yönelik bir düzenleme olarak mütalâa olunabilir (Duran, s. 11). Başka yönde bir yorum, kamu düzenini ve güvenliğini tehdit edecek hiçbir eylemi olmayan yabancıların salt belli bir gruba aidiyetleri nedeniyle her durumda, keyfi olarak sınır dışı edilebileceklerini kabule götürür. İnsan haklarının günümüzde kazandığı anlam dikkate alındığında, böyle bir yorumun benimsenmesi uygun gözükmemektedir.

Sonuç olarak, YİSK m. 19 ve m. 21/III'te hükme bağlanan sınır dışı etme işlemlerinde, kamu düzenini ve güvenliğini korumaya yönelik tedbir niteliği görmek mümkündür. Dolayısıyla, bu hükümler bağlamında, sınır dışı etme, önleyici tedbir veya daha somut plânda, kolluk önlemi olarak nitelendirilebilir. Sunuşumuzda, üzerinde durulacak esas hüküm olan YİSK m. 19 açısından "*kolluk önlemi*" nitelendirmesi önem taşımaktadır. Yabancıların hangi eylemlerinin kamu düzenine yönelik tehdit olarak algılandığı, başka ifadeyle, sınır dışı etme işleminin "*sebepl*" unsurunun nasıl belirleneceği, yargı kararları ışığında ele alınmasını gerekli gördüğümüz bir husustur. Öte yandan, "*umumî güvenliğe, siyasî, idarî icaplarına aykırılık*" deyimlerinin İdareye bahşettiği takdir yetkisinin kolluk önlemi kavramı bağlamında nasıl bir yargı denetimine tâbi olacağı, bu idarî yargı denetiminin sınırlarının üzerinde de durulmalıdır. Ulaşabildiğimiz yargı kararlarından yola çıkarak, Türk idarî yargısının sınır dışı etme işlemlerine yaklaşımı hakkında bu noktalar üzerinden yaptığımız bazı tespitleri paylaşmaya çalışacağız. İdarî yaptırım olarak uygulanan sınır dışı etme işlemleri sunuşumuzun kapsamı dışında kalmaktadır. Bu itibarla söz konusu işlemler hakkında kısa bilgi vermeyi yeterli görüyoruz.

2. İdarî Yaptırım

YİSK m. 20, 22/I, PK m. 34, eski TVK m. 33/III hükümlerinde, yabancıların sınır dışı edilmeleri, belli bir davranışın esas veya tamamlayıcı yaptırımı olarak işlev görmektedir. YİSK m. 20, pasaportunu yeniletmeyen yabancılarla ilgilidir.

ESRA G.
DARDAĞAN
KİBAR'IN
TEBLİĞİ

Ancak, bu hükümde, söz konusu davranışta bulunanlara nasıl bir işlem uygulanacağı açık olarak belirtilmemiştir. Bununla birlikte, söz konusu düzenlemenin sınır dışı edilme ile ilgili maddeler içindeki konumu dikkate alınarak, mantıksal ve sistematik yorumla, pasaportunu yenilemeyen yabancıların İdarenin takdir yetkisine bağlı olarak sınır dışı edilebilecekleri düşünülebilir. YİSK m. 22/I hükmünde, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan mahkûm olup Türkiye'de cezasını çeken kişilerin sınır dışı edilmeleri söz konusu edilmiştir. PK m. 34'te, Türkiye'ye pasaportsuz giriş yapan ve içinde buldukları bu durum daha sonra anlaşılan yabancıların, hapis/ para cezasına ek olarak sınır dışı edilmeleri öngörülmüştür. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkan 403 sayılı eski Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 33. maddesinde ise, vatandaşlığa alınmanın iptali kararına ek olarak, ilgili kişiler hakkında, gerekli görülürse, tasfiye ve sınır dışı etme işlemlerinin uygulanması konusunda, iptal kararını alan makama yetki verilmesi söz konusuydu. Dolayısıyla, bu bağlamda, sınır dışı işlemi vatandaşlığa alınmanın iptalinin tamamlayıcı yaptırımı olarak öngörülmüştü. 5901 sayılı yeni Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda, iptal işlemi ile ilgili olarak, bu yaptırıma yer verilmemiştir.

III. TÜRK İDARİ YARGISINDA SINIR DIŞI ETME İŞLEMLERİ

1. Tarihçe, Genel Bakış

A. Sınır Dışı Etme İşleminin Hükümet Tasarrufu Sayılması

Danıştay 5. D. 12.2.1943 gün, 43/343 no.'lu kararında: *"bir yabancıнын siyasi düşüncelerle hudut dışına çıkarılması, hükümet tasarrufları meyanına dahil olmasına ve bu kabil tasarrufların idari davaya mevzu teşkil etmeyeceği idare hukuku esaslarından bulunmasına binaen davanın reddine..."* denilmiştir. Burada, sınır dışı etme işleminin yargı denetimi dışında bırakıldığı, baş-

ka ifadeyle, "hükümet tasarrufu" sayıldığı görülmektedir. Ancak, 1961 Anayasası kabul edilene kadar geçen dönemde, bu yönde yorum içeren başka bir yargı kararına rastlanmamıştır.

B. 1961 Anayasası Sonrası

1961 Anayasası'nın "İdarenin hiçbir eylem ve işleminin yargı dışında bırakılamayacağına" ilişkin hükmü ile sınır dışı etme işlemi hükümet tasarrufu sayılmaktan çıkmıştır. 1982 Anayasası'nın 125. maddesi de buna paraleldir.

Ancak, somut plânda, sınır dışı etme işlemlerine karşı yargı denetiminin ne dereceye kadar etkili olacağı, tartışmaya değer bir konudur. Sorun, yargı önüne gelen uyuşmazlıkların, büyük ölçüde takdir sebepleri içeren YİSK m. 19'un uygulanmasıyla ilgili olmasıdır. İdarî yargı incelemesi, sınır dışı etme işlemine dayanak gösterilen maddî vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediği dışında, bu vakıaların sözü geçen hükümde yer alan takdirî sebepler kapsamına girip girmediğini de kapsayacak mıdır? Anayasa m. 125/IV, İdarî Yargılama Usûlü Kanunu m. 2/II uyarınca, idarî yargı yetkisi, idarî işlem veya eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır; idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez. Bu itibarla, idarî işlemin yerindeliği "*idarî işlemin iptali davası*"na konu olmaz. Bununla birlikte, YİSK m. 19'a göre alınmış bir sınır dışı etme kararının tam bir yargı denetimine konu olması için, bu denetimin "*İdarenin sınır dışı etme kararını dayandırdığı maddî olayların hukuksal bakımdan nitelendirilmesini*" de kapsamı gerekir. Bu da, zorunlu olarak, "*takdir*" unsurunun değerlendirilmesini gerektirir. İdarî yargı denetimi, sadece, "*şeklî/ usûlî bir hatanın olup olmadığını*" veya "*sınır dışı etme kararına gerekçe gösterilen olayın veya eylemin gerçekleşip gerçekleşmediği*"ni kapsayacaksa, sınır dışı edilen kişi İdare karşısında güçsüz durumda kalabilecektir. Esasen, somut plânda, sınır dışı etme işleminin hukuka uygunluğu ender olarak tartışma konusu edilmektedir. Sınır dışı edilmede acil prosedür uygulanıyorsa (YİSK m. 21/II), ilgili dava açmaya vakit bulamaz; normal prosedüre göre sınır dışı edilen

ESRA G.
DARDAĞAN
KİBAR'IN
TEBLİĞİ

kişi ise, çoğu kez, ancak, ülkeden ayrılmak zorunda kaldıktan sonra dava açabilir.

İdarî işlem, yetki, şekil, sebep (neden), konu ve amaç yönünden hukuka aykırı bulunarak iptal edilebilir. Sunuşumuzda, esas olarak, "sebe"p" unsuru yönünden iptali incelemeye çalışacağız. Önceden belirttiğimiz gibi, uygulamada, sınır dışı etme işlemleri, esas olarak, YİSK m. 19'a dayandırılmaktadır ve idarî davada, YİSK m. 19'da yer alan sınır dışı etme nedeninin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasına odaklanılmaktadır. Öte yandan, mülteci/ sığınmacı statüsünde buldukları iddiasında olan kişilerin sınır dışı edilmeleri de, ayrıca üzerinde durulmayı gerektiren bir başka konudur.

2. Sınır Dışı Etme İşlemine İlişkin Hukuka Uygunluk Denetimi

A. "Sebe"p" Unsuru Yönünden Denetim

a. İşlemin "Sebe"p" Unsurunun

İdarî Yargı Kararlarında Ele Alınışı-Somutlaşması

Sınır dışı etme kararının dayandığı sebebi, kanunda açık biçimde gösterildiği hallerde, yargı denetimi, bu sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği ile sınırlı olarak icra edilir. YİSK m. 20, 21, 22/I, PK m. 34'e dayandırılan sınır dışı etme işlemleri açısından bu durum söz konusudur. Ancak, uygulamada, sınır dışı etme işlemleri, YİSK m. 19'da yer alan "umumî güvenlik, siyasi ve idarî icaplara aykırılık" gibi içeriği belirsiz, farklı yorumlara açık ve takdirî nitelik taşıyan sebeplere dayanılmaktadır. Kanunda, bir idarî işlemin nedeni bu tür belirsiz kavramlar kullanılarak gösterilmişse, İdare, kendi takdir yetkisini kullanarak bu kavramın içeriğini belirler. İdarî işlem, takdir yetkisine dayanılarak yapılmış da olsa, Anayasa m.125 gereğince yargı denetimine tâbidir. Yargı organı, İdarenin takdir yetkisini hukuka uygun olarak kullanıp kullanmadığını denetlemeye yetkilidir. Ancak, İdarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez (Türk doktrininde, takdir yetkisi açısından yargısal denetim soru-

nu hakkında ayrıntılı tahlil için bkz. Alpar, E., *Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları*, Ankara 1990; Gözübüyük, A.Ş./ Tan, T., *İdare Hukuku*, C.2, B.2, Ankara 2006, s. 580 vd.; Gözler, K., *İdare Hukuku Dersleri*, B. 2, Bursa 2004, s. 291 vd.). İdarî işlemin gerekçesinin, bu işlem hakkında iptal davası açıldığı takdirde, mahkemeye bildirilmesi gerekir. Buna göre, sınır dışı etme kararı alan makam, ilgilinin hangi eylemlerinin umumî güvenlik, idarî, siyasî icaplara aykırılık teşkil ettiğini bildirmek zorundadır. İdare hiçbir somut olaya dayanmayıp, 19. maddede yer alan soyut kavramları tekrar etmekle yetinirse, bu “*gereğe gösterilmediği*” anlamına gelir ve bundan dolayı, sınır dışı etme kararı sebep yönünden hukuka aykırı olur. Öte yandan, sınır dışı etme işleminin dayandırıldığı maddî olaylar gerçekleşmemişse, sınır dışı etme kararı yine sebep yönünden sakat olur. Ayrıca, söz konusu olayların nitelendirilmesinde yanlışlık varsa, başka ifadeyle, sınır dışı etme işleminin dayandırıldığı olaylar bu ağırlıkta bir işlemi haklı gösterecek nitelik taşııyorsa, yine aynı sonuca varmak gerekir (Tüm idarî işlemler bakımından bu yönde mütalâa için bkz. Günday, M., *İdare Hukuku*, Ankara 2004, 9. B.9, s.141). Sunuşumuzda zikredilecek kararlarda, özellikle bu son husus üzerinde yoğunlaşmaya çalışacağız.

Kanunda, idarî kararların nedenleri belirsiz kavramlar kullanılarak gösterilse dahi, bu kavramların içeriğinin zamanla, yargı uygulaması ile netlik kazanacağı, objektif bir öze, anlama sahip olacağı söylenebilir (Günday, s. 140). YİSK m. 19’da öngörülen sınır dışı etme işlemi kolluk önlemi niteliği taşımaktadır; şu halde, bu maddede yer verilen soyut kavramların “*kamu düzeni*” kavramı çerçevesinde yorumlanması uygun olacaktır. YİSK m. 19 uyarınca uygulanacak sınır dışı etmeyi haklı kılan nedenlerin neler olabileceğinin saptanmasına, kuşkusuz, idarî yargı kararları ışık tutacaktır. İdarî yargı denetiminin sınır dışı etme işlemleri açısından sınırlarını incelemeden önce, kısaca, bu nedenlerin yargı uygulamasında nasıl somutlaştığına göz atmaya çalışalım.

Çeşitli kararlarda, devletin temel rejimini, siyasal bütünlüğünü zedelemeye yönelik faaliyetlere katılma, bu fa-

ESRA G.
DARDAĞAN
KİBAR'IN
TEBLİĞİ

aliyetlerde bulunan kuruluşlarla irtibat sağlama (12. D., E. 1970/2225, K. 1970/2570, 28.12.1970. Danıştay 12. Daire Kararları, 1. Kitap, C. II Ankara 1976, s. 144-146), devletin diğer devletlerle ilişkilerini bozmaya yönelik eylemde bulunma (10. D., E. 1982/3706, K. 1983/2619, 15.12.1983, (www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp (20.2.2010)) –olayda başkonsolosluk işgaline katılan yabancıların sınır dışı edilmesi söz konusudur-) “*umumî güvenlik*” mülâhazasıyla, sınır dışı edilmeyi haklı gösteren eylem kabul edilmiştir. Bir başka kararda, daha soyut ifadeyle, ilgilinin “*umumî nizamı bozma amacıyla ülkeye geldiğinin dosyadan anlaşılması*”, sınır dışı etmeyi haklı gösteren neden olarak mütalâa olunmuştur (Ankara 9. İdare Mahkemesi kararında bu ifade vardır. Karar Danıştay tarafından kısaca onanmıştır: 10. D., E.2000/67, 2002/254, 18.3.2002, Doğan, V./ Odabaşı, H., *Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku*, Ankara 2004, s. 305). Benzer yönde, gazeteci olarak, ülke ve güvenlik kuvvetleri aleyhine gerçek dışı propaganda (10. D., E.1993/4197, K. 1995/2552, 22.5.1995, (www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp (20.02.2010)), yurt dışında Türkiye aleyhinde faaliyette bulunma (10. D., E.2003/4825, K. 2006/5698, 16.10.2006), Kuzey Irak'taki gruplarla bağlantılı faaliyetlere ilişkin istihbarat bilgileri bulunması (10. D., E.2007/4987, K. 2009/544, 2.2.2009), benzer biçimde, hukuka uygun sınır dışı etme nedenleri olarak kabul edilmiştir.

Kamu düzeninin siyasal boyutu yanında toplumsal boyutu da vardır. Suç teşkil eden davranış toplum güvenliğini ve huzurunu tehdit eder. Bu bağlamda, bir suç işlenmesi başlı başına sınır dışı etmeyi haklı kılar mı? Doktrinde, sınır dışı etme ile cezanın birbirinden bağımsız olduğu vurgulanmıştır (Ayrıntılı tahlil için bkz. Duran, s. 20 vd.; Dardağan, s. 78 vd.). Bazı Danıştay kararlarında, sınır dışı etme yetkisinin kullanılmasında için bir mahkûmiyet kararının bulunmasının zorunlu olmadığı, bu yetkinin kullanılmasını gerektirecek olayların bulunduğu kanaati verecek haklı sebeplerin mevcut olması halinde, yabancıların sınır dışı edilmesinin İdareye düşen bir görev olduğu bildirilmiştir (12. D., E.1968/363, K.1970/258,

9.2.1970, *Amme İdaresi Dergisi*, 1971, C. IV, S. 4, s. 240 ; buna paralel karar için bkz. 10. D., E.2006/7479, K. 2008/7336, 31.10.2008; aksi yönde karar için bkz. 10. D., E.2003/618, K.2006/5701, 16.10.2006). Öte yandan, pek çok Danıştay kararında, çeşitli suçlardan mahkûm olan yabancıların, YİSK m. 19 uyarınca sınır dışı edilmelerinin hukuka aykırılık teşkil etmediğinin kabul edildiği bir gerçektir. Özellikle kaçakçılık, hırsızlık, fuhuştan mahkûmiyet bu çerçevede ele alınmıştır (Örneğin, 10. D., E.1996/1001, K. 1998/4077, 23.9.1998; E. 1998/1779, K.1999/7155, 23.12.1999; E. 1998/7455, 2000/2750, 25.5.2000, Doğan/Odabaşı, s. 297, 298, 301-304; E. 2006/5499, K.2008/6636, 15.10.2008). Bu durumu bir yere kadar olağan kabul etmek gerekir; zira suç teşkil eden davranış, az veya çok, kamu düzenini ihlâl edici nitelik taşır. Ayrıca, sabıkalı yabancıların, ülkede kalmaya devam ettiği müddet içinde yeniden suç işlememesi için kolluk güçleri daha tedbirli olmak zorundadır. Bu da idarî icaplara aykırılık olarak görülebilir.

Delil yetersizliğinden beraatin, açılmış ceza davasından kaynaklanan sınır dışı etmenin hukuka aykırı olması sonucu doğurmayacağı da, geçmişte, pek çok kararda ifade edilmiştir (Örneğin, bkz. 12. D., E.1968/363, K.1970/258, 9.2.1970; E.1976/253, K.1977/1246, 9.5.1977, *Amme İdaresi Dergisi*, 1978, C. XI, S. 4 s. 104, 105). Yeni tarihli kararlarda da, bu anlayışın izlerine rastlamak mümkündür: 10. D., E.2006/7479, K.2008/7336, 31.10.2008 tarihli kararında, ilgilinin yargılama sonunda delil yetersizliğinden beraat etmiş olmasına ve kimlik hakkında yalan beyanda bulunmak suçu ile ilgili olarak Cumhuriyet Savcılığı tarafından takipsizlik kararı verilmiş olmasına rağmen; 10. D., E.1997/6513, K.2000/128, 20.1.2000 tarihli kararında (www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp (20.02.2010), mahkemece ilgili hakkında beraat kararı verilmiş olmasına rağmen, İdarenin sınır dışı etme işlemleri hukuka aykırı görülmemiştir. Buna karşılık, bazı Danıştay kararlarında, hakkındaki hazırlık soruşturması hâlâ devam eden, soruşturma konusu olayla ilgisi ispatlanamayan kişinin sınır dışı edilmesinin hukuka aykırı görüldüğü de dikkati çekmektedir (10. D., E.2003/111, K.2006/6142, 30.10.2006

ESRA G.
DARDAĞAN
KIBAR'IN
TEBLİĞİ

-bu kararda, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin vurgulanması ilginçtir-). Sınır dışı etme ile değil, ikamet izninin reddi ile ilgili olan, E.2007/6006, K.2008/2307 sayılı, 16.4.2008 tarihli kararda da, aynı esastan hareket edildiği görülür. Burada, bir çelişkiden söz edilebilir mi? Sağlıklı yorumda bulunabilmek için, somut olayı, dosya içeriğini çok ayrıntılı olarak bilmek gerekir. Kanaatimizce, bir eylem suç niteliği taşıyorsa, bu konuda yargı kararı bulunmasa da, huzur ve asayiş ihlâl edici nitelik taşıyabilir. Veya kendisine isnat edilen belli bir fiille ilgili olarak hakkında beraat kararı verilmiş olan kişi İdare tarafından "huzur ve asayiş ihlâl edici nitelikte görülen" başka eylem ve davranışlarda bulunmuş olabilir. Ancak, doktrinde belirtildiği gibi, sınır dışı etme kararı suç niteliği taşıyabilecek belli bir eyleme dayandırılmışsa, bu suçla ilgili beraat kararının idarî yargı merciini bağlaması gerekir (Bkz. Duran, s.22).

Ceza mahkûmiyeti ile sınır dışı etme arasında zorunlu bağlantı olmamasının bir başka yönü, yabancıların mahkûm olmasının sınır dışı edilme için tek başına haklı neden sayılmamasıdır. Danıştay, bir kararında, dükkânında kasten yangın çıkarma suçundan mahkûm olan yabancıların bu nedenle sınır dışı edilmesi ile ilgili olarak, söz konusu eylemin güvenliği bozacak bir niteliği ve siyasal, idarî bakımdan bir sakıncası bulunmadığını açıklayarak sınır dışı etme işlemi iptal etmiştir (12. D., E.1968/1992, K.1969/42, 13.1.1969, *Danıştay 12. Daire Kararları*, s. 145).

Öte yandan, yabancıların ülkeye giriş ve ikametleri ile ilgili Türk mevzuatına aykırılığın da bazı kararlarda geçerli sınır dışı etme nedeni olarak kabul edildiğini görüyoruz. Çalışma izni almadan Türkiye'de çalışan yabancıların ikamet tezkeresinin iptal edilip, kendisinin sınır dışı edilmesi hukuka aykırı görülmemiştir (10. D., E.2003/4130, K.2006/6201, 31.10.2006; aksi yönde, bkz. 10. D., E.2005/8372, K.2007/4626, 9.10.2007). Benzer şekilde, ikamet izni yenilenmeyen kişinin buna bağlı olarak sınır dışı edilmesi de, hukuka uygun bulunmuştur (10. D., E.1995/3666, K.1997/2031, 22.5.1997, Doğan/Odabaşı, s. 308, 309).

b. "Sebep" Unsuru Yönünden Yargı Denetiminin Sınırları

İncelememiz belli sayıda kararlarla sınırlı olduğundan, bu konuda çok kesin bir yargıda bulunmaktan çok, bazı saptamaları paylaşmayı daha yerinde görüyoruz.

Sunuşumuz, esas itibariyle, sınır dışı etme işleminde "sebeb" unsurunun idarî yargı tarafından denetlenmesini konu almaktadır. Bazı yargı kararlarında bu unsurun çok sıkı biçimde denetlendiğini, İdare tarafından sınır dışı etme gerekçesi olarak gösterilen bazı olayların gerekli niteliği taşıyıp taşımadığının yargı organınca her yönden araştırıldığını görüyoruz. Üstünde duracağımız en önemli karar, 1978'de verilmiş olan ve doktrinde "*İsveç Radyo Televizyon Kurumu Kararı*" olarak anılan karardır. Halen, yargı denetiminin boyutlarına ilişkin genel incelemelerde bu karar sıklıkla zikredilmektedir. Karara temel teşkil eden olayda, İsveç Radyo Televizyon Kurumu tarafından Türkiye'ye belgesel film yapımı için gönderilen bir ekibin izinsiz film çektikleri gerekçesiyle gözaltına alınıp sınır dışı edilmesi söz konusudur. İşlemin YİSK m.19'a göre yapıldığı ilgililere sözlü olarak bildirilmiştir. Danıştay 12. D., E.1977/1349, K.1978/955 sayılı, 24.4.1978 tarihli kararıyla (www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp) (20.02.2010) sınır dışı etme işlemi hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Kararda, 19. maddede geçen deyimlerin belirsiz yasal kavramlar oluşturduğuna, bugünkü yasal gelişmeler karşısında uygulamada büyük bir duyarlılık gerektirdiğine vurgu yapılmıştır. İşleri haber toplamak ve film çekmek olan yabancıların "*ortada ciddi neden yokken*" sınır dışı edilmelerinin Kanun'un amacıyla bağdaşmadığı ifade edilmiştir: "*Sadecce film çekimi için öngörülen izni almayan yabancıların memlekette kalmasının umumi güvenliğe ... aykırı olduğunu kabule ... olanak yoktur*". Takdir yetkisinin nesnel ölçüler içinde yasal amaç ve kamu hizmeti gereklerine uygun biçimde kullanılabilceği de kararda vurgulanan bir başka husustur. Helsinki Nihai Senesinde ifadesini bulan basın özgürlüğüne atıf yapılması kararın bir başka ilginç yönüdür. İptal kararı, ayrıca, şekil yönünden sakatlığa da dayandırılmıştır (Karar ve olay in-

ESRA G.
DARDAĞAN
KIBAR'IN
TEBLİĞİ

celemesi için bkz. Aybay, R., "Implementation of the Helsinki Final Act by a Turkish Court", *Yearbook of International Relations*, 1978 (1982), S.18, s.76-80; Özlü, D., "Yabancı Gazetecilerin Sınırdışı Edilmeleri Sorunu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.51, S.4-6, Nisan-Haziran 1977, s.22-30; Duran, s.25-29).

Bu kararda İdarenin yaptığı nitelendirmenin (vasıflandırmanın) çok titiz biçimde denetlendiğini, takdir yetkisinin dahi yargı denetimi dışında kalmayacağı mesajının verildiğini görüyoruz. Yargı denetiminin bu kadar geniş bir alanda kendisini kabul ettirdiği bir başka karara rastlamış değiliz. Ancak, daha sonraki tarihlerde verilmiş olan bazı kararlarda da, İdarenin sınır dışı etme işlemini dayandırdığı maddî olayları vasıflandırma tarzının, idari yargı tarafından uygun görülmediği veya yetersiz görüldüğü ve işlemin bu nedenle iptal edildiği bir gerçektir. Aşağıda özetlediğimiz yargı kararlarında, sınır dışı etme işlemleri Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunmuş, sınır dışı etme kararının dayanağı olarak gösterilen eylemlerin böyle bir işlemi haklı kılmadığı sonucuna varılmıştır.

- 12. D., E.1968/1992, K.1969/42, 13.1.1969: Sigortadan para almak için dükkânında yangın çıkarma eylemi güvenliği bozacak nitelik taşımaz; olayın siyasî, idarî yönü yoktur.

- 12. D., E.1969/2163, K.1970/2110, 23.11.1970: Medenî haldeki değişikliğin İdareye bildirilmemesi siyasal güvenliği ihlâl etmez (*Danıştay 12. Daire Kararları*, s. 145).

- 12. D., E.1978/264, K.1979/3876, 18.10.1979: Yabancı'nın bir kavgaya karışması basit bir zabıta olayıdır, YİSK m.19 kapsamına sokulamaz.

- 10. D., E.1999/2130, K.2000/4936, 9.10.2000: Kişinin ülkede kalmasının umumî güvenlik, siyasî, idarî icaplara aykırılığı somut olarak tespit edilmemiştir. Türkiye'de bulunan dönemde kişinin sınır dışı edilmesini gerektirecek [bir olayın varlığına ilişkin] yeterli ve geçerli kanıt yoktur. (Somut olayda, sınır dışı edilen kişi aleyhine MİT raporunun mevcut bulunması kaydedilmeye değer bir ayrıntıdır.)

- 10. D., E.2005/8372, K.2007/4626, 9.10.2007: Mersin İdare Mahkemesi yabancı'nın Türkle evliliğinin muvazaalı olduğu ve Türkiye'de izinsiz olarak çalıştığından bahisle sınır dışı edilmesine ilişkin işlemi iptal etmiştir. İdare mahkemesi kararında, söz konusu evliliğin muvazaalı olmadığı açıklanmıştır. Danıştay, çalışma izni bulunmaksızın çalışmanın yaptırımının sınır dışı etme olmadığını belirtip, aile birliğinin korunması ilkesi üzerinde de durarak bu kararı onamıştır.

Öte yandan, Danıştay tarafından verilmiş olan bazı bozma kararlarında, İdare tarafından yapılan vasıflandırma tarzının, Yüksek Mahkeme tarafından da kabul gördüğü, bu nedenle, İdarenin takdir yetkisine müdahale edilmediği dikkati çekmektedir. Aşağıda, bunlardan bazılarını kısaca sunmaya çalışacağız:

- Ankara 3. İdare Mahkemesi, sınır dışı etme işleminin sebep unsurunu, davacının gümrüksüz sigarayla yakalanıp para cezasına mahkûm edilmesinin oluşturduğunu, bunun Kanun'un öngördüğü anlamda kaçakçılık olarak değerlendirilemeyeceğini bildirerek sınır dışı etme kararını iptal etmiştir. Danıştay'a göre (10. D., E.1996/7506, K.1997/3074, 24.9.1997, (www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp (20.02.2010))), ilgili aleyhinde kesin yargı kararı olduğundan, PK m. 8 uyarınca ülkeye giriş yasağı ve YİSK m. 19 uyarınca sınır dışı etme uygulamaları hukuka uygundur. (PK m. 8'de ülkeye girişi yasaklanan kişiler arasında kaçakçılıktan mahkûm olanlar da sayılmıştır.). Gümrüğe kaydettirmeden Türkiye'ye araç sokan yabancı'nın sınır dışı edilmesi ile ilgili olarak aynı yönde başka bir karar 1999'da verilmiştir: 10. D., E.1998/1779, K.1999/7155, 23.12.1999 (www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp (20.02.2010))).

- Yabancı uyruklu bir üniversite öğrencisi, ülkesi ile ücretsiz telefon görüşmesi yapmaktan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmiş, cezası tecil edilmiştir. Daha sonra, bu kişi hakkında, belirtilen mahkûmiyet gerekçe gösterilerek sınır dışı etme kararı alınmıştır. Ankara 4. İdare Mahkemesi, cezanın tecil edildiğini bildirerek bu işlemi iptal etmiştir. Da-

ESRA G.
DARDAĞAN
KİBAR'IN
TEBLİĞİ

nıştay, temyiz başvurusu üzerinde vermiş olduğu kararda, Türk Ceza Kanunu hükümlerine aykırı eylemden dolayı mahkûm olan yabancıнын Türk kanun ve örf-adetlerine aykırı eylemi dolayısıyla sınır dışı edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığını belirtmiştir (10. D., E.1990/3471, K.1992/3012, 15.9.1992).

- Hıristiyanlık propagandası yapan yabancıların sınır dışı edilmeleriyle ilgili olarak, Danıştay tarafından çeşitli tarihlerde verilmiş olan iki kararda, İdarenin gerçekleştirdiği bu işlemlerin hukuka uygun olduğu ifade edilmiş, temyiz başvuruları kabul edilmiştir (10. D., E.1993/3535, K.1995/4616, 19.10.1995; E.1997/6513, K.2000/128, 20.1.2000, (www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp (20.02.2010))). Her iki olayda da, İdare Mahkemeleri sınır dışı etme işlemi hukuka aykırı bularak iptal etmişlerdir. İdare Mahkemesi kararları, birinci olayda, söz konusu suçlama ile ilgili olarak Cumhuriyet Savcılığı tarafından takipsizlik, ikinci olayda ise, ilgili hakkında açılan kamu davasında beraat kararı verilmesine dayandırılmıştır. Danıştay'ın, temyiz başvurularını kabul ederken kullandığı ifade her iki kararda şu şekildedir: *"İlgilinin fiilinin suç niteliği taşıması ya da bu eylemin yargı kararıyla belirlenmiş olması zorunlu bulunmadığından, davacının ... sınır dışı edilmesinde ... kamu düzeninin korunması amacına ve mevzuata aykırılık bulunmamaktadır"*. Kararların verilmiş olduğu dönemler zarfında yürürlükte olan mevzuat hükümlerinde belli bir dinin propagandasının yapılmasının *"suç"* olarak belirtilmediğini vurgulamak yerinde olacaktır. Günümüzde yürürlükte bulunan kurallar bakımından da farklı bir durum söz konusu değildir. Burada da, Danıştay'ın İdare tarafından yapılmış olan *"olay nitelendirilmesini"* denetim dışı bıraktığı, takdir yetkisinin nesnel ölçüler içinde, kanunun öngördüğü amaca uygun olarak kullanılıp kullanılmadığına ilişkin bir inceleme yapmadığı dikkati çekmektedir.

B. Mülteci/Sığınmacı Statüsünde/Statü Talebinde Bulunanlara Yönelik Sınır Dışı Etme İşlemlerinin İdarî Yargıda Ele Alınması

Bir idarî işlemin konu yönünden hukuka aykırı olması, idarî işlemin konusunun imkânsız olması veya meşru olmaması, kanunda öngörülen neden gerçekleşmiş olmasına rağmen kanunda öngörülenden farklı sonuç doğuran bir işlem yapılmış olması, belli durumda bulunanlara uygulanması gereken kuralların farklı durumdaki kişilere uygulanması gibi halleri kapsar. Bu bağlamda, örneğin bir Türk vatandaşının sınır dışı edilmesi, yapılan işlemin konu yönünden sakatlanmasına yol açar. Bu çerçevede, özellikle, başka bir ülkeye yerleşmek üzere geçici olarak Türkiye'ye (genellikle, yabancının Türkiye'ye giriş ve ikametine ilişkin mevzuata aykırı olarak) gelmiş olup, mülteci/ sığınmacı statüsünden yararlanmak isteyen yabancıların sınır dışı edilmeleri üzerinde durulabilir. Kanaatimizce, mültecilere ilişkin uluslararası sözleşme rejiminden yararlanma iddiasında bulunan kişilerin YİSK m. 19 uyarınca sınır dışı edilmeleri bu çerçevede değerlendirilebilir.

Mülteci/sığınmacı statüsünden yararlanmak isteyen kişilerin sınır dışı edilmeleri ile ilgili idarî yargı kararlarını ele almadan önce, kısaca iltica konusunun Türk hukukunda esas olarak hangi kurallarla düzenlendiğine değinmek yerinde olacaktır. Türkiye Mültecilerin Hukukî Durumuna İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne ve bu Sözleşme'ye Ek 1967 Protokolü'ne taraftır; Sözleşme ve Protokol'ün bahsettiği imkândan yararlanarak sadece Avrupa'da meydana gelen olaylarla ilgili olarak "mülteci" statüsünün tanınacağını bildirmiştir. 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü uyarınca hazırlanan "94/6169 sayılı Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Üsûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" (RG, 30.11.1994, 22127-1994 Yönetmeliği olarak anılacaktır-) iltica ve sığınma prosedürünü düzenlemektedir. Sınır dışı etme işlemi bakımından 1951

ESRA G.
DARDAĞAN
KIBAR'IN
TEBLİĞİ

Cenevre Sözleşmesi'nin önemi "*non-refoulement yasağı*"nda (m. 33) ortaya çıkmaktadır. Bu ilke uyarınca, mülteci, ırkı, dini, uyruklığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasal düşünceleri dolayısıyla hayatı veya özgürlüğünün tehdit altında olacağı ülkelerin sınırlarına geri gönderilemez, sınır dışı edilemez. Bunun istisnası, ilgilinin varlığının ülke güvenliği açısından tehlikeli sayılması veya kesinleşmiş bir hükümle mahkûmiyetin söz konusu olmasıdır. 1994 Yönetmeliği, Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'ne tâbi olan "*mülteciler*" kadar, Türkiye'nin kabul ettiği coğrafi sınırlama nedeniyle bu vasfı taşıyamayan (Avrupa kökenli olmayan); ancak mültecilerle aynı şartlar içinde bulunan kişileri de ("*sığınmacılar*") kapsamına almıştır. Dolayısıyla, Yönetmelik'te tanıyan güvencelerden sığınmacılar da, mülteciler kadar yararlanma hakkına sahiptirler. 1994 Yönetmeliğinin 29. maddesinde, mülteci ve sığınmacıların ancak millî emniyet ve kamu düzeni sebepleri ile 1951 Cenevre Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde İçişleri Bakanlığınca sınır dışı edilebilecekleri hükmüne bağlanmıştır. Türkiye'ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye'den geçici ikamet izni talep eden yabancıların başvurularının yetkili makamlarca değerlendirilmesi prosedürü m. 4 vd. da düzenlenmiştir.

Danıştay kararlarından, Türkiye'ye yasa dışı yollarla dahi gelmiş olsalar, 3. bir ülkeye iltica etme girişiminde bulunan kişilerin normal sınır dışı etme prosedürü çerçevesinde Türkiye'den çıkarılmasının hukuka uygun kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Örneğin, 10. D., 20.1.2000 tarihli 2 karara (E.1997/6373, K.2000/130; E.1998/1481, K.2000/131), 10. D., 14.3.2001 tarihli karara (E.1999/5498, K.2001/822) ve 10. D., 18.5.2007 tarihli karara (E.2004/8769, K.2007/2735) konu olan olaylarda, sınır dışı edilecek olan yabancılar, ilgili Türk makamlarına zamanında başvurmamışlardır (İlk üç karar için bkz. www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp (20.02.2010)). Bu kişiler Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'ne (BMMYK) başvurmuş, 3. bir ülkeye iltica talebi sınır dışı etme işlemi uygulanmadan önce kabul edilmiştir. Danıştay tarafından onana kararlarında, idare mahkemeleri

bu durum karşısında, gerekli kolaylık ve anlayışın gösterilmesi gerektiğini vurgulamışlar ve bu yargılarını Cenevre Sözleşmesi m. 31'e dayandırmışlardır. Bu madde uyarınca, âkit devletler ülkelerinde bulunan mültecilerin diğer bir devlete kabullerini temin etmeleri için makul bir süre ve gerekli tüm kolaylıkları bahsetme yükümlülüğü altındadırlar. Sonuçta sınır dışı etme kararları iptal edilmiştir. Aslında zikredilen kararların ilgili olduğu olaylarda, sınır dışı edilen kişiler İran vatandaşıdır. Yukarıda belirtilmiş olduğu gibi, Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesine ve 1967 Protokolü'ne koyduğu çekinceler nedeniyle Avrupa dışından gelenler ancak "sığınmacı" olarak kabul edilebilirler, Cenevre Sözleşmesi'ne tâbi olmazlar. Ancak, belirtilen İdare Mahkemesi kararlarında, 1994 Yönetmeliği ile birlikte, 1951 Sözleşmesi (üç olayda, bununla birlikte 1967 Protokolü de), hukuk kaynağı olarak zikredilmiştir. 20.1.2000 tarihli iki kararda Danıştay Savcısının, ilgili aleyhine olarak ileri sürülen Yönetmelik m. 4'ün "*Cenevre Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda yorumlanması ve İdare Mahkemesi kararında belirtildiği üzere, mülteci veya sığınmacı statüsünden yararlanmanın bir koşulu olarak kabul edilmemesi gerektiği*" yönündeki mütalâası kaydedilmeye değer.

Art arda verilen, 2000 yılına ait üç yargı kararında, (anlaşıldığı kadarıyla) Türkiye'ye yasal yollardan girmiş olup, mültecilik başvurusunda bulunan kişiye, mülteci olarak kabul edileceği ülkeye gitmek üzere çıkış izni verilmemesi ve sınır dışı etme işleminin uygulanmasının 3. İdare Mahkemesi tarafından hukuka aykırı bulunduğu, bu kararların Danıştay tarafından onandığı görülmektedir (10. D., E.1998/6347, K.2000/2717, 24.5.2000; E.1998/6348, K.2000/2718, 24.5.2000; E.1999/749, K.2000/2755, 25.5.2000, (www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp (20.02.2010))). Her üç olayda, sınır dışı edilen kişiler 3. bir ülkeye yerleştirilmek üzere başvuruda bulunmuşlardır. İltica başvurularından sonuç alınamadan, sınır dışı etme işlemleri gerçekleşmiştir. İdare Mahkemesi tarafından verilen iptal kararları Cenevre Sözleşmesi'nin 31. maddesine dayandırılmış, bu bağlamda, ilgili kişilere gerekli kolaylıklar sağlanarak, mülteci olarak kabul edilecekleri ülkeye çı-

ESRA G.
DARDAĞAN
KİBAR'IN
TEBLİĞİ

kış izninin İdare tarafından verilmesinin gerektiği beyan edilmiştir.

Benzer yönde daha yakın tarihli bir başka kararda, Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin, Türkiye'ye yasal yollardan giren, ancak başka ülkeye iltica için Yönetmelikte öngörülen süre içinde başvuruda bulunmayan kişinin sınır dışı edilmesinin iptaline yönelik kararı Danıştay'ca onanmıştır (10. D., E.2004/1387, K.2007/3925, 9.7.2007). İdare Mahkemesi kararında, ilgilinin iltica talebinin BMMYK tarafından kabul edildiği vurgulanmış, bu kişiyi kabul edecek ülke bulununcaya kadar, ikamet izni verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. İdare Mahkemesi kararında, değinilmesi gereken ilginç bir yön, 1994 Yönetmeliği gibi, Türkiye tarafından onaylanan "*İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*"nin mülteci/ sığınmacı statüsündeki kişi bakımından *non-refoulement* yasağı içeren 3. maddesinin de, iptal kararına dayanak kabul edilmesidir.

Toparlarsak, Türk idarî yargısında, Türkiye'ye sığınma amacıyla gelenlerin, yabancıların Türkiye'ye giriş ve ikametine ilişkin genel mevzuat hükümlerine değil Cenevre Sözleşmesi'nde getirilmiş olan ilkelere tâbi olacakları, bu bağlamda, genel prosedür çerçevesinde sınır dışı edilemeyecekleri, 1994 Yönetmeliği'nin de uluslararası ilkeler doğrultusunda yorumlanması gerektiği yönünde içtihadın yerleştiği söylenebilir. İncelenen olaylarda, genellikle, sınır dışı edilen kişilerin BMMYK'ya, kendilerini kabul edecek bir 3. devlete yerleştirilmek üzere başvuruda buldukları, ancak 1994 Yönetmeliği'nin 4. vd. maddelerinde belirtilen prosedür gereğince yetkili Türk makamlarına durumlarını bildirmediği görülmektedir. Sınır dışı edilen kişiler, genellikle, Avrupa kökenli olmayan, dolayısıyla Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü hükümlerinden yararlanamayacak kişilerdir. Kuşkusuz, 1994 Yönetmeliğinin tanıdığı güvenceler Avrupa kökenli olmayan, ancak maddî anlamda "*mülteci*" ile aynı durumda olan kişiler ("*sığınmacılar*") için de geçerlidir. Bu kararlarda özellikle önem taşıyan nokta, 1994 Yönetmeliğinin 4. vd. maddelerinde düzenlenen biçimsel zorunlulukların "*sığınma-*

cı" statüsünün doğumu açısından belirleyici role sahip olmadığı teyit edilmesidir. Biçimsel kurallara uymayan kişiler, 3. bir ülkeye iltica için BMMYK'ya başvuruda buldukları takdirde, bu kişiler hakkında Cenevre Sözleşmesi'nin tanıdığı güvenceler geçerli olacak; dolayısıyla, belirtilen yabancıların genel hükümler çerçevesinde sınır dışı edilmeleri söz konusu olmayacaktır. Sözü geçen kişilerin Cenevre Sözleşmesinin uygulama alanı dışında kalması durumu değiştirmeyecektir. 1994 Yönetmeliği hükümlerinin Cenevre Sözleşmesi ışığında yorumlanması, Yönetmeliğin ilgili hükümleri (özellikle 6. madde) açısından tereddüt doğursa bile, olumlu bir yaklaşımdır. İltica/sığınma ile ilgili uluslararası sözleşme hükümlerinin her halükârda riayet edilecek üstün normlar olarak mütalâa edilmesi, 1994 Yönetmeliği'nin çıkarılış amacına da uygundur.

Sonuç

Sınır dışı etme işleminin Türk idarî yargısında ele alınışına ilişkin sunuşumuzda, çok kesin değerlendirme yapmaktan kaçınmaktayız. Ulaşabildiğimiz yargı kararları sınırlı sayıdadır ve dosya içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi edinilmesi de, karar metninde buna ilişkin bilgi mevcut olmadıkça, mümkün değildir. Konuya ilişkin yargı kararlarında, zaman zaman, idarî işlemin tüm cepheleriyle "sebep" yönünden hukuka uygunluk denetimine tâbi kılındığı gözlemlenmiştir. Uygulamada sınır dışı etme kararlarının sıklıkla dayandırıldığı YİSK m. 19'un geniş ölçüde takdirî nedenler içerdiği dikkate alınırsa, bu durum dikkat çekicidir. İsveç Radyo Televizyon Kurumu kararında, bu denetim en geniş biçimde uygulanmıştır. Hukuka uygunluk denetiminin de sınırsız olmayacağından hareket edilerek, daha sonraki tarihlerde verilmiş olan kararlarda, bu konuda daha net kıstaslar getirilmesi ümit edilebilirdi. Ancak, izleyen kararlarda, genellikle, İdarenin, sınır dışı etme işlemine dayanak kabul ettiği maddî olayları değerlendirme tarzına müdahale edilmediği, sınır dışı etme işlemlerinde nadiren "hukuka aykırılık" tespit edildiği söylenebilir. Ceza

ESRA G.
DARDAĞAN
KİBAR'IN
TEBLİĞİ

mahkûmiyetine dayandırılan sınır dışı etme işlemlerinin, genellikle, olayda gerçek anlamda kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı incelenmeden hukuka uygun kabul edilmesi, din ve vicdan özgürlüğünün Anayasa'da "herkes" (Türk vatandaşı veya yabancı) için tanınmasına karşın, Hıristiyanlık propagandasında bulunan yabancıların sınır dışı edilmeleri bakımından da aynı sonuca varılması düşündürüktür. Belirtilen olaylarda, hangi fiillerin, hangi sebeple "kamu düzeni" açısından tehlikeli kabul edildiğine ilişkin inceleme söz konusu değildir. Ancak, karşı yönde kararlar da vardır. Bu nedenle, Danıştay kararlarında hâkim olan eğilim hakkında çok kesin yargıda bulunmaktan imtina ediyoruz. Buna karşılık, 3. bir ülkeye iltica etmek amacıyla Türkiye'ye gelen yabancıların sınır dışı edilmeleri ile ilgili olarak Cenevre Sözleşmesi rejiminin temel alınması eğiliminin idarî yargıda artık kökleştiğini söyleyebiliriz.

TÜRK MEDENÎ USÛL HUKUKU AÇISINDAN DAVADA YABANCILARIN DURUMU

Doç. Dr. Murat ATALI*

I. Giriş

Medenî usûl hukuku, esas itibariyle özel hukuktan kaynaklanan bir uyuşmazlığın devlet mahkemeleri eliyle çözümlenmenin tâbi olduğu süreci düzenlemektedir. Bu süreç, taraflarca ve mahkemece yapılan usûl işlemlerinden oluşmaktadır. Usûl kanunları, maddî hukukun kendisine tanıdığı bir hakkı inkâr edilen veya ihlâl edilen yahut tehlikeye düşürülen ya da kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin ihtiyaç duyduğu, devlet eliyle sağlanacak bir hukuki himayeye erişebilmek için yapılan söz konusu bu usûl işlemlerine sonuçlar bağlamaktadır. Bu itibarla, usûl hukuku, doğrudan doğruya bir hak tesis etmemekte, bilâkis, maddî hukukun tanımış olduğu hakların korunmasına ve etkin bir biçimde kullanılmasına hizmet etmektedir. Bununla birlikte, hukukî himaye talebiyle mahkemeye başvurulması anından (dava açılmasından) itibaren tarafların kendi aralarında ve taraflarla mahkeme arasında başlayan süreç, aralarındaki sıkı ilişkiye rağmen, maddî hukuktan bağımsızdır. Öyle ki, bugün için hâkim görüş durumunda olan öğretiyeye göre, medenî usûl hukuku, maddî hukukun tanıdığı hakkı gerçekleştirme amacını taşısa bile ondan bağımsız olarak yürüten, hatta böyle bir hak olmasa dahi harekete geçirilebilen ve kendine ait kurum ve kuralları sayesinde, -sonuç itibariyle- gerçekte mevcut olmayan bir hakkı "var" yahut maddî hukuku göre mevcut olan

MURAT ATALI'NIN
TEBLİĞİ

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

MURAT ATALI'NIN
TEBLİĞİ

bir hakkı "yok" kılan bir süreci ifade etmektedir. Yabancılar söz konusu olduğunda da, işte tam bu nokta daha fazla önem kazanmaktadır. Zira, doğrudan maddî hukuka ilişkin bir düzenleme, diğer bir ifadeyle, maddî hukuka ilişkin bir hakkın vatandaşlar yanında yabancılara tanınmış olup olmadığı yahut hangi ölçüde tanındığı ilk bakışta daha fazla dikkat edilen bir husustur. Buna karşılık, böyle bir hakkın himayesi sadedinde çıkan ihtilafın mahkeme eliyle çözümünü düzenleyen kurallar, daha ziyade ikinci planda kalır. Oysa sonucu itibariyle bakıldığında ve bu açıdan doğrudan doğruya esası etkilediğinden en az bizatihi maddî hukukun kendisi kadar önem taşımaktadır. Öte yandan, medenî usûl hukukunun şekli hukukun bir dalı olması ve şekil kurallarının yabancılar için daha fazla "yabancılık" çekilecek bir alana karşılık gelmesi hasebiyle, bu alandaki zorluklar yahut bariyerler çoğu zaman zannedildiklerinden daha büyük sonuçlar doğururlar.

Medenî usûl hukukunun bir diğer yönü de, devletlerin doğrudan egemenlik alanını ilgilendiren bir faaliyete, diğer bir ifadeyle "yargı" alanına ilişkin olmasıdır. Uyuşmazlığın konusunu oluşturan hakkın özel hukuka ilişkin olması ve bu yönüyle çoğu zaman kamu hukukunu ve kamu düzenini ilgilendirmemesine karşılık, yargısal faaliyetin doğrudan egemenlik hakkının bir kullanımı/görünümü olması itibariyle, yabancılık unsuru söz konusu olduğunda, bu noktayı nazardan ayrıca değerlendirilmesi kaçınılmaz olmaktadır.

Aşağıda, esas itibariyle yukarıda belirtilen çerçevede kalınmak suretiyle, yabancıların Türk mahkemeleri önünde bir özel hukuk uyuşmazlığı sebebiyle dava açmaları yahut davalı durumda bulunmaları ihtimalinde, genel olarak Türk medenî usûl hukukunun kurum yahut kuralları karşısında Türk vatandaşlarına nazaran farklı bir durumda olup olmadıkları, hangi durumda bir farklılığın ortaya çıktığı ve bunun nasıl değerlendirilmesi gerektiği konuları üzerinde durulacaktır.

II. Hak Arama Hürriyeti

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesine göre, herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle, yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Bu düzenlemede kendilerine vurgu yapılan "*davacı veya davalı olarak iddia ve savunma*" hakkının Türk vatandaşları ile sınırlı olmaksızın "*herkes*"e tanınmış bulunması karşısında, yabancılar da, Türk mahkemeleri önünde bu haklardan kural olarak Türk vatandaşları gibi yararlanacaklardır.

Bu noktada üzerinde mutlaka durulması gereken bir başka düzenleme ise, Türkiye için 1954 yılından bu yana yürürlükte bulunan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesidir. Zira Anayasanın yukarıda değinilen 36. maddesi "*adil yargılanma*" hakkını tanımakla birlikte onun içeriğine ilişkin hiçbir açıklama yapmazken, söz konusu Sözleşme'nin 6. maddesinde, bu hakkın neleri kapsadığı hususunda somut düzenlemelere yer vermektedir. Bunlar arasında, özellikle konumuz bakımından özel bir önemi haiz olanı "*hakkaniyete uygun yargılanma*" kavramıdır. Çünkü adil yargılanma hakkının bir unsuru olan bu kavram, aynı zamanda "*silahların eşitliği*" ve "*hukuki dinlenilme*" haklarının da dayanağını teşkil etmektedir. Türk vatandaşları ve yabancılar bakımından eşit şekilde uygulanması zorunlu bulunan bu iki kavram, bu çerçevede içinde kalan herhangi bir hususa ilişkin açık bir yasal düzenlemenin bulunmadığı hallerde, yasal bir düzenlemenin yapılması sırasında ve nihayet mevcut bir yasal düzenlemenin yorumlanması esnasında mutlaka dikkate alınması gereken esasları ihtiva etmektedirler.

Bu bağlamda şunu da belirtmek gerekir ki, Türkiye ile Almanya arasındaki ilişkiler özelinde 28.5.1929 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Devleti Arasında Hukuki ve Ticari Mevadd-ı Adliyye Müteallik Münasebat-ı Mütakabiliye Dair Mukavelename de büyük bir öneme sahiptir. Zira söz konusu bu ikili anlaşma, özellikle yargılama hukuku bakımından çok kapsamlı hükümler ihtiva etmektedir (bkz. RG, 04.06.1930,

MURAT ATALI'NIN
TEBLİĞİ

1511). Öyle ki, bu anlaşmanın temel aldığı yaklaşımın, medeni yargılamaya ilişkin olarak her iki ülke vatandaşlarının eşit şartlarla muamele görmesi olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Nihayet bu başlıkla ilgili olarak şu tespiti yapmak mümkündür ki, mahkemelere başvuru, Türk mahkemelerinden hukuki himaye talebinde bulunma anlamında davacı ve davalı olma hususunda Türk medeni usûl hukuku yabancılar bakımından herhangi bir sınırlama getirmediği gibi, bunu hukuki yahut fiili müteakabiliyet esasına da bağlamamıştır.

III. Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen hüküm 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 40. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder. O halde, -her ne kadar, bu Kanun'un 43 ilâ 46. maddeleri arasında bazı hukuki ilişkiler bakımından özel yetki hükümleri ve bu arada 47. maddesinde yabancı unsur taşıyan uyuşmazlıklarda yetki sözleşmesine ilişkin olarak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 22. maddesinde yer alan düzenlemeden farklı bir hüküm sevk edilmişse de -Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin hususunda iç hukukun yetkiye dair hükümlerine (HUMK m. 9- 27) bakmak gerekmektedir.

Sözü edilen bu hükümlere bakıldığında hemen fark edilecektir ki, yetkinin Türk vatandaşlığı esas alınarak tayin edildiği bir durum yoktur. Bunu, milletlerarası usûl hukukunun diliyle ifade etmek gerekirse, söz konusu hükümler esas alındığında, Türk mahkemelerinin yetkisini tayin hususunda vatandaşlık kavramı bir bağlama noktası olarak kabul edilmiştir. Sadece, "*Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar*" da yetkiyi düzenleyen MÖHUK m. 41 hükmünün en son Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birini her halükârda yet-

kili kılmasına bakılarak, bu noktada Türk vatandaşlığının bir bağlama noktası olduğu söylenebilir. Zira aynı imkân ecnebi- lere tanınmamıştır. Yerleşim yeri Türkiye'de bulunmayan ecne- bilerin kişi hallerine ilişkin sadece "bazı" davalar bakımın- dan milletlerarası yetkiyi düzenleyen MÖHUK m. 42 hükmü, nihayet "mallarının bulunduğu yer"i bir bağlama noktası ola- rak kabul etmiş, buna karşılık, vatandaşlığı esas almak sure- tiyle yetkili bir mahkeme göstermemiştir.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bağlamında "aşırı (exorbitant) yetki" ve "forum non conveniens" kavramları üzerinde de kısaca durmak gerekir.

Milletlerarası yetkiyi tesis zımında seçilen bağlama nok- tasının ülke veya uyumsuzluk konusuyla olan ilişkisinin za- yıflığı anlamında aşırı yetki kurallarının Türk hukukunda da bulunduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu cümleden olarak, hem Türk vatandaşları hem de ecnebi- ler bakımından geçer- li olmak üzere, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan kişile- re karşı malvarlığı haklarına ilişkin olarak açılacak davalarda yetkiyi düzenleyen hükümler (HUMK m. 9, f. I, c. 2 ve m. 16) aşırı yetkiye örnek olarak gösterilebilir. Keza, boşanma ve ay- rılık davalarında eşlerin davadan evvel en son altı ay birlik- te oturdukları yerin de (TMK m. 168, karş. HUMK m. 9, f. III), eşlerin artık başka bir ülkede yerleşim yeri edinmiş olmaları ihtimalinde, aşırı yetki kavramı içinde mütalaa edilebilece- ği söylenebilir.

Buna karşılık forum non conveniens doktrininde ise, -ba- zen bağlama noktasının ülkeyle irtibatının yoğunluğuna rağ- men- doğrudan doğruya somut uyumsuzluğun bizatihi ken- disini dikkate alındığında, onun başka bir yer mahkemesinde daha iyi çözümlenebilmesi ihtimali söz konusudur. Hemen belirtelim ki, Türk hukukunda bu doktrinin uygulanabilme- sini mümkün kılan ne yasal bir düzenleme ne de herhangi bir ilke mevcuttur.

MURAT ATALI'NIN
TEBLİĞİ

IV. Yabancıların Taraf ve Dava Ehliyetleri

Türk mahkemeleri öntünde davacı ve davalı olabilmek ve davada usûl işlemlerini bizatihi kendi başlarına yapabilmek anlamında taraf ve dava ehliyeti kavramları, HUMK m. 38 düzenlemesiyle, maddî hukukun hak ve fiil ehliyetine atıf yapılarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda, yabancı bir kişinin söz konusu olması durumunda dikkate alınması gereken bir başka düzenleme ise MÖHUK m. 9'da yer almaktadır. Buna göre, bir yabancıнын taraf ve dava ehliyetlerinin belirlenmesi söz konusu olduğunda, öncelikle onun millî hukukuna bakmak gerekir. Ancak, kendi millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir yabancı eğer Türk hukukuna göre ehliyetli kabul edilebiliyorsa, Türk hukukuna itibar edilecektir (MÖHUK m. 9, f. II). Bu çerçevede işlem güvenliği prensibi de mutlaka dikkate alınması gereken bir ilkedir.

Özellikle dava ehliyetinin (fiil ehliyetinin) mevcut olmadığı hallerde, yasal temsilcinin kim olacağı sorusu ile karşılaşılır. Bu sorunun cevabı için dikkate alınması gereken düzenlemeler olarak, 5.10.1961 tarihli Küçüklerin Korunması Alanında Resmî Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme ile 2.10.1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme ve sair iki ve çok taraflı milletlerarası anlaşmaların ait oldukları ilgili alanlara mahsus düzenlemeler bir tarafa bırakılacak olursa, otonom hukukta MÖHUK ve TMK'da hükümler yer almaktadır. Buna göre, velayetin evlilik içinde söz konusu olması halinde MÖHUK m. 13, f. III; boşanma durumunda düzenlenecekse MÖHUK m. 14, f. III atfıyla f. I; evlat edinme ilişkisi çerçevesinde MÖHUK m. 18, f. III; nihayet evlilik dışı doğan çocuk üzerinde kurulması halinde ise MÖHUK m. 16 hükümleri cari olacak, bu hükümlerin öngördüğü hukuk çerçevesinde velayet hakkına dayanan yasal temsil düzenlenecektir.

Buna karşılık, vesayet, kayyımlik ve yasal danışmanlık durumunda ise bir ayırım yapılmak gerekir. Buna göre, vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi se-

bepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesayete ilişkin hususlar Türk hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 10).

Söz konusu kurumlar (velayet, vesayet ve kayımlık) bakımından Türk hukukunun uygulanması gerektiğinde başvurulacak düzenlemeler ise Türk Medeni Kanunu'nda yer almaktadır. Bu çerçevede eğer velayet hakkı çerçevesindeki bir yasal temsilden söz ediliyorsa, adı geçen Kanun'un 335, 336, 337 ve 342. maddeleri tatbik olunacaktır. Buna karşılık vesayet ilişkisi çerçevesinde vasiinin yasal temsil yetkisi TMK m. 448 hükmü dahilinde belirlenecektir. Buna göre, vesayet altındaki kişi, vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, bütün hukuki işlemlerinde vasi tarafından temsil edilir.

Türk hukukunda bir kişiye kayyım atanması onun fiil ehliyetini etkilemez (TMK m. 458). Yasal danışmanlık ise zaten kısıtlanmasa için yeterli sebebin mevcut olmadığı hallerde karşımıza çıkar; dava açma ve sulh olmada yasal danışmanın görüşü alınmak gerekir (TMK m. 429).

V. Davada İradi Temsil ve Dava Takip Yetkisi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davada iradi temsil (vekâlet) her ne kadar borçlar hukukundaki iradi temsilin bir görünümü olsa dahi, oradakinden tamamen farklı ve bağımsız şekilde usûl hukuku tarafından düzenlenmiş ve bu alana mahsus bir kurum olmakla lex fori ilkesine, dolayısıyla da Türk hukukuna tâbidir.

Türk hukukunun konuya ilişkin düzenlemesi Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, "*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.*" Baroya kayıt olabilmek içinse, yine aynı Kanun'un 3. maddesinin (a) bendi gereğince - di-

MURAT ATAL'I'NIN
TEBLİĞİ

ğer şartlar yanında ayrıca - "Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak" gerekmektedir. Avukatlık Kanunu'nun sözü edilen bu iki hükmü karşısında, Türk vatandaşı olmayan bir avukatın Türk mahkemeleri önünde iradi temsilci sıfatıyla dava ve iş takip edebilmeleri mümkün değildir. Buna karşılık, Avukatlık Kanunu m. 44, B, c. 3 vd. gereğince, "Yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye'de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortaklıkları, bu Kanuna ve avukatlık ortaklığı düzenlemesine uygun olarak kurulmak koşuluyla, yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilirler. Bu sınırlama yabancı avukatlık ortaklığında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ya da yabancı avukatları da kapsar. Bu nev'i avukatlık ortaklıkları için ortakların baroya kayıtlı olması şartı aranmaz. Bu kuralın uygulanması mütekabiliyet esasına bağlıdır."

Davada iradi temsilci olarak yer alabilme (davaya vekâlet deruhte edebilme) ehliyeti gibi dava takip yetkisi de *lex fori* ilkesine tâbidir. Her ne kadar bu kavram Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz tarafından açıkça düzenlenmemişse de, bunun bir usûl hukuku kavramı olduğu hususunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Zira tarafların doğrudan doğruya usûl işlemlerini bizatihi kendilerinin yaparak hüküm alabilme iktidarlarını ifade etmek amacıyla kullanılan bu kavram, tamamen usûl hukuku çerçevesinde anlam bulmakta ve sonuç doğurmaktadır.

Bu başlık altında son olarak şunu belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda avukatla takip zorunluluğu bulunmadığı gibi (HUMK m. 59), Avukatlık Kanunu hükümleri çerçevesinde avukatlık yapma hakkına sahip bulunan kişiler bakımından kıdem veya sair bir husus gözetilmek suretiyle belli mahkemelerde vekâlet deruhte edememek de söz konusu değildir. Bunun yanında, Avukatlık Kanunu'nda uzman avukatlık kavramı da yabancıdır.

VI. Teminat

Medeni yargılama hukukunda dava açan yahut icra takibinde bulunan kişiler bakımından yargılama giderleri ve karşı tarafın muhtemel zararı dikkate alınarak getirilen teminat yükümlülüğü esas itibariyle iki farklı kanunda düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (m. 96 vd.), diğeri ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'dur (m. 48). Yabancılaşma unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından özel kanun olmakla, dava açan yahut icra takibinde bulunan kişinin Türk vatandaşı olmaması ihtimalinde uygulanması gereken hükmün MÖHUK m. 48 olduğu açıktır. O halde, yerleşim yeri Türkiye'de bulunmayan yabancıların ülkemizde dava açması yahut icra takibinde bulunması halinde teminat gösterme mecburiyetine ilişkin genel düzenleme olarak bu hükme bakmak gerekir. Bu hüküm doğrultusunda, Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan (fer'i müdahil) veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. Bununla birlikte, mahkeme, dava açanı, davaya katılanı (fer'i müdahili) veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutabilir.

Hükmün lafzı, konusu ve sevk ediliş gayesi dikkate alındığında, burada teknik anlamda bir dava şartının söz konusu olduğu açıktır. Bu itibarla, hâkim tarafından davanın her aşamasında (kanun yolları dâhil) re'sen gözetilmesi gerekir, dava valı tarafça da her zaman ileri sürülebilir.

Ancak, belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenlemenin, hâkime karşılıklılık esasını gözetererek -ki bu çerçevede fiilî karşılıklılık da yeterlidir- dava açanı (fer'i müdahili veya icra takibinde bulunanı) teminattan muaf tutabilme imkânı vermesinin yanında, çok sayıda ikili ve çok taraflı milletlerarası sözleşme ile de, taraf ülkelerle olan ilişkiler çerçevesinde, Türk mahkemeleri için teminattan muafiyet hükmü getirilmiştir. Bu çerçevede özellikle zikredilmesi gerekenler Huku-

MURAT ATALI'NIN
TEBLİĞİ

ku Usûlüne Dair Lahey Sözleşmesi (m. 17), Nafaka Alacaklarının Yabancı Devletlerde Tahsili ile İlgili Sözleşme (m. 9, f.II) ve Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Hakkındaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme'dir (m. 9, II). Diğer çok taraflı ve ikili milletlerarası sözleşmelerin tamamını burada saymak konumuzun kapsamı dışındadır.

Bu noktada özellikle vurgulanması gereken husus, yukarıda sözü edilen ikili yahut çok taraflı anlaşmalar kapsamında bulunmasa bile, Türkiye'de yerleşim yeri olamayan bir yabancı'nın ülkemizde dava açması (veya davaya katılması yahut icra takibinde bulunması) durumunda da teminat göstermek zorunda bırakılmaması gerektiğinin bir anayasal zorunluluk teşkil ettiğidir. Her ne kadar, Anayasa'nın 16. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilmesine imkân tanımaktaysa da, hak arama hürriyeti, bu haklar cümlesinden sayılmamak gerekir. Teminat gösterme mecburiyeti ise doğrudan doğruya hak arama hürriyetini sınırlandırmaktadır. Hak arama hürriyetinin yabancılar bakımından kanunla dahi sınırlandırılmayacak haklar cümlesinden sayılması gerekmesinin başta gelen dayanağı, bir hakka vaki bir tecavüzün olup olmadığının tespiti zımında ve bu çerçevede hukuki himaye istenmesi durumunda dava açmaktan başka bir çarenin bulunmayışıdır. Öyle ki, bizzat ihkak-ı hakkın sadece Türk vatandaşları için değil, aynı zamanda yabancılar için de yasaklanmış olması karşısında, hak arama hürriyetinin sınırlandırılması, neticesi itibariyle, bilâ istisna bütün temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması anlamına gelir. Öte yandan, çeşitli milletlerarası anlaşmalarda teminat hususunun düzenleme konusu yapılmış olması, bu alandaki sınırlamaların milletlerarası hukuk tarafından da öngörülebilir olması yahut tecviz edilebilir görülebilmesi anlamına gelmez, bilâkis, söz konusu düzenlemelerin, böyle temel bir hakkın millî düzenlemeler yoluyla kısıtlanmasının önüne geçmeye yönelik milletlerarası çabalar olarak anlaşılması gerekir. Kaldı ki, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleeri, 36. maddesinde mutlak bir ifadeyle düzenlenmiş olan hak

arama hürriyeti ve nihayet 90. maddesi gereğince, usûlüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olup temel hak ve özgürlüklere ilişkin bulunan milletlerarası anlaşmalara kanunların üstünde bir konum biçilmesi karşısında, hak arama hürriyetinin sınırlandırılması anlamına gelecek teminat mecburiyetinin Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

Bu bağlamda söz konusu olan milletlerarası anlaşmalardan dört tanesine burada işaret etmek isteriz. Bunlardan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi (m. 16); Avrupa İkamet Sözleşmesi (m. 9); Demiryolu ile Yolcu ve Yük Taşınmasına İlişkin Sözleşme (m. 20, f. II) ve Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Devleti Arasında Hukuki ve Ticari Mevadd-ı Adliyyeye Müteallik Münasebat-ı Müteakabiliye Dair Mukavelename (m. 2) ülkemizde âkit devletlerin vatandaşları bakımından teminat mecburiyetini kaldıran önemli milletlerarası düzenlemelerdir.

VII. İspat Hukuku

Usûl hukukunun bir bahsi olmakla, ispat hukuku alanında da *lex fori* ilkesinin geçerliliği kabul edilmek gerekir. Özellikle delillerin kabul edilebilirliği, türü, ileri sürülmesi ve değerlendirilmesinin bu ilke çerçevesinde hâkimin hukukuna, diğer bir ifadeyle, Türk mahkemeleri önünde görülmekte olan davalar bakımından Türk hukukuna tâbidir. Buna karşılık, ispat yüküne ilişkin kuralların maddî hukuk içinde mütalaa edilmesi, onların, kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuka (*lex causae*) göre belirlenmelerini gerektirir. Bu durumda dahi, ispat yükünün usûl hukukuna bağlı sebeplerle yer değiştirmesinin söz konusu olduğu hallerde (örneğin, fiili karineler) *lex fori* ilkesi doğrultusunda Türk hukuku uygulanacaktır.

Belirtmek gerekir ki, Türk medeni usûl hukukunda geçerli olan "*kesin delille ispat kuralı (HUMK m. 288, 290), delillerin değerlendirilmesine ilişkin bir husus olmakla, lex fori ilkesi çerçevesinde değerlendirilmek gerekir. Ne var ki, özellikle bu kuralın geçerti*

MURAT ATALI'NIN
TEBLİĞİ

olmadığı bir ülkede yapılan hukuki işlemde kaynaklanan uyumsuzluğun Türk mahkemesi önüne getirilmesi durumunda, söz konusu kuralın katı bir şekilde uygulanması, duruma göre ispatı imkânsız kılabilir. Böyle bir durumda, söz konusu ülkede yapılan hukuki işlemi, kesin delille ispat mecburiyetinin istisnaları bağlamında "senede bağlanması müteamil olmayan hukuki işlemler" cümlesinden addetmek uygun olacaktır.

Yabancı resmî belgeler bakımından ise, ikili anlaşmalar bir yana, 5.10.1961 tarihli Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında Lahey Sözleşmesi önemlidir. Bu konuda milletlerarası bir anlaşmanın uygulanması söz konusu değilse, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 296. maddesi kabili tatbik olacaktır.

İspat hukuku çerçevesinde Türk medeni usûl hukukunun Türk vatandaşları yanında -bir ölçüde kendileri için daha fazla olmak üzere- yabancılar bakımından sorunlu olduğu alanlardan birisi de yemin konusudur. Bu konunun yabancılar yanında Türk vatandaşları açısından da sorunlu olmasının nedeni, pek tabii olarak, İslam dini dışındaki bir inanca mensup olan yahut hiçbir dini inancı benimsememiş bulunan Türk vatandaşlarının varlığıdır. Hatta denilebilir ki, yemin bahsi, söz konusu bu Türk vatandaşları bakımından, Türk vatandaşı olmayıp İslam dinine mensup bulunan yabancılardan daha fazla sorunludur. Özellikle taraf yemini ve re'sen teklif olunan yemin (HUMK m. 337 vd.; yemin metni için bkz. m. 339) ile tanığa verdirilen yemin (HUMK m. 264) bakımından, bunun metni kanun tarafından açıkça düzenlenmiş olup, İslam inancının motiflerini taşımaktadır. Buna karşılık bilirkişiye verdirilen yemin (HUMK m. 276/son) ile bir vakıanın ispatı zımında önem taşıyan bir belgenin elinde bulunduğunu inkar eden kişiye verdirilecek yeminin (HUMK m. 331) metninde hâkim duruma göre değişiklik yapabileceğinden, bu çerçevede dini inançların da gözetilmesi pekâla mümkün olabilecektir. Anayasa'nun 24. maddesinin herkes için geçerli olmak üzere, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması ilkesini getirmesi karşısında, HUMK m. 339 ve m. 264 hükümlerinde yer alan yemin metinlerinin açıkça Anayasa'ya aykırı

oldukları söylenebilir. Nitekim HMK Tasarısı'nda bu aykırılık dikkate alınmış ve bu doğrultuda önerilen yemin metni İslam inancının motiflerinden arındırılmıştır.

VIII. Yargılamada Kullanılan Lisan

Yabancıların söz konusu olduğu durumlarda en sık karşılaşılan sorunlardan birisi de hiç şüphesiz lisanıdır. Devletin resmî organlarınca yürütülen bir faaliyet olmakla, yargılamada kullanılan lisan, Anayasa'nın 3. maddesi gereğince, pek tabiidir ki Türkçe olacaktır. Bu çerçevede layihalar (dilekçeler) ile sözlü olarak yapılan beyanların mutlaka Türkçe olması kaçınılmazdır. Bununla birlikte, layiha dışında, Türkçe dışında bir lisanla kaleme alınmış olan bir belgenin mahkemeye sunulması durumunda, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesi gereğince, onun tercümesinin de eklenmesi gerekir. Ancak, aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince, hâkimin sunulan tercümeyi kabule şayan görmemesi halinde, onun resmen tercüme ettirilmesini emretmesi de mümkündür.

Bu bağlamda mutlaka değinilmesi gereken bir düzenleme, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde yer almaktadır. Buna göre, duruşmada kullanılan lisanı anlamayan yahut konuşamayan *sanığın* bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlandırılması gerekmektedir. Ne var ki, bu gereklilik "*sanık*" açısından öngörülmüş olmakla açıkça ceza yargılamasına ilişkindir. Bunu medenî yargılamaya teşmil etmek mümkün değildir. Zira medenî yargılamanın konusunu teşkil eden hukuki ilişkilerin özel hukuka ilişkin bulunması karşısında, tercüman dâhil, yargılamanın yürütülebilmesi için gerekli olan giderlerin (hâkimin re'sen de başvurusu mümkün olan keşif ve bilirkişi delilleri bir tarafa bırakılırsa) esas itibariyle ilgili tarafta karşılanması gerekir. Hiç şüphesiz, ekonomik durumu itibariyle yargılama giderlerini karşılamaktan aciz bulunan kişilerin, şarhlarının karşılanması ve yabancılar bakımından müttekabiliyetin gerçekleşmiş olması (HUMK m. 465, f. II; ancak

MURAT ATALI'NIN
TEBLİĞİ

bkz. aşağıdaki başlık) kaydıyla, adli yardımdan (HUMK m. 465-472) yararlanmaları pekala mümkündür.

Bununla birlikte, âdil yargılanma hakkının bir unsuru olan hakkaniyete uygun yargılanmanın görünüm biçimlerinden birisi olan silahları eşitliği temelinde olmak ve ücreti kendisince karşılanmak şartıyla Türkçe bilmeyen tarafın, yahut taraflardan birisince gösterilen Türkçe bilmeyen bir tanığın (yine ücreti kendisinin dinlenmesini isteyen tarafça karşılanmak üzere) yargılamada bir tercüman aracılığıyla dinlenmesinin mümkün olduğunun kendisine (ilgili tarafa) hatırlatılması ve bu yola gidilmesi halinde buna izin verilmesi gerekir.

Her hâlıkârda, kamu düzenini ilgilendiren, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı, özellikle küçüklerin ve ailenin korunması ile ilgili dava ve işlerde (geçici hukuki himaye tedbirleri ve çekişmesiz yargı işleri dahil), tercüman giderinin taraflarca yahut ilgililerce karşılanmaması durumunda, bunun, ileride haksız çıkan tarafa yükletilmek üzere, Devlet hazinesinden karşılanması yoluna gidilmelidir.

IX. Adli Yardım

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 465. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, yabancıların adli yardımdan yararlandırılmaları karşılıklılık esasına bağlanmıştır. Ancak, hemen belirtmek gerekirse, öncelikle Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyeti ile 2. maddesinde düzenlenmiş bulunan hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer verilen âdil yargılanma hakkının bir görünüm biçimi olan silahların eşitliği ilkesi karşısında, söz konusu bu mütekabiliyet şartının yabancılar bakımından aranmaması gerekir. Her şeyden evvel sözü edilen Sözleşme'nin 6. maddesinin sağladığı garantilerin ve hakların karşılıklılık şartına bağlanmasını bu sözleşmenin bizatihi kendisi kabul etmemektedir.

Ancak, belirtmek gerekir ki, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan adli yardım kurumu, Türk va-

tandaşları bakımından da sağlıklı bir şekilde işletilememektedir.

X. Sonuç

Türk medenî usûl hukuku bakımından yabancıların davadaki durumu dikkate alındığında, esas itibariyle Türk vatandaşlarına nazaran önemli bir ayrımcılığın söz konusu olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Özellikle hak arama hürriyetinin sağlanması sadedinde mevzuatımızın ve uygulamamızın yabancılar aleyhine bir tutum sergilediğini söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda, Anayasa'nun 16. maddesinde yer alan düzenlemenin diğer anayasal garantiler ve milletlerarası hukuk kaynaklı hükümler karşısında, özellikle hak arama hürriyeti açısından uygulanma kabiliyeti bulunmamak gerekir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ile yabancıların taraf ve dava ehliyetlerine ilişkin düzenlemeler, yabancılar bakımından sakınca yaratacak bir ayrımcılık içermemekte, bilâkis, milletlerarası hukuka uygun hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır. Yabancıların davada iradi temsilci (avukat) olarak yer almaları ise Avukatlık Kanunu'nun 35 ve 3. maddeleri karşısında mümkün olamamakta, buna karşılık, yabancı avukatlık ortaklıklarına, aynı Kanun'un 44. maddesi tarafından, yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde danışmanlık hizmeti sunabilme imkânı tanınmaktadır.

Teminat ve adli yardım konularında yabancılar bakımından karşılıklılık koşulunun aranması esas itibariyle halen mevzuatımızda ve çoğu zaman kağıt üzerinde kalan bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Zira uygulamamız bu konularda hak arama hürriyetini ve hukuk devleti ilkesini gözetmektedir. Ancak, salt yasal düzenleme çerçevesinde kalsa bile, söz konusu durumlarda karşılıklılık koşulunun mevcudiyetini muhafaza etmesini hukuk devleti ilkesi ve hak arama hürriyeti karşısında savunmak mümkün değildir.

İspat hukuku çerçevesinde karşımıza çıkan yemin delilinin İslam dininin motiflerini taşıyarak şekilde formüle edilmesi,

MURAT ATALI'NIN
TEBÜĞİ

esas itibariyle bir bütün halinde yabancılar açısından değil bu dine mensup bulunmayan (Türk vatandaşları dâhil) herkes bakımından sorun teşkil etmekte olup, bu haliyle Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan lâiklik ilkesi ve 24. maddesinde yer alan din ve vicdan hürriyeti ile kabili telif değildir. Nitekim, halen TBMM Genel Kurulu'nun gündeminde bulunan HMK Tasarısı da bu sorunu fark etmiştir ve giderecek bir formülü de benimsemiştir.

Yargılamanın resmî bir faaliyet olması ve Anayasa'nın 3. maddesi karşısında, kullanılan lisanın Türkçe olması zorunluluğu vardır. Türkçe bilmeyen veya konuşamayan kişilerin bir tercümandan yardım almaları mümkündür. Ancak, medenî yargılamanın konusunu teşkil eden uyuşmazlıkların özel hukuk alanına dahil bulunduğu dikkate alındığında, söz konusu bu tercümanın ücretinin ilke olarak ilgili tarafça karşılanması gerekir.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Z., *Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Ankara 2002.
- Atalı, M., *Internationale Zuständigkeit im deutsch-türkischen Rechtsverkehr*, Diss., Frankfurt a.M. 2001.
- Atalı, M., "Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit im türkischen Recht", *ZZPInt*, Bd. 10, 2005, s. 417-431.
- Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren-Yıldırım, N., *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, B. 7, İstanbul 2009.
- Altuğ, Y., *Türk Milletlerarası Usûl Hukuku*, İstanbul 1983.
- Çelikel, A., *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 4, İstanbul 1995.
- Ekşi, N., *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, B. 2, İstanbul 2000.
- Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, C. 1 - 6, İstanbul 2001.
- Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, B. 20, Ankara 2009.

- Nagel/Gottwald, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5. Aufl.,
Münster/Köln 2002.
- Nomer, E., *Devletler Hususi Hukuku*, B. 14, Nomer/Şanlı, İ-
stanbul 2006.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./ Özekes, M., *Medenî Usûl Hukuku*,
B. 8, Ankara 2009.
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl.,
München 2004.
- Sargın, F., *Milletlerarası Hukukta Yetki Anlaşmaları*, Ankara
1996.
- Üstündağ, S., *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, B. 7, İstanbul
2000.

RECHTSSCHUTZ FÜR AUSLÄNDER GEGEN MASSNAHMEN DEUTSCHER BEHÖRDEN – DARGESTELLT AM BEISPIEL DER VERSAGUNG VON VISA UND ANDERER AUFENTHALTSTITEL

Dr. Marcel KAU, LL.M. (Georgetown)*

BEITRAG:
MARCEL KAU

I. Einleitung

Dem Prozessrecht geht allgemein der Ruf voraus, vor allem mit verfahrensmäßigen Technikalitäten befasst zu sein. Dabei wird häufig außer acht gelassen, dass der Gewährleistung von Rechtsschutz eine herausragende Bedeutung bei der Durchsetzung materiell-rechtlicher Ansprüche zukommt und dass es nicht allein auf das Innehaben von Ansprüchen ankommt, sondern dass es die tatsächliche Rechtsdurchsetzung ist, die den jeweiligen Anspruch erst wertvoll werden lässt. Im angelsächsischen Raum herrscht unter dem Stichwort des „Due-Process“ sogar die Vorstellung, dass ein ordnungsgemäßes und der Verfahrenssituation angemessenes Prozessrecht in sich bereits eine substantielle Garantie dafür bietet, dass am Ende des Gerichtsverfahrens ein gerechtes und ausgewogenes Ergebnis erzielt werden kann.¹

Auch im deutschen Ausländerrecht kommt Fragen des Rechtsschutzes naturgemäß eine große Bedeutung zu, da davon letztlich abhängt, ob die im Aufenthaltsgesetz (AufenthG) und anderen ausländerrechtlichen Gesetzen zugewiesenen Rechts-

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht von Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner an der Universität Konstanz.

¹ Vgl. *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet*, Constitutional Law, 5. Aufl. 2005, p. 1048 ff.; *Tribe*, American Constitutional Law, 3. Aufl. 2000, p. 1332 ff.; *Farber/Eskridge/Frickey*, Cases and Materials on Constitutional Law, 3. Aufl. 2003, p. 560 ff.; zum umgekehrten Ansatz im deutschen Verfassungsrecht, vgl. *Papier*, in *Isensee/Kirchhoff*, HdbStR, 2. Aufl. 2001, Bd. VI, § 154, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Rdnr. 14.

positionen tatsächlich realisiert werden können. Hinzu kommt, dass die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes geregelt ist und damit Verfassungs-rang beanspruchen kann.² Dies hat zur Folge, dass gesetzgeberische sowie verwaltungsbezogene Maßnahmen im Bereich des Rechtsschutzes und auch die Entscheidungen der Fachgerichte letztlich an den Maßstäben des Verfassungsrechts zu messen sind.³ Indessen stehen Rechtsschutzerwägungen nicht selten mit den Anforderungen einer effektiven und effizienten Verwaltungspraxis in Konflikt. Daher suchen der Gesetzgeber und in der Interpretation und Anwendung der Gesetze die deutschen Gerichte in schwierigen Abgrenzungsfällen nach Wegen, beides – verfassungsrechtliche Rechtsschutzanforderungen und effizienzbezogene Praxiserfordernisse – miteinander in möglichst schonenden Ausgleich zu bringen.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung kann lediglich eine sehr begrenzte Anzahl aktueller Probleme im Bereich des Rechtsschutzverfahrens dargestellt und analysiert werden. Aus diesem Grund soll eine Beschränkung auf solche Rechtsschutzfragen erfolgen, die im Zusammenhang mit der Erteilung von Aufenthaltstiteln auftreten (II.). Vor allem die Erteilung und Versagung von Visa werden im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehen, obwohl nach der Soysal-Entscheidung des EuGH⁴ unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, in welchem Umfang etwa im Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur Türkei eine Visumpflicht überhaupt noch besteht.⁵ Zum Abschluss folgt eine Schlussbetrachtung, die Rückschlüsse auf den Stellenwert des Rechtsschutzes im aufenthaltsrechtlichen Verfahren zulassen soll (III.).

² Vgl. *Ibler*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar, Bd. II, Art. 19 IV, Rdnr. 1 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. III, Art. 19 IV, Rdnr. 7 ff.

³ Vgl. *Papier*, Rdnr. 1 ff. (o. Fn. 1).

⁴ EuGH v. 19.2.2009, C-228/06 – *Soysal*, NVwZ 2009, S. 513.

⁵ Von einem Fortbestand der Visumpflicht geht aus: *Hailbronner*, NVwZ 2009, S. 760 ff.; vom Ende der Visumpflicht gehen aus: *Gutmann*, ZAR 2008, S. 5 (8); *Behnke*, ANA-ZAR 2008, Heft 1, S. 1; *Dienelt*, InfAuslR 2001, S. 473.

BEITRAG:
MARCEL KAU

II. Rechtsschutz bei der Erteilung eines Aufenthaltstitels

Grundlage einer rechtmäßigen Einreise und eines rechtmäßigen Aufenthaltes in der Bundesrepublik Deutschland ist ein Aufenthaltstitel (§ 4 AufenthG). Neben dem Visum (§ 6 AufenthG) gibt es als Aufenthaltstitel vor allem die regelmäßig befristete und an einen Aufenthaltzweck gebundene Aufenthaltserlaubnis (§§ 7 ff. AufenthG) sowie die unbefristete und ohne Zweckbindung erteilte Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG). Seit dem EU-Richtlinienumsetzungsgesetz vom 19. August 2007⁶ ist für langfristig aufhältige Drittstaatsangehörige auch noch die sog. Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU als eigenständiger Aufenthaltstitel hinzu gekommen (§§ 9a ff. u. 38a AufenthG).⁷

Da es sich bei der Aufenthaltserlaubnis, der Niederlassungserlaubnis und der Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU allesamt um begünstigende Verwaltungsakte im Sinne des deutschen Verwaltungsrechts handelt, kann ein Ausländer Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1, 2. Alt. VwGO auf Erteilung des angestrebten Aufenthaltstitels erheben.⁸ Allerdings kann die zeitliche Befristung der Aufenthaltserlaubnis nicht selbstständig gerichtlich angefochten werden. Dies hat seinen Grund darin, dass es sich bei der Aufenthaltserlaubnis von vornherein nur um einen eingeschränkt begünstigenden Verwaltungsakt handelt. Anders verhält es sich hingegen mit der inhaltlichen Zweckbindung und räumlichen Beschränkung, die überwiegend als isoliert angreifbar angesehen werden.⁹

Schwierige Rechtsschutzfragen treten insbesondere bei der Beantragung bzw. Versagung von Visa auf, da aufgrund des in der Regel fehlenden subjektiven Anspruchs auf Erteilung eines

⁶ BGBl. 2007 I, S. 1970.

⁷ Vgl. *Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, 2. Aufl. 2008, S. 90 f.

⁸ Eingehend hierzu *Happ*, in: *Eyermann*, VwGO-Kommentar, 12. Aufl. 2006, § 42, Rdnr. 24; *Würtenberger*, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 319 ff.

⁹ Vgl. *Rennert*, vor § 40, in: *Eyermann*, VwGO-Kommentar, Rdnr. 15; *Happ*, § 42, Rdnr. 18 ff. (o. Fn. 8); so auch VGH Baden-Württemberg v. 20.7.1993, VBIBW 1994, S. 449; vom BVerwG offen gelassen; zum Ganzen: *Hailbronner*, AusIR-Kommentar, Bd. 1, § 7, Rdnr. 41.

Visums und angesichts ihrer zahlenmäßigen Bedeutung die Einlegung von Verpflichtungsklagen generell schwierig, in Fällen von Touristen-Visa aufgrund von § 83 AufenthG sogar gesetzlich ausgeschlossen ist. Im Hinblick auf die rechtsdogmatische Einordnung können bei Visa unterschiedliche Kriterien herangezogen werden, etwa die Rechtsgrundlage (z.B. Schengen-Visa gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; nationale Visa gem. § 6 Abs. 4 AufenthG), der damit verfolgte Zweck (z.B. touristische Zwecke, Geschäfts- oder Besuchszwecke oder Visa zu Zwecken der Familienzusammenführung) oder die ausstellende Behörde. Bei Letzterer besteht die Möglichkeit (1) der konventionellen Visumserteilung durch die deutschen Auslandsvertretungen (§ 77 Abs. 2 AufenthG) sowie (2) die ausnahmsweise Visumserteilung unmittelbar durch die Bundespolizeibehörden an der Grenze (§ 14 Abs. 2 AufenthG). Obwohl es zwischen den Visumsarten auch zahlreiche Überschneidungen gibt, sind die einzelnen Voraussetzungen jeweils gesondert zu prüfen.

1. Versagung von Visa durch Auslandsvertretungen

Die Versagung eines Visums durch eine Auslandsvertretung bedarf nach den Vorschriften des AufenthG grundsätzlich keiner Begründung oder Rechtsbehelfsbelehrung (§ 77 Abs. 2 S. 1 AufenthG), bei sog. Grenzvisa nicht einmal der Schriftform (§ 77 Abs. 2 S. 2 AufenthG) und die Versagung von Touristen-Visa ist sogar generell unanfechtbar (§ 83 AufenthG). Auch ein Widerspruchsverfahren gegen eine Visumsversagung ist nicht statthaft, da die Auslandsvertretung Teil einer obersten Bundesbehörde, des Auswärtigen Amtes, ist und nach § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO i.V.m. § 2 des Gesetzes über den Auswärtigen Dienst (GAD)¹⁰ ein Widerspruch in diesen Fällen ausgeschlossen ist.¹¹ Bemerkenswerterweise besteht bei manchen deutschen Auslandsvertretungen die informelle, gesetzlich nicht geregelte Möglich-

¹⁰ Gesetz vom 30.8.1990, BGBl. 1990 I, S. 1842, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.2.2009, BGBl. 2009 I, S. 160.

¹¹ Vgl. Würtenberger, Rdnr. 350 (o. Fn. 8); Rennert, § 68, Rdnr. 25 (o. Fn. 9).

BETRAG:
MARCEL KAU

keit, dass der betroffene Ausländer gegen die Visumsversagung schriftlich seine Einwände formuliert und damit eine so genannte „Remonstrationsantrag“ (=Antrag auf Nachkorrektur) einlegt. Allerdings besteht diese Möglichkeit bei Touristen-Visa nicht. Nach Abschluss des Remonstrationsverfahrens und Aufrechterhaltung der ursprünglichen Entscheidung ergeht ein förmlicher Ablehnungsbescheid mit Begründung und Rechtsbehelfsbelehrung. Dieser ist innerhalb der dafür vorgesehenen Klagefrist (§ 74 VwGO) von einem Monat vor dem VG Berlin mit einer Verpflichtungsklage anzugreifen. Der wichtigste Grund, weshalb die ursprüngliche Ablehnung eines Visumsantrags weder begründet noch mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen wird, liegt darin, dass es in der Regel keinen subjektiven Anspruch auf Erteilung eines Visums gibt.¹² Ausnahmen können lediglich bei grundrechtlich überlagerten Fällen, etwa im Rahmen der Familienzusammenführung (Art. 6 GG), bestehen. Dies hat wiederum zur Folge, dass im Regelfall eine von der „öffentlichen Gewalt“ ausgehende Verletzung i.S. von Art. 19 Abs. 4 GG nicht anzunehmen ist. Zudem ist der durch mehrere 100.000 Visumsanträge im Jahr entstehende Verwaltungsaufwand als so groß einzustufen, dass der Gesetzgeber befürchtet, hohe verfahrensrechtliche Anforderungen an die Versagungsentscheidung würden die administrativen Möglichkeiten der Auslandsvertretungen bei Weitem überspannen. Außerdem ist angesichts eines so großen Fallaufkommens bei förmlicher Anordnung einer Begründungsverpflichtung auch daran zu zweifeln, ob die dann gegebenen Begründungen hinreichenden Einzelfallbezug aufweisen oder sich nicht doch nur in pauschalen oder standardisierten Formulierungen erschöpfen würden. In einer Vielzahl von Fällen würde es darauf hinauslaufen, dass die Rückkehrabsicht des Antragstellers, für die er selbst beweispflichtig ist, nicht hinreichend konkret und glaubhaft dargelegt ist oder sonstige Zweifel daran bestehen.¹³ Die bisherige Praxis hat bislang noch keine Beanstandungen durch die deut-

¹² Z.B. VG Berlin v. 17.6.2004, 14 V 26.03, juris.

¹³ Vgl. BVerwG v. 21.10.1996, NVwZ-RR 1997, S. 67; OVG Berlin-Brandenburg v. 14.9.2007, 2 N 38.07, juris; eingehend Hailbronner, AuslR-Kommentar, Bd. 1, § 6, Rdnr. 65 ff.

schen Gerichte nach sich gezogen, möglicherweise fehlte es aber auch nur an geeigneten Testfällen. Augenscheinlich wird davon ausgegangen, dass der für die Erteilung von Visa gefundene gesetzliche Ausgleich zwischen den praktischen Erfordernissen der Auslandsvertretungen einerseits und den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Rechtsschutzverfahren andererseits den zu berücksichtigenden Interessen in angemessener Weise gerecht wird.

Dennoch lassen sich gegen das Fehlen formaler Begründungen und Rechtsbehelfsbelehrungen sowie die eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten verfassungsrechtliche Einwände auf der Grundlage des Art. 19 Abs. 4 GG erheben. So entspräche es an sich den gefestigten Anforderung des deutschen Verwaltungsverfahrens, dass ein Ablehnungsbescheid gegen die Beantragung eines begünstigenden Bescheids mit einer Begründung und Rechtsbehelfsbelehrung versehen werden muss, um den Rechtsunterworfenen in den Stand zu setzen, sich wirksam gegen die Behördenentscheidung zur Wehr setzen zu können.¹⁴ Der in der Visumspraxis einiger Auslandsvertretungen übliche Hinweis auf die Möglichkeit, aufgrund eines Antrags die die Visumsversagung tragenden Gründe mitgeteilt zu bekommen, dürfte hierzu ebenfalls nicht genügen. In diesem Zusammenhang erscheint die Einräumung des gesetzlich nicht vorgesehenen „Remonstrationsverfahrens“ als prozedurale Halbheit, mit der zwar eine pragmatische Form gefunden worden ist, das fehlende Widerspruchsverfahren zu kompensieren und gleichzeitig eine sofortige Klageerhebung zu verhindern. Diesem „Quasi-Widerspruchsverfahren“ stehen jedoch verschiedene rechtliche Bedenken entgegen. Im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG vermittelt dieses Verfahren nämlich einen insgesamt ambivalenten Eindruck: Einerseits erscheint es als pragmatische Möglichkeit, über das Fehlen eines in der Praxis offenbar als notwendig

¹⁴ Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 39, Rdnr. 2a ff. („Grundsatz der Verfahrensfairness“, „Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips“); Kischel, Die Begründung – zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, Tübingen 2003, S. 14 ff.

BEITRAG:
MARCEL KAUF

empfundene(n) Verwaltungsverfahren(s) hinweg zu helfen – eine Situation die in verschiedenen deutschen Bundesländern nach der vollständigen oder teilweisen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens nur allzu bekannt ist.¹⁵ Andererseits wird hiermit ein Rechtsbehelf eingeräumt, den der Gesetzgeber offenkundig nicht gewollt hat und von dessen Existenz die erfolglosen Antragsteller eines Visums jedenfalls nicht offiziell in Kenntnis gesetzt werden, wenn sich auch auf vereinzelt Internet-Seiten deutscher Auslandsvertretungen, z.B. des Generalkonsulats der Bundesrepublik Deutschland in St. Petersburg, früher Hinweise auf die Möglichkeit eines Remonstrationsverfahrens bei gleichzeitiger Hervorhebung der Unanfechtbarkeit von Visumsversagungen finden ließen.¹⁶ Es erscheint überdies fraglich, ob mit einem solchen außergesetzlichen Rechtsbehelf den Anforderungen des effektiven Rechtsschutzes entsprochen werden kann. Vorzugswürdig erschiene es daher, dass der Gesetzgeber – wenn denn ein praktisches Bedürfnis hierfür besteht – das förmliche Widerspruchsverfahren bei der Visumserteilung mit der Maßgabe für anwendbar erklärt, dass die von der Auslandsvertretung erlassenen Visumsversagungen über eine Begründung und ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung verfügen. Sollte der Gesetzgeber sich nicht für diese Alternative entscheiden, dann ist – wie derzeit – davon auszugehen, dass außergesetzliche Verwaltungsverfahren grundsätzlich nicht statthaft sind.

Zwar besteht auf der Grundlage des AufenthG regelmäßig kein subjektives Recht auf Erteilung eines Visums,¹⁷ so dass es häufig an einer wesentlichen Voraussetzung für den Schutz eines ansonsten bestehenden öffentlichen Rechts i.S. von Art. 19 Abs. 4 GG fehlt. Es ist jedoch nicht vollkommen auszuschließen, dass

¹⁵ Vgl. eingehend hierzu: *Rüssel*, NVwZ 2006, S. 523; *Lindner*, BayVBl. 2005, S. 65; *Biermann*, ZUR 2006, S. 282; *Schneider*, LKV 2004, S. 207.

¹⁶ Entsprechende Hinweise waren unter „http://www.sankt-petersburg.diplo.de/Vertretung/stpetersburg/de/01/Visabestimmungen/FAQ_/FAQ_Ablehnung__Seite.html“ zu sehen. Mittlerweile ist die Internet-Seite zwar geändert worden, ein Ausdruck der früheren Fassung (Stand: 11.5.2009) liegt dem Verfasser jedoch vor.

¹⁷ Vgl. VG Berlin v. 17.6.2004, 14 V 26.03, juris.

durch eine willkürliche oder diskriminierende Visumsversagung eine Grundrechtsverletzung erfolgen könnte; diese Feststellung gilt auch für Touristen-Visa. Außerdem könnte, sofern man die Visumserteilung als Ermessensentscheidung im verwaltungsrechtlichen Sinne qualifiziert, auch ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung bestehen, der durch eine willkürliche oder diskriminierende Entscheidung verletzt werden würde.¹⁸ Da jedoch davon auszugehen ist, dass solche Rechtsverletzungen angesichts der uneingeschränkten Grundrechts- und Gesetzesbindung der Auslandsvertretungen (Art. 1 Abs. 3 u. Art. 20 Abs. 3 GG) nur in einer geringen Anzahl von Fällen vorkommen, sind die rechtlichen Gegebenheiten – dies gilt namentlich auch für § 83 Abs. 1 AufenthG – ohne Vornahme einer Gesetzesänderung insofern verfassungskonform zu korrigieren, dass beim Vorliegen einer nicht lediglich geringfügigen Grundrechtsverletzung Verpflichtungsklage vor deutschen Gerichten¹⁹ unabhängig vom Durchlaufen des „Remonstrationsverfahrens“ eingelegt werden kann. Wegen der nur ausnahmsweise möglichen Rechtsverletzungen genügt es im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG, dass in den Fällen, in denen eine substantielle Grundrechtsverletzung vorliegt, eine Möglichkeit zur Klageerhebung eröffnet wird, während im Übrigen angesichts einer regelmäßig fehlenden Rechtsverletzung sowie des großen Verwaltungsaufwandes weder die unterbliebene Begründung noch die fehlende Rechtsbehelfsbelehrung bei der Visumsversagung verfassungsrechtlich zu beanstanden sind.

2. Versagung von Grenz-Visa

Ähnlich problematisch im Hinblick auf die Gewährleistung von Rechtsschutzmöglichkeiten ist die Versagung von Visa unmittelbar an der Grenze (vgl. § 14 Abs. 2, § 83 AufenthG). Hinzu kommt bei diesen, dass sie weder der Begründung, Rechtsbe-

¹⁸ Vgl. Kopp/Ramsauer, § 40, Rdnr. 67 (o. Fn. 14) geht bei Willkür davon aus, dass ein entsprechender Rechtsakt nichtig i.S. von § 44 VwVfG sein kann, wenn i.R. von § 114 VwGO keine Gründe „nachgeschoben“ werden.

¹⁹ Wahrscheinlich wäre hierfür ebenfalls das VG Berlin zuständig.

BEITRAG:
MARCEL KAU

helfsbelehrung oder Schriftform bedürfen noch ein dem Re-
monstrationsverfahren vergleichbares „Quasi-Widerspruchsver-
fahren“ vorgesehen ist. Vor allem ist die Versagung von Grenz-
Visa unanfechtbar, so dass jede Rechtsschutzmöglichkeit in die-
sem Fall ausgeschlossen wird. Dies führt im Hinblick auf Art. 19
Abs. 4 GG ebenfalls zu Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit
dieser Bestimmung.²⁰

Zunächst ist jedoch zu berücksichtigen, dass nach § 14
Abs. 2 AufenthG die Bundespolizeibehörden nur ausnahmswei-
se die Möglichkeit zur Erteilung von Visa an der Grenze haben,
soweit eine Zurückweisung unbillig erschiene oder den Inte-
ressen der Bundesrepublik zuwiderliefe.²¹ Durch den Anfech-
tungsausschluss wird die verfahrensrechtliche Möglichkeit zur
Geltendmachung einer etwaigen Rechtsverletzung substantiell
eingeschränkt. Die gegen die Vorschrift auf der Grundlage von
Art. 19 Abs. 4 GG erhobenen verfassungsrechtlichen Einwände
greifen jedoch bei näherer Betrachtung nicht durch oder lassen
sich im Hinblick auf die Unanfechtbarkeit der Versagung von Visa
durch verfassungskonforme Korrekturen ähnlich wie bei der Vi-
sumsversagung durch Auslandsvertretungen beseitigen. Dies
liegt unter anderem auch daran, dass die Entscheidung nach § 14
Abs. 2 AufenthG im verfahrensrechtlichen Sinne keine typische
Ermessensentscheidung darstellt, weil eine eingehende Abwä-
gung aller vorliegenden Umstände – wie sie sowohl § 40 VwVfG
als auch § 114 VwGO zugrunde liegt²² – weder stattfindet noch
gesetzlich vorgesehen ist.²³ Ähnlich wie bei der Visumsversagung
durch Auslandsvertretungen kann lediglich in Ausnahmefällen,
wenn gravierend gegen das Willkür- und Diskriminierungsver-
bot des Grundgesetzes verstoßen worden ist, unmittelbar auch
gegen eine Versagung eines Grenzvisums vorgegangen werden.
Damit ließe sich im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Anfor-

²⁰ Z.B. Renner, AuslR, § 83 AufenthG, Rn. 2; Funke-Kaiser, GK-AufenthG, § 83
Rn. 3.

²¹ Vgl. Funke-Kaiser, GK-AufenthG, § 83 Rn. 3.

²² Vgl. Kopp/Ramsauer, § 40, Rdnr. 11 ff. (o. Fn. 14); Rennert, § 114, Rdnr. 10 u.
16 ff. (o. Fn. 9).

²³ Vgl. Hailbronner, AuslR-Kommentar, Bd. 1, § 14, Rdnr. 45 f. u. § 83, Rdnr. 11.

derungen des Art. 19 Abs. 4 GG daran denken, ausnahmsweise eine Rechtsschutzmöglichkeit entgegen dem Gesetzeswortlaut einzuräumen.

BEITRAG:
MARCEL KAU

III. Zusammenfassung

Die genannten Beispiele haben gezeigt, dass die prozessualen Vorschriften des deutschen Ausländerrechts sich stets auch an der verfassungsrechtlichen Bestimmung des Art. 19 Abs. 4 GG messen lassen müssen. Außerdem führen die verfassungsmäßigen Vorgaben dazu, dass das vom Gesetzgeber beschlossene Rechtsschutzsystem ergänzt und zum Teil sogar „überformt“ wird. Inwieweit dies jedoch im Einzelnen zu geschehen hat, bleibt im Regelfall den Einschätzungen der Verwaltungsgerichte überlassen. Wie das Beispiel des verkürzten bzw. ausgeschlossenen Rechtsschutzes bei der Visumsversagung zeigt, sind ungeachtet des verfassungsrechtlichen Ranges des effektiven Rechtsschutzes zusätzlich auch andere Erwägungen bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems zu berücksichtigen. Zu nennen sind hierfür unter anderem die Erfordernisse der Verwaltungspraxis, die dazu führen, dass bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems nicht in jedem Fall behördlichen Handelns eine Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet werden muss – vor allem dann nicht, wenn es wie bei der Visumsversagung regelmäßig an subjektiven Rechten der Antragsteller fehlt. Etwas anderes muss hingegen gelten, wenn wie beim Familiennachzug grundrechtliche Positionen (Art. 6 GG) zu beachten sind. Allein aber die entfernte Möglichkeit einer letztlich in jedem behördlichen Verfahren denkbaren Grundrechtsverletzung in Form eines Verstoßes gegen das Willkürverbot erfordert es jedenfalls dann nicht, in jedem Verwaltungsverfahren die Einlegung eines Rechtsbehelfs zu ermöglichen, wenn dies mit einem außergewöhnlichen Aufwand verbunden wäre, der jede andere Verwaltungstätigkeit der Auslandsvertretungen zu ersticken drohen würde bzw. eine formularmäßige und standardisierte Begründungspraxis befürchten ließe. Schließlich bleibt in atypischen Konstellationen die Möglichkeit, einer unmittelbaren Klageerhebung vor dem

BEITRAG:
MARCEL KAU

Verwaltungsgericht gegen eine behördliche Maßnahme, wenn eine Grundrechtsverletzung aufgrund substantiiertes Nachweise tatsächlich angenommen werden kann. Im Ergebnis zeigt sich damit, dass der verfassungsrechtlich geschützte Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes bei den ausländerrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten von großer Bedeutung ist, dass er jedoch – soweit es sich um den Rechtsschutz gegen die Versagung von Visa handelt – durch die herkömmlichen Grenzen des Art.19 Abs.4 GG und verwaltungspragmatische Erwägungen seinerseits wiederum Einschränkungen unterliegt.

TÜRK CEZA KANUNU AÇISINDAN YABANCILARIN DURUMU

Av. Arslan TEMEL*

Giriş

Ceza hukukuna ilişkin bir kısım problemlerin sıklıkla ya da münhasıran yabancılarla ilgili olarak gündeme gelmesi, bazen de kişinin yabancı olmasının doğal sonucu olarak yargılama/infaz sürecinde özel durumlarla karşılaşılması, yasa koyucuları bu hususta özel düzenlemeler yapma yoluna itmiştir.

Konu, yabancıнын hukuki durumu olunca, doğal olarak birden fazla ülkenin de işin içinde olması gerekmektedir, meseleler uluslararası bir özellik kazanarak çoğu zaman çok taraflı ya da ikili uluslararası anlaşmalara konu olmaktadır. Gelinen aşamada, ortak hukuk olarak kabul edebileceğimiz düzenlemelerle oluşmuş bulunan kurallar, iç hukuk düzenlemelerini de sınırlamaktadır.

İnceleme konumuzu oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 'Yabancı Ülkede Hüküm Verilmesi' başlıklı 9., 'Yabancı Tarafından İşlenen Suç' başlıklı 12. ve 'Diğer Suçlar' başlıklı 13. maddeleri ise, yukarıda belirtilen evrensel kurallardan, aynı suçtan ikinci kez yargılanmayı yasaklayan "non bis in idem" kuralı ile çelişmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun tasarısında mevcut bulunan "Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır" şeklindeki hükmün sonradan metinden çıkartılmış olması, yasa koyucunun mevcut düzenlemeyi (çelişkiyi) özellikle istediğini göstermektedir.

*Avukat, Ankara Barosu.

Aynı fiil dolayısıyla devletlerin yargulama yetkisini kendilerinde görmesi, yabancı mahkeme kararlarının objektifliğine ve adil olduğuna yönelik güvensizlik, devletlerin egemenlik yetkilerinden vazgeçme hususundaki çekimserlik ve ulusal hukuk düzenleri arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır.

Ancak, aynı fiilin milletlerarası düzeyde birden çok kez cezalandırılmasının da önüne geçmek gerekir. Bunun için de ya ikili ve çok taraflı antlaşmalarla sorun halledilmekte veya devletlerin kendi iç hukukuna ilişkin olarak yaptıkları kanunlarda yabancı mahkemelerin verdikleri kesin hükümlere belirli ölçülerde otorite tanınmaktadır.

Nitekim Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi (m. 53), Avrupa ceza yargısına ilişkin olarak belirli ölçüde *non bis in idem* ilkesini kabul etmiştir.

Yine, Schengen Uygulama Anlaşması'nın 54. ve devamı maddelerinde, iç sınırları kalkmış ve hukuk düzenleri belirli seviyede de olsa, birbirine yakınlaşmış olan Avrupa Birliği içerisinde, aynı fiil nedeniyle birden çok ceza kovuşturması yapılması yasağına yer verilerek, bu ilkenin uluslararası geçerliliği benimsenmiştir. Ülkemiz açısından, ileride ayrıntılı olarak inceleneceği gibi, yurt dışında işlenen suçların tümü, yeni Türk Ceza Kanunu'nun uygulama alanına sokulmamış, ayrıca *non bis in idem* ilkesi de sınırlı olarak öngörülmüştür.

Bu çalışmada, yeni Türk Ceza Kanunu çerçevesinde ceza kanununun yer itibariyle uygulanması, mülkilik, koruma, fail ve mağdura göre şahsılık ile evrensellik sistemleri çerçevesinde ana hatlarıyla ele alınmış ve bu sistemler bakımından *non bis in idem* ilkesi; ağırlıklı olarak kendisini rahmetle andığımız hocamız Faruk Erem ve değerli bilim insanı Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi Recep Gülşen'in görüş ve eserleri doğrultusunda değerlendirilmiştir.

I. TCK'nın 9. Maddesi Açısından Yabancıların Hukuki Durumu

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesinde, ülke içinde suç işleyen vatandaş veya yabancı kim olursa olsun fail hakkında yurt dışında yargılama yapılsa dahi, Türkiye'de yeniden yargılamanın yapılacağı ifade edilmektedir. Böylece yasa koyucu, kamu düzeninin ancak kendi yasaları ve kendi yargı organları ile sağlanabileceğini, bu işin yabancı devletlerinin yargı organlarına bırakılmayacağını benimseyerek, devletin egemenlik yetkisi nedeniyle ülkede işlenen suçlar yönünden daha muhafazakâr davranmıştır.

Ayrıca eski 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan (m. 3/2) farklı olarak, burada Türkiye'de suç işlemiş olup da bu nedenle hakkında yabancı bir ülkede hüküm verilmiş olan yabancı'nın Türkiye'de yeniden yargılanmasını Adalet Bakanı'nun talebine bağlı kılan düzenlemesinden vazgeçilerek bu hususta vatandaş ile yabancı arasındaki ayrım son verilmiştir. Eski 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme (m. 3), ülkede suç işleyen vatandaşın cezalandırılması ve ıslahı bakımından tabi olduğu devletin ilgilenmesi dolayısıyla yabancı ülkede verilen kararın yeterli görülmemesi nedenine; buna karşılık böyle bir durumdaki yabancı hakkında ise, devletin bu tür bir ilgisinin olmaması ve yabancı mahkemenin verdiği hükmün bazı hallerde yeterli görülerek gereksiz masraf ve külfete gerek kalmayabilmesi nedenlerine dayanmakta idi.

Ancak yeni TCK'nın 9. maddesi gerekçesinde de belirtildiği gibi, Anayasa'da güvence altına alınan eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle bu ayrımın kaldırıldığı açıkça ifade edilmiştir.

Ayrıca Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca, *Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse, Türkiye'de yeniden yargılanır.* Böylece, ülke içinde bir suç işlendiğinde, bu nedenle yurt dışında verilen hükmün beraat veya mahkumiyet arasında bir fark gözetilmeksizin, yeniden yargılama öngörülme suretiyle, *non bis in idem* etkisi tanınmamıştır.

Karşılaştırmalı hukukta da durum böyledir. Örneğin Fransız Ceza Kanunu'nun 113-5. maddesine göre, Fransa'da işlediği suçtan dolayı herhangi bir kişi hakkında yabancı mahkeme tarafından hüküm verilse bile Fransız Ceza Kanunu uygulanır. Yine, İtalyan Ceza Kanunu'nun 11/1. maddesi gereğince, 6. madde çerçevesinde İtalya'da suç işleyen vatantaş veya yabancı, bu nedenle yabancı ülkede yargılanmış olsa da, İtalya'da yargılanır. İtalya dışında yargılansa bile, failin yeniden İtalya'da yargılanması için Adalet Bakanı'nın talebi gerekmemektedir.

Yeni TCK'nın 9. maddesine göre örneğin, Türkiye üzerinden Almanya'ya uyuşturucu madde ihraç eden kimse, bu fiili dolayısıyla Almanya'ya uyuşturucu madde ithal suçunu işlediğinden ötürü yargılansa da bu suçu Türkiye'de gerçekleştirdiği için Türkiye'de yeniden yargılanabilecektir.

Nitekim aynı paralelde hüküm içeren eski 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde verdiği yeni tarihli bir kararında Yargıtay, Türkiye üzerinden işlenen uyuşturucu madde ihracı suçunu işleyen failer hakkında, daha önce yabancı mahkeme tarafından uyuşturucu madde ithali suçundan dolayı beraat kararı verilmiş olmasına rağmen, Türkiye'de uyuşturucu madde ihracı suçuna ilişkin olarak yeniden yargılamanın yapılacağına hükmetmiştir.

Yargıtay'a göre, bu takdirde aynı eylemden ötürü iki kez yargılamadan söz edilemez. Ayrıca, bu durumda, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin ek 7 no.'lu Protokolü'nün 4/1. maddesine, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 14/7. maddesine ve Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesine aykırılık mevcut değildir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da, 7.9.1989 tarihli *Cardot*/Fransa davasına ilişkin olarak verdiği bir kararında, bu protokolde yer alan *non bis in idem* ilkesine saygı göstermenin, farklı devletler tarafından verilen mahkumiyet kararlarına uygulanmayacağı ifade etmiştir.

Ancak ekleyelim ki, doktrinde, bu durumda sınırlar ötesine taşan uyuşturucu madde gibi suçların ceza muhakemesi

bakımından tek fiil sayılması ve böylece *non bis in idem* ilkesinin benimsenmesi gerektiği ileri sürülerek söz konusu suçun Avrupa ülkelerinin mevzuatları gibi mütemadi suç olarak kabul edilmesi gerektiği kaydedilmektedir.

Aksi takdirde, Avrupa ülkelerinin adli makamları, bu gibi hallerde uyuşturucu madde suçlarından mahkum edilen Türk vatandaşlarının *non bis in idem* ilkesine aykırı olarak yeniden yargılanmaları dolayısıyla Türkiye'ye iade etmemekte, söz konusu kişiler hükümlü olup da, Türkiye'ye nakil edilmelerini istedikleri takdirde ise nakletmemektedir.

II. TCK'nun 12. Maddesi Açısından Yabancıların Hukuki Durumu

aa. Mağdura Göre Şahsilik Sistemi

Mağdura göre şahsilik sistemi, her şeyden önce yabancı ülkede işlenen suç bakımından mağdurun vatandaşı olduğu devlet kanununun uygulanmasını ifade etmektedir.

Ancak bu sistem uyarınca, mağdur vatandaş olabileceği gibi, bir ülke de olabilir.

Bu sisteme, birçok ceza mevzuatında yer verilmiştir. Örneğin, yürürlükteki İtalyan Ceza Kanununda (m. 10/1) durum böyledir.

aaa. Yurt Dışında Yabancı Tarafından Türkiye Zararına İşlenen Suçlar Bakımından

Türk Ceza Kanunu'nda (m. 12), mağdura göre şahsilik sistemi iki şekilde öngörülmüştür: Bunlardan ilki, yabancı tarafından yurt dışında Türkiye'nin zararına ağır olmayacak derecedeki suçların işlenmesine ilişkindir: "*Bir yabancı 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.*" (TCK m. 12/1)

Bu madde, 13. madde kapsamı (örneğin, devletin güvenliğine karşı bir suç veya Türk parası veya Türkiye'ye ilişkin mühür veya damgalarda sahtekârlık suçu gibi) dışında olup da en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suç, bir yabancı'nın yurt dışında Türkiye'nin zararına işlemesi haline ilişkindir.

Bu maddenin uygulanması bakımından fail, Türk vatandaşlığı olmayıp yabancıdır.

Failin vatandaşlığı ise, failin işlendiği zamana göre saptanır. Nitekim yeni Türk Ceza Kanunu'nun 6/1. maddesinin a bendinde, vatandaş deyiminden, fiili işlediği anda Türk vatandaşı olan kişinin anlaşılacağı açıkça belirtilmiştir. Ancak Türk vatandaşı olduğu halde başka bir ülke vatandaşlığı da kazanarak çifte vatandaşlığa sahip olan kişiler, Ceza Kanununun uygulanmasında yabancı değil, vatandaş sayılmalıdır.

Bu maddedeki soruşturmanın koşulu olan cezanın hesaplanmasında, yeni Türk Ceza Kanunu'nun 15. maddesi esas tutulur. Buna göre, *miktarının soruşturma koşulu oluşturduğu hallerde ceza, soruşturma evresinde ileri sürülen kanuni ağırlaştırıcı nedenlerin aşağı sınırı ve kanuni hafifletici nedenlerin yukarı sınırı göz önünde bulundurularak hesaplanır.* Yine, sadece adli para cezasını gerekli kılan bir suç söz konusu ise, bu madde kapsamına girmeyecektir. Aynı şekilde yeni TCK'nın 14. maddesinde de belirtildiği gibi, *seçimlik cezalarda soruşturma konusu suçun yer aldığı kanun maddesinde hapis cezası ile adli para cezasından birinin uygulanması seçimlik sayılmış ise, soruşturma veya kovuşturma açılmaz.*

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 12. maddesinde, zararın neyi içerdiği açıkça belirtilmediğinden, zarar doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde maddi, ekonomik, siyasi, ahlaki, sosyal ve kişisel nitelikte olabilir.

Örneğin, yabancı bir ülkedeki Türkiye Büyükelçiliği'ne ait otomobilin tahrip edilmesi böyledir.

Yine örneğin, yurt dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarında bulunan veya kamu yararı veya hizmetine ayrılmış yer-

deki eşyaya yönelik hırsızlık suçunun işlenmesi (Yeni TCK m. 142/1, a bendi) bu madde kapsamına girer.

Bu tür durumlarda, fail hakkında ülke dışında önceden yargılama yapılmadığı takdirde, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye’de yargılama yapılabilecektir.

**bbb. Yurt Dışında Yabancı Tarafından
Türk Vatandaşı veya Türk Kanunlarına Göre
Kurulmuş Özel Hukuk Tüzel Kişiler
Zararına İşlenen Suçlar Bakımından**

Mağdura göre şahsilik sistemi gereğince kabul edilen bir diğer durum da, bir yabancıнын Türkiye dışında bir Türk vatandaşına veya eski 765 sayılı TCK’da mevcut olmayan, Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişilerine karşı suç işlemesi haline yöneliktir: “Yeni TCK’nın 12/1. fıkrasında belirtilen suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye’de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikayeti üzerine fail, Türk kanunlarına göre cezalandırılır.” (Yeni TCK m. 12/2) Madde gerekçesinde, yabancı tarafından yurt dışında Türk kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin zararına olarak suç işlenmesi durumunda da, Türk kanunlarının uygulanmasına imkân sağlandığı açıklanmıştır.

Bu maddede, bir yabancı tarafından yurt dışında en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçun Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi söz konusudur. Örneğin, bir Türk vatandaşının dolandırılması halinde durum böyledir. Yine, Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel havayolları şirketine ait bir büronun bombalanması suretiyle zarar verilmesi halinde bu madde uygulanabilecektir.

Ancak bu madde bakımından Türkiye’de kovuşturma yapabilmek için, fiilin işlendiği ülke kanununa göre de suç teşkil

etmesi aranmamaktadır. Doktrinde haklı olarak, bu durumun uluslararası hukuka aykırı olabileceği ileri sürülmektedir.

Yurt dışında Türk vatandaşı veya Türk kanunlarına göre kurulmuş olan özel hukuk tüzel kişileri zararına bir suç işleyen yabancıya ilişkin yeni TCK'nun 12/2. maddesinde, eski 765 sayılı eski TCK'dan farklı olarak (m. 6/1), Türkiye'de yargılama yapılması bakımından Adalet Bakanının talebi şart koşulmamıştır.

bb. Mağdura Göre Şahsilik Sistemi Bakımından Non Bis In Idem Etkisi

Yeni TCK m. 12/1.maddesi çerçevesinde yurt dışında Türkiye zararına hürriyeti bağlayıcı bir cezayı müstelzim bir cürümü yabancı memlekette Türkiye'nin veya bir Türk'ün zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde Türk kanunları mucibince ceza görür. Bu babda takibat icrası Adliye Vekilinin talebine veya zarar gören şahsın şikâyetine bağlıdır. "*Bir suç işleyen yabancı, işlediği bu suçtan dolayı daha önce yurt dışında yargılanmışsa, bu durumda yeniden yargılama için Yeni TCK'nın 12/4. maddesi uyarınca Adalet Bakanı'nun istemi gerekmektedir.*" Zira bu maddeye göre, "*yabancı mahkemece mahkûm edilen veya herhangi bir nedenle davası veya cezası düşen veya beraat eden yahut suçu kovuşturulabilir olmaktan çıkan yabancı hakkında Adalet Bakanı'nun istemi üzerine Türkiye'de yeniden yargılama yapılır.*" Bu düzenlemeye, devletin kendisini daha güçlü bir şekilde koruma isteği ve yabancı devlet yargısının faile daha az ceza verebileceği gerekçesiyle gidilmiştir.

Böylece bu durumda *non bis in idem* etkisi kabul edilmiştir. Bu durum, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nin 53/2. maddeye aykırılık oluşturmamaktadır. Zira bu madde uyarınca, bir suç bir devletin kamusal nitelikteki kişi, kurum veya bir eşyasına karşı işlenmişse, zararına suç işlenen devlet, yabancı devletin yargısını kabul etmeyebilir.

Yurt dışında Türk vatandaşı veya Türk kanunlarına göre kurulmuş olan özel hukuk tüzel kişileri zararına bir suç işleyen yabancıya ilişkin olarak yeni TCK'nun 12/2. maddesi bakımından ise fail, yabancı ülkede yargılanmış ve hakkında hüküm verilmişse Türkiye'de yeniden yargılanmaz.

Zira yeni TCK'nun 12/1 ve 4. maddesinden farklı olarak, 12/2. maddesi gereğince Türkiye'de yargılama yapılabilmesi için, "bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması" gerekmektedir.

Bu husus, maddede ve madde gerekçesinde açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Böylece bu madde itibariyle *non bis in idem* ilkesi söz konusu olacaktır. Hatta bu düzenlemedeki *non bis in idem* etkisi, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nin 53/1. maddesinden daha geniş bir şekilde öngörülmüştür. Zira söz konusu maddeye göre, yabancı mahkeme hükmünün *non bis in idem* etkisi oluşturabilmesi için beraat kararı verilmiş veya mahkumiyet hükmünün kısmen veya tamamen infaz edilmiş olması gerekmektedir.

Oysa, yabancı ülkede verilen hüküm, düşme kararı şeklinde de söz konusu olabilir.

Ancak, yeni Türk Ceza Kanunu'nun 12. maddedeki düzenlemeyle yabancının bir Türk vatandaşının zararına işlediği bir suça ilişkin olarak *non bis in idem* ilkesini benimsemesine karşılık, böyle bir suçu Türkiye'nin zararına işlediği takdirde bu ilkeyi geçerli saymaması, hem bu Kanun'un 3. maddesindeki eşitlik ilkesine hem de yeni Kanun'un devleti değil, bireyi ön planda tuttuğu yönündeki eğilimine aykırı düştüğü haklı olarak ifade edilmektedir.

Gerçi, bu maddeye karşılık gelen eski 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde, suçun Türk veya Türkiye'ye karşı işlenmesi arasında bir fark gözetilmeyerek, her ikisi bakımından da Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yeniden yargılamanın yapılmasına ilişkin bir düzenleme mevcuttu.

Ekleyelim ki, bu hususta yürürlükteki İtalyan Ceza Kanunu da (m. 11/2), eski TCK'daki (m. 7) gibi bir düzenlemeyi öngörmektedir. Ancak kanımızca, her iki hal yönünden de *non bis in idem* etkisi mutlak olarak kabul edilmelidir.

d. Evrensellik Sistemi Bakımından

aa. Evrensellik Sisteminin Uygulama Alanı

Evrensellik sistemi, mülklik, koruma, fail ve mağdura göre şahsilik sistemlerine göre yetkili sayılmayan bir devletin, yurt dışında işlenen bir suç dolayısıyla adaleti sağlamak bakımından, suçun bütün insanlığa karşı işlenmiş bir eylem olarak nitelendirmek suretiyle, bu suç için yargı organlarını yetkili kılması anlamını taşımaktadır. Bu sistem, kaynağını Grotius'un "*aut dedere aut punire*" (ya geri ver yahut cezalandır) deyiminde bulmaktadır. Evrensellik sistemi gereğince bir devlet, sanığı ve mağduru yabancı olduğu takdirde belli şartlarla suçu kovuşturabilmektedir.

Yabancı tarafından yurt dışında Türk vatandaşına karşı suçun işlenmesi halinde, yabancı hakkında yabancı ülkede hüküm verilmesi durumunda dahi, eski TCK'nın 6. maddesi ile 7. maddesi arasında uyum sağlamak için, Türkiye'de yeniden takibatın yapılabilmesi bakımından suçtan zarar görenin şikâyeti yeterli sayılmayarak Adalet Bakanının talebi de aranmaktaydı.

Evrensellik (adalet) sistemi, hiç bir devletin kanunu tarafından tam olarak kabul edilmiş değildir. Nitekim yeni Ceza Kanunu (m. 12/3) da fail ve mağduru yabancı olan bir suçun işlenmesi halinde Türkiye'de yargılama yapılabilmesini belirli şartlara bağlı kılmıştır. Buna göre, mağdur yabancı ise, a. suçun, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı üç yıldan az olmayan hapis cezasını gerektirmesi, b. Suçluların geri verilmesi anlaşmasının bulunmaması veya geri verilme isteminin suçun işlendiği ülkenin veya failin uyuğunda bulunduğu devletin hükümeti tarafından kabul edilmemiş olması şartlarının varlığı halinde fail, Adalet Bakanını istemi ile yargılanır.

Örneğin, bir Kenya vatandaşının Tanzanya'da bir Uganda vatandaşını öldürmesi halinde, Türkiye'de bulunduğu takdirde, hakkında Türk kanunlarına göre Türkiye'de yargılamanın yapılabilmesi, yukarıda "b" şikkında belirtilen şekilde iadenin gerçekleşmemiş olmasına bağlıdır.

Soruşturmanın koşulu olan cezanın hesaplanmasında yeni Türk Ceza Kanunu'nun 15. maddesi esas tutulur. Bu madde uyarınca, *miktarının soruşturma koşulu oluşturduğu halde ceza, soruşturma evresinde ileri sürülen kanuni ağırlaştırıcı nedenlerin aşağı sınırı ve kanuni hafifletici nedenlerin yukarı sınırı göz önünde bulundurulur hesaplanır.* Yine, sadece adli para cezasını gerekli kılan bir suç söz konusu ise, bu madde kapsamına girmeyecektir. Aynı şekilde yeni TCK'nun 14. maddesinde de belirtildiği gibi, *seçimlik cezalarda soruşturma konusu suçun yer aldığı kanun maddesinde hapis cezası ile adli para cezasından birinin uygulanması seçimlik sayılmış ise, soruşturma veya kovuşturma açılmaz.*

bb. Evrensellik Sistemi Bakımından Non Bis In Idem Etkisi

Evrensellik sistemine ilişkin yeni Türk Ceza Kanunu'nun 12/3. maddesinde, 12/2. maddesinde olduğu gibi, *"daha önce yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması"* şartı konulmamıştır. Ancak bu madde bakımından da yabancı yargı kararının *non bis in idem* etkisi söz konusudur. Zira evrensellik sistemi, hiçbir suçlunun cezasız kalmaması düşüncesine dayanmaktadır. Bu nedenle, yabancı ülkede suç işleyen fail hakkında yabancı ülkede hüküm verilmiş ve sonuçta fail beraat etmiş veya hakkındaki dava veya ceza düşmüşse, failin suçlu olmadığı yabancı mahkeme kararıyla da olsa anlaşılmış olduğundan, artık yeniden kovuşturma yapmak için bir neden kalmayacaktır. Aynı şekilde, verilen mahkumiyet hükmünün tamamen infaz edilmesi halinde de *non bis in idem* ilkesi etkisini gösterecektir.

Buna karşılık, bu hususta daha önce başka bir ülkede mahkumiyet hükmü verilmişse, bu hükmün Türkiye'de in-

fazına gidilmelidir. Ancak infaz yönünden de mahkumiyetin düşünce, siyasi veya askeri suç niteliğinde olmaması gerekmektedir.

Gerçekten, evrensellik sistemi gereğince yargılamaya gidilmesi, siyasi suçlar bakımından söz konusu değildir. Zira siyasi suçlular geri verilmeyeceği gibi (Yeni TCK m. 18/1, b bendi), sığındıkları ülkede de, işledikleri siyasi suç nedeniyle de yargılanamazlar. Bu husus, siyasi suç kavramının ve sığınma haklarının özünde vardır.

Yurt dışında işlenen suç siyasal suçlardan ise, bu tür suçlar işlendiği devletin iç sorununu teşkil ettiği için, Türkiye’de yargılama yapılamaz.

III. TCK’nın 13. Maddesi Açısından Yabancıların Hukuki Durumu

a. Koruma Sistemi Bakımından

aa. Koruma Sisteminin Uygulama Alanı

Yurt dışında işlenmesine rağmen gerek devletin siyasi ve ekonomik yararlarını korumak amacıyla ve gerekse uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükler dolayısıyla yurt dışında işlenen bazı vahim suçlar bakımından kabul edilen koruma sistemi uyarınca, Türk vatandaşı veya yabancı olsun, failin kovuşturulması yoluna gidilmektedir.

Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 13. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentlerinde, koruma sistemi çerçevesinde bazı suçlar öngörülmüştür: *“Aşağıdaki suçların, vatandaşı veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk kanunları uygulanır: a) İkinci Kitap, Birinci Kısım altında yer alan suçlar, b) İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci bölümlerde yer alan suçlar, c) İşkence (madde 94, 95), d) Çevrenin kasten kirletilmesi (madde 181), e) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), f) Parada sahtecilik (madde 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (madde 200), mühür-*

de sahtecilik (madde 202), g) fuhuş(madde 227), h) Rüşvet (madde 252), i) Deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alkonulması (madde 223, fıkra 2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (madde 152) suçları."

Görüldüğü üzere, yeni Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesindeki bu suçlar koruma sistemi çerçevesinde eski TCK'nun 4/1. maddesindeki suçlara oranla daha geniş bir şekilde düzenlenmiştir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 13/2. maddesine göre, bu kanunun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlar hariç, bu maddenin 1. fıkrası kapsamına giren suçlardan dolayı Türkiye'de yargılama yapılması, Adalet Bakanının talebine bağlı kılınmıştır. Böylece bu kanunun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlar (devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (m. 299-339) bakımından, re'sen soruşturma yapılabilecektir. Yani, Türkiye'de Cumhuriyet savcısı, her nasılsa yurt dışında işlenen bu tür suçlara vakıf olduğu takdirde, Adalet Bakanının talebine gerek olmaksızın soruşturma yapmak zorundadır.

Bu konuda Yürürlükteki Alman Ceza Kanunu'nun 5. ve 6. maddelerinden esinlenilmiştir. Bu maddeye paralel sayılabilecek İtalyan Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde ise, yurt dışında işlenen devletin şahsiyetine karşı suçlar, sahte para ve mühürlere ilişkin suçlar, memurun görevini kötüye kullandığı suçlar ile İtalyan Ceza Kanunu'nun uygulanmasını öngören uluslararası sözleşmelerden ve kanunun özel hükümlerinden kaynaklanan suçlar düzenlenmiştir.

Yürürlükteki Fransız Ceza Kanunu'na göre de (m. 113-10), Fransa dışında, 4. kitabın 1. faslı altında düzenlenen devletin temel milli yararlarının ihlaline yönelik suçlar, sahte para ve mührüye yönelik suçlar, Fransa dışındaki Fransız diplomat-

lara, konsolosluk görevlilerine veya bunların bina ve eklentilerine yönelik işlenen suçlar bakımından Fransız Ceza Kanunu uygulanır.

Buna karşılık, bu kanunun İkinci Kitap, Birinci Kısım altında yer alan suçlar (soykırım ve insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları (m. 76-80), İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Sekizinci bölümde yer alan suçlar (yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar (m. 340-342) ile Yeni TCK'nın 13/1. maddesinin c ve devamındaki bentlerde belirtilen suçlar (İşkence (m. 94,95), çevrenin kasten kirletilmesi (m. 181), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması kolaylaştırma (m. 190), parada sahtecilik (m. 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (m. 200), mühürde sahtecilik (m. 202), fuhuş (m. 227), rüşvet (m. 252), deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (m. 223, fıkra 2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (m. 152) suçları bakımından ise, Türkiye'de yargılamanın yapılması, Adalet Bakanının istemine tabi tutulmuştur. Bu suretle dünyanın herhangi bir yerinde işlenen soykırım, işkence ve rüşvet, uyuşturucu ihracı, zehirli deniz atığı atılması ve yukarıda belirtilen diğer suçlar, ülkemizde koruma sistemi çerçevesinde düzenlenmiş, ancak bu takdirde yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlı kılınmıştır.

Adalet Bakanına tanınan bu takdir yetkisinin siyasal ve öznel olarak kullanılabilmesi doğrudan doğruya Cumhurbaşkanlığı iade gerekçesi, meclis tarafından kabul görmemiş ve aynı metin muhafaza edilmiştir. Aynı kabul edilen bu madde gerekçesinde, Adalet Bakanına tanınan bu yetkinin objektif ölçülere göre kullanılması gereken bir yetki olduğu ve yapılacak olan soruşturma ve kovuşturmanın Türkiye'nin barış esasına dayalı diplomatik ilişkilerini olumsuz yönde etkileyip etkilemeyeceği hususunun diplomatik ve siyasi bir değerlendirilmeyi gerekli kılmasından kaynaklandığı ifade edilmiştir.

Ancak doktrinde, örneğin, bir Türk vatandaşının işkence mağduru olması halinde dahi Adalet Bakanının talebi üzerine failin Türkiye’de yargılanmasının adil olmayacağı ileri sürülmektedir.

bb. Koruma Sistemi Bakımından *Non Bis In Idem* Etkisi

Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 13/1. maddesinin a ve b bentlerindeki bu kanunun İkinci Kitap, Birinci Kısım altında yer alan suçlar (soykırım ve insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları (m. 76-80) ile İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci bölümlerde yer alan suçlar (devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar (m. 299-343) dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkumiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye’de yargılama yapılır. (Yeni TCK m. 13/3) Böylece yukarıda belirtilen suçlar bakımından mutlak koruma getirilmiştir.

Ekleyelim ki, devlete karşı işlenen suçlarda, yurt dışında yargılama yapılmasına rağmen devletin tekrar yargılama yoluna gitmesi, korunmaya değer yararların varlığını korumaya devam etmesi gerekçesine dayanmaktadır.

Nitekim Avrupa Birliği Konvansiyonu’nun 10. maddesi uyarınca, yabancı karara konu olan eylemin ilgili devletin güvenliğine veya aynı derecedeki önemli çıkarlarına karşı işlenmesi halinde *non bis in idem* ilkesi konusunda ilgili devletler sözleşmeye çekince koyabilirler.

Bu durumda, birçok devlet, yeniden yargılamayı kabul etmektedir.

Örneğin, İtalyan Ceza Kanunu’nun 11/2. maddesine göre, bu tür suçlardan dolayı yurt dışında vatandaş veya ya-

bancı yargılansa da, Adalet Bakanının talebi olduğu takdirde yeniden yargılama yapılır.

Buna karşılık, Yeni TCK'nın 13/1. maddesinin c ve devamındaki bentlerde belirtilen suçlar işkence (m. 94,95), çevrenin kasten kirletilmesi (m. 181), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (m. 190), parada sahtecilik (m. 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (m. 200), mühürde sahtecilik (m. 202), fuhuş (m. 227), rüşvet (m. 252), deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (m. 223, fıkra 2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (m. 152) suçları yönünden ise, bu konuda yurt dışında daha önce beraat veya mahkûmiyet kararı verilmişse artık Türkiye'de yargılamanın yapılması mümkün değildir. Nitekim, bu husus madde gerekçesinde açıkça zikredilmiştir.

Böylece bu suçlara ilişkin olarak nispi bir koruma getirilmiştir. Ne var ki, maddede düşme kararı konusunda bir açıklık yer almamaktadır. Bu konuda eski 765 sayılı TCK'da (m. 4/2) olduğu gibi, hüküm ibaresi konularak bu durum da söz konusu madde kapsamı içine alınabilirdi.

Kanımızca, düşme kararı da beraat ve mahkûmiyet kararları gibi *non bis in idem* etkisi göstermelidir.

Sonuç

Her ne kadar Yargı erkinin her ülke tarafından, kendi şartları dikkate alınarak, tam bağımsız şekilde kullanılması gerekli ise de; ulaşılan dünya düzeninde, yalnızca bilim, sanat, iletişim konusunda değil, hukuk konusunda da sınırlar yok olmak üzeredir. Bugün, hiçbir konuda olduğu gibi, hukuki olaylarla ilgili olarak ta, "bu yalnızca beni ilgilendirir" denilmesi mümkün değildir.

Artık, her ülkenin hukuk düzenlemesini gerçekleştirirken, oluşturduğu kuralları, diğer devletler tarafından da kabul görecektir şekilde yapmaları zorunludur.

Bu da, hemen her konuda, ortak kabul gören kuralların oluşmasını, kullanımlarının yaygınlaşmasını gerekli kılmaktadır.

Yabancıların ceza mahkemelerinde yargılanmaları sırasında sıklıkla karşılaştığımız, aynı konuyla ilgili kendi ülke mahkemeleri kararlarının onlara sağlayacağı güvencenin, günün birinde kendi ülkemiz vatandaşları için de oluşacağını unutulmaması gerekir.

Günümüzde, hemen tüm devletler tarafından istisna-i olarak uygulama imkânı tanınan "non bis in idem" ilkesinin, çağdaş cezalandırma sistemini benimsemiş sistemlere ait kararlar yönünden bir an önce genel kurala dönüşmesi gerekir.

KAYNAKLAR

- Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Bası, İstanbul, 2005.
- Cihan, Erol/ Yenisey, Feridun, "Ne Bis İn İdem" İlkesi, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını: 32, 2004.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara, 2005.
- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt: I, 12. Bası, İstanbul, 1997.
- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt: III, 12. Bası, İstanbul, 1997.
- Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Genel Hükümler, Cilt: I, Ankara, 1993.
- Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Artuk, Emin M., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara, 1997.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, Cilt:1, Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, 1988.
- Gülşen, Recep, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında "Non Bis In Idem" İlkesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemiye Armağan, SBArD, Sayı: 6, 2005.

- İçel, Kayıhan/ Donay, Süheyl, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, Genel Kısım, 1.Kitap, 3. Bası, 1999.
- Malkoç, İsmail/ Güler, Mahmut, (Uygulamada) *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, Adil Yayınevi, Ankara, 1996.
- Majno, *Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt: I, Ankara, 1977.
- Özgenç, İzzet: "Non Bis In Idem Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK'nın 10/a Maddesi Hükümüne İlişkin Değerlendirme", *Yargıtay Dergisi*, Sayı: 3, Temmuz 2002.
- Özgenç, İzzet, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2004.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara, 2005.
- Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara, 2005.
- Yalvaç, Gürsel, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2004.
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm*, 2. Bası, İstanbul, 1987.



35.00 TL

Barış Manço Caddesi 1366. Sokak No: 3 06520 Balgat / Ankara
Tel: (+90.312) 292 59 00 (Pbx) Faks: (+90.312) 286 55 65
web: www.barobirlik.org.tr • e-posta: yayin@barobirlik.org.tr