

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN

2020
Cilt-2 Sayı-1
Jahrgang-2 Heft-1

**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-
DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN**

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien

Cilt/Jahrgang: 2 • Sayı/Heft: 1 • Haziran/Juni 2020

ISSN: 2687-3923 E-ISSN: 2687-461X

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanan hakemli bir dergidir.

Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint alle sechs Monate im Juni und Dezember nach Durchführung eines Peer-Reviews

Dergi Hakkında/Über die Zeitschrift

Yayın Sahibi/Herausgeber

Türk-Alman Üniversitesi

Türkisch-Deutsche Universität

Yayın Sahibi Temsilcisi ve Sorumlu Müdür/Vertreter des Herausgebers und Chefredakteur

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft, Türkisch-Deutsche Universität
Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız

Editörler Kurulu/Redaktion

Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig

Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Dr. Öğr. Üyesi Berke Özenç

Yayın Kurulu/Publikationsausschuss

Doç. Dr. İrfan Akın, Araş. Gör. Lütfullah Yasin Akbulut, Araş. Gör. Zehra Büşra Kayaözü, Araş. Gör. Muhammed Ali Çoban, Araş. Gör. İrem Diler, Araş. Gör. Nurdan Özçelik

Danışma Kurulu/Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Halil Akkanat, Türk-Alman Üniversitesi/İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Matthias Mahlmann, Zürih Üniversitesi

Prof. Dr. Yeşim Atamer, Zürih Üniversitesi

Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin Luther Üniversitesi, Halle/S.

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul Üniversitesi

Karl-Heinz Oehler, Türk-Alman Üniversitesi

Prof. Dr. Murat Atalı, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Zafer Zeytin, Türk-Alman Üniversitesi
Prof. Dr. Huang Hui, Pekin Üniversitesi
Prof. Dr. Osman Doğru, Marmara Üniversitesi

Dil Editörleri/Spracheditoren

Dr. Karen Klein, Türk-Alman Üniversitesi
Dr. Marian Alexander Arning, LL.M., Türk-Alman Üniversitesi

Yönetim Yeri/Hauptverwaltung

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Türkisch-Deutsche Universität, Fakultät für Rechtswissenschaft

Yayın Türü/Publikationsart

Yaygın Süreli Yayın/Periodische Publikation

Yayın Dili/Sprachen

Türkçe, Almanca, İngilizce/Türkisch, Deutsch, Englisch

Yayın Periyodu/Veröffentlichungszeitraum

Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanır/Halbjährlich (Juni, Dezember)

Baskı ve Cilt/Druckerei

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım
Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.
Cemal Yener Tosyalı Cad. No: 57/A Vefa/İST.
Tel: (212) 527 07 18 Fax: (212) 519 20 71
www.filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 15544

Yılmaz Basım Yayıncılık ve Kağıt Ürünleri
Matbaacı Sertifika Numarası: 27185

İletişim/Kontakt

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz / İSTANBUL, e-mail: hukuk@tau.edu.tr

<http://www.tau.edu.tr> - <http://hukuk.tau.edu.tr>

Tel: +90 (216) 333 30 00 Web: <http://hfd.tau.edu.tr/>

E-mail: tauhfd@tau.edu.tr, ztdr@tau.edu.tr

Basım Tarihi/Druckdatum

Haziran/Juni 2020

İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

MAKALELER/AUFSÄTZE	1
Die Beteiligung von Grundstückseigentümern an den Kosten des Ausbaus innerörtlicher Straßen in Deutschland	
Almanya'da Şehirçi Yolların Yenilenmesinden Doğan Masraflara Komşu Mülk Sahiplerinin Katılımı	3
Prof. Dr. Hans-Joachim Driehaus	
Telif Hakları ve Kelepçeleme Sözleşmeleri	
Urheberrechte und Knebelungsverträge.....	27
Doç. Dr. İrfan Akın/Araş. Gör. Zehra Büşra Kayaözü	
İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasası Bağlamında Etkili Başvuru Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının Kapsam Alanlarının Karşılaştırılması	
Der Gewährleistungsumfang des Rechte auf faires Verfahren und auf wirksame Beschwerde in der EMRK und der türkischen Verfassung - Ein Vergleich.....	49
Araş. Gör. Eyüp Kaan Demirkıran	
Moderne Gesichter des Grundsatzes behördlicher Amtsermittlung des Sachverhalts im deutschen Steuer- und Verwaltungsrecht	
Alman Vergi ve İdare Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesinin Modern Yüzü	89
Prof. Dr. Markus Heintzen	
Ein Überblick über die aktuellen Entwicklungen im türkischen Ausländerrecht und internationalen Schutzrecht	
Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunundaki Güncel Gelişmeler Hakkında Genel Değerlendirme	115
Dr. Işıl Egemen Demir	
İdarenin Sözleşme Akdetme Zorunluluğu ve Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu	
Verpflichtung zum Vertragsabschluss und Haftung der Verwaltung aus Culpa in Contrahendo	133
Araş. Gör. Nida Malbeleşi/Av. Merve Ayçe Özmeriç	

**Anmerkung zu BGHSt. 35, 347 (“Katzenkönig-Fall”) oder: Vom
“Katzenkönig” zum Diktator zum Firmenboss**

BGHSt. 35, 347 (“Kedi Kral Davası”) Üzerine Bir İnceleme: “Kedi Kral” dan
Diktatör ve Şirket Yöneticisine 163
Doc. Privatdozent Dr. Joachim Kretschmer

**Çevreci Düşünce ve Çevre Hukuku İçin Radikal Bir Kılavuz:
Arne Naess’in Derin Ekoloji Yaklaşımı**

Eine radikale Leitlinie für ökologisches Denken und Umweltrecht:
Der tiefenökologische Ansatz von Arne Naess 191
Dr. Engin Arıkan

Medenî Usûl Hukukunda Tanık Delilinden Vazgeçme

Verzicht auf Zeugenvernehmung im Zivilprozessrecht 221
Dr. Anıl Köroğlu/Araş. Gör. Fatih Tahiroğlu

**Zinsen als Massstab für den Mindestverzugschaden des Gläubigers einer
Nichtentgeltforderung – Ein Denkanstoss nach deutschem Recht**

Borçlunun Temerrüdünde Para Harici Edim Alacaklısının Asgari Tazminat
Alacağına Ölçüsü Olarak Temerrüt Faizi – Alman Hukukuna Göre Bir
Değerlendirme 249
Prof. Dr. Zafer Zeytin

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN 275

BGE 136 III 474-Marke Madonna

İsviçre Federal Mahkemesi’nin “Madonna” Kararı: Dini Sembol ve Kelimelerin
Marka Olarak Tescil Edilebilirliği Üzerine 277
Çeviren/Übersetzt von: Araş. Gör. Mehmet Hamza Arslan

BGH VIII ZR 225/17-Hinweisbeschluss zum Dieselskandal

Alman Federal Yüksek Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi’nin 225/17 No’lu ve 8
Ocak 2019 Tarihli Kararı: Üretimden Kaldırılan Ayıplı Dizel Aracın Ayıpsız
Benzeri ile Değiştirilmesi Talebi Hakkında 287
Çeviren/Übersetzt von: Araş. Gör. Burak Çelik

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım
Kuralları 305**

**Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und
Redaktionsvorgaben 311**

MAKALELER/AUFSÄTZE

DIE BETEILIGUNG VON GRUNDSTÜCKSEIGENTÜMERN AN
DEN KOSTEN DES AUSBAUS INNERÖRTLICHER STRAßEN IN
DEUTSCHLAND

ALMANYA'DA ŞEHİRİÇİ YOLLARIN YENİLENMESİNDEN
DOĞAN MASRAFLARA KOMŞU MÜLK SAHİPLERİNİN
KATILIMI

Prof. Dr. Hans-Joachim Driehaus*

ÖZ

Şehir içi yol inşaatı her zaman belediyeler için ağır bir yük olmuştur. Bu nedenle, Roma İmparatorluğu zamanında bile, taşınmaz sahipleri kendilerine komşu olan yolların inşa masraflarına katılıyorlardı. Başlangıçta, bu tür yolların inşaatı (ilk inşaat) maliyetleri ön plandaydı. Ancak zamanla, daha sonra gerekli onarım (iyileştirme, yenileme) maliyetlerinin çok daha yüksek olduğu ortaya çıktı. Bunun nedeni, her yolun tüm hizmet ömrü boyunca aşınma ve yıpranmaya maruz kalmasıdır; yaklaşık 30 yıllık bir süre sonra yıpranmış ve daha fazla maliyetli yoğun onarım gerekmektedir. Bu nedenle, ilk olarak 1893'te Prusya federe devleti ve 1945'ten sonra tüm Federal Almanya Cumhuriyeti'nde bir şehir inşaatı yollarının ilk inşaat maliyetlerinin gelişim katkısına ek olarak bir yol inşaatı katkısı başlattı. – Belediyeler eşit muamele amacıyla, bu rehabilitasyondan öncelikli olarak faydalanacak olanlara rehabilitasyon maliyetlerinin ortalama %50'sini paylaşmak zorunda kalmışlardır. Bunlar, kullanım değeri büyük ölçüde yolun durumuna bağlı olduğu için, yükseltilmiş yola bitişik arazinin sahipleriydiler. Finansal açıdan güçlü mal sahibi derneklerinin baskısı altında, bazı federal devletler yakın zamanda yol inşaatı katkılarını kaldırmış ve bunun sonucunda genel halkın (vergi mükellefi) artık daha önce sahipler tarafından üstlenilen yenileme maliyetlerinin payını ödemesi gerekmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Yol inşaatı, belediyeler, finansal denkleştirme, bağlantılılık prensibi, mülkiyet*

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator sowie freier Mitarbeiter des vhw – Bundesverbands für Wohnen und Stadtentwicklung e.V.; er war zuvor von 1997 bis 2005 Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht.

THE PARTICIPATION OF LANDOWNERS TO THE COSTS OF RENOVATING INNERCITY ROADS IN GERMANY

ABSTRACT

Inner-city road construction has always been a heavy burden on the municipalities. For this reason, as early as the Roman Empire, the owners of land were already sharing the costs of building those roads that bordered on them. Originally, the costs for the construction (first-time construction) of such roads were in the foreground. But in the course of time it turned out that the costs for later necessary renovations (improvements, renewals) were much higher as a result. This is because every road is subject to wear and tear during its entire service life; after a period of about 30 years, it is worn out and further cost-intensive rehabilitation is required. For this reason, first the state of Prussia in 1893 and then, after 1945, all the states of the Federal Republic of Germany introduced a road construction contribution - in addition to the development contribution for the costs of the first construction of inner-city roads - by which the municipalities were obliged, in the interest of equal treatment, to pass on a share of the rehabilitation costs of an average of 50% to those who would primarily benefit from such rehabilitation. These were and still are the owners of land adjacent to the upgraded road, as its utility value depends largely on the condition of the road. Under pressure from financially strong owners' associations, some federal states have recently abolished road construction contributions with the result that the general public (the taxpayer) is now also required to pay the share of the refurbishment costs previously borne by the owners.

Keywords: *Road construction, municipalities, financial compensation, principle of connexity, property*

I. Beteiligung bis zur Gründung des Deutschen Reiches 1871

Die Idee, Grundstückseigentümer an den Kosten für den Ausbau innerörtlicher Straßen zu beteiligen, stammt nicht aus Deutschland und schon gar nicht aus der Bundesrepublik Deutschland. Sie geht (zumindest) zurück auf das Römische Reich. Margot Klee¹ hat in ihrem beeindruckenden Werk geschildert, dass schon in der Antike der Straßenbau hohe Beträge verschlungen habe, so dass die Staatskasse jeweils eine weitgehende Beteiligung Dritter an diesen Kosten angestrebt habe. Speziell zur Rechtslage betreffend die innerörtlichen Straßen in der Zeit schon vor Christi Geburt führt sie aus, sowohl in Rom als auch in den Provinzen habe deren „Pflasterung sowie weitere Instandhaltung alleine“ den Eigentümern der an die Straße angrenzenden Grundstücke obliegen. Eine Beteiligung gerade dieser Eigentümer habe sich aufgedrängt, „weil sie von der Straßennähe profitierten“². Über die Einhaltung der einschlägigen (Beteiligungs-)Vorschrift, „von der noch nicht einmal die sonst oft von allgemeinen Belastungen freigestellten Veteranen ausgenommen blieben“, wachte in jeder Region ein hoher Beamter. Er konnte für die Pflasterung der jeweiligen innerörtlichen Straße „nach seinem Ermessen Anwohner heranziehen, die auch die Kosten dafür zu übernehmen hatten. War ein Eigentümer nicht dazu bereit, finanzierte die Gemeinde aus der öffentlichen Kasse die Arbeiten zwar vor, belastete das Anwesen aber mit einer Grundschuld, die sich aus den nach Länge und Breite des Straßenabschnitts vor dem Grundstück errechneten Kosten ergab“³. Im Römischen Reich umfassten – wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt – die den Eigentümern obliegenden Pflichten nicht nur die erstmalige Herstellung (Anlegung) der Straße, sondern auch deren Instandhaltung.

Nach dem Untergang des Römischen Reiches lebte die Idee einer Beteiligung der Grundeigentümer am Ausbau innerörtlicher Straßen in den deutschen Landen weiter, in den seinerzeitigen Königreichen, Großherzog-, Herzog- und Fürstentümern sowie den Freien Städten, d.h. in einer Vielzahl von mehr oder weniger kleinen Staaten. Getragen wurde sie –

¹ Margot Klee, *Lebensadern des Imperiums, Straßen im Römischen Weltreich*, 2010.

² Margot Klee, a.a.O., s. 21.

³ Margot Klee, a.a.O., s. 23.

wie seinerzeit im Römischen Reich – von der Tatsache, dass die jeweiligen örtlichen Gemeinwesen für den Straßenbau in ihrem Bereich verantwortlich waren, sowie der Erkenntnis, dass sie diese Aufgabe nicht ohne Beteiligung der Eigentümer der an die Straße angrenzenden Grundstücke bewältigen konnten. Allerdings beruhten die damit angesprochenen Beteiligungspflichten selbst innerhalb der einzelnen Staaten häufig auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen, etwa auf einem Regulativ⁴ oder einer Observanz⁵. So räumte beispielsweise in Berlin § 4 des Berliner Regulativs vom 31.12.1838 den städtischen Behörden die Befugnis ein, innerhalb der Ringmauern bei der Anlegung einer neuen Straße oder der Verlängerung einer schon bestehenden Straße von den Eigentümern der angrenzenden Grundstücke die Legung des ersten Straßenpflasters, ersatzweise die hierfür erforderlichen Kosten zu verlangen⁶.

II. Von Anlieger- zu Erschließungsbeiträgen

1. Preußisches Fluchtliniengesetz

Erst nach Gründung des Deutschen Reiches 1871 wurde die Beteiligung der Grundeigentümer in einem größeren Rahmen vereinheitlicht und durch ein förmliches Gesetz geregelt. Art. 4 der Reichsverfassung vom 16.4.1871 (BGBl. S. 63) überließ die Gesetzgebungskompetenz für u.a. das Polizei- einschließlich des Bau-, Straßen- und Wegerechts sowie für das Kommunal(abgaben)recht den Bundesstaaten. Daraufhin verabschiedete das Abgeordnetenhaus des Bundesstaates Preußen, des mit großem Abstand bevölkerungsreichsten Gliedstaates des Deutschen Reiches, schon bald das Straßen- und Baufluchtengesetz vom 2.7.1875 (GS S. 561) – Fluchtliniengesetz (PrFlG) -. Dieses Gesetz enthält in § 15 eine Vor-

⁴ Unter einem Regulativ sind Regeln, regelnde Vorhaben, Vorschriften usw. zu verstehen.

⁵ Als Observanz wird ein örtlich begrenztes Gewohnheitsrecht bezeichnet. Es handelt sich dabei um ein Recht, das nicht durch förmliche Satzung, sondern durch längere tatsächliche Übung entstanden ist und von den beteiligten Rechtsgenossen als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird.

⁶ Vgl. von Strauß und Torney, *Straßen- und Baufluchtengesetz*, 5. Auflage, 1905, § 15 Bem. 17.

schrift über die Beteiligung der Grundeigentümer an den Kosten des Ausbaus innerörtlicher Gemeindestraßen, und zwar eine Vorschrift, die erstmals eine finanzielle Beteiligung in den Vordergrund stellt. Dieser § 15 war dazu bestimmt, „eine Erleichterung der Gemeinden für die ihnen obliegende Wegebaulast“ zu schaffen⁷.

In § 15 Abs. 1 Satz 1 PrFlG wird den Gemeinden die Befugnis eingeräumt, durch ein Ortsstatut (eine Ortssatzung) festzusetzen, dass (vornehmlich) bei der Anlegung einer neuen Straße und der Verlängerung einer schon bestehenden Straße, sofern sie zur Bebauung bestimmt sind, von den Eigentümern der angrenzenden Grundstücke, sobald sie Gebäude an einer solchen Straße errichten, entweder die Freilegung, erste Einrichtung, Entwässerung und Beleuchtungseinrichtung der Straße verlangt werden kann oder sie einen verhältnismäßigen Beitrag zu den dafür erforderlich Kosten zu leisten haben. Ausdrücklich schließt § 15 Abs. 1 Satz 1 PrFlG in den beitragsfähigen Aufwand Kosten für die „zeitweise, höchstens jedoch fünfjährige Unterhaltung“ ein. § 15 Abs. 1 Satz 2 PrFlG beschränkt die Höhe der Verpflichtungen dahin, dass diese Eigentümer nicht „für mehr als die Hälfte der Straßenbreite ... herangezogen werden“. Zwar spricht § 15 PrFlG nur von „Straßen“ ohne die Bezeichnung „öffentliche“ hinzuzufügen. Doch sind im gesamten Fluchtliniengesetz bei der Verwendung des Begriffs „Straßen“ stets öffentliche Straßen gemeint⁸. Durch die Einzelregelungen des § 15 PrFlG wird die Verpflichtung zur finanziellen Beteiligung der Grundeigentümer am Ausbau der innerörtlichen Straße konkretisiert und ihr ein Gesicht gegeben, das die späteren beitragsrechtlichen Vorstellungen maßgebend geprägt hat; § 15 PrFlG ist – mit anderen Worten – zur Grund- und Ausgangsnorm des sog. Anliegerbeitragsrechts geworden.

In § 15 Abs. 2 Satz 1 PrFlG gibt der Gesetzgeber vor, für die Ermittlung des beitragsfähigen Aufwands seien die Kosten der gesamten Straßenanlage sowie deren Unterhaltung zusammenzurechnen. Dieser Aufwand sei „den Eigentümern nach Verhältnis der Länge ihrer, die Straße berührenden Grenze zur Last zu legen“, d.h. der Aufwand sei nach Maßgabe der

⁷ Von Strauß und Torney, a.a.O., § 19 s. 334.

⁸ Von Strauß und Torney/Saß, *Straßen- und Baufluchtengesetz*, 7. Auflage, 1934, § 1 Bem. 4.

Frontlängen der an die Straße angrenzenden Grundstücke zu verteilen. § 15 Abs. 3 Satz 1 PrFlG erlaubt die Bestimmung eines anderen Verteilungsmaßstabs, „insbesondere auch nach der bebauungsfähigen Fläche“.

Die meisten Gliedstaaten lehnten sich bei ihren Regelungen zur Beteiligung der Grundeigentümer an den Kosten der erstmaligen Herstellung innerörtlicher Straßen inhaltlich an das Anliegerbeitragsrecht des Preußischen Fluchtliniengesetzes an. Dies gilt etwa für das Anliegerbeitragsrecht des Großherzogtums Hessen-Darmstadt in der Hessischen Allgemeinen Bauordnung vom 30.4.1881 (Großherzogliches Hessisches Regierungsblatt Nr. 13 vom 27.5.1881) sowie des Königreichs Württemberg in der Württembergischen Neuen Allgemeinen Bauordnung vom 6.10.1872 (Reg.Bl. S. 305). Im Übrigen sahen Vorschriften in verschiedenen landesrechtlichen Weggesetzen die Heranziehung der Grundeigentümer zu den Kosten namentlich der Anlegung innerörtlicher Straßen vor. In Bayern galt § 62 der Bayerischen Bauordnung vom 17.2.1901 (BayBS II S. 446), wonach Straßenbaukosten durch privatrechtlichen Vertrag vor Erteilung einer Baugenehmigung vom Bauherrn übernommen werden mussten.

2. Bundesbaugesetz und Baugesetzbuch

Die damit skizzierte Rechtslage im Anliegerbeitragsrecht, jeweils beschränkt auf Straßenbaukosten, blieb – abgesehen von gewissen Modifizierungen durch Aufbaugesetze, die in den meisten der nach Ende des 2. Weltkriegs entstandenen Ländern erlassen wurden – bis zur Verabschiedung des Bundesbaugesetzes (BBauG) im Jahre 1960 unberührt. Da das Grundgesetz vom 23.5.1949 (BGBl. I S. 1), dessen Anwendungsbereich zunächst auf die Bundesländer im Westen Deutschlands einschließlich des Landes Berlin beschränkt war, dem Bund in Art. 74 Nr. 18 die Zuständigkeit für das zuvor in der Gesetzgebungskompetenz der Länder liegende Anliegerbeitragsrecht zugewiesen hatte, war der Bund berechtigt, die Beteiligung der Grundeigentümer an den Kosten der Anlegung (erstmaligen Herstellung) von zum Anbau bestimmten Straßen in den §§ 127 ff. BBauG – nunmehr Erschließungsbeitrag genannt – zu regeln, und zwar – jetzt erstmalig – ohne Einbeziehung der Kosten für deren Unterhaltung. Zugleich wurde u.a. das Preußische Fluchtliniengesetz in § 186 Abs. 1 BBauG aufge-

hoben. Mit dem am 3.10.1990 vollzogenen Beitritt der Deutschen Demokratischen Republik zum Geltungsbereich des Grundgesetzes wurde der Anwendungsbereich der erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften im Bundesbaugesetz – seit 1987 in Baugesetzbuch (BauGB) umbenannt – auf die fünf Bundesländer im Osten Deutschlands ausgedehnt.

Allerdings hat der Bundesgesetzgeber seine Gesetzgebungsbefugnis für das Erschließungsbeitragsrecht durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 15.11.1994 (BGBl. I S. 3146) eingebüßt. Seither liegt die Regelungskompetenz im Bereich des Erschließungsbeitragsrechts bei den Ländern. Indes gelten die §§ 127 bis 135 BauGB gemäß Art. 125 a Abs. 1 GG als Bundesrecht fort, solange sie nicht durch Landesrecht ersetzt werden. Das ist bisher lediglich in den Ländern Baden-Württemberg und Bayern geschehen.

3. Grundzüge des Erschließungsbeitragsrechts

Das (nun) Baugesetzbuch weist die Erschließung von Bauland der Gemeinde als Aufgabe zu (Erschließungslast - § 123 Abs. 1 BauGB). Diese auf die Ordnung des Bodens ausgerichtete Zielsetzung soll durch die §§ 127 ff. BauGB gefördert werden. Danach muss die Gemeinde für die Kosten, die ihr in Erfüllung ihrer Erschließungslast für die erstmalige (§ 128 Abs. 1 Nr. 2 BauGB) Herstellung insbesondere von öffentlichen zum Anbau bestimmten (Innerorts-)Straßen (§ 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB) entstanden sind, Erschließungsbeiträge erheben. Der Bundesgesetzgeber – hat mit anderen Worten – zum Ausgleich der durch die Erfüllung der gemeindlichen Erschließungslast entstandenen Aufwendungen eine Pflicht zur Beitragserhebung angeordnet.

Das Baugesetzbuch enthält weitgehend Rahmenbestimmungen. In § 132 BauGB hat der Bundesgesetzgeber bestimmt, die Gemeinden hätten durch Ortssatzung ein ihren Verhältnissen angepasstes Erhebungssystem einzuführen. Die Gemeinden sind zum Erlass einer solchen Erschließungsbeitragssatzung verpflichtet; ohne eine wirksame Satzung kann eine Erschließungsbeitragspflicht nicht entstehen.

Ein Erschließungsbeitrag ist wie jeder Beitrag im kommunalabgabenrechtlichen Sinne eine durch den Gesichtspunkt der Gegenleistung gekennzeichnete öffentliche Abgabe, mit der ein Ausgleich für den durch

eine Leistung der Gemeinde ausgelösten Sondervorteil verlangt wird. Verkürzt ausgedrückt lässt sich sagen: Beitrag heißt Abgeltung eines Sondervorteils, Erschließungsbeitrag also Abgeltung eines Erschließungsvorteils. Allerdings ist dieser Erschließungsvorteil nicht identisch mit dem, was sich im Einzelfall konkret als nützlich und (in Euro und Cent messbar) Wert steigernd erweist. Abzustellen ist vielmehr darauf, dass die Gemeinde eine (Anbau-)Straße herstellt, die infolge der räumlich engen Beziehung zu bestimmten Grundstücken von diesen aus eine auf ihre bauliche (oder vergleichbare) Nutzbarkeit ausgerichtete, gleichsam qualifizierte Inanspruchnahmefähigkeit eröffnet und deren Eigentümern dadurch einen – im Verhältnis zu nicht individualisierbaren Dritten – Sondervorteil vermittelt (beitragsrechtlicher Vorteilsbegriff).

In den §§ 127 ff. BauGB hat der Gesetzgeber angeordnet, dass die Gemeinden zur Deckung der ihnen durch die erstmalige Herstellung namentlich von zum Anbau bestimmten Straßen entstandenen Aufwendungen von den durch die Erschließung Begünstigten nach feststehenden Regeln Erschließungsbeiträge erheben müssen. Durch diese grobe Skizzierung der Rechtslage ist der Aufbau des Erschließungsbeitragsrechts im Sinne einer rechtslogischen Abfolge vorgegeben: Der Auflistung der entstandenen beitragsfähigen Aufwendungen (Aufwendungsphase) folgt zunächst die Ermittlung der Begünstigten, auf die diese Aufwendungen zu verteilen sind (Verteilungsphase), und sodann die Erhebung der auf sie entfallenden Beiträge (Erhebungs- oder Heranziehungsphase).

Gegenstand erschließungsbeitragsrechtlicher Abrechnungen sind die Kosten der erstmaligen Herstellung von – soweit hier von Interesse – „öffentlichen zum Anbau bestimmten Straßen“ (§ 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB). Deshalb beginnt die Aufwendungsphase mit der Bestimmung dessen, was eine – wie hinzuzufügen ist – selbständige öffentliche zum Anbau bestimmte Straße ist. Dieser Begriff „Straße“ ist ein erschließungsbeitragsrechtlicher Begriff. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Straßenzug eine selbständige (einzelne) Erschließungsstraße ist oder aus mehreren Anlagen besteht, kommt es nicht auf eine Straßenbezeichnung an. Vielmehr ist, ausgehend von einer natürlichen Betrachtungsweise, maßgebend auf das Erscheinungsbild abzustellen. Zum Anbau bestimmt ist eine selbständige – kraft einer entsprechenden straßenrechtlichen Widmung dem allgemeinen

Gebrauch zugängliche und deshalb öffentliche – Verkehrsanlage, wenn an ihr tatsächlich gebaut werden kann und rechtlich gebaut werden darf. Trifft das zu, ist zu prüfen, ob die an einer solchen Straße durchgeführte Ausbaumaßnahme zu deren erstmaliger Herstellung geführt hat, was u.a. voraussetzt, dass diese Anlage nicht vorher schon einmal endgültig hergestellt worden ist. Abschließend ist in der Aufwendungsphase zu untersuchen, ob und ggfs. in welchem Umfang der von der Gemeinde eingesetzte Aufwand beitragsfähig ist, so dass die Feststellung des beitragsfähigen Aufwands das Ergebnis dieser Phase darstellt.

In der zweiten Phase, der Verteilungsphase, wird in einem ersten Schritt der umlagefähige Aufwand errechnet, und zwar durch Abzug des von der Gemeinde zu tragenden Anteils (Gemeindeanteil - § 129 Abs. 1 Satz 3 BauGB) vom zuvor ermittelten beitragsfähigen Aufwand. Sodann ist die Frage zu beantworten, welche Grundstücke – weil erschlossen im Sinne des § 131 Abs. 1 Satz 1 BauGB – bei der Verteilung dieses umlagefähigen Aufwands zu berücksichtigen sind (Berücksichtigungsfrage). Ist diese Frage geklärt, schließt sich die weitere Frage an, mit welchen Beitragsbeträgen die zu berücksichtigenden Grundstücke zu belasten sind (Belastungsfrage); ihre Beantwortung richtet sich nach § 131 Abs. 2 und 3 BauGB in Verbindung mit der in der Erschließungsbeitragsatzung enthaltenen Verteilungsregelung. Als Ergebnis dieser Phase hat der kommunale Mitarbeiter eine Liste erarbeitet, auf deren linker Seite die zu berücksichtigenden Grundstücke und auf deren rechter Seite die diesen Grundstücken zuzuordnenden Beitragsbeträge vermerkt sind.

Diese Liste ist die Grundlage für die dritte Phase, die Heranziehungsphase. Diese Phase ist ausgerichtet auf das eigentliche Ziel des Erschließungsbeitragsrechts, nämlich die Heranziehung der Eigentümer der in der Liste aufgeführten Grundstücke zu den dort ausgewiesenen Beitragsbeträgen. Sie kann erst nach Entstehen der sachlichen Beitragspflichten durchgeführt werden (§ 133 Abs. 2 BauGB). Persönlich beitragspflichtig ist schließlich derjenige, der im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Heranziehungsbescheids Eigentümer des der Beitragspflicht unterliegenden Grundstücks ist (§ 134 Abs. 1 Satz 1 BauGB).

III. Straßenbaubeiträge nach den Kommunalabgabengesetzen⁹

1. Rechtslage bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes

In Preußen hat der Gesetzgeber in Ausübung der ihm durch Art. 4 der Reichsverfassung aus dem Jahre 1871 eingeräumten Gesetzgebungskompetenz das Preußische Kommunalabgabengesetz vom 14.7.1893 (GS S. 152) – PrKAG – erlassen und in diesem Gesetz die Erhebung von Gemeindeabgaben, also von Gebühren und Beiträgen sowie von indirekten und direkten Steuern, geregelt. In § 9 Abs. 1 PrKAG ist bestimmt, dass die Gemeinden „behufs Deckung der Kosten“ für „Veranstaltungen, welche durch das öffentliche Interesse erfordert werden, von denjenigen Grundeigentümern ..., denen hierdurch besondere ... Vorteile erwachsen, Beiträge zu den Kosten der Veranstaltungen erheben“ können. Allerdings verdichtete sich diese Erhebungsbefugnis gemäß § 9 Abs. 2 PrKAG zu einer Erhebungspflicht, wenn „anderenfalls die Kosten, einschließlich der Ausgaben für Verzinsung und Tilgung des aufgewendeten Kapitals, durch Steuern aufzubringen sein würden“.

Gemäß § 10 PrKAG blieb § 15 PrFIG - mit einer hier zu vernachlässigenden Maßgabe - unberührt. Eine Beitragserhebung nach § 9 PrKAG trat also neben eine Beitragserhebung nach § 15 PrFIG oder genauer: sie schloss sich in der Regel an eine solche an. Denn in der Regel beschränkte sich in der Praxis eine Beitragserhebung nach § 9 PrKAG auf Verbesserungs- und Erneuerungsmaßnahmen an öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen¹⁰, für deren Anlegung bereits Beiträge nach § 15 PrFIG erhoben worden waren. Damit hat der preußische Gesetzgeber insbesondere der Erkenntnis Rechnung getragen, dass es mit der Anlegung (erstmaligen Herstellung) einer öffentlichen innerörtlichen Straße und deren Unterhaltung für längstens fünf Jahre nicht sein Bewenden hat, sondern dass jede Straße nach dem Ablauf einer bestimmten Zeit verschlissen ist und einen

⁹ Diese Beiträge werden teilweise Ausbaubeiträge, Straßenausbaubeiträge oder (schlicht) Straßenbaubeiträge genannt. Hier und im Folgenden wird der Begriff „Straßenbaubeiträge“ verwandt.

¹⁰ Vgl. Bauernfeind/Zimmermann, *KAG NRW*, 2. Auflage, 1979, s. 212.

Sanierungsbedarf auslöst, d.h. dass es sich bei der der Gemeinde auch insoweit obliegenden Wegebauast um eine sog. Ewigkeitslast handelt, deren Erfüllung immer wieder einen neuen Ausbau mit entsprechendem Ausbaaufwand erfordert.

In der Ausführungsanweisung zum Preußischen Kommunalabgabengesetz¹¹ geleistet zu werden brauche, sondern je nach Beschluss der Gemeinde auch in Teil- oder Rentenzahlungen entrichtet werden könne. Die Beitragsleistung dürfe sich niemals auf den gesamten Kostenbedarf erstrecken, vielmehr sei der dem öffentlichen Interesse entsprechende Teil des Kostenbedarfs zur Bestreitung durch den Gemeindehaushalt bestimmt. Voraussetzung einer jeden Beitragserhebung war die genaue Durchführung eines streng formalisierten Beitragsverfahrens nach § 9 Abs. 3 PrKAG mit Veröffentlichung des Beitragsbeschlusses, des Planes und des Kostenvoranschlags der Maßnahme, mit Abwicklung des Einwendungsverfahrens und der Schlussbekanntmachung.

In den übrigen Gliedstaaten des Deutschen Reiches waren die straßenbaubeitragsrechtlichen Regelungen stark an die in Preußen angelehnt.

2. Rechtslage nach Inkrafttreten des Grundgesetzes

Gemäß Art. 70 GG haben die Bundesländer das Recht zur Gesetzgebung für das Gemeinderecht und in der Folge auch für die Regelung der kommunalen Abgaben. Gleichwohl haben die Bundesländer nicht umgehend nach Gründung der Bundesrepublik im Jahre 1949 von dieser Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch gemacht. Das führte dazu, dass z.B. in Niedersachsen zunächst preußisches, braunschweigisches, oldenburgisches und schaumburg-lippisches Kommunalabgabenrecht nebeneinander galt¹². Das änderte sich erst, nachdem die Flächenländer¹³ eigene

¹¹ Vgl. dazu im Einzelnen Sonntag, *Das Kommunalabgabengesetz, Ein Führer für Private und Kommunalbeamte*, 1895.

¹² Vgl. dazu Hillmann, *Niedersächsisches Kommunalabgabenrecht*, 3. Auflage, 1987, s. 13.

¹³ Flächenländer sind die Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland ohne die Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg.

Kommunalabgabengesetze mit weitgehend recht detaillierten Bestimmungen zur Erhebung von Straßenbaubeiträgen erlassen hatten, u.a. der Freistaat Bayern den Art. 5 im Kommunalabgabengesetz vom 26.3.1974 (GVBl. S. 109) sowie die Länder Nordrhein-Westfalen den § 8 im Kommunalabgabengesetz vom 21.10.1969 (GVBl. S. 762) und Hessen den § 11 im Gesetz über kommunale Abgaben vom 17.3.1970 (GVBl. S. 225). In diesem Zusammenhang haben die Gesetzgeber die bis dahin geltenden Gesetze aufgehoben; so hat z.B. das Land Nordrhein-Westfalen in § 26 Abs. 2 Nr. 1 KAG das Preußische Kommunalabgabengesetz vom 14.7.1893 ausdrücklich mit Wirkung vom 1.1.1970 außer Kraft gesetzt.

Nach dem Beitritt der Deutschen Demokratischen Republik zum Anwendungsbereich des Grundgesetzes am 3.10.1990 wurden auch in den fünf neuen Bundesländern Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen Kommunalabgabengesetze verabschiedet und durch entsprechende Vorschriften Rechtsgrundlagen für die Erhebung von Straßenbaubeiträgen geschaffen.

3. Grundzüge des Straßenbaubeitragsrechts

Anknüpfungspunkt für eine Erhebung von Straßenbaubeiträgen ist die den Gemeinden durch die jeweiligen Landesstraßengesetze auferlegte Straßenbaulast. Sie erfasst hinsichtlich der öffentlichen zum Anbau bestimmten Straßen (§ 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB) deren Erweiterung und Verbesserung einschließlich Erneuerung. Die gemeindliche Straßenbaulast ist im Verhältnis zu der durch § 123 Abs. 1 BauGB begründeten Erschließungslast als eine andere, eigene Last zu qualifizieren, die sich – da diese Erschließungslast mit der erstmaligen endgültigen Herstellung der betreffenden öffentlichen zum Anbau bestimmten Straße erlischt – kraft des Landesstraßenrechts an diese anschließt. Zum (teilweisen) Ausgleich der Aufwendungen, die den Gemeinden durch beitragsfähige Verbesserungs- und Erneuerungsmaßnahmen – ohne laufende Unterhaltung und Instandsetzung – entstehen, haben die Länder grundsätzlich eine Verpflichtung zur Erhebung von Straßenbaubeiträgen angeordnet, sei es etwa durch Soll-Bestimmungen in Kommunalabgabengesetzen, sei es durch verbindliche haushaltsrechtliche Einnahmebeschaffungsgrundsätze in

Gemeindeordnungen, nach denen eine Deckung der Ausgaben im Gemeindehaushalt durch Steuern ausschließlich nach Ausschöpfung der Möglichkeit einer Beitragserhebung erlaubt ist.

Anders als eine Erhebung von Straßenbaubeiträgen nach preußischem Recht setzt eine Beitragserhebung nach den nunmehr geltenden Kommunalabgabengesetzen in allen Bundesländern eine Satzung voraus, und zwar eine Satzung, die – wie es beispielsweise in § 2 Abs. 1 Satz 2 KAG NRW heißt – „den Kreis der Abgabeschuldner, den die Abgabe begründenden Tatbestand, den Maßstab und den Satz der Abgabe sowie den Zeitpunkt ihrer Fälligkeit“ angibt. Angesichts dessen korrespondiert die Verpflichtung zur Erhebung von Straßenbaubeiträgen mit einer Verpflichtung zum Erlass einer Straßenbaubeitragssatzung. Denn ohne eine Satzung könnte die Verpflichtung zur Erhebung von Straßenbaubeiträgen nicht realisiert werden. Bei der geforderten Angabe des Kreises der Beitragsschuldner in der Satzung sind die Gemeinden jedoch nicht frei. Vielmehr sind sie an die Vorgaben in den Kommunalabgabengesetzen gebunden, dass Beitragsschuldner regelmäßig nur Grundstückseigentümer sein können und an ihre Stelle für den Fall, dass das Grundstück mit einem Erbbaurecht belastet ist, der Erbbauberechtigte tritt (vgl. etwa § 8 Abs. 2 Satz 3 KAG NRW).

Durch die einschlägigen gesetzlichen Normen ist der Aufbau des Straßenbaubeitragsrechts im Sinne einer rechtslogischen Abfolge vorgegeben: Nach der Auflistung des durch eine beitragsfähige Ausbaumaßnahme (vornehmlich Verbesserung oder Erneuerung) entstandenen beitragsfähigen Aufwands folgt zunächst eine Aufteilung dieses Aufwandes auf die Gemeinde als Repräsentantin der Allgemeinheit (Gemeindeanteil) sowie auf die durch die jeweilige Ausbaumaßnahme besonders bevorteilten Grundstückseigentümer. Diese Grundstückseigentümer sind sodann nach bestimmten (Maßstabs-)Regeln mit Anteilen an dem sich nach Abzug des Gemeindeanteils vom beitragsfähigen Aufwand verbleibenden umlagefähigen Aufwand (rechnerisch) zu belasten und von ihnen sind schließlich diesen Belastungen entsprechende Beiträge zu erheben. Demgemäß ergeben sich im Straßenbaubeitragsrecht ebenso wie im Erschließungsbeitragsrecht drei rechtslogisch aufeinanderfolgende Phasen, nämlich – erstens – die Aufwendungsphase, - zweitens – die Verteilungsphase

und – drittens – die (Erhebungs- oder) Heranziehungsphase; insoweit kann auf die Ausführungen zum Erschließungsbeitragsrecht verwiesen werden.

In diesem Zusammenhang sei jedoch nochmals auf den entscheidenden Unterschied zwischen dem Erschließungs- und dem Straßenbaubeitragsrecht hingewiesen: Das Erschließungsbeitragsrecht erfasst ausschließlich die erstmalige endgültige Herstellung einer – soweit hier von Interesse – öffentlichen zum Anbau bestimmten (innerörtlichen) Straße. Ist eine solche Verkehrsanlage erstmals endgültig hergestellt im Sinne des § 133 Abs. 2 BauGB, endet die diese Anlage betreffende Erschließungslast und ist sie aus dem Anwendungsbereich des Erschließungsbeitragsrechts entlassen. Diese Verkehrsanlage fällt nunmehr in die gemeindliche Straßenbaulast und ihr weiteres beitragsrechtliches Schicksal richtet sich ab jetzt auf unabsehbare Zeit und in diesem Sinne sozusagen unendlich nach dem Straßenbaubeitragsrecht. Regelmäßig überdauert eine innerörtliche Verkehrsanlage nicht nur Jahrzehnte, sondern mehrere Jahrhunderte. Während dieser gesamten Zeit („Lebensdauer“) unterliegt sie ständig einem Verschleiß; bei einer bestimmungsgemäßen Nutzung tritt ein solcher Verschleiß regelmäßig etwa 30 Jahre nach ihrer erstmaligen Herstellung bzw. Verbesserung oder Erneuerung mit der Folge ein, dass sie nach Ablauf dieses Zeitraums immer wieder einen Sanierungsbedarf mit entsprechenden Ausbaukosten auslöst. Während also die Erschließungslast lediglich die Verpflichtung zu einem einmaligen Ausbau (erstmalige Herstellung), also gleichsam ein Einmallas begründet, ist die Straßenbaulast auf eine unabsehbare Vielzahl von Ausbaumaßnahmen (Verbesserungen, Erneuerungen, Erweiterungen) über einen unabsehbaren Zeitraum ausgerichtet, sie begründet mithin eine Ewigkeitslast.

IV. Abschaffung der Straßenbaubeiträge

1. Bewegung zur Abschaffung der Straßenbaubeiträge und deren (gegenwärtige) Ergebnisse

In den Jahren 2018/2019 erreichte eine Bewegung ihren Höhepunkt, die im Wesentlichen initiiert und finanziert von Grundeigentümervertretungen sowie getragen von einer Vielzahl sog. Bürgerinitiativen und

sonstiger Vereinigungen das Ziel einer Abschaffung (nicht der Erschließungsbeiträge, sondern gerade) der Straßenbaubeiträge mit großem Nachdruck betrieben hat. Begründet wurde dieses Ziel weitgehend damit, die Bürger müssten von Beitragsbelastungen befreit werden. Dazu ist klarzustellen: Straßenbaubeiträge werden in Deutschland – wie zuvor dargestellt – schon von jeher ausschließlich von Grundeigentümern (bzw. Erbbauberechtigten), nicht aber von Mietern oder von durch ein Nießbrauchrecht zum Wohnen berechtigten Personen erhoben. Zwar ist jeder Grundeigentümer ein Bürger, nicht aber jeder Bürger ein Grundeigentümer. Beispielsweise in Berlin sind lediglich etwa 15 % der Bürger Grundeigentümer. In rein ländlichen Regionen mag sich die Anzahl der Grundeigentümer gelegentlich der Anzahl der Bürger annähern, doch ändert das nichts daran, dass das in städtischen Regionen regelmäßig völlig anders ist. Die Annahme, alle Bürger würden durch Straßenbaubeiträge belastet, ist deshalb schlicht unzutreffend. Bei den von den Verfechtern einer Abschaffung der Straßenbaubeiträge jeweils angestrebten Gesetzen geht es dementsprechend nicht um alle Bürger begünstigende Gesetze, sondern um Gesetze zur Entlastung einzig der Grundeigentümer, d.h. um Grundeigentümerentlastungsgesetze.

Die Gesetzgeber in den einzelnen Bundesländern haben ganz unterschiedlich auf den durch die Abschaffungsbefürworter auf sie ausgeübten Druck reagiert: Eine Gruppe von Ländern hat diesem Druck (vor Landtags- oder Kommunalwahlen) stattgegeben; dazu zählen außer Bayern Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Thüringen. Eine zweite Gruppe hat zwar nicht die Straßenbaubeiträge, sondern nur die Pflicht zur Erhebung von Straßenbaubeiträgen abgeschafft; zu diesen Ländern gehört Hessen sowie – im Ergebnis – Niedersachsen und Schleswig-Holstein. Eine dritte Gruppe hat sich dafür entschieden, an der Beitragserhebungspflicht festzuhalten, das Straßenbaubeitragsrecht aber zu modernisieren; zu dieser Gruppe rechnet vor allem das Land Nordrhein-Westfalen. In den Ländern Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt steht gegenwärtig noch eine abschließende Entscheidung aus.

2. Einzelne Einwände gegen den Straßenbaubeitrag

Namentlich der Gesetzgeber in Brandenburg hat sich zur Begründung

seiner Abschaffungsentscheidung einzig auf „zunehmende Akzeptanzprobleme bei den Betroffenen für Straßenbaubeitragserhebungen“¹⁴ berufen. Bei dieser Begründung hat er offenbar übersehen, dass die mangelnde Akzeptanz einer öffentlichen Abgabe kein Rechtfertigungsgrund für deren Abschaffung ist. Wäre das anders, müssten nahezu alle öffentlichen Abgaben abgeschafft werden, allen voran die Lohn- und Einkommensteuer.

Die Bereitstellung jederzeit nutzbarer Straßen zähle – so wird geltend gemacht – zur Daseinsvorsorge des Staates, deshalb könnten für eine solche Leistung keine Beiträge erhoben werden. Die diesem Argument zugrundeliegende These, der Daseinsvorsorge zuzurechnende Leistungen des Staates müssten unentgeltlich erbracht werden, findet im geltenden Recht keine Grundlage; einen Rechtssatz mit einem solchen Inhalt gibt es nicht. Im Gegenteil sind für derartige Leistungen in Deutschland in aller Regel – sozial verträgliche – Entgelte zu entrichten, sei es beispielsweise für die Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung (Beiträge), für die Straßenreinigung und die Müllabfuhr (Gebühren) oder für die Energieversorgung und u.a. den öffentlichen Personennahverkehr (sonstige Entgelte).

Es treffe nicht zu – so wird weiter eingewandt -, dass Eigentümer von Grundstücken an einer verschlissenen Straße, an der eine beitragsfähige Verbesserungs- oder Erneuerungsmaßnahme durchgeführt wird, durch einen solchen Ausbau in besonderer, eine Beitragserhebung rechtfertigender Weise bevorteilt würden. Dieses Vorbringen überzeugt nicht. Ob der Gebrauchswert solcher Grundstücke durch einen beitragsfähigen Ausbau der betreffenden Verkehrsanlage steigt und damit deren Eigentümer bevorteilt werden, lässt sich – alle juristischen Überlegungen zum beitragsrechtlichen Vorteilsbegriff hintangestellt¹⁵ - ganz einfach durch eine Gegenprobe beantworten: Baut die Gemeinde eine zum Anbau bestimmte, verschlissene Straße nicht aus, sondern lässt sie gleichsam „verrotten“, werden nach Ablauf einer gewissen Zeit Straße und angrenzende Grundstücke – nahezu – unbenutzbar, jedenfalls sinkt der Gebrauchswert dieser Grundstücke und

¹⁴ LT-Drucksache 6/10943, s. 3.

¹⁵ Vgl. dazu im Einzelnen u.a., Driehaus in *NWVBl*, 2017, s. 98.

erleiden deren Eigentümer dadurch einen Nachteil. Saniert die Gemeinde dagegen die Straße rechtzeitig, wird nicht nur der Eintritt eines solchen Nachteils vermieden, sondern es wird durch die gebotene Inanspruchnahmöglichkeit der nunmehr verbesserten oder erneuerten Straße dieser Gebrauchswert im Verhältnis zum Gebrauchswert während des Zeitraums des Verschlissenseins der Straße erhöht.

Im Übrigen werden die Eigentümer der an die ausgebaute Straße angrenzenden Grundstücke nicht nur durch den in den letzten Jahren typischerweise erheblich gestiegenen Bodenwert, sondern auch dadurch begünstigt, dass die Rechtsordnung ihnen – und nur ihnen – einen über den Gemeingebrauch hinausgehenden sog. Anliegergebrauch an dieser Straße insoweit gewährleistet, als eine angemessene Nutzung des Grundeigentums oder die Ausübung oder Fortführung eines Gewerbebetriebs die Benutzung dieser Straße erfordern. Dadurch ist ein spezifisches Verhältnis zwischen diesen Grundeigentümern und „ihrer“ Straße begründet, sind diese Grundeigentümer aus dem Kreis der Allgemeinheit hervorgehoben. Finanziell werden diese Grundeigentümer durch die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs¹⁶ noch dadurch entlastet, dass sie für den Fall einer Vermietung oder Verpachtung des betreffenden Grundstücks die Straßenbaubeiträge als sofort abziehbare Werbungskosten anerkennt.

Richtig ist, dass die Eigentümer (einschließlich ihrer Familien) der Grundstücke, die an die ausgebaute Straße angrenzen, nicht die einzigen Benutzer dieser Straße sind, sie vielmehr überdies von Mietern, Besuchern und anderen Personen in Anspruch genommen wird, und es deshalb nicht gerechtfertigt wäre, diesen Eigentümern allein die gesamten Ausbaurkosten aufzubürden. Davon kann indes nach dem geltenden Straßenbaubeitragsrecht auch keine Rede sein. Auf die Inanspruchnahme der ausgebauten Straße durch derartige „Dritte“, d.h. die Allgemeinheit, reagiert dieses Recht dadurch, dass es den betreffenden Grundeigentümern ausschließlich einen Anteil an den für die Sanierung „ihrer“ Gemeindestraße entstandenen Ausbaurkosten auferlegt. Dieser Anteil, der sog. Eigentümeranteil, ent-

¹⁶ BFH, u.a. Urteil vom 22.3.1994 – IX R 109/90 – BFHE 175, s. 31.

spricht der Höhe nach dem Umfang der von ihren Grundstücken voraussichtlich ausgelösten Inanspruchnahme der Straße im Verhältnis zur voraussichtlichen Inanspruchnahme durch die Allgemeinheit. Je mehr nach den Regeln der Wahrscheinlichkeit die Straße von den angrenzenden Grundstücken aus in Anspruch genommen wird, desto höher ist der Eigentümeranteil und – korrespondierend – desto geringer der Anteil der Allgemeinheit. Umgekehrt ist der Eigentümeranteil an den entstandenen Ausbaukosten desto geringer je mehr die ausgebaute Straße nach den Regeln der Wahrscheinlichkeit von der Allgemeinheit in Anspruch genommen wird. Das führt dazu, dass die Grundeigentümer im Durchschnitt, d.h. bei Berücksichtigung aller Straßenarten (Anlieger-, Haupteerschließungs- und Durchfahrtsstraßen), lediglich einen Anteil von ca. 50 % der Ausbaukosten von innerörtlichen Gemeindestraßen zu übernehmen haben und die übrigen ca. 50 % von der Allgemeinheit, also den anderen Einwohnern der Gemeinde als sog. Gemeindeanteil zu tragen sind.

Einzuräumen ist schließlich, dass in seltenen Ausnahmefällen ein Straßenbaubeitrag die Größenordnung eines mittleren fünfstelligen Euro-Betrages oder gar mehr erreicht. Das betrifft allerdings nicht Eigentümer kleinerer, einzig mit einem Eigenheim bebauter Grundstücke, sondern regelmäßig nur eher wohlhabende Eigentümer von großflächigen, intensiv z.B. gewerblich genutzten Grundstücken. Denn der Anteil an dem für eine beitragsfähige Ausbaumaßnahme angefallenen Aufwand, der von den Eigentümern zu tragen ist (Eigentümeranteil), wird typischerweise nach dem sog. Vollgeschossmaßstab auf die anliegenden Grundstücke verteilt. Das ist ein Maßstab, der ausschlaggebend abstellt auf die Größe dieser Grundstücke sowie Art und Maß von deren baulicher Ausnutzbarkeit, also auf Faktoren, die von Einfluss sind auf den Umfang der wahrscheinlichen Inanspruchnahme der ausgebauten Straße von den jeweiligen Grundstücken aus. Auf diese Weise knüpft die Höhe des auf jedes einzelne Grundstück entfallenden Beitrags an den Umfang der von diesem Grundstück ausgelösten Inanspruchnahme der ausgebauten Straße an. Löst ein Grundstück nach den Regeln der Wahrscheinlichkeit eine höhere Inanspruchnahme der Verkehrsanlage aus als ein anderes, so entfällt auf Ersteres ein höherer Beitrag als auf Letzteres. Sollte gleichwohl in einem Einzelfall eine Beitragserhebung zu einer unbilligen persönlichen o-

der sachlichen Härte führen, begründen teilweise recht großzügige gesetzliche Regelungen Erleichterungen für den Beitragsschuldner von Stundungen über Ratenzahlungen bis zu (ggfs. teilweisen) Beitragserlassen. Das schließt – anders als Befürworter einer Abschaffung des Straßenbaubeitrags glauben machen wollen – in der Praxis eine übermäßige Belastung von Grundeigentümern aus, schließt insbesondere aus, dass sich Grundeigentümer zur Begleichung einer Beitragsschuld von ihrem Grundstück trennen müssen.

Bei allen Problemen, die die Erhebung von Straßenbaubeiträgen seit jeher mit sich bringt, sind diese Beiträge – so lautet das Fazit von Große Verspohl am Schluss einer eingehenden Untersuchung¹⁷ - „entgegen der teilweise in der politischen Diskussion vorgebrachten Meinung die gerechteste Lösung zur Finanzierung des gemeindlichen Straßenausbaubedarfs. Die vielfach gegen Straßenbaubeiträge vorgebrachten Argumente sind weder rechtlich überzeugend noch halten sie einer Prüfung im Hinblick auf Gerechtigkeitserwägungen stand“. Angesichts dessen ist es wenig erstaunlich, dass weder die Verfechter einer Abschaffung des Straßenbaubeitrags einen sachlichen Grund hierfür nennen können noch ein solcher sonst wie auch nur ansatzweise zu erkennen ist.

3. Verbleibende gemeindliche Straßenbaulast und Konnexitätsprinzip

Die innerörtlichen, zum Anbau bestimmten Gemeindestraßen unterliegen – wie bereits betont – u.a. nach ihrer erstmaligen und vom Erschließungsbeitragsrecht erfassten Herstellung einem Verschleiß. Da diese Straßen nach ihrer Entlassung aus der Erschließungslast (§123 Abs. 1 BauGB) auf unabsehbare Zeit in der Straßenbaulast der Gemeinde verbleiben, entstehen die zur Deckung der Ausbaukosten aller an ihnen erforderlich werdenden Sanierungsarbeiten bei der Gemeinde, allerdings – nach einer Abschaffung des Straßenbaubeitrags – ohne (teilweise) Abwälzungsmöglichkeit dieser Kosten. Das hat erhebliche Mehrkosten der Gemeinden zur Folge.

¹⁷ Große Verspohl in *KommP BY*, 2010, s. 337.

In den Landesverfassungen aller durch Abschaffungsgesetze betroffenen Bundesländer ist – wenn auch mit geringfügig unterschiedlichen Formulierungen – das sog. Konnexitätsprinzip verankert. Aus diesem verfassungsrechtlich verbürgten Prinzip lässt sich der Grundsatz herleiten, für den Fall, dass eine Veränderung landesrechtlicher Bestimmungen zu einer wesentlichen Belastung der Gemeinden führt, sei vom jeweiligen Land „ein entsprechender finanzieller Ausgleich zu schaffen“¹⁸. Dementsprechend sind in den Abschaffungsgesetzen Regelungen getroffen worden, in denen sich die jeweiligen Länder dazu verpflichtet haben, den Gemeinden die durch Beitragsausfälle entstehenden Mehrbelastungen nach bestimmten Regeln für bestimmte Zeiten zu erstatten. Jedoch ist zweifelhaft, ob diese Regelungen den Anforderungen genügen, die das verfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip an sie stellt. Das soll hier nicht vertieft werden. Vielmehr soll hier lediglich das entscheidungserhebliche Merkmal „entsprechender (finanzieller) Ausgleich“ beleuchtet werden, um zu verdeutlichen, anhand welcher Kriterien diese Frage zu beantworten sein dürfte. Dieses Merkmal dürfte durch die drei folgenden Komponenten gekennzeichnet sein, nämlich – erstens – eine seine Höhe, - zweitens – eine seine Dauer und – drittens eine seine Sicherheit betreffende Komponente.

Für die Ermittlung der Höhe des Ausgleichs dürfte der Gesetzgeber – da insoweit die Angabe eines exakten Betrags im Zeitpunkt der Verabschiedung eines Abschaffungsgesetzes nicht möglich sein wird – gehalten sein, eine verfahrensfehlerfreie Prognose der kommunalen Belastung zugrunde zu legen. Eine solche Prognose kann sich nicht orientieren an irgendwelchen in der Vergangenheit erhobenen Beiträgen, sondern muss abstellen auf den zukünftigen Ausbaubedarf. Es ist also zu ermitteln, um welchen Betrag es für die zukünftige Finanzierung des gemeindlichen Straßenbaus jährlich geht.

Bei der Komponente „Dauer“ des Ausgleichs ist davon auszugehen, dass den Gemeinden als Trägern der Straßenbaulast – wie bereits gesagt - die zeitlich unbeschränkte Aufgabe der Sanierung der Gemeindestraßen

¹⁸ Vgl. u.a. Art. 83 Abs. 3 Satz 2 BayVerf, Art. 97 Abs. 3 Satz 3 BbgVerf, und Art. 72 Abs. 3 Satz 2 M-PVerf.

verbleibt, sie also diese Ewigkeitslast auf unabsehbare Zeit weiterhin tragen müssen, und zwar – anders als zuvor – ohne (teilweise) Abwälzungsmöglichkeit der dafür entstehenden Kosten. Ein entsprechender finanzieller Ausgleich für den Verlust dieser Abwälzungsmöglichkeit muss folglich – wie dieser Verlust selbst – auf eine Ewigkeit ausgerichtet sein, was zugleich die Verpflichtung enthält, die Höhe der Ausgleichszahlungen von Zeit zu Zeit den jeweiligen Verhältnissen anzupassen, d.h. die seinerzeit erstellte Prognose (etwa infolge steigender Preise) nachzubessern.

Schließlich dürfte das Merkmal „entsprechender (finanzieller) Ausgleich“ eine die beiden zuvor skizzierten Komponenten betreffende Sicherheitskomponente einschließen, d.h. die Höhe und die zeitliche Dauer des Ausgleichs müssen in einer Weise gesichert sein, die der Sicherheit nahekommt, die die Mehrbelastung (Verlust der Abwälzungsmöglichkeit) aufweist, die durch die Kompensation sozusagen behoben werden soll. Dazu dürfte grundsätzlich erforderlich sein, dass im Abschaffungsgesetz selbst ein Junktim zwischen Abschaffung der Abwälzungsmöglichkeit und dem Ausgleich für die dadurch begründete Mehrbelastung hergestellt wird. Dazu dürfte eine Ermächtigung im Abschaffungsgesetz, ein Ministerium solle durch Rechtsverordnung irgendwann irgendwelche Bestimmungen zur Durchführung eines Ausgleichsverfahrens erlassen, nicht ausreichen.

Schlussbetrachtung

Eine Abschaffung der Straßenbaubeiträge ist zweifellos kein geeignetes Instrument zur Finanzierung der Sanierungskosten von innerörtlichen Gemeindestraßen: Solche Straßen unterliegen seit jeher nach ihrer Anlegung (erstmalige Herstellung) sowie ihrer späteren Verbesserung oder Erneuerung einem Verschleiß, dieser Verschleiß löst nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums einen Sanierungsbedarf aus und dadurch entstehen die zur Deckung dieses Bedarfs erforderlichen Ausbaurkosten bei der Gemeinde. Nach wie vor stellt sich die Frage, ob es gerechtfertigt ist, diejenigen, die in besonderer Weise von dem Erhalt und der Sanierung dieser Straßen profitieren, an den Kosten zu beteiligen. Während diese Frage über Jahrhunderte mit guten Gründen bejaht worden ist, wird sie in jüngster Zeit – gezielt und gelenkt vor allem durch finanzstarke Eigentümervertretungen – ohne sachlich neue Erkenntnisse verneint, um auf

diese Weise auch den bisher von den Eigentümern getragenen Anteil an entstandenen Ausbaurkosten auf die Allgemeinheit abzuwälzen.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass das Straßenbaubeitragsrecht selbst in den Bundesländern noch auf unabsehbare Zeit von großer Bedeutung sein wird, in denen der Straßenbaubeitrag abgeschafft worden ist. Entsprechend dem verfassungsrechtlich verankerten Konnexitätsprinzip sind diese Länder – wie dargelegt – verpflichtet, den Gemeinden die durch die Abschaffungsgesetze ausfallenden Beträge zu erstatten. In den entsprechenden Erstattungsanträgen haben die Gemeinden deshalb nachzuweisen, welche Straßenbaubeiträge ihnen auf der Grundlage der bisherigen landes- und ortsrechtlichen Regelungen ohne die Abschaffung der Straßenbaubeiträge entstanden wären. Diese Regelungen, die zuvor Grundlage für die (Beitrags-)Ansprüche der Gemeinden gegen die bevorteilten Grundeigentümer waren, bilden nunmehr die Grundlage für die Erstattungsansprüche der Gemeinden gegen die betreffenden Länder. Nach wie vor ist Voraussetzung für das Entstehen der Höhe nach bestimmter (Beitrags- wie Erstattungs-)Ansprüche zunächst die Durchführung nach Maßgabe dieser Regelungen beitragsfähiger Ausbaumaßnahmen wie etwa Verbesserungen oder Erneuerungen. Ferner müssen nach diesen Regelungen die beitragsfähigen Aufwendungen und der im Einzelfall richtige, weil vorteilsentsprechende Gemeindeanteil ermittelt und sodann der umlagefähige Aufwand errechnet werden. Kurzum: Werden durch die jeweiligen Länder Ausgleichsbeträge zur Verfügung gestellt, die den Anforderungen des Konnexitätsprinzips genügen, ändern sich durch die Abschaffung der Straßenbaubeiträge in der Sache nur zwei Dinge: Die den Gemeinden zufließenden Beträge zur Kompensation der ihnen durch beitragsfähige Ausbaumaßnahmen entstehenden Kosten werden – erstens – nicht mehr Beiträge, sondern Erstattungsbeträge genannt und die Gemeinden haben – zweitens – diese Beträge nicht mehr von den bevorteilten Grundeigentümern, sondern vom Land und damit von der Allgemeinheit einzufordern.

ÖZET

Şehir içi yol inşaatı ve bu yolların bakımı her zaman belediyeler için ağır bir yük olmuştur. Bu yüzden henüz Roma İmparatorluğu döneminde dahi, yola komşu olan taşınmaz sahiplerinin yol inşa masraflarına katılmalarına ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır. Bu uygulama yüzyıllarca sürmüştür: Alman İmparatorluğu'nun 1871'deki kuruluşundan sonra ilk olarak Prusya federe devleti, taşınmaz sahiplerinin kamuya açık şehir içi yol inşalarına katılmalarına yönelik yasal düzenlemeler yapmıştır (Komşu katkı kanunu). 1949 yılında kurulan Almanya Federal Cumhuriyeti'nde ise komşu katkısı hakkında kanun çıkartma yetkisi federal hükümete verilmiştir. Bu yetkinin kullanılması ile oluşturulan Federal Yapı Kanunu yürürlüğe girdi ve -şu anda kalkınma ücretleri yasası olarak bilinen- komşu katkı kanunu yeniden düzenlendi. Küçük değişikliklerle bu düzenlemeler günümüzde de hala yürürlüktedir.

Zaman içinde, genel bir şehir içi yolun inşasının (ilk inşaat) sürecin sonu olmadığı, aksine her yolun belirli bir süre sonra yıprandığı, yenilenmesine ihtiyaç duyulduğu görüldü. Bu sürecin yolun ömrü boyunca sürekli olarak tekrarlandığı fark edildi. Bunu göz önünde bulundurarak, Prusya federe devlet kanun koyucusu 1893 yılında yol inşaatı katkı yasasını oluşturdu ve böylece belediyelerin şehir içi yolların onarım (iyileştirmesi, yenilenmesi) maliyetlerini taşınmaz sahiplerine devretmesi sağlandı. Federal cumhuriyetin kuruluşundan sonra eyaletler oluşan bu hukuki duruma bağlı kalarak yerel vergi kanunlarına tabi belediyelerin, eşit davranma yükümlülüğü ilkesi ile uyumlu şekilde, yolların yenilenmesi amacıyla doğan maliyetlerin ortalama yaklaşık %50'sini böyle bir iyileştirmeden öncelikli olarak faydalanacaklara devretmesini sağladı. Burada masraflara katlanacak olan taşınmaz sahipleri, gelişmiş bir yola komşu taşınmaz sahipleri dirler. Çünkü bu taşınmazların kullanım değeri büyük ölçüde yolun durumuna bağlıdır.

Yakın zamanda, ekonomik açıdan güçlü taşınmaz sahibi temsilcileri, eyalet yasama organlarına yol inşaatı katkılarını kaldırmaları için büyük bir baskı uygulamışlardır. Her ne kadar katkının kaldırılmasını savunanlar herhangi bir gerekçe sunmasalar da eyalet kanun koyucuları (eyalet veya yerel seçimlerden önce) baskılara boyun eğmiş ve yol yapım katkılarını kaldırmışlardır. Bu eyaletlerde -diğer tüm eyaletlerde olduğu gibi- temel ilke, eyalet kanunlarındaki kararların değiştirilmesi yoluyla daraltılmıştır. Belediyeler için önemli bir ek yük doğması halinde, ilgili taşınmaz sahibinden uygun finansal tazminat istenebileceği

kararlaştırılmıştır ("bağlantılılık prensibi" olarak adlandırılır). Yol inşaatı katkılarının kaldırılması, belediyeleri, maruz kaldıkları yenileme masraflarının bir kısmından kurtulma fırsatından mahrum bırakmıştır. Bu durum -yol yapım masrafları değişmediğinden- onlar için önemli bir ek yük oluşturmaktadır. Taşınmaz sahiplerinin sorumluluklarının kaldırılmasını amaçlayan tazminat düzenlemelerinin, anayasal bağlantı ilkesinin gereksinimlerini karşılayıp karşılamadığı ise şüphelidir.

TELİF HAKLARI VE KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİ URHEBERRECHTE UND KNEBELUNGSVERTRÄGE

Doç. Dr. İrfan AKIN* / Araş. Gör. Zehra Büşra KAYAÖZÜ*

ÖZ

Kariyerlerinin başında kendilerine sunulan sözleşmeleri imzalayan sanatçı veya yazarlar, daha sonra bu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerden dolayı büyük sıkıntılar yaşamaktadır. Sözleşme hükümleri tek tek incelendiğinde bir sorun oluşturmamasına rağmen, hükümlerin fiili durum ile uyumsuz olmaları veya birbirleri ile etkileşimi sonucu sözleşmenin uygulanmasının eser sahibi bakımından katlanılmaz bir hal aldığı durumlarda, kelepçeleme sözleşmeleri kapsamında getirilen imkân doğrultusunda bu sözleşmelerin geçersizliği ileri sürülebilecektir. Eser sahiplerinin kişisel ve ekonomik özgürlüklerini ciddi anlamda sınırlandıran bu tür sözleşmelerin geçersizliğinin ileri sürülebilmesi için kelepçeleme sözleşmeleri kavramı altında ortaya konan şartların somut olay bakımından gerçekleşmesi ve ispatlanması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Eser sahibi, telif hakları, kelepçeleme sözleşmesi, ahlaka aykırılık, sözleşmenin geçersizliği

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (akin@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-7478-1458
* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (kayaozu@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-9520-086X

COPYRIGHT AND CLAMPING CONTRACTS

ABSTRACT

The artists or writers who signed the contracts submitted to them at the beginning of their careers have great difficulties due to the obligations arising from these contracts. Although the contract terms are not a problem when examined one by one, in case they are incompatible with the actual situation or the interaction of the terms with each other, the invalidity can be claimed in line with the opportunity brought under the clamping contracts. In order to claim the invalidity of such contracts, which seriously limit the personal and economic freedoms of the authors, the conditions under the concept of clamping contracts must be fulfilled in terms of concrete events.

Keywords: *Author, copyright, clamping contract, morality, invalidity of contract*

GİRİŞ

Kariyerlerinin başında henüz yeterli hayat tecrübesine ve mali imkanlara sahip bulunmayan sanatçılar, imzaladıkları sözleşmeler ile gelecekte elde edebilecekleri mali haklarını devretmektedirler. Bazı durumlarda imzalanan bu sözleşmeler, eser sahibinin devrettiğini düşündüğü hakların çok ötesinde ağır sonuçlar doğurmaktadır. Eser sahipleri imzaladıkları bu sözleşmeler ile uzun yıllar üretkenliklerini, kişisel ve ekonomik özgürlüklerini ciddi anlamda yitirmektedir. Bu süreçte kendi tercihlerini hayata geçirememelerinin ve yapımcıların gelir odaklı yaklaşımlarının beraberrinde getirdiği sıkıntılar, yeni eserlerin verilmesi önündeki en büyük engel olmaktadır. Bu tür sözleşmelerin kelepçeleme sözleşmesi başlığı altında ortaya konan şartları taşıması halinde, ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizlikleri ileri sürülebilecektir.

Telif haklarının devrine ilişkin kelepçeleme sözleşmeleri incelendiğinde, sözleşme maddelerinin eser sahibine özgürlük alanı tanıy şekilde hazırlandığı izlenimi oluşmaktadır. Ancak sözleşmenin uygulanması sürecinde, düzenlenen birçok başlığın ilgili sektörün gerçekleriyle uyumlu olmadığı ve eser sahibinin haklarını elde etmesinin neredeyse imkânsız olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır. Bu durumun tespit edilerek sözleşmenin geçersizliğine ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek, bütüncül ve sektörün gerçeklerine uygun bir inceleme ile mümkün olmaktadır.

A. SÖZLEŞME SERBESTİSİ VE SINIRLARI

1. Sözleşme Serbestisi

Türk Borçlar Kanunu'nun temel ilkelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesine göre kişiler istedikleri sözleşmeyi, istedikleri kişilerle ve içerikle geçerli olarak akdetmek konusunda serbesttirler¹. Bu bakımdan

¹ Sözleşme özgürlüğüne ilişkin tanımlar için bkz. Turhan Esener, *Borçlar Hukuku, Cilt I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği*, Ankara, 1969, s. 193; Hasan Erman, "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", *İÜHFM*, Cilt XXXVIII, Sayı 1-4, s. 601; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk

sözleşme özgürlüğünün kapsamında kişinin bir sözleşme akdetme ve sözleşmenin karşı tarafını belirleme özgürlüğünün yanı sıra sözleşmenin içeriğine karar verme özgürlüğü de bulunmaktadır².

Belirtilmesi gerekir ki sözleşme özgürlüğü her ne kadar borçlar hukukunda mutlak surette kabul edilse de kişilere sınırsız bir serbesti tanıamaktadır. Sözgelimi, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne sahip oldukları kabul edilen sözleşme taraflarının, bu özgürlüklerini ancak kanunun belirlediği sınırlar dahilinde kullanmaları mümkündür. Söz konusu kanuni sınırlamalar ise Türk Borçlar Kanunu'nun 26 ve 27. maddelerinde hükme bağlanmıştır.

2. Sözleşme Serbestisinin Sınırları

TBK m. 26'da yer alan "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*" düzenlemesi ile sözleşme içeriğine ilişkin özgürlüğün bulunduğu ancak bunun sınırsız olmadığı belirtilmiştir. TBK m. 27'de ise "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*" denilerek sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarına yer verilmiştir. Böylece emredici hukuk kurallarına aykırılık, kamu düzenine aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, genel ahlak ve adaba aykırılık, hukuka aykırılık ve imkânsızlık halleri genel olarak sözleşme

Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 362 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Ankara, 2018, s. 316 vd; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 16. Bası, İstanbul, 2018, s. 23.

² Doktrinde sözleşme özgürlüğünün muhtevasına yönelik yapılan klasik tasnife göre bahsettiğimiz sözleşme akdetme özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını tayin etme özgürlüğü ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne ek olarak sözleşmenin şekline karar verme özgürlüğünü, sözleşmenin hükümlerini yenileme özgürlüğünü ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünü de kapsamaktadır. Buna ilişkin tasnifler için bkz. Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Bası, İstanbul, 2015, s. 60 vd; Eren, s. 332; Fahrettin Aral, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 11. Bası, Ankara, 2018, s. 54; Aydın Zevkili/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 16. Bası, Ankara, 2016, s. 7 vd.

içeriğini belirleme özgürlüğünü sınırlayan haller olarak belirtilip sınırlandırmanın çerçevesi oluşturulmuştur³.

TBK m. 27’de belirtildiği üzere sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünü sınırlayan hallerden biri de kişilik haklarına aykırılık halidir. Kişilik hakları sözleşme özgürlüğünü sınırladığı için, bu haklara aykırı olarak sözleşme yapılamayacaktır. Bu kapsamda öncelikle kişilik hakkının ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

3. Kişilik Hakkı ve Ekonomik Özgürlük

Kişilik hakkı, bir kimsenin kişi olması sebebiyle haiz olduğu mutlak bir hak olarak tanımlanabilir. Doktrinde bu hakkın, kişinin, kişi olmasıyla hayat, beden ve ruh bütünlüğü, şeref, haysiyet ve özgürlükleri, isim, resim vb. varlıkları üzerindeki hakkını kapsadığı belirtilmektedir⁴. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nda ise kişilik hakkına ilişkin herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Bunun yerine ilgili kanunlarda⁵ doğrudan kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Sözgelimi TMK m. 23-25’te kişilik haklarının korunmasına ilişkin genel prensipler düzenlenmiştir⁶.

Söz konusu genel prensiplere bakıldığında TMK m. 23 f.1’de “*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez*”; f.2’de ise “*Kimse özgür-*

³ Esener, s. 201; Erman, s. 609; Eren, s. 333 vd.; Oğuzman/Öz, s. 81 vd.

⁴ Eren, s. 343.

⁵ Özel hukukun temel ilkelerinden biri olması sebebiyle kişiliğin korunmasına ilişkin hükümler sadece Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nda değil, Anayasa, Türk Ticaret Kanunu ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu gibi diğer bazı hukuklarda da bulunmaktadır.

⁶ TMK m. 23 f. 1’de “*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez*”; f. 2’de “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.*” şeklinde yer alan düzenlemelerle kişiye, kişilik haklarına aykırı hukuki işlemlere karşı koruma sağlandığı doktrinde ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 12. Bası, İstanbul, 2012, s. 157; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku*, 19. Bası, İstanbul, 2018, s. 146; Eren, s. 343.

lüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlamaz." denilmektedir. Buna göre kişilerin yaptıkları hukuki işlemler sonucu, sahip olduğu özgürlüklerinden vazgeçmelerinin ve özgürlüklerini hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlamalarının engellendiği görülmektedir.

Diğer yandan, ilgili hükümlerde kişilik hakkının kapsamına giren unsurların belirtilmediği görülmektedir. Bunların tek tek belirtilmesinin de mümkün olmadığı açıktır. Bu nedenle kişilik hakkının kapsamına kişiyi kişi yapan bütün değerlerin dahil olduğunu kabul etmek gerekecektir⁷. Örneğin kişinin ekonomik varlık ve faaliyet özgürlüğünün korunması da kişinin fizik ya da ruh bütünlüğünün korunması kadar önem arz etmektedir. Bu sebeple kişinin ekonomik varlığının da kişilik hakkı kapsamında korunması gerekmektedir. Buna doktrinde kişiliğin dinamik korunması denilmektedir⁸.

Belirtilmesi gerekir ki, kişiler, günlük hayatta ihtiyaçlarını karşılamak için sözleşme ilişkisi kurmak ya da daha genel ifadeyle hukuki işlem yapmak mecburiyetindedir. Diğer bir deyişle, toplum içerisinde yaşamının sonucu olarak hukuki işlem yapmadan yaşanılması mümkün değildir. Yapılan her hukuki işlem ile de kişilerin özgürlüğü belli ölçüde kaçınılmaz olarak sınırlamaya konu olmaktadır. Söz konusu sınırlama ise özellikle ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlandırılmasında gündeme gelmektedir. Fakat burada vurgulanması gereken husus, her ekonomik özgürlüğün sınırlandırılmasının yapılan sözleşmeyi direkt hükümsüz hale getirmeyeceğidir. Dolayısıyla öncelikle bu sınırlamanın ölçüsünün ne olduğu ve ne zaman ölçüsüz sınırlamanın gerçekleştiğine ilişkin bir incelemenin yapılması gerekmektedir⁹.

⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 158; İhlal edildiği ileri sürülen değerler kişilik hakkının kapsamında olup olmadığını belirleme yetkisi uygulamada hakime aittir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural/Öğüz, s. 100-101.

⁸ Veysel Başpınar, "Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, Y. 1999, s. 18.

⁹ Başpınar, s. 18-19; Akın Ünal, *Kelepçeleme Sözleşmeleri (Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması)*, 2. Bası, Ankara, 2017, s. 76.

4. Sınırlamanın ölçüsü

TMK m.23'te düzenlendiği üzere söz konusu sınırlamanın ölçüsü hukuk ve ahlak olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla hukuka ve ahlaka aykırılık teşkil eden sözleşmelerin özgürlükler bakımından aşırı bir sınırlama içerdiği kabul edilmektedir. Doktrinde yer alan görüşler, kişiliğin varlığı ve gelişmesi için gereken serbestçe hareket etme ve karar verme imkanının tehlikeye girmesi ya da ortadan kalkması hallerinde aşırı sınırlamanın bulunduğu yönündedir. Keza, sözleşme taraflarından birinin, diğer tarafın irade ve egemenliğine bağlı olduğu hallerde de aşırı sınırlamanın varlığı kabul edilmektedir¹⁰.

Diğer yandan sözleşme hükümlerinin, kişilerin ekonomik özgürlüğünü ve ekonomik kişiliğini yok etmesi ya da ekonomik geleceğini gasp etmesi veya tehlikeye düşürmesi halleri de hukuka ve ahlaka aykırılık teşkil edecektir. Bu kapsamda yine ölçü, kişilere ekonomik alanda bir hareket özgürlüğü tanınıp tanınmadığıdır¹¹. Eğer taraflardan biri, sözleşme ile diğerinin keyfine terk edilmiş; bir diğer anlatımla ekonomik anlamda iradesiz kılınmışsa, ekonomik hareket özgürlüğünün bulunmadığı açıktır. Dolayısıyla kişilerin ekonomik varlığını, ekonomik faaliyet özgürlüğünü veya geleceğini tehlikeye düşüren veya ortadan kaldıracak şekilde aşırı sınırlayan sözleşmeler hukuka ve ahlaka aykırılık sebebiyle hükümsüzdür¹².

¹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 154; İsmet Sungurbey/Selim Kanati, *Medeni Hukuk Sorunları*, Cilt 3, İstanbul, 1976, s. 179-180, Dural/ Ögüz, s. 147; Ünal, s. 77

¹¹ Karl Oftinger, *Die Vertragsfreiheit, Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festschrift zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung*, Zürich, 1948, s. 72; Andreas von Tuhr/ Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3. Auflage, Zürich, 1979, s. 260; Sungurbey/Kanati, s. 179

¹² Aynı hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bireylerin kişiliklerini ve ekonomik varlıklarını, ahlak kuralları ile örtüşmeyecek şekilde tehlikeye sokan sınırlamaların aşırı olduğuna, bu sınırlamaları öngören sözleşmelerin ise hükümsüz olduğuna karar vermiştir. Bkz. HGK E.1973/4-1088, K.1976/209, T.11.02.1976 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 23.02.2020).

B. KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİ

1. Tanım

Söz konusu sözleşmeler, kişilik haklarını aşırı derecede sınırlamaları sebebiyle doktrindeki hâkim görüş uyarınca “kelepçeleme sözleşmeleri” olarak adlandırılmaktadır¹³. Zira taahhüt ettiği edimlerle taraflardan birinin varlığının ve özgürlüğünün yok edilecek düzeyde hukuka ve ahlaka aykırı bir biçimde diğer tarafa bağlanmış yani kelepçelenmiş olması durumu söz konusudur.

Kelepçeleme sözleşmesi kavramının en çok ilgi gördüğü Alman hukuk sisteminde *Scheuing*, kelepçeleme sözleşmelerini tarafların kararlarına bırakılmış konularda taraflarca düzenlenen sözleşme hükümleri sebebiyle bir tarafın diğerine aşırıya kaçan bir şekilde ve ahlaka aykırı olarak bağimli duruma geldiği bir sözleşme olarak tanımlamıştır¹⁴.

Türk hukuk doktrininde ise Sungurbey, kelepçeleme sözleşmelerini açıklarken her sözleşmenin kaçınılmaz olarak belirli bir ölçüde tarafların iktisadi özgürlüklerini kısıtlayacağını, ancak bu kısıtlamanın istisnai olarak ahlaka aykırı kabul edilmesi için çok ağır şartların gerçekleşmesinin gerektiğini belirtmiştir. Bu bakımdan, sözleşme taraflarından birinin iktisadi varlığının sona ermesine sebebiyet verecek şekilde mutlak surette karşı tarafın keyfine bağlı tutulması, onun karşı tarafın vesayeti altına alınması, böylece iktisadi bakımdan onun karşı tarafın iradesi olmayan bir aleti durumuna sokulması, iktisadi faaliyet hürriyetini kullanmasının felce uğratılması neticelerine yol açan ağır şartların bulunması hallerinde ahlaka aykırı sözleşmeler söz konusu olacaktır. Bu tür sözleşmelerin Alman hukukunda “*Knebelungsverträge: kelepçeleme, kısırlı bağlama sözleşmeleri*” olarak adlandırıldığını ifade eden Sungurbey, kelepçeleme sözleşmelerine ilişkin daha geniş bir biçimde tanımlama yapmıştır¹⁵.

¹³ Doktrinde söz konusu sözleşmenin ismi konusunda çeşitli görüşler yer almaktadır. Bu tür sözleşmeleri bir görüş “aşırılık içeren sözleşmeler”, diğer görüş “köleleştirme sözleşmeleri”, bir diğer görüş “boğazlama sözleşmeleri” olarak adlandırmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, s. 22, dn. 24-28

¹⁴ Rudolf Scheuing, *Der Knebelvertrag*, Stuttgart, 1930, s. 16-17

¹⁵ Sungurbey/Kaneti, s. 47. Türk hukukunda kelepçeleme sözleşmelerine ilişkin diğer tanımlamalar için bkz. Eren, s. 339; Oğuzman/Öz, s. 87.

2. Yargıtay Kararlarında Kelepçeleme Sözleşmeleri

Yargıtay içtihatlarına bakıldığında kelepçeleme sözleşmelerinin temelini teşkil eden ilk kararda¹⁶, iktisadi hürriyetin kabul edilemez ölçüde sınırlandırıldığı bir akdin kuşkusuz ahlaka ve adaba aykırı olduğunun ifade edildiği ve ekonomik özgürlük kavramına vurgu yapıldığı görülmektedir. Bunun yanı sıra Yargıtay diğer bir kararında¹⁷ kişisel özgürlüğü de tanıma dahil ederek, ekonomik veya kişisel özgürlüğü kabul edilemez ölçüde sınırlayan sözleşmelerin ahlaka aykırı düştüğünü, sözleşmeye bağlanan sınırlamaların, borçlunun bekası için gerekli olan şartları olağanüstü şekilde tehlikeye atmamalı, onun için çökertici bir seviyeye gelmesi gerektiğini, aksi halde kişinin ekonomik özgürlüğünü kaybedeceğini ve alacaklının mutlak iradesine bağlı duruma geleceğini ifade etmiştir.

Yargıtay'ın kelepçeleme sözleşmesi kavramına ise ilk kez 2013 tarihi ve sonrasındaki kararlarında¹⁸ yer verildiği görülmektedir. İlgili kararlarda da genel olarak kelepçeleme sözleşmelerinin kişinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan ve ahlaka aykırılık teşkil eden sözleşmeler olduğu benimsenmiştir¹⁹.

Kelepçeleme sözleşmelerine kaynaklık eden düzenlemeler daha önce de belirtildiği üzere TBK m.27/1 ve TMK m.23/2'yer almaktadır. Doktrinde kelepçeleme sözleşmelerinin her ne kadar kişilik haklarına aykırı olduğu vurgulanmış olsa da ve bu sebeple kelepçeleme sözleşmelerinin genel ahlaka aykırılık dışında hukuka aykırılık da teşkil ettiği yönünde görüşler bulunsa da²⁰, hakim görüş kelepçeleme sözleşmelerinin hukuki

¹⁶ HGK E.1970/ T-1053, K.1974/222, T.20.03.1974 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 23.02.2020).

¹⁷ 1. HD E.2001/10578, K.2002/2892, T.06.03.2002 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 23.02.2020).

¹⁸ HGK E.2012/11-1601, K.2013/752, T.22.05.2013; 11.HD. E.2012/17736, K.2013/9814, T.13.05.2013; 11.HD. E.2014/6520, K.14/12577, T.01.07.2014; 11.HD. E.2015/3044, K.2015/8052, T.01.07.2014 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 23.02.2020).

¹⁹ Ünal, s. 111.

²⁰ Dural/Öğüz, s. 149; Başpınar, s. 20,21; Ünal, s. 115.

dayanağının tamamıyla genel ahlaka aykırılık olduğu yönündedir²¹. Keza bahsi geçen Yargıtay kararlarında da kelepçeleme sözleşmeleri bakımından ekonomik özgürlüğün aşırı ölçüde sınırlanmasının genel ahlaka aykırılık teşkil edeceği ifade edilerek genel ahlaka aykırılık hususuna vurgu yapılmaktadır²².

3. Öğretideki Görüşler

Kişinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan ve ahlaka aykırılık teşkil eden sözleşmelerin kelepçeleme sözleşmeleri olduğu genel olarak kabul edilse de, bir sözleşmenin kelepçeleme niteliğine sahip olup olmadığını tespit edebilmek için getirilen ölçüler konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır²³. Ancak kavramın tanımından yola çıkıldığında ilk kriterin kişinin ekonomik özgürlüğünün ve geleceğinin aşırı biçimde sınırlanması olarak belirlenmesi mümkündür. Taraflardan birinin ekonomik özgürlüğünün veya varlığının tehlikeye girdiği ve karşı tarafa ekonomik açıdan bağımlı duruma geldiği sözleşmelerin kelepçeleme niteliğini haiz olduğu söylenebilecektir. Bu noktada ekonomik özgürlükten ve ekonomik olarak bağımlı hale gelmekten kastın ne olduğunun açıklanması gerekmektedir.

Ekonomik özgürlük kavramına ilişkin doktrinde yapılan tanımlardan birine göre bireylerin özgürce iktisadi faaliyetlerde bulunması neticesinde sağladıkları değerleri dışarıdan herhangi bir baskı olmadan yine özgürce kullanabilmeleri ekonomik özgürlük anlamına gelmektedir²⁴.

Bir başka ifadede ekonomik özgürlük, bir bireyin ekonomik faaliyetlere katılmasını ya da bu faaliyetlerini sonlandırabilmesini ifade etmekte olup, bireyin mesleki ve ticari itibarı, kredisi ile sınırları üzerinde haiz olduğu bütün hak ve yetkileri olarak tanımlanmaktadır²⁵. Bir diğer tanımda

²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 401; Esener, s. 205; Erman, s. 611; Sungurbey/Kaneti, s. 179; Eren, s. 339 vd.; Ünal, s. 116.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, s. 118 dn. 374.

²³ Bu hususta yapılan çeşitli tasnifler için bkz. Ünal, s. 119 vd.

²⁴ Coşkun Can Aktan tarafından yapılmış bu tanım için bkz. Ünal, s. 129.

²⁵ Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Ankara, 2007, s. 252; Ünal, s. 129

da ekonomik özgürlükten ticaret hukukunda ticaret ve endüstri özgürlüğünün medeni hukuktaki yansıması olarak, kazanç getiren bir harekete serbestçe karar verilebilmesi hakkı şeklinde bahsedilmiştir²⁶.

Son olarak başka bir ekonomik özgürlük tanımı örneği de İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında yer almaktadır. Buna göre ekonomik özgürlük, kamu düzeni sınırları dahilinde, kişilerin varlığını sürdürebilmesi için gereken ekonomik faaliyetlerde bulunması olarak tanımlanmıştır²⁷.

Söz konusu tanımlardan anlaşıldığı üzere ekonomik özgürlükleri sayesinde kişiler, ekonomik varlıklarını devam ettirebilmek adına serbestçe ekonomik faaliyetlerde bulunma, bu faaliyetlerini sürdürürken kimseye muhtaç olmama ve faaliyetler sonucu elde ettiklerini de dışarıdan bir zorlama olmaksızın dilediklerince kullanarak ekonomik geleceklerini belirleme yetkisi ve özgürlüğüne sahiptirler. Dolayısıyla kişilerin ekonomik özgürlüğünün tehlikeye girdiği ya da ekonomik geleceğini belirleme yetkisini diğer tarafa devrettikleri sözleşmeler kelepçeleme niteliğini haiz kabul edilmektedir.

4. Ekonomik Kelepçe Kavramı

Ekonomik olarak bağımlı hale gelmek sözleşme taraflarından birinin, diğerinin sınırsız keyfiyetine tabi olması halinde ya da aralarındaki sözleşme sonucu yeni hukuki işlemler yapma kabiliyetinin elinden alınması halinde gündeme gelebilir. Her halde kelepçeleme sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için ekonomik bağımlılığın genel ahlaka aykırılık teşkil eder düzeyde olması gerekmektedir²⁸. Buna göre kişilerin kelepçeleme sözleşmeleri ile ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldıran, ekonomik geleceğini tehlikeye sokan ve ekonomik faaliyetlerini diğer tarafın sınırsız keyfiyetine bırakan tüm edim taahhütleri genel ahlaka aykırı kabul edilmektedir.

a) Ekonomik Şartlar

Taraflardan birinin diğerine ekonomik olarak bağımlı hale gelip gelmediğinin tespitinde sözleşmenin bir bütün olarak ele alınması önem arz

²⁶ Ateş, s. 136, dn. 368; Ünal, s. 129.

²⁷ BGE 82 II 292, 302; Ünal, s. 129.

²⁸ Ünal, s. 130

etmektedir. Zira sözleşme hükümlerinin tek tek incelenmesi halinde tespit edilemeyen ekonomik bağımlılık, hükümlerin birlikte ele alınmasıyla ortaya çıkabilmektedir²⁹.

Ekonomik özgürlüğün aşırı şekilde sınırlanması ve ekonomik olarak karşı tarafa bağımlı hale gelmesine ilişkin içtihatlarla bakıldığında Yargıtay, yukarıda da değindiğimiz bir kararında³⁰ ekonomik veya kişisel özgürlüğü kabul edilemez şekilde sınırlayan sözleşmelerin ahlaka aykırı düştüğünü, sözleşmeye bağlanan sınırlamaların, borçlunun bekası için gerekli olan şartları olağanüstü şekilde tehlikeye atmaması, onun için katlanılmaz bir seviyeye gelmemesi gerektiğini, aksi halde kişinin ekonomik özgürlüğünü kaybedeceğini ve alacaklının mutlak iradesine bağlı duruma geleceğini belirtmiştir. Taraflar arasında anaparanın 30.000 dolar olduğu sözleşmede davacının her ay 1500 dolar faiz ödemesi istenmiş ancak yapılan yıllık hesaplamada faizin anaparanın %60 gibi fahiş bir orana ulaştığı tespit edilmiş ve bu rakamın ülkemizdeki enflasyon gözetildiğinde yıkıcı bir sonucu olduğu, zaten tüm özel ve kamusal bankalarda dövize %5-6 düzeylerinde faiz uygulandığı gerçeği de dikkate alındığında sözleşmeye "fiat farkı" adı altında konulan edimin geçerli olamayacağı ve butlan kapsamına gireceğine hükmedilmiştir.

Aynı şekilde bir kararında³¹ Yargıtay aylık faizin %150 ve yıllık faizin ise, %1800 olduğu sözleşmede, belirtilen faiz oranının, borçlunun ekonomik hürriyetini kısıtlayacak nitelikte olduğunu belirtmiştir. Yargıtay, yasalara göre taraflar her ne kadar faiz oranını belirlemede serbest ise de, aşırı derecede yüksek olan ve kişilerin ekonomik varlığını tehlikeye düşürecek nitelikteki faiz oranlarının geçersiz olduğunu ifade etmiştir.

²⁹ Bu konuda Basel İstinaf Mahkemesinin kararına konu olan bir olayda sözleşmenin bütün hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi ile kelepçeleme sözleşmesinin mevcut olduğu tespit edilmiştir. İlgili karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, s. 29, dn.60; Scheuing, s. 13 vd.

³⁰ 1. HD. E. 2001/10578 K. 2002/2892 T. 06.03.2002 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 23.02.2020)

³¹ 11. HD. E. 1997/920 K. 1997/3286 T. 06.05.1997 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 23.02.2020)

Keza Yargıtay yine bir kararında³² davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra 3 yıl süre ile aynı alanda faaliyet gösteren bir başka şirkette hiçbir görevde çalışmamasını bir rekabet etmeme koşulu olarak değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde bulmuş ve davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bir hüküm olduğu gerekçesiyle sözleşmedeki cezai şart koşulunun geçersiz olduğuna hükmetmiştir.

b) Sözleşmenin Süresi

Bir sözleşmenin kelepçeleme niteliğini haiz olup olmadığını anlamaya yarayan ikinci kriter ise ilgili sözleşmenin süresinin uzunluğu olarak belirlenmiştir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, uzun süreli olarak yapılan her sözleşmenin mutlaka ahlaka aykırı olmayacağı ve bu sebeple geçersiz sayılmayacağıdır. Dolayısıyla kelepçeleme sözleşmesinin varlığı bakımından bir sözleşmenin süresinin uzun olması, tek başına yeterli bir kriter değildir. Eğer bir sözleşmenin içeriği kişinin ekonomik özgürlüklerini genel ahlaka aykırı olacak şekilde aşırı derecede sınırlamıyorsa, tek başına sözleşmenin süresinin uzunluğu kelepçeleme sözleşmeleri bakımından incelemeye değer değildir³³. Bir diğer deyişle, uzun süreli bir sözleşmenin kelepçeleme sözleşmesi mahiyetinde kabul edilmesi için, bir tarafın ekonomik özgürlüğü aşırı ölçüde kısıtlanması ve karşı tarafa bağımlı hale gelmesi gerekmektedir³⁴.

Bununla birlikte, sınırsız süre ile yapılan yani belirli süre tayin edilmeyen (bu süreler ömür boyu, sınırı çizilmemiş ve ebedi olarak adlandırılmakta)³⁵ sözleşmeler kelepçeleme niteliği taşıdıklarından hukuka ve ahlaka aykırılık sebebiyle hükümsüzdürler³⁶. Söz konusu sürenin sınırsız olup olmadığını tespit yetkisi ise hâkime aittir. Doktrinde, genç bir tiyatro sanatçısının veya sporcunun sözleşme ile aktif ömrünü bir kimseye (yönetmene veya antrenöre) veya topluluğa veya kulübe tahsis etmesinin ke-

³² 11. HD. E. 2014/6520, K. 2014/12577, T. 1.7.2014 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 23.02.2020)

³³ Von Tuhr/Peter, s. 261; Scheuing, s. 29; Başpınar, s. 25; Ünal, s. 134-135.

³⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 187; Ateş, s. 244; Ünal, s. 137.

³⁵ Ünal, s. 137.

³⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 392; Ünal, s. 138.

lepeçeleme teşkil edeceği savunulmaktadır. Özellikle sözleşme ile bu kim-selerin topluluktan veya kulüpten ayrılmasının sınırlandırılması, reddedilmesi veya ortadan kaldırılması halleri kelepçeleme niteliğinin olduğu haller olarak kabul edilmektedir. Keza, bu tür sözleşmelerin gerek zaman açısından gerekse de sözleşmenin içeriği (konusu) açısından kelepçeleme niteliği taşıdığı ve ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüz olduğu kabul edilmektedir³⁷.

Uzun süreli sözleşmelerin belli bir süre tayin edilerek yapıldığı hal-lerde ise, uzun süre sebebiyle kelepçeleme sözleşmesinin oluşup oluşma-dığı, sözleşmenin türü ve somut olayın özel şartlarına bağlı olarak tespit edilmektedir. Örnek vermek gerekirse İsviçre ve Almanya hukukunda bira teslim sözleşmeleri bakımından en fazla 15 veya 20 yıllık sürelerin tayin edilebileceği kabul edilmektedir. Bu süreleri aşan ve kişinin ekono-mik özgürlüğünü de aşırı şekilde sınırlayan sözleşmeler genel ahlaka ay-kırılı olmaları sebebiyle kelepçeleme sözleşmesi niteliğini haizdir. Buna karşılık genç bir sporcunun bir kulübe bağlılığında 15 veya 20 yıl çok uzun sürelerdir. Dolayısıyla doktrinde, bu tür sözleşmelerdeki uzun süre kavramının daha dar yorumlanması gerektiği belirtilmektedir³⁸.

Uzun süreli bir sözleşmenin kelepçeleme niteliğini haiz olduğunu be-lirlerken üzerinde durulan bir diğer önemli husus ise söz konusu sözleş-menin feshinin mümkün kılınmaması veya fesih imkânının önemli dere-cede sınırlanmasıdır. Eğer ekonomik özgürlüğü aşırı derecede sınırlanan ya da karşı tarafa ekonomik olarak bağımlı hale gelen tarafın fesih imkânı varsa ve bu önemli ölçüde de kısıtlanmadıysa sözleşmeden kurtulabile-cektir. Dolayısıyla fesih imkanının bulunması sebebiyle, sözleşmenin ke-lepçeleme sebebiyle geçersiz kılınması gerekmeyecektir³⁹.

Diğer yandan, sözleşmenin süresinin kelepçeleme teşkil edecek şe-kilde uzun süreli olmadığı durumlarda bile, zaman unsurunun diğer söz-leşme hükümleriyle birlikte değerlendirilmesiyle sözleşmenin kelepçe-

³⁷ Eugen Bucher, Berner Kommentar, Band I, 2, 2, *Das Personenrecht, Kommentar zu Art. 27 ZGB*, 3. Aufl., Bern, 1993, Nr.366; Başpınar, s. 26.

³⁸ Ünal, s. 139; Başpınar, s. 26

³⁹ Ünal, s. 140.

leme niteliği taşıdığı ortaya çıkabilir. Bu sebeple yukarıda da bahsettiğimiz üzere zaman unsuru açısından değerlendirme yapılırken de sözleşme hükümleri tek tek değil bir bütün halinde ele alınmalı ve kelepçeleme niteliği halinin tespiti halinde sözleşmenin ahlaka aykırı olduğuna karar verilmelidir⁴⁰.

5. Kelepçeleme Sözleşmelerinin Hukuki Yaptırımı

Kişi özgürlüğünün genel ahlaka aykırı olarak aşırı sınırlandırıldığı hukuki işlemlere uygulanan yaptırım TBK m.26 ve m.27 gereğince butlan olarak (TBK ifadesiyle kesin hükümsüzlük olarak) belirlenmiştir. Aynı şekilde, kelepçeleme sözleşmelerinin genel ahlaka aykırı olduğu gözetildiğinde uygulanacak yaptırımın butlan olduğu açıktır⁴¹. Buna göre ilgililer sözleşmenin geçersiz olduğunu her zaman ileri sürebilecektir. Hâkim de bu durumu re'sen dikkate alacaktır. Böylelikle yapılan sözleşme geçerlilik şartlarını taşımadığından başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.

C. TELİF HAKLARI BAKIMINDAN KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİ

Kelepçeleme sözleşmeleri birçok sözleşme türünde ortaya çıkabilir. Bunlardan biri de sinema, tiyatro ve ses sanatçıları veya yazarlar ile yapılan telif haklarına ilişkin sözleşmelerdir. Söz konusu sözleşmelerin içeriğinde yukarıda bahsi geçen kriterlerin bulunması halinde kelepçeleme sözleşmesi niteliğini haiz olduğu söylenebilecektir⁴².

Telif haklarının kelepçeleme sözleşmeleri bakımından özellik arz eden yönü; kariyerlerinin başında, üretim yapabilmek için desteğe ihtiyaç duyan sanatçıların, imzalatılan sözleşmeler ile uzun yıllar kişisel ve ekonomik özgürlükleri ellerinden alınabilmektedir. Yapımcılık veya danışmanlık sözleşmeleri olarak karşımıza çıkan bu tür sözleşmeler, madde

⁴⁰ Başpınar, s. 27

⁴¹ Doktrindeki hâkim görüş de bu yöndedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, s. 299; Oğuzman/Öz, s. 84,86; Eren, s. 351; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 390; Dural/Öğüz, s. 149; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 188; Ünal, s. 208

⁴² Ünal, s. 205.

madde ele alındığında FSEK’de öngörülen şartlara uygun şekilde hazırlandığı görülmektedir.

FSEK m. 18 f. 1 uyarınca *“Mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir.”*; f. 2 uyarınca *“Bir eserin yapımcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir.”* FSEK m. 48 f. 1 ve 2’ ye göre *“Eser sahibi veya mirasçuları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve muhteva itibariyle mahdut veya gayrimahdut, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler. Mali hakları sadece kullanma salahiyeti de diğer bir kimseye bırakılabilir.”*

FSEK m.52’de *“Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır”* düzenlemesi yer almaktadır. Tarafların, sözleşmeyi yazılı şekilde yapmalarını öngören bu hüküm emredici niteliktedir. FSEK m. 52’ye aykırı şekilde, tarafların anlaşarak belirlediği şekilde (örneğin sözlü olarak) hazırlanan devir sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır. Mali hakların devrini düzenleyen sözleşmenin sadece yazılı olması, geçerliliğini garanti altına almamaktadır. Ayrıca devredilen mali hakların ayrı ayrı belirtilmesi de geçerlilik bakımından gereklidir. Mali hakların devrine ilişkin işlemler ayrı ayrı yapılıyorsa her bir hak devri için ayrıca yazılı bir devir sözleşmesinin yapılması gerekir. Taraflar arasında kararlaştırılan fakat sözleşmede açıkça belirtilmeyen haklar, eser sahibinde kalmaktadır. Devredilen hakların açıkça belirtilmediği tereddütlü durumlarda ise işlemlerin amaç ve konusu dışında kalan hakların devredilmediği kabul edilmelidir. *“Aksi kararlaştırılmış olmadıkça mali bir hakkın devri veya bir ruhsatın verilmesi eserin tercüme veya sair işlemlerine şamil değildir”* olarak belirtilen FSEK m.55 hükmü de bu yorumu desteklemektedir.

Telif haklarının devrine ilişkin FSEK’de tespit edilen bu şartlara uygun olarak hazırlanan sözleşmeler, eser sahibinin haklarının devrinin süresi ve kapsamı, devirler karşılığında elde edeceği menfaatler konusunda belirsizlikler içerebilmektedir. Örneğin sanatçının eser üzerindeki mali hakların devri karşılığında elde edeceği ücretin, günümüzde satışı neredeyse bulunmayan CD satışlarında belli bir rakama ulaşılması şartına bağlanması durumunda, ücret ödemesi sözleşmede düzenlenmiş olmasına rağmen uygulama bulamayacaktır. Diğer yandan günümüzde

önemli bir gelir kalemi haline gelen dijital platformlardan elde edilen gelirin kontrolünün tamamen yapımcının elinde bulundurulması veya konser gelirlerine ilişkin anlaşma şartlarını belirleme yetkisinin yapımcıya bırakılmış olması, tek başına kelepçeleme sözleşmesinin şartlarının oluştuğu anlamına gelmemekle birlikte, sözleşmelerde yer alan bu tür unsurların birlikte oluşturduğu fiili durum, sanatçıların kişisel ve ekonomik özgürlüklerini fiilen ortadan kaldırmaktadır.

Tek başına kısıtlayıcı etkisi bulunmayan şartların, sözleşmede yer alan diğer hükümler ile etkileşimi sonucu hakların kullanımını fiilen imkânsız hale getirmesi durumunda, kelepçeleme sözleşmesinin varlığı kabul edilebilecektir. Eser sahibinin eseri üzerinde sahibi olduğu mali hakları kullanılmasının kısıtlanması veya kullanmasından beklediği faydayı elde etmesinin imzaladığı sözleşme ile sınırlanması, eser sahibinin ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırmaktadır.

Bir oyuncunun hangi projelerde rol alacağını ve ne kadar ücret alacağını, bir şarkıcının hangi şarkıları hangi mekanlarda ve ne kadar ücret karşılığında icra edeceğini sözleşme ile tamamen yapımcıya bırakıldığı sözleşmeler, açık şekilde sanatçıların kişisel ve ekonomik özgürlüklerini ortadan kaldırmaktadır. Bu tür sözleşmeler ile sanatçıların üretim ve icra faaliyetleri kendi kontrollerinden çıkarılmakta ve tamamen sözleşmenin karşı tarafının emrine verilmektedir. Kelepçeleme sözleşmesi kavramı altında korunmak istenen menfaat, eser sahibinin sözleşme ile sadece mali haklarına ilişkin bir düzenleme getirmesi, bu hakları düzenlerken kişisel ve ekonomik alanının tamamen kısıtlanmasının engellenmesidir. Maddeleri mevcut mevzuat hükümlerine uygun şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte, uygulanmasının ahlaka aykırı sonuçlar doğurduğu bu tür sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin ileri sürülebilecek önemli bir iddia da kelepçeleme sözleşmesi iddiası olmaktadır.

ZUSAMMENFASSUNG

Künstler oder Schriftsteller, welche ihnen zu Beginn ihrer Karriere vorgelegte Verträge unterschrieben haben, geraten später aufgrund Verpflichtungen, die sich aus diesen Verträgen ergeben, in große Schwierigkeiten. Obwohl die Vertragsklauseln bei Einzelprüfung kein Problem darstellen, kann in Fällen, in denen die Vertragsbedingungen nicht mit der tatsächlichen Situation stimmig sind oder das Zusammenspiel der Bedingungen die Ausführung des Vertrages für den Urheber unterträglich macht, kann die Unwirksamkeit der Bestimmungen im Einklang mit der im Rahmen der Knebelungsverträge gebotenen Möglichkeit geltend gemacht werden. Um die Unwirksamkeit solcher Verträge, welche die persönlichen und wirtschaftlichen Freiheiten der Urheber ernsthaft einschränken, geltend zu machen, müssen die Bedingungen, aus denen sich der Begriff der Knebelungsverträge zusammensetzt, in Bezug auf bestimmte Ereignisse erfüllt werden.

Künstler, die nicht über ausreichende Lebenserfahrungen und finanzielle Mittel verfügen, übertragen ihre künftigen finanziellen Rechte mit den von ihnen unterzeichneten Verträgen. In einigen Fällen haben diese Verträge schwerwiegende Folgen, die weit über die von dem Urheber als übertragen angenommenen Rechte hinausgehen. Mit diesen von den Urhebern unterzeichneten Verträgen verlieren sie ihre Produktivität, persönliche und wirtschaftliche Freiheit für viele Jahre. Dabei stellen die Schwierigkeiten, die sich aus der Unfähigkeit, die eigenen Präferenzen zu verwirklichen und die einkommensorientierten Ansätze der Produzenten das größte Hindernis für die Auslieferung neuer Werke dar. Wenn solche Verträge die unter der Überschrift "Knebelungsvertrag" genannten Bedingungen erfüllen, kann ihre Unwirksamkeit aufgrund von Sittenwidrigkeit geltend gemacht werden.

Eine Untersuchung der Knebelungsverträge über die Übertragung von Urheberrechten zeigt, dass die Vertragsartikel so vorbereitet sind, dass der Eindruck erscheint als ob dem Urheber Freiheit gewährt wurde. Jedoch bei der Ausführung des Vertrags, wird klar, dass viele Titel nicht mit den Gegebenheiten des betreffenden Sektors unstimmig sind und es für den Urheber fast unmöglich ist, seine Rechte zu erhalten. Es ist möglich, die Unwirksamkeit des Vertrags gründlich zu beurteilen, indem diese Situation mit einer ganzheitlichen und branchenspezifischen Prüfung festgestellt wird.

Verträge, die in Übereinstimmung mit den im FSEK festgelegten Bedingungen für die Übertragung von Urheberrechten erstellt werden, können Unsicherheiten hinsichtlich der Dauer und des Umfangs der Übertragung der Rechte des Urhebers und der als Gegenleistung für die Übertragung erhaltenen Leistungen enthalten. Wenn beispielsweise entschieden wird, dass der Künstler eine Gebühr für die Übertragung seiner finanziellen Rechte an dem Werk erhebt, sofern der heute fast nicht verfügbare CD-Verkauf eine bestimmte Anzahl erreicht, wird die Gebührenzahlung nicht zustande kommen, obwohl dies im Vertrag vereinbart wurde. Andererseits ist die Tatsache, dass die Kontrolle über die Einnahmen aus den digitalen Plattformen, die heute zu einem wichtigen Einnahmeposten geworden sind, vollständig in den Händen des Produzenten liegt oder dass der Produzent berechtigt ist, die Bedingungen der Vereinbarung über die Konzerteinnahmen zu bestimmen, nicht allein ein Zeichen für die Existenz eines Knebelungsvertrags. Die tatsächliche Situation, die durch solche in den Verträgen enthaltenen Elemente geschaffen wird, eliminiert jedoch praktisch die persönlichen und wirtschaftlichen Freiheiten der Künstler.

In Fällen, in denen die Bedingungen, die nicht allein eine einschränkende Wirkung haben, die Nutzung der Rechte durch das Zusammenspiel mit den anderen Vertragsbestimmungen praktisch unmöglich machen, kann die Existenz einer Knebelungsvereinbarung akzeptiert werden. Die Beschränkung der Nutzung der finanziellen Rechte des Urhebers, die er an seinem Werk besitzt, oder die Beschränkung der erwarteten Begünstigungen, durch die Nutzung des unterschriebenen Vertrags eliminiert die wirtschaftliche Freiheit des Urhebers.

Verträge, bei denen die Entscheidung, bei welchen Projekten ein Schauspieler auftritt und wie viel seine Gebühr sein wird, sowie die Entscheidung welche Lieder ein Sänger an welchen Orten mit welcher Gebühr zu singen hat, eliminieren eindeutig die persönlichen und wirtschaftlichen Freiheiten der Künstler. Mit solchen Verträgen werden die Produktions- und Aufführungsaktivitäten der Künstler ihrer eigenen Kontrolle entzogen und stehen der anderen Vertragspartei vollständig zur Verfügung. Das Interesse, welches im Rahmen des Konzepts des Knebelungsvertrags geschützt werden soll, besteht darin, dass der Eigentümer des Werks nur eine Vereinbarung über die finanziellen Rechte des Werkeigentümers trifft und gleichzeitig die Einschränkung seines persönlichen und wirtschaftlichen Bereichs vollständig verhindert, während diese Rechte reguliert wer-

den. Obwohl die Artikel des Vertrags in Übereinstimmung mit den Bestimmungen der geltenden Gesetzgebung angeordnet sind, ist der Anspruch eines Knebelungsvertrags ein wichtiger Anspruch, der in Bezug auf die Unwirksamkeit der Verträge geltend gemacht werden kann, wenn die Anwendung dieser Artikel zu unmoralischen Ergebnissen führt.

KAYNAKÇA

- ARAL, Fahrettin: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 11.Bası, Ankara, 2018
- ATEŞ, Derya: *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Ankara,2007
- BAŞPINAR, Veysel: “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, Y.1999
- BUCHER, Eugen: *Berner Kommentar, Band I,2,2, Das Personenrecht, Kommentar zu Art. 27 ZGB*, 3. Aufl., Bern, 1993, Nr.366
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku*, 19. Bası, İstanbul, 2018
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Ankara, 2018
- ERMAN, Hasan: “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *İÜHFİM*, Cilt XXXVIII, Sayı 1-4
- ESENER, Turhan: *Borçlar Hukuku, Cilt I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği*, Ankara, 1969
- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Bası, İstanbul, 2015
- OFTİNGER, Karl: *Die Vertragsfreiheit, Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festschrift zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung*, Zürich,1948
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, 16.Bası, İstanbul,2018
- OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / ÖZDEMİR, Saibe Oktay: *Kişiler Hukuku*, 12. Bası, İstanbul, 2012
- SCHEUİNG, Rudolf: *Der Knebelvertrag*, Stuttgart, 1930
- SUNGURBEY, İsmet / KANATİ, Selim: *Medeni Hukuk Sorunları*, Cilt 3, İstanbul, 1976
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, 1993
- ÜNAL, Akın: *Kelepçeleme Sözleşmeleri (Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması)*, 2.Bası, Ankara, 2017
- VON TUHR, Andreas / PETER, Hans: *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3. Auflage, Zürich, 1979
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 16. Bası, Ankara, 2016

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ VE 1982 ANAYASASI BAĞLAMINDA ETKİLİ BAŞVURU HAKKI VE ADİL YARGILANMA HAKKININ KAPSAM ALANLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

DER GEWÄHRLEISTUNGSSUMFANG DES RECHTE AUF FAIRES VERFAHREN UND AUF WIRKSAME BESCHWERDE IN DER EMRK UND DER TÜRKISCHEN VERFASSUNG - EIN VERGLEICH

Araş. Gör. Eyüp Kaan DEMİRKIRAN*

ÖZ

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkı ve İHAS m.13'te düzenlenen etkili başvuru hakkının karşılaştırılması bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. İki hak, 1982 Anayasası'nın 36 ve 40. maddelerinde düzenlenmektedir. İHAS, 6. maddesinde adil yargılanma hakkının norm alanını suç isnadı ve medeni haklarla sınırlamıştır. Anayasa m. 36'da ise bu yönde bir sınırlama yer almamaktadır. İHAS 13. maddesinde etkili başvuru hakkının sözleşmede yer alan haklarla ilgili olarak geçerli olduğunu belirtmektedir. Anayasada ise etkili başvuru hakkının anayasal haklar için geçerli olduğu ifade edilmiştir. Öte yandan bireysel başvuruyu düzenleyen 1982 Anayasası'nın 148. maddesi, İHAS ve 1982 Anayasası'nın ortak keşişim kümesinde yer alan haklar açısından bireysel başvuruyu mümkün kılmıştır. 1982 Anayasası'nda bir hakkın daha geniş İHAS'ta ise daha dar düzenlenmesi mümkün olabilir. Bu durumda AYM içtihadı dar olan düzenlemeyi tercih etmek yönünde gelişmiştir. Çalışmada iki hakkın norm alanları karşılaştırılmış, benzerlik ve farklılıklar ortaya konmuştur. Adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkı zaman zaman aynı alanı koruyabilmektedir. Bu durumda İHAS içtihadı, 6. maddesi lex specialis saymaktadır. Bunun istisnası ise içtihatlarda makul sürede yargılanma hakkıdır. Çalışmada bu konular içtihat ve doktrin ile birlikte ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Etkili başvuru hakkı, adil yargılanma hakkı, 1982 Anayasası, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, makul sürede yargılanma hakkı

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (demirkiran@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-1729-8101.

**THE COMPARISON BETWEEN THE SCOPES OF RIGHT TO A
FAIR TRIAL AND THE RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY IN
RELATION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN
RIGHTS AND CONSTITUTION OF TURKEY REPUBLIC**

ABSTRACT

*The subject of this study is the comparison of the right to a fair trial held in ECHR article 6 and the right to effective remedy in European Convention on Human Rights (ECHR) article 13. The two rights are regulated in Articles 36 and 40 of the 1982 Constitution. ECHR restricted the protection area of the norm of the right to a fair trial under Article 6 to criminal cases and civil rights. There is no restriction in this direction in Article 36 of the 1982 Constitution. It states that the right to effective remedy in Article 13 of the ECHR is valid in relation to the rights included in the contract. It is stated in the 1982 Constitution that the right to effective remedy is valid for constitutional rights. On the other hand, Article 148 of the 1982 Constitution, which regulates the individual application, has made it possible for individual applications in terms of rights in the common intersection set of the ECHR and 1982 Constitution. In the 1982 Constitution, a right may be regulated more narrowly or broader comparing to ECHR. In this case, the AYM has developed in ist case-law in order to prefer the regulation with narrow. In the study, the protection area of the two rights were compared and similarities and differences were revealed. The right to a fair trial and an effective remedy may from time to time maintain the same area. In this case, ECHR case-law counts Article 6 as *lex specialis*. The exception is the right to be tried within a reasonable time in ECHR case law. In the study, these issues were examined in detail together with case law and doctrine.*

Keywords: *Right to effective remedy, right to a fair trial, Constitution of 1982, European Convention on Human Rights, right to be tried within a reasonable time.*

GİRİŞ

Etkili Başvuru hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 13. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre İHAS'ta yer alan haklarından biri ihlal edilen herkes, ulusal bir mercii önünde etkili bir başvuru hakkına (*right to an effective remedy*) sahiptir. Sözleşmenin hazırlık çalışmalarından anlaşıldığına göre 13. maddenin ayrı bir hak olarak düzenlenmesi amaçlanmamıştır. 13. maddenin sözleşmeye konmasındaki amaç daha çok, sözleşmedeki hakların ülke iç hukukunda korunmasını temin etmektir.¹ Halbuki özellikle 1970'lerden sonra İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihadı, 13. maddenin ayrı bir hak olduğu şeklinde gelişmiştir. Buna göre, sözleşmenin diğer maddelerindeki haklardan biri ihlal edilme dahi salt ülke içinde etkili bir başvuru yolunun bulunmaması durumunda İHAS'ın ihlal edilmiş sayılacağı kabul edilmiştir. 13. madde metni, sözleşmede korunan haklara atıf yapmaktadır. Dolayısıyla konunun 13. maddenin uygulama alanına girebilmesi için öncelikle sözleşmede korunan bir hak ile ilgili bir iddianın varlığı gerekecektir. Bunun dışına düşen hak iddialarını söz konusu eden başvurularda 13. maddenin uygulanma imkânı yoktur. Sözleşmeden anlaşılması gereken ise sadece sözleşmenin ana metni değil, protokolleri de buna dahildir.² Ne var ki ilgili devletin söz konusu protokole taraf olması gerekmektedir. Madde-deki bir diğer husus, sözleşmede ifade edilen hak ve özgürlüklerden biri ihlal edilen kişinin ulusal merciler (*national authority*) önünde etkili başvuru hakkının bulunması gerektiğinin vurgulanmış olmasıdır. Burada kayda değer husus maddede bir *mahkemenin* bulunmasının zorunlu kılınmamış olmasıdır. Mahkeme olmayan bir ulusal mercinin etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilmesi mümkündür. Son olarak maddenin son kısmında sözleşmede ifade edilen bir hakkın ihlalinin bir kamu görevlisinden kaynaklanması durumu ayrıca belirtilmiştir. İHAS gibi 1982 Anayasası da 40. maddesinin birinci fıkrasında, anayasal hak ve özgürlükleri

¹ İnceoğlu, Sibel, "Adil Yargılanma Hakkı", (Editör: Sibel İnceoğlu), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Beta Yayınevi, 2. Baskı Haziran-2013, İstanbul, s.209.

² Devletlerin İHAS ve protokollerine taraf olma süreci için Bkz: Aybay, Rona, *İnsan Hakları Hukuku*, 3.Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 149-154.

ihlal edilen herkesin yetkili bir makama geciktirilmeden başvurmayı isteme hakkı olduğunu belirtmektedir.

Bilindiği gibi İHAS'ın 6. maddesi adil yargılanma hakkını düzenlemektedir.³ Adil Yargılanma Hakkı'nın unsurlarından birini de mahkemeye başvurma hakkı (*right of access to a court*) oluşturmaktadır.⁴ Mahkemeye erişim hakkı, her ne kadar İHAS m. 6 metninde açıkça geçmiyorsa da İHAM içtihatları ile kabul edilmiştir ve altıncı maddenin zımnen bu hususu da kapsadığında tereddüt edilmemektedir. İHAS düzlemindeki bu düzenleme, 1982 Anayasası'na da yabancı değildir. Adil yargılanma hakkı, Anayasanın 36. maddesinde yer almaktadır. Mahkemeye başvuru

³ 1. Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından dâvasının mâkul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkım hazirdir. Hüküm aleni olarak verilir, şu kadar ki demokratik bir toplulukta âmme intizamının veya milli güvenliğin veya ahlâkın yaratına veya küçüğün menfaati veya dâvaya taraf olanların korunması veya adaletin selâmetine zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde, aleniyet dâvanın devamınca tamamen veya kısmen Basın mensupları ve halk hakkında tahdid edilebilir.

2. Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Her sanık ezcümle: a) Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek, b) Müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak, c) Kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafii veya eğer bir müdafii tâyin için malî imkânlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tâyin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek, d) İddia şahitlerini sorguya çekmek, veya çektirmek, müdafaâ şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek, e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından meccanen faydalanmak, haklarına sahiptir. Sözleşmenin resmi çevirisi için Bkz: R.G. Tarihi: 19/03/1954, R.G. Sayısı: 8662.

⁴ İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Beta Yayınevi, Tıpkı 4. Bası, Mart 2013, İstanbul, s.105-154.

hakkı da anayasada aynı maddede düzenlenmektedir. Dolayısıyla 1982 Anayasası ile İHAS arasında altıncı madde bağlamında esaslı bir fark bulunmadığını söylemek zor değildir⁵ ve mahkemeye başvuru hakkının bireysel başvuru konusu yapılmasının önünde de bir engel bulunmamaktadır.

Doktrinde, Adil Yargılanma Hakkı'nın bir görünümü olan mahkemeye erişim hakkı ile etkili başvuru hakkı arasında bir çakışma olduğu kabul edilmektedir.⁶ Araştırma konumuzu da esasen bu husus oluşturmaktadır. Çalışmada mahkemeye erişim hakkı ile etkili başvuru hakkı arasındaki bu ortaklık irdelenecek ve iki madde karşılaştırılarak farklılıklar ve benzerlikler tartışılacaktır. Çalışma sırasında yapılan literatür taraması sonucunda konu hakkında yazılmış Türkçe kaynakların sınırlı olduğu anlaşılmıştır. Ne var ki İngilizce literatürün de bu anlamda çok gelişmiş olduğu zikredilemez. Genellikle verilen eserlerin etkili başvuru hakkını doğrudan konu almadığı, belirli bir hak bağlamında etkili başvuru ile ilgili bölümler içerdiği görülmektedir. Doktrinden faydalandığı gibi İHAM kararları ve AYM kararları da çalışmada yararlanılan kaynaklar arasında yer almaktadır. Çalışma, öncelikle her iki hak bakımından sözleşme ve ulusal mevzuat bazında genel bilgiler verilmesi, ardından iki hakkın karşılaştırılması ile benzerlik ve farklılıkların tartışılması şeklinde formüle edilmiştir. Her konu başlığı bu şekilde belirlenmiştir. 1982 Anayasası ve İHAS düzenlemeleri ise konunun alt başlıkları bağlamında tartışılmıştır.

1. ETKİLİ BAŞVURU HAKKI

Etkili başvuru hakkı ile ilgili bu birinci bölümde genel açıklamalar yapılması amaçlanmıştır. Girişte de belirtildiği üzere 1982 Anayasası ve İHAS düzenlemeleri iki ayrı alt başlık olarak irdelenmiştir. Bu bölümün tanıtıcı mahiyette olması ve ana tartışmaların detaylarının diğer bölümlere saklanması amaç edinilmiştir.

⁵ İnceoğlu, Sibel, "Adil Yargılanma Hakkı", s.284-285.

⁶ Tanrıku, Sezgin M, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.103-104.

1.1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

İHAS m. 13'te düzenlenen etkili başvuru hakkının, sözleşmenin hazırlık safhaları dikkate alındığında, sözleşmede yer alan düzenlemelerin iç hukukta korunmasını temin etmek amacıyla sözleşmeye eklendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başlangıçta ayrı bir hak olarak düzenlenmesi amaçlanmış değildir. Mahkemenin ilk dönem içtihatları incelendiğinde de 13. maddeyi başka bir hakla birlikte ele aldığı anlaşılmaktadır. Çoğunlukla mahkemenin bir hak iddiasına hükmettiğinde 13.maddeyi uygulamayı gereksiz gördüğü; bir hak ihlali iddiası görmediğinde ise 13.maddenin uygulanmaması gerektiğine karar verdiği anlaşılmaktadır.⁷ Ne var ki 1978'ten sonra mahkemenin, kavramı özerk yorum yöntemi⁸ ile geniş değerlendirmeye başladığı görülmektedir. Bu anlamda Klass ve diğerleri⁹ kararı önemli bir dönüm noktası kabul edilebilir. Mahkeme bu kararında sözleşmesel bir hakkın ihlal edilmiş olmasının bu maddenin uygulanması için bir önkoşul olamayacağı tespitini yapmıştır.¹⁰

13. maddenin 6366 sayılı Onay Kanunu'nda yer alan resmi çevirisi şöyledir¹¹:

"İşbu Sözleşmede tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen her şahıs ihlal fiili resmi vazifelerini ifa eden kimseler tarafından bu vazifelerin ifası sırasında yapılmış da olsa, milli bir makama fiilen müracaat hakkına sahiptir."

Madde incelendiğinde, sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlere doğrudan atıf yapıldığı görülmektedir. Bu husus aşağıdaki bölümlerde daha detaylı olarak incelenecektir. Maddeden çıkan ikinci husus her şahıs ifadesidir. Bu anlamda sözleşme bir ayrıma gitmemiştir. Üçüncü husus, sözleşmesel hak ve hürriyeti ihlal edilen şahıstan bahsedilmesidir. Yani burada ihlal iddiasından söz edilmektedir ki mahkeme içtihatlarına bakıldığında 13. madde için ihlal iddiasının en az "savunulabilir düzeyde" öne

⁷ Tanrıkulu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, s.103-104.

⁸ Özerk yorum yöntemi için Bkz: Letsas, George, "The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR", EJIL (2004), Sayı:15 No:2, s.279-305.

⁹ Klass and Other v. Germany, B.No:5029/71, K.T: 06.09.1978.

¹⁰ Klass and Other v. Germany, 64.parag.

¹¹ R.G. Tarihi: 19/03/1954, R.G. Sayısı: 8662.

sürülmesi beklenilmektedir.¹² Burada önemli nokta mahkemenin kabul edilebilirlik incelemesinde göz önünde bulundurduğu “açıkça dayanak-tan yoksun olmamak (*manifestly ill-founded*)” kriteri (İHAS m. 35/3/a) ile savunulabilir düzeyde hak ihlali iddiası (*arguable claim*) kriterlerinin ayrışıp ayrışmadığı noktasıdır. Bu noktaya da aşağıda açıklık getirilecektir. Dördüncü husus, hak ihlalinin resmi bir vazife esnasında resmi vazifeli biri tarafından yapılması halinde maddenin geçerli olduğunun ayrıca vurgulanmasıdır. Sözleşmenin ihlali noktasında burada yatay etki konusu zikredilebilir. Doktrinde yatay etki olarak ifade edilen husus devletin bireylerin arasındaki hak ihlallerini de önlemesi gerektiğine dair pozitif yükümlülüğünü belirtir.¹³ Burada resmi görevlilere yapılan atfın bu anlamda devletin pozitif yükümlülüğü ile ilgili bir yorumu destekleyebileceği iddia edilebilir.¹⁴ Beşinci ve son husus ise maddenin milli bir makamdan (*national authority*) bahsediyor olmasıdır. Mahkemenin de çoğu kez belirttiği gibi¹⁵ maddede zikredilen milli makamın adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. madde bağlamında zorunlulukları haiz bir mahkeme olması gerekmemektedir. Fakat bu durum maddede zikredilen milli makamın bağımsızlık ve tarafsızlık kriterlerinden tümünden bağımsız olduğu anlamına da gelmez. İlgili hususa da aşağıda açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

1.2. 1982 Anayasası

1982 Anayasası'nın 40. Maddesi etkili başvuru hakkını düzenlemektedir. Madde şöyledir:

“Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili ma-

¹² Şenol, Cem, “Etkin Soruşturma Yükümlülüğü ve Etkili Başvuru Hakkı”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S:1, Aralık 2011, s.6.

¹³ Sunay, Reyhan, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:23, S:1, s.27-46.

¹⁴ İnceoğlu, Sibel, “Etkili Başvuru Hakkı”, (Editör: Sibel İnceoğlu), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Beta Yayınevi, 2. Baskı Haziran-2013, İstanbul, s.441.

¹⁵ Kudla v. Poland, B.No: 30210/96, K.T: 26.10.2000, 157-160.parag; Mahmut Kaya v. Türkiye, B.No: 22535/93, K.T: 28.03.2000, parag.124.

kama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

(Ek: 3.10.2001-4709/16 md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”

Görüldüğü gibi madde anayasada tanınan hak ve hürriyetlerin ihlale atıf yaptığı gibi *etkili* bir başvurudan değil *geciktirilmeden* başvurma imkanının sağlanmasından söz etmektedir. Öncelikle bu hususun İHAS düzlemi ile bir fark meydana getirip getirmediği tartışılabilir. Madde metninde İHAS hükmü ile ayrıştığı izlenimi veren geciktirilmeden başvuru yapılması hususunun esaslı bir farklılık olarak görülmesine gerek olmadığı iddia edilebilir. Zira geciktirilmeden başvuruda bulunmayı, etkili bir başvuruda bulunmak olarak anlamayı engelleyecek bir durum söz konusu değildir. Eğer başvuru yapılacak yol etkili değilse, temel hakların korunması mümkün olmaz. Ayrıca geciktirilmeden ifadesi etkililiğin tabii bir parçası olarak görülmelidir.¹⁶ Şu halde etkili başvuru hakkı bağlamında İHAS düzeni ile 1982 Anayasası düzeni arasında esaslı farklılıkların bulunmadığı ifade edilebilir. Tüm bunlarla beraber Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde de AYM'nin bu maddedeki ifadeyi İHAS düzlemindeki etkili başvuru hakkından farklı olarak yorumlamadığı görülmektedir.¹⁷ İkinci olarak madde incelendiğinde başvuru yapılacak mercii yetkili bir makam olarak anılmaktadır. Dolayısıyla anayasal düzlemde de yetkili makamın bir mahkeme olması mecburi değildir. Üçüncü husus, maddenin anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetlere atıf yapmasıdır. Bu durumun bireysel başvuru hukuk yolunun kapsam alanı ile karşılaştırılması ilginç bir tartışmaya kapı aralamaktadır. Zira 6216 sayılı

¹⁶ İnceoğlu, “Etkili Başvuru Hakkı” s.453.

¹⁷ Mustafa Bayrı Başvurusu, B.No: 13/5718, K.T: 20/03/14, 32-35.parag; Mehmet Kaya ve Diğerleri Başvurusu, B.No: 13/6979, K.T: 20/05/15, 63.parag; Cemil Danışman Başvurusu, B.No: 13/6319, K.T: 16/07/14, 136.parag; Mustafa Bayrı Başvurusu, B.No: 13/5718, K.T: 20/03/14, 32-35.parag.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun”un 45. maddesinin birinci fıkrası sözleşmedeki haklar ile anayasal düzlemde korunan hakların kesişim kümesini öngörmektedir. Bu noktaya aşağıda değinilecektir. Maddedeki dördüncü husus, maddenin üçüncü fıkrasında devlet görevlileri sebebiyle hak ihlallerinin meydana gelmesine atıf yapılmış olmasıdır ki bu düzenlemenin İHAS 13. maddedeki düzenlemenin paraleli olduğu görülmektedir. Maddede resmi görevli tarafından meydana getirilen ihlal sebebiyle kişinin uğradığı zararın devlet tarafından tazmin edileceği belirtilmektedir. Ayrıca devlet, zarara sebebiyet veren resmi görevliye daha sonra rücu edebilmektedir. Beşinci ve son husus maddede ikinci fıkra olarak 2001 senesinde eklenen cümledir. Bu hükme göre devlet, kişilerin ilgili işleme karşı hangi hukuk yollarını kullanabileceğini, hangi mercilere başvurabileceğini ve hangi sürelerle tabi olduğunu belirtmek yükümlülüğü altına alınmıştır. İlgili hükmün etkili başvuru hakkının önemli bir ek güvencesi olduğunu belirtmek gerekmektedir.¹⁸

2. ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkı ile ilgili bu ikinci bölümde de aynı şekilde genel açıklamalar yapılması amaçlanmaktadır. Aynı sistematik takip edilerek İHAS ve 1982 Anayasası düzenlemeleri alt ayrımlar halinde incelenmiştir.

2.1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

İHAS m. 6’da düzenlenen Adil Yargılanma Hakkı, maddede açıkça düzenlenen ve zımnen kabul edilen hususlarla beraber önemli bir kapsama ulaşmaktadır.¹⁹ Üç fıkradan oluşan maddenin birinci fıkrasında normun uygulama alanı belirlenmektedir. İkinci fıkroda masumiyet karinesi yer almakta, üçüncü fıkroda suç isnadı altındaki kişinin asgari hakları bentler halinde sıralanmaktadır.

6. maddenin resmi çevirisinde birinci fıkrası şöyledir:

¹⁸ İnceoğlu, “Etkili Başvuru Hakkı”, s.442.

¹⁹ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s.209-213.

Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından dâvasının mâkul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir.”

Madde herkesin bu hakka sahip olduğunu belirtmektedir. İkinci olarak madde uygulama alanını “medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar” ve “cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamalar” ile sınırlandırmış görünmektedir. Bu nokta özellikle çalışmamız açısından önem arz etmektedir. Medeni hak ve yükümlülüklerden ne anlaşılması gerektiği, cezaî alanda yöneltilen suçlamaların ne olduğu gibi hususların tespiti, 6. maddenin uygulanması için önkoşullardır. Aşağıdaki bölümde bu konu mahkeme içtihatlarıyla beraber tartışılacağı için burada detaylarına girilmeyecektir. Üçüncü olarak maddede mahkemenin yasal olmasının yani yasaya dayanarak kurulması gerektiğinin arandığı görülmektedir. Dördüncü husus mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmasıdır. Beşinci husus mahkemenin makul sürede karar vermesi gerektiğidir, yani makul sürede yargılanma hakkı maddede açıkça belirtilmektedir. Altıncı husus hakkaniyetli yargılama hakkının da maddede açıkça yer aldığıdır. Hakkaniyete uygun yargılanma İHAM içtihatlarıyla belirlenen silahların eşitliği, çelişmeli yargılama ilkesi, yargılamaya etkili katılım, susma hakkı, delillere ilişkin temel ilkeler gibi pek çok unsuru içinde barındırır.²⁰ Bunların incelenmesi konumuzun şu aşamada dışında bulunmaktadır. Yedinci husus, aleni yargılanma hakkı ve aleni hüküm hakkı da maddede açıkça yer almaktadır. Madde ayrıca aleni yargılamanın hangi hallerde kısmen veya tamamen engellenebileceğini de zikretmiştir. Sekizinci husus maddede masumiyet karinesinin açıkça belirtilmesidir. Dokuzuncu ve son husus olarak 6. maddenin üçüncü fıkrasında suç isnadı altındaki kişinin sahip olduğu hakların açıkça belirtilmiş olması zikredilebilir. Maddeye baktığımızda bunlar a) suçlama hakkında bilgilendirilme b) savunma yapabilmesi için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma c) kendi kendini savunma veya bir müdafinin yardımından yararlanma d)

²⁰ Gölcüklü, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma”, AÜSBFD, C:49, S:1, 1994, s.218-220.

tanık dinletme, tanık dinletmede eşitlik, tanık sorgulama e) ücretsiz tercüman hakları olarak sıralanmıştır. Kısaca özetlenen adil yargılanma hakkının unsurları, görülebileceği gibi maddede açıkça zikredilen ve zımnen kabul edilen hususlarla beraber büyük bir külliyat meydana getirmektedir. Bu durum mahkeme kararları incelendiğinde anlaşılabilir. ²¹ İncelememizde 13. madde ile 6. maddenin ilişkisi ele alındığı için 6. madde hakkında 13. madde ile ilgisi olmadığı müddetçe fazla bilgi vermekten kaçınılmıştır.

2.2. 1982 Anayasası

1982 Anayasası'nın 36. maddesi anayasanın kendi sistematiği içerisinde Kişinin Hakları ve Ödevleri üst başlıklı ikinci bölümünün Hakların Korunması İle İlgili Hükümler başlıklı on ikinci alt ayrımının altında yer almaktadır. Bu alt ayrımın üç bölümü bulunmaktadır: Hak Arama Hürriyeti üst başlıklı 36. madde, Kanuni Hakim Güvencesi üst başlıklı 37. madde ve Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar üst başlıklı 38. maddedir. 36. maddenin 2001 senesinde değişik birinci fıkrası şöyledir:

“(Değişik: 3.10.2001-4709/14 md.) Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

2001 senesinde yapılan değişiklikle anayasada adil yargılanma hakkı açıkça zikredilmiştir. Ne var ki 1982 Anayasası'nın içerisinde farklı yerlerde adil yargılanma hakkının farklı unsurları da ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu minvalde bakıldığında m. 38/2'de masumiyet karinesi ayrıca düzenlenmiştir. Önemli bir diğer nokta bahsedilen hükümlerin bazılarının 1982 Anayasası'nın Cumhuriyetin Temel Organları üst başlıklı üçüncü kısmının Yargı üst başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiş olmasıdır. 138. maddede mahkemelerin bağımsızlığı, 141. maddede duruşmaların aleniyeti örnek olarak verilebilir. Değinilecek son nokta İHAS'ın aksine 1982 Anayasası'nın 36. maddesinin medeni hak ve yükümlülükler ve suç isnadı ile uygulama alanını kendisinin sınırlandırmamış olmasıdır.

²¹ HUDOC arama motorunda şu ana dek 6. madde ile ilgili 29.380 karar bulunmaktadır. Etkili başvuru hakkı ile ilgili karar sayısı ise 7.961'dir. Erişim Linki: <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 17.12.17).

36. maddede bir sınırlama öngörülmemiştir. Anayasal sistemimizden temel hak ve hürriyetler için 2001 senesinde yapılan değişiklik²² sonucunda genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır.²³ Ancak maddede bir sınırlama öngörülmemişse de hakkın sınırsız olduğu söylenemez; zira her hâlükârda normun kendi nesnel sınırlılığı²⁴ ve pratik uyumlaştırma ilkesi devreye girecektir.²⁵

3. ETKİLİ BAŞVURU HAKKI VE ADİL YARGILANMA HAKKININ KAPSAM ALANLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

3.1. Genel Olarak

Etkili başvuru hakkı ve adil yargılanma hakkı arasında saptadığımız farklılıklar, maddelerin norm alanındaki farklılık ve mahkemeye başvuru ile ulusal makama başvuru arasındaki ayırım şeklinde sıralanabilir. Ayrıca adil yargılanma hakkı kapsamında makul sürede yargılanma hakkı ile etkili başvuru hakkı arasındaki içtihatlardaki ilişkiye de değinilecektir. Burada sırasıyla bu hususlar alt başlıklarla beraber incelenecektir.

3.2. Norm Alanlarındaki Farklılık: Koruma Alanlarının Karşılaştırılması

3.2.1. Genel Olarak

Etkili başvuru hakkını düzenleyen on üçüncü madde doğrudan sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklere atıf yapmaktadır. Dolayısıyla on üçüncü maddenin kapsamına girecek hususları belirlemek çok daha

²² 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun, R.G. No:24556 (Mükerrer) R.G. Tarihi: 17.10.2001.

²³ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Gözler, Kemal, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:59, Sayı:2001/4, s.53-67. Online Erişim: www.anayasa.gen.tr/madde13.htm (Erişim Tarihi: 07.12.17).

²⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Atakan, Arda, "Friedrich Müller'in 'Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı' Teorisi Üzerine Bir İnceleme", *MÜHF-HAD*, C:16, S:3-4, s.9-24 Online Erişim: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/1269> (Erişim Tarihi: 07.12.17).

²⁵ İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", s.214-215.

kolaydır ve bu hususların dışına düşen bir konunun maddenin kapsamı dışında kalacağı görülebilir. Oysa adil yargılanma ilkesinin bir görünümü olan mahkemeye başvuru hakkı söz konusu olduğunda durum farklılık arz etmektedir; zira adil yargılanma ilkesini düzenleyen altıncı madde *medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadından* söz etmektedir. Maddeye baktığımızda öncelikle medeni hak ve yükümlülüğün ne olduğunu belirlemek gerekmektedir. Daha sonra ortada bir uyuşmazlığın bulunması gerekmektedir. Üçüncü olarak da burada atıf iç hukuka yapılmaktadır ki iç hukuktaki düzenlemenin İHAS düzlemindeki düzenlemelerden daha kapsayıcı olması mümkün olduğu gibi daha dar veya daha az koruma sağlayan bir görünüm arz etmesi de elbette mümkündür. Bu olasılıklar ise iki hakkın beraber değerlendirildiği durumlarda farklı yorumlara kapı aralar.

3.2.2. Adil Yargılanma Hakkının Norm Alanı

3.2.2.1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

İHAS m. 6'da yer alan Adil Yargılanma Hakkı içerik olarak adil bir kararın verilmesini sağlamamakta, adil bir kararın verilmesi için gerekli olan yükümlülükleri belirlemektedir.²⁶ Bu anlamda madde, medeni hak ve yükümlülük ile bir suç isandı aramakta ve böylelikle/bu esnada maddenin uygulama alanı daralmaktadır. Öncelikle medeni hak ve yükümlülüklerden ne anlaşılması gerektiği sorulmalıdır. Bireyler arasındaki ilişkileri ilgilendiren -örneğin ticaret hukuku, iş hukuku, eşya hukuku- uyuşmazlıkların madde kapsamında olduğunda şüphe yoktur. Tartışma daha çok devlet-birey arasındaki uyuşmazlıkları çözen ve kamu hukuku niteliği bulunan uyuşmazlıkların madde kapsamına dahil edilip edilmeyeceği üzerinde yoğunlaşır. Bilindiği gibi sözleşmenin resmi olarak bir İngilizce bir Fransızca iki örneği bulunur ve ikisi de İHAS m. 66/4 gereği eşit derecede özgün kabul edilir. Anglo-Sakson geleneğinde bariz bir kamu hukuku-özel hukuk ayrımı yer almazken Kıta Avrupası hukuk geleneği bu ayrımı kesin bir şekilde kabul etmiştir. Dolayısıyla İngilizce metinde belirtilen ifade ile Fransızca metinde belirtilen ifadenin kapsadığı alanlar arasında bir farklılık olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir.

²⁶ Karpstein/ Mayer, *EMRK: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 2.Baskı, C.H.Beck Yayınevi, Münih, 2015, s.157.

Sözleşmenin hazırlık çalışmaları ve mahkemenin içtihatları üzerine yapılan incelemeler de kesin bir şekilde bu ayrımı ortaya koymayı mümkün kılmamaktadır.²⁷ Ne var ki İHAM, özel hukuk-kamu hukuku ayrımını dikkate almakla beraber maddedeki medeni hak ve yükümlülükler ve suç isnadı kavramlarını otonom kavramlar olarak görmekte ve belirli bir özgürlük çerçevesinde yorumlamaktadır.²⁸ Örneğin mahkeme, kamu hukuku özelliğine sahip olduğu halde kimi iddiaları medeni hak ve yükümlülükler bağlamında inceleyebilmektedir. Bu anlamda kamulaştırma, ticari faaliyet ruhsatlarının iptali, hekimlik ve avukatlık gibi mesleklerin icrasına ilişkin idari kararlar, sosyal güvenlik sistemine ilişkin kimi uyuşmazlıklar tüketici olmayacak şekilde zikredilebilir.²⁹

Burada mahkemenin medeni hak ve yükümlülük kavramını özerk olarak yorumlarken dayandığı temel bazı ilkelere değinmek gerekmektedir. Mahkeme kamu hukuku- özel hukuku ayrımını³⁰ dikkate almakla beraber kamu hukuku-özel hukuk ilişkisinden çok hakkın niteliği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Öte yandan iç hukuk dışlanmış değildir. Özellikle hakkın düzenlenişi kapsamında iç hukuk önemli yer tutar. Mahkeme, yorumlamasında üye ülkelerde yeknesak bir uygulama oluşmuşsa bunu da dikkate almaktadır.³¹ Görüldüğü gibi bu noktada son olarak, medeni hak ve yükümlülüğü mahkemenin net bir şekilde tanımlamaktan kaçındığı söylenebilir³². Böyle bir tavrın altında yatan neden olabildiğince geniş bir kapsama alanı sağlamaktır. Ancak bu durumun analizi zor geniş bir içtihat meydana getirdiği ve zaman zaman içtihatların birbiriyle çeliştiği ifade edilmekte ve mahkemenin bu tavrı eleştirilmektedir.³³

²⁷ Dörr/Grote/Marauhn, *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2. Baskı, 2013, Heidelberg, s.747-748; Altıparmak, Kerem, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulama Alanı", *AÜSBFD*, C:53, S:1, 1998, s.6-11.

²⁸ Grabenwarter, Christoph, *European Convention on Human Rights: Commentary*, C.H.Beck Yayınevi, Münih, 2014, s.101; Kaşıkara, Serhat, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Medeni Hak ve Yükümlülükler Kavramı", *TAAD*, C:2, Yıl:2, S:4, s.251.

²⁹ İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", s.210-211.

³⁰ Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 12.Baskı, Ağustos 2015, Bursa, s.63-73.

³¹ Feldbrugge v. The Netherlands, B.No: 8562/79, K.T: 29.05.1986, parag 28-29.

³² Peters/ Altwicker, *Europäische Menschenrechts-Konvention*, 2.Baskı, C.H.Beck Yayınevi, Münih, 2012, s.137.

³³ İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, s.23-24.

İkinci olarak “medeni hak ve uyumsuzluklarla ilişkin uyumsuzluklar” ifadesinden ne anlaşılacağı tespit edilirken hakkın iç hukukta bir temeli olması ve ortada bir uyumsuzluğun bulunması gerektiği söylenebilir. Bununla beraber hakkın iç hukukta temellerin olması konusunun ilk anda düşünülebileceği gibi açık bir husus olmadığını belirtmek gerekir. İç hukukun yorumu yoluyla mahkemeye başvurma hakkına getirilen kısıtlamalar bazen adil yargılanma hakkını ihlal etmezken etkili başvuru hakkını ihlal edebilmektedir. İHAM, mahkemeye başvuru hakkının mutlak bir hak olmadığını ve sınırlamaya tabi tutulabileceğini kabul etmiştir.³⁴ Sınırlamalar, dava açma hakkına yönelik veya mahkemenin yargı yetkisine yönelik olabilir. Örneğin küçüklere ve akıl hastalarına yönelik getirilen sınırlamalar dava açma hakkına yönelik doğrudan sınırlamalardır. Öte yandan dava açma hakkına yönelik sınırlamalar dolaylı da olabilir. Hukuki yardım sağlanmaması sebebiyle kişinin mahkemeye ulaşma hakkının ihlali söz konusu olabilir. Dava açma ve temyiz sürelerine ilişkin yapılan düzenlemelerin iç hukuktaki yorumu bazı durumlarda hakkın ihlaline sebebiyet verebilir. Hukuki kesinliğin sağlanamaması da ihlale sonuçlanacaktır. Bunlarla beraber kamu makamlarına karşı dava açılmasını önleyecek kimi muafiyetler, idarenin bazı işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun kapatılması, yasamanın davaya müdahalesi gibi durumlar da mahkemenin yargı yetkisine getirilen sınırlamalar bağlamında mahkemeye ulaşma hakkını ihlal edebilir.³⁵

İHAM, mahkemeye ulaşma hakkının sınırlandırılabilmesini kabul etmekle beraber bu sınırlandırmanın sınırlarına ilişkin kriterleri de belirlemiştir. Bu kriterler ilk kez *Ashingdane* davasında³⁶ tartışıldığı için *Ashingdane* kriterleri olarak anılır. Buna göre, sınırlamanın meşru bir amaç gütmesi gerekir. Sınırlama meşru bir amaç gütmekle beraber hakkın özüne dokunmamalıdır. Üçüncü olarak mahkeme sınırlamada kullanılan araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında orantılılık aramaktadır. Bu üç kriter bağlamında mahkemeye ulaşma hakkına devletin meşru müdahale

³⁴ Gölcüklü, *a.g.m.* s.209.

³⁵ İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, s.105-154.

³⁶ *Ashingdane v. UK*, B.No: 8225/78, K.T: 28.05.1985, parag 53-60..

hakkının (takdir alanının) sınırları çizilir. Yukarıdaki anlatımın önemi şudur: Yukarıda değinilen usul izlenerek yapılan bir incelemede mahkemeye ulaşma hakkına getirilen sınırlama 6. madde bağlamında meşru kabul edilirken aynı durumun 13. maddenin ihlali ile sonuçlanmayacağına bir garantisi yoktur. Ortada bir uyuşmazlığın da bulunması gerekir. Uyuşmazlık kavramı da İHAM içtihatlarında çok teknik bir anlamda görülmemektedir. Daha geniş bir perspektiften yorumlanmaktadır ve genellikle maddi anlamda bir iddia olarak anlaşılmaktadır.³⁷ Bununla beraber medeni hak ve yükümlülük hakkındaki uyuşmazlığın tarafı birey-birey arasında olabileceği gibi birey-devlet arasında da olabilir.

Üçüncü ve son husus “suç isnadı” kavramıdır. Suç isnadı kavramı da maddenin birinci fıkrasında geçen medeni hak ve yükümlülük kavramı gibi İHAM tarafından otonom bir kavram olarak kabul edilmektedir.³⁸ Yani mahkeme suç isnadının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirirken iç hukuktaki nitelikleme ile kendini bağlı görmemektedir. Mahkeme, verilen cezanın amacı, suçun niteliği, suçun iç hukuktaki tavsifi gibi bir dizi kriteri göz önüne alarak kişinin suçlandırılmış olup olmadığına karar vermektedir.³⁹ Bu husus, altıncı maddenin birinci fıkrasının özel görüşmeleri sayılan ve yine bu fıkroda yer alan hakkaniyetli yargılama hakkı ile bağlantılı olarak incelenen maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki masumiyet karinesi ve suç isnadı altındaki kişinin asgari haklarının ilgili kişiye sağlanması yükümlülüğünün başlangıç anını tespit etmek açısından büyük önem arz etmektedir. Örneğin İHAM devletin beyanına rağmen kişinin daha önceki bir dönemde suç isnadı altında olduğuna hükmederek kişinin bu andan itibaren avukatla temsil hakkından faydalandırılmamasını ihlal olarak görebilmektedir.⁴⁰

3.2.2.2. 1982 Anayasası

1982 Anayasasında adil yargılanma hakkı 36. maddede yer almakta-

³⁷ Kaşıkara, a.g.m., s.257-260.

³⁸ Simeonovi v. Bulgaria, B.No: 21980/04, K.T: 12.05.17, 121 ve 110-114.parag.

³⁹ Huseynli and Others v. Azerbaijan, B.No: 67360/11, 67964/11, 69379/11, K.T: 11.02.16, 103.parag.

⁴⁰ Kaleja v. Litvanya, B.No: 22059/08, K.T: 5.10.17, 60.parag.

dır. Ne var ki anayasada açıkça bir hüküm bulunmasaydı dahi 2. maddede yer alan hukuk devleti ilkesi gereği adil yargılanma hakkının içeriğini oluşturan unsurların hukuk sisteminde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴¹

Hak Arama Hürriyeti üst başlıklı 36. maddenin birinci fıkrası şöyledir:

“(Değişik: 3.10.2001-4709/14 md.) Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

36. maddede adil yargılanma hakkı ifade düzenlenmektedir. Bu sebeple yukarıda gördüğümüz unsurların hepsini bu ifadeden çıkarsamak mümkündür. Ne var ki 1982 Anayasasına baktığımızda adil yargılanma hakkının kapsamındaki kimi unsurların anayasada ayrıca düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz. Örneğin 38. maddenin dördüncü fıkrasında masumiyet karinesi yer almaktadır. Bununla beraber, 1982 Anayasası’nda adil yargılanma hakkını ilgilendiren kimi unsurların haklarla ilgili bölümde değil Cumhuriyetin Temel Organları başlıklı üçüncü kısım altında yargı kısmında düzenlenmiştir. Örneğin mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi 138. maddede, duruşmaların aleniyeti 141. maddede yer almaktadır. 1982 Anayasasında adil yargılanma hakkının düzenlenişi ile İHAS’taki düzenleme karşılaştırıldığında 1982 Anayasası’nda adil yargılanma hakkının İHAS’taki gibi medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadıyla sınırlandırılmış olmadığı görülür. Bu durum özellikle bireysel başvuruların kapsam alanı ile ilgili tartışmalarda önem kazanır. Bu tartışma noktasına aşağıda tekrar döneceğiz.

3.2.3. Etkili Başvuru Hakkının Norm Alanı

3.2.3.1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

Etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddenin lafzında “bu sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes” ifadesi kullanılmaktadır. Dolayısıyla iç hukuka değil sözleşmeye atıf yapıldığı görülmektedir. Ek protokoller de bu anlamda devletin ilgili protokole taraf olmasına bağlı olarak gündeme gelebilir. Değinilmesi gereken başka bir

⁴¹ İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s.213.

husus madde lafzında açıkça zikredilmese de mahkemenin yorum yoluyla zımni unsurlar olarak kabul ettiği haklar da bu minvalde aynı değerlendirilir. Örneğin bu çalışmada tartışma konusu yapılan mahkemeye başvurma hakkı bu niteliktedir.

İkinci bir nokta hak ve özgürlük ihlali iddiası hususudur. Burada hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini düşünen kişi, "tartışılabilir düzeyde" bir ihlal iddiasını öne sürmelidir.⁴² Burada tartışılabilir düzey ifadesi, mahkemenin kabul edilebilirlik kriterlerinden biri olan "açıkça dayanaktan yoksunluk" kriteri ile karıştırılabilir durmaktadır. Bilindiği gibi sözleşmenin 35. maddesine göre açıkça temelsiz bulunan başvurular kabul edilebilirlik denetiminden geçemez. Mahkemenin de tespitine göre savunulabilirlik (*arguable claim*) ile açıkça dayanaktan yoksun olma kriterleri aynı şeyler değildir. Mahkeme, *Boyle and Rice* davasında hükûmetin açıkça dayanaktan yoksun olan bir iddianın savunulabilir sayılamayacağına yönelik iddiasını kabul etmediğini belirtmiş; bir iddianın ilk incelemede savunulabilir görünürken detaylı bir inceleme ile açıkça dayanaktan yoksun olduğunun ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir.⁴³ Savunulabilir iddianın ne olduğu somut olayın durumuna ve söz konusu hukuki sorunun doğasına göre belirlenmelidir.⁴⁴ Mahkeme savunulabilirliği net olarak tanımlamamıştır.⁴⁵ Öte yandan yine Boyle and Rice davasında mahkeme, açıkça dayanaktan yoksun bulunan bir başvurunun (*manifestly ill-founded*) savunulabilir bulunması (*arguable claim*) noktasında yaşanan güçlüğe de

⁴² Kuijer, Martin, "Effective Remedies As A Fundamental Right", Seminar On Human Rights and Access to Justice in the EU, 28-29 April 2014, s.5. Erişim Linki: [http://www.ejtn.eu/Documents/About %20EJTN/Independent%20Seminars/Human%20Rights%20BCN%202829%20April%202014/Outline_Lecture_Effective_Remedies_KUIJER_Martin.pdf](http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/Human%20Rights%20BCN%202829%20April%202014/Outline_Lecture_Effective_Remedies_KUIJER_Martin.pdf) Erişim Tarihi: 30.12.17.

⁴³ Boyle and Rice v. The UK, B.No: 9658/82, K.T: 27.04.1988, 53.parag.

⁴⁴ Boyle and Rice v. The UK, 55.parag, Ayrıca Bkz; Martin, Effective Remedies As A Fundamental Right, s.5.

⁴⁵ Directorate General Human Rights and Law Council of Europe, Guide to Good Practice In Respect of Domestic Remedies, 2013, s.13. Erişim Link: http://www.echr.coe.int/Documents/Pub_coe_domes_tics_remedies_ENG.pdf Erişim Tarihi: 30.12.17.

işaret etmiştir.⁴⁶ Mahkemenin daha sonraki onka kararında 3. madde bakımından açıkça temelsiz bulduğu başvuruyu savunulabilir bir iddia olmadığından hareketle 13. madde bakımından incelememiştir.⁴⁷

Yukarıda değinildiği gibi mahkemeye ulaşma hakkına getirilen sınırlamalar meşru kabul edilirken aynı durum 13. maddenin ihlali ile sonuçlanabilir. Zira 13. madde sözleşmede tanınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkese iç hukukta etkili bir başvuru yolunun sağlanmasını güvence altına almaktadır. Mahkemeye başvuru hakkına yapılan sınırlandırmaların sınırı ise mahkeme içtihadında *Ashingdane* kriterleri çerçevesinde belirlenmiştir. Bir sınırlama *Ashingdane* kriterleri bağlamında uygun kabul edilirken ortada etkili bir iç hukuk yolunun bulunmaması sebebiyle 13.maddenin ihlal edilmesi söz konusu olabilecektir. Zikrettiğimiz bu durumun İHAM içtihatlarında meşhur rneği *Z and Others v. UK* davasıdır.⁴⁸ Bu davada konu, ebeveynleri tarafından kötü ve insanlık dışı muamelelere maruz bırakılan çocukların ebeveynlerinden alınarak kendilerine koruma sağlanması hususunda yerel makamların ihmalidir. Bu ihmalkarlıktan dolayı yerel makamların sorumlu tutulup tutulmayacağı yani haksız fiil hukuku (*tort law*) ile ilgili bir problem bulunmaktadır. Ortada önemli bir zarar söz konusu olmasına rağmen iç hukukta bir yol bulunmamaktadır. İngiliz hukukunda yerel makamların bu konuda sorumlu tutulabilmeleri için zen yükümlülüğünün bulunması gerekir ve House of Lords yerel makamlara böyle bir sorumluluk yüklememiştir. House of Lords bunu yaparken kimi kamu siyaseti (*public policy*) meselelerini tartarak bir karara varmıştır.⁴⁹ Netice itibariyle İHAM burada 6.madde bağlamında mahkemeye ulaşma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Ne var mahkeme etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığı için 13. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁵⁰

⁴⁶ Boyle and Rice v. The UK, 54.parag.

⁴⁷ onka v. Belgium, B.No: 51564/99, K.T: 05.02.2002, 76.parag.

⁴⁸ Z and Others v. UK, B.No: 29392/95, K.T: 10.05.2001.

⁴⁹ Z and Others v. UK, 91-104.parag.

⁵⁰ Z and Others v. UK, 104.parag.

3.2.3.2. 1982 Anayasası

1982 Anayasası metninde etkili başvuru hakkının karşılığı olarak değerlendirilebilecek olan madde 40. maddedir. “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” üst başlıklı 40. maddenin birinci fıkrası şöyledir: “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” Madde nin doğrudan “etkili başvuru hakkı” ifadesini kullanmadığına madde deki ifadenin “geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkı”ndan bahsettiğine, ilgili ifadeyi etkili başvuru hakkı olarak yorumlamanın önünde bir engel bulunmadığına yukarıda değinilmişti. Burada maddenin norm alanı üzerinde bir tartışma açmaya çalışacağız.

Görüldüğü gibi madde doğrudan anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetlere atıf yapmaktadır. Bu noktada tartışılması gereken husus, 2010 senesinde kabul edilen bireysel başvuru⁵¹ bağlamında 2011 senesinde kabul edilen “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun”un 45. maddesinin 1.fıkrasıdır. Hüküm şöyledir:

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”

Görüldüğü gibi bireysel başvurunun kapsamı İHAS kapsamındaki haklar ile anayasada güvencelenen hakların kesişim kümesidir. Şu halde soru, anayasada kabul edildiği halde İHAS düzeninde yer almaması veya devletin ilgili protokole taraf olmaması sebepleriyle koruma görmeyen bir hakkın bireysel başvuruya konu edilip edilemeyeceğidir. Bu anlamda seyahat hürriyeti bir örnek olarak verilebilir. 1982 Anayasası’nın 23. maddesinde düzenlenen seyahat hürriyeti, İHAS’a ek 4 nolu Protokol’de yer almaktadır. Ek 4 nolu protokol Türkiye tarafından imzalanmış, uygun bulma kanunu çıkarılmış, ancak henüz onay belgesi tevdi edilmemiştir.⁵²

⁵¹ 07/05/2010 tarih ve 5982 sayılı anayasa değişiklikleri içeren Kanun, 12/9/2010 tarihinde halkoyuna sunulmuş ve kabul edilmiştir. 22/9/2010 tarihli ve 846 sayılı YSK kararı, 23/9/2010 tarih ve 27708 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

⁵² Protokol 19.10.1992’de imzalanmıştır. Onaya Uygun Bulma Kanunu, 26.02.1994 tarih ve 21861 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. Protokolün resmi

AYM, bu durumda yetkisizlik sebebiyle kabul edilemezlik kararı vermektedir. Mahkeme, devletin henüz taraf olmadığından bahisle ilgili hakkı keşif kümesinde görmemektedir⁵³.

3.2.4. İki Hakkın Norm Alanları Arasındaki Benzerlik Ve Farklılıklar

3.2.4.1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

6. madde medeni hak ve yükümlülükler ve suç isnadı ile uygulama alanını daraltmakla beraber yukarıda zikredildiği gibi mahkemenin özerk yorum yöntemi bu katılığı bir nebze yumuşatmaktadır. İkinci olarak madde bir uyumsuzluk aramakta ve iç hukukta hakkın temelleri olmasını talep etmektedir. 13. madde ise sözleşmede tanınmış hak ve özgürlükler ile norm alanını sınırlarken ihlal iddiasını tartışılabilir düzeyde öne sürülmesi gerektiğini belirtmektedir.

İlk başta medeni hak ve yükümlülüklerin çeşitliliği, mahkemenin özerk yorum ilkesi ve sözleşme metninin koruduğu hakların sınırlı olması hususları dikkate alındığında altıncı maddenin koruma alanının 13. maddenin koruma alanından daha geniş olduğu öne sürülebilir. Öyle ki sözleşmede sadece kişi hakları yer almaktadır. Mahkeme yorum yöntemiyle hukukun çeşitli konularını maddede düzenlenen bir temel hak bağlamında ele alabiliyorsa da bu durum doğası gereği sınırlı bir koruma tahsis edebilmektedir. Yani ilgili temel hak ile olan bağlantısı ile sınırlı bir koruma söz konusu olmak mecburiyetindedir. Halbuki altıncı madde medeni hak ve yükümlülükler diyerek ifade olarak iç hukukta tanınan birey-birey arasındaki tüm ilişkilere işaret etmektedir. Ayrıca mahkeme özerk yorum anlayışıyla ifadeyi daha geniş yorumlamakta ve idare hukukunu ilgilendiren uyumsuzluklarda da inceleme yapmaktadır. 6. madde suç isnadı altındaki kişiyi de ilgilendirmektedir. 6. maddenin mahkemeye erişimi tahsis ederek adil bir kararın verilebilmesi için gerekli güvenceleri

Türkçe çevirisi için Bkz: 14.08.1994 tarih ve 21990 sayılı R.G. Ayrıca Bkz: İstanbul Bilgi Üniversitesi, İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası, Erişim Linki: <http://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/54-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-4-numaral-protokol/> Erişim Tarihi: 30.12.17.

⁵³ Sebhat Tuncel Başvurusu, B.No: 2012/1051, K.Tarihi: 20/02/2014, parag.53.

sağladığı, öte yandan 13. maddenin sözleşmenin ülke iç hukuklarında uygulanmasını temin etmek amacıyla metne eklendiği anlaşılmaktadır. Öte yandan özellikle ülke hukukunun yorumu yoluyla kimi durumlarda mahkemeye ulaşım hakkı zedelenmezken 13. madde ihlali ortaya çıkabilmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi iki maddenin ortak koruma alanlarındaki hususlardan birinde, altıncı madde düzenlemelerinden mahkemeye erişim hakkının mutlak olmaması ve bu minvalde ilgili dava bazında meşru görülen bir kısıtlama söz konusu olabilmektedir. Ne var ki bu durum 13. maddenin ihlaline sebebiyet verebilmektedir. Bu gibi durumlarda 13. maddenin daha geniş bir koruma sağlamasıyla karşılaşılmaktadır.

3.2.4.2. 1982 Anayasası

İki hakkın norm alanları arasındaki benzerliklerin ve farklılıkların tespitini 1982 Anayasası düzleminde yaparken temel tartışma noktasını bireysel başvurunun kapsamını çizen Anayasa hükmü ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesi oluşturmaktadır. Anayasanın 148.maddesinin 3.fıkrası şöyle demektedir: *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."*

6216 sayılı Kanun'un 45.maddesinin birinci fıkrası ise şöyle demektedir: *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir."* İHAS'ın 6.maddesi medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadı kavramları ile uygulama alanını kısıtlamışken 1982 Anayasası bu tip bir kısıtlamaya metninde yer vermiş değildir. Şu halde 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesi İHAS ve 1982 Anayasası düzlemlerinin kesişim kümesine atıf yapıyorsa nasıl bir yol izlenmesi gerekmektedir? Öte yandan İHAS'ın 13. maddesi sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin ihlali durumuna atıf yapmışken 1982 Anayasası'nın 40.maddesi anayasada yer alan hak ve özgürlüklere atıf yapmaktadır. 1982 Anayasası'nda düzenlendiği halde sözleşme düzeninde yer almayan veya

Türkiye Cumhuriyeti'ni henüz bağlamayan protokollerde söz konusu haklar bulunabilir. Bu durumda bireysel başvurunun sınırı nasıl çizilecektir?

6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinde getirilen kurala iki noktadan yaklaşılabilir. Birincisi, bir hakkın İHAS veya 1982 Anayasası düzleminde düzenlenmediği durumda diğerinde düzenleniyor olmasıdır. Örneğin hak 1982 Anayasası'nda yer alır; ancak İHAS düzleminde yer almaz veya devletin sorumluluğu başlamamıştır. Bu gibi durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin açık lafzı gereğince bireysel başvuruların reddedilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

İkinci ihtimal, bir hak iki düzlemde de yer aldığı halde düzenlemelerin kapsam alanlarının farklılık içermesi durumudur. Sözgelimi adil yargılanma hakkı hem İHAS'ta hem 1982 Anayasasında yer alır; ancak İHAS'ta bu hak medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadıyla uygulama alanını sınırlamışken 1982 Anayasasında bir sınırlama kaydedilmiş değildir. Dolayısıyla 1982 Anayasası daha kapsayıcı bir koruma sağlarken İHAS'ın kapsam alanı daha dardır. Bir hakkın iki düzlemde yer almasına rağmen düzenlemelerin farklılıklar içermesi durumunda hangi düzenlemenin esas alınacağı tartışma konusunu oluşturmaktadır. Bu noktada da iki farklı yaklaşım söz konusu olabilir. Birincisi AYM'nin de yaptığı gibi, bu durumda kısıtlayıcı yorumu tercih etmektir⁵⁴. Örneğin adil yargılanma hakkında bahsettiğimiz gibi 1982 Anayasası suç isnadı ve medeni hak ve yükümlülükler ayırımını kabul etmeyerek daha geniş bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir. AYM, Onurhan Solmaz kararında 6216 sayılı Kanun'daki düzenlemeyi aktardıktan sonra adil yargılanma hakkının kapsamının 1982 Anayasası'nda düzenlenmediğini belirterek kapsamın İHAS'ın 6.maddesine göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁵. AYM içtihatlarında 6.mad-

⁵⁴ İnceoğlu, Sibel, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri*, XII Levha Yayınları, Ocak 2017, İstanbul, s.249-256; Şirin, Tolga, *Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usul Hukuku*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, 2018, Ankara, s.85-88.

⁵⁵ Onurhan Solmaz Başvurusu, B.No: 2012/1049 K.Tarihi: 26/03/2013, parag. 19-22. AYM içtihadında İHAS kapsamı dikkate alınarak koruma alanında

deyle alakalı olarak İHAS'taki dar düzenlemeleri tercih ederken mahkemenin bu tutumunun sadece vergi hukukuyla ilgili kararlarında yumuşadığı görülmektedir. İHAM vergi aslına dair uyuşmazlıkların suç isnadı veya medeni hak ve yükümlülük kapsamına girmediği görüşünderken AYM burada mülkiyet hakkıyla ilgili bağlantıyı yeterli saymak suretiyle medeni hak ve yükümlülük kısmında görmektedir⁵⁶.

Aslında, hem anayasa hükmünün hem 6216 sayılı Kanun'daki düzenlemenin sınırlayıcı yorumlanması zorunlu değildir. Hükmün lafzı değerlendirilirken, ilgili ifade sözleşmede ve anayasada yer alan ortak haklar listesi olarak anlaşılabilir. Örneğin adil yargılanma hakkı hem anayasada hem sözleşmede düzenlenmektedir. Düzenlemelerin kapsamı yani korudukları alan konusunda bir farklılık söz konusu olduğunda daha geniş olan düzenleme tercih edilebilir. Mevzuat bu yoruma elverişlidir⁵⁷.

Öte yandan bu görüşü destekleyecek farklı noktalara da dikkat çekmek gerekir. Anayasa'nın m.90/5⁵⁸ hükmü, İHAS'ın kanun hükmünde olduğunu belirtmekte ve İHAS ile kanun hükümleri çatıştığında çatışmanın İHAS lehine çözülmesini zorunlu kılmaktadır. İHAS m.53⁵⁹, sözleşmenin

tutulan hususların bir listesi için Bkz: Şirin, Tolga, *Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usul Hukuku*, s.86-87.

⁵⁶ İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4*, 2018, Ankara, s.18.

⁵⁷ İnceoğlu, Sibel, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri*, s.245-258.

⁵⁸ 1982 Anayasası m.90/5: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

⁵⁹ İHAS m.53: "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirini, herhangi bir Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz."

hiçbir hükmünün temel hakları sınırlayacak şekilde yorumlanamayacağını beyan etmektedir⁶⁰. Bu durum Anayasa hükmü 6216 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen hükmünün sınırlayıcı yorumunu engellemektedir. AYM'nin yorumu ise tam bu noktada sınırlı norm alanını tercih etmek şeklinde gelişmiştir. Tüm bunlarla beraber zikretmek gerekir ki İHAS'ın 1.maddesi⁶¹ de devlete yetki alanı içerisinde sözleşmede zikredilen hakları herkesin kullanmasını sağlama yükümlülüğü yüklemektedir.

3.3. Ulusal Makam Ve Mahkeme Ayrımı

3.3.1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

Etkili başvuru hakkını düzenleyen maddede zikredildiği üzere başvuru yapılacak merciinin mahkeme olması zorunlu bir husus değildir. Madde metninde sadece yetkili bir ulusal merciden (national authority) bahsedilmektedir. Oysa mahkemeye erişim hakkında tarafsız ve bağımsız bir *mahkeme* söz konusudur. Dolayısıyla daha ilk bakışta altıncı maddenin bu anlamda on üçüncü maddeye nazaran çok daha güçlü bir koruma sunduğu öne sürülebilir. Mahkeme, 6. maddenin 1. fıkrası bir mahkeme öngördüğü halde 13. maddenin ulusal merciye atıf yapması karşısında altıncı maddenin *lex specialis* bir düzenleme olarak daha güçlü bir koruma sağladığı ve altıncı madde ihlaline karar verilen durumlarda artık on üçüncü madde bağlamında bir inceleme yapmaya gerek olmadığını belirtmektedir.⁶² Gerçekten ilk bakışta burada tartışılacak çok problematik bir durum bulunmadığı düşünülebilirse de ulusal merci ifadesinden tarafsızlık ve bağımsızlık kriterlerini tamamen göz ardı ederek oluşturulan bir kurulu anlamak doğru değildir. Öte yandan ulusal makamın altıncı madde bağlamında zikredilen bir mahkemeye sağlanması gereken güvencelere tamamen sahip olması da beklenmemektedir. Dolayısıyla bu

⁶⁰ 53.madde hakkında Bkz: Yıldırım, Akif ve Dursun Halil İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 53.Madde Düzenlemesinin Türk Hukukuna Etkisi", Tezrazi Hukuk Dergisi, C:9, Sayı: 100, Aralık 2014, s.129-130.

⁶¹ İHAS m.1: "Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar."

⁶² Bu konudaki mahkeme kararları için Bkz: İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.109 22.dn.

alt ayırında iki kurul arasındaki farklılıkları olabildiğince anlaşılır şekilde çizmek gerekmektedir.

Bilindiği gibi 13. madde “etkili” bir başvuru yolunun iç hukukta mevcut olmasını aramaktadır. İHAM ilgili ulusal makamın etkililiğini belirlerken çeşitli kriterler kullanmaktadır. Buna göre ilgili ulusal makamın iddianın özünü ele almaya yetkili olması gerekir; bir hak ihlalini önleyebilme, ihlal sürüyorsa bunu önleyebilme, ihlal sona ermişse karara bağlayabilme yetkilerinin bulunması icap etmektedir.⁶³ Başvuru yolunun sadece hukuken mevcut olması yeterli değildir; fiilen de etkili olması gerekir. İlgili makamın yetkileri ve güvenceleri de önemli bir konudur.⁶⁴ Buna göre bu makamın sözleşmeyi ihlal ettiği öne sürülen makamdaki “yeterli derece bağımsız” olması aranmaktadır. Öte yandan bu makamın önünde sahip olunan usuli güvenceler de önemli olmaktadır.⁶⁵

3.3.2. 1982 Anayasası

1982 Anayasası’nın 40. maddesi de metninde açıkça yetkili makam ifadesine yer vermektedir. Bu anlamda yetkili makamın İHAS’taki gibi mutlak bir mahkeme olması gerekmediği ifade edilebilmektedir. Diğer bir deyişle mahkeme olmayan bir yetkili makam 40. madde çerçevesinde etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilebilir. Konuya bu perspektiften yaklaşıldığında 36. maddede yer alan adil yargılanma hakkının 40. maddede yer alan etkili başvuru hakkına göre çok daha güçlü bir koruma getirdiği anlaşılabilir.

3.4. Etkili Başvuru Hakkı Ve Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Değinilmesi gereken önemli bir konu da etkili başvuru hakkı ile adil yargılanma hakkının çok önemli bir görünümü olan makul sürede yargılanma hakkı ve bu konudaki İHAM içtihatlarının seyriyle alakalıdır. Yukarıda da değinildiği gibi adil sürede yargılanma hakkıyla ilgili 6. mad-

⁶³ Aksoy v. Türkiye, B.No: 21987/93, K.Tarihi: 18/12/1996, parag. 95.

⁶⁴ Klass and Others v. Germany, parag.67; Martin, Effective Remedies As A Fundamental Right, s.5.

⁶⁵ Konu hakkında Bkz: Tanrıkulu, a.g.e s.144-147.

dede açıkça belirtilen makul sürede yargılanma hakkı, yargılamanın uzamasını önlediği için hukuk devleti açısından büyük bir öneme sahiptir. Öte yandan yapılan ufak bir incelemeyle dahi anlaşılabilceği gibi 6. madde bağlamında İHAM içtihatlarında karar yoğunluğu en fazla olan hak makul sürede yargılanma hakkıdır. Makul sürede yargılama hakkı açısından İHAM belirli bir süre öngörmüş değildir; her dava özelinde davanın karmaşıklığı, mahkemenin tutumu ve tarafların tutumu gibi çeşitli etkenleri değerlendirerek karara ulaşmaktadır.⁶⁶

Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği durumlarda başvuranın bu yakınmasına dair iç hukukta etkili bir başvuru yolu bulunmadığı takdirde 13. maddenin de ihlali gündeme gelecektir. Yani 6. madde bağlamında ihlal bulunduğu her durumda 13. maddenin incelenmeyeceği söylenemez. Bu bağlamda *Kudla kararı* bir dönüm noktası teşkil etmektedir.⁶⁷ Bu kararında ilk kez İHAM, 6. maddenin ihlali halinde 13. maddenin incelenmeyeceğine dair ilkesel kararını, makul sürede yargılama hakkı özelinde değiştirmiştir.⁶⁸ Bizim karar incelemelerimiz sonucunda da bu içtihat değişikliğinin sürdüğü anlaşılmaktadır. *Velkova v. Bulgaria* davasında bir mahkeme kararının uygulanmasında çok uzun süre beklenerek ihmal oluşmasına sebebiyet verilmiştir. İHAM burada m. 6/1 ihlali bulduğu gibi başvuranın yakınmasıyla ilgili etkili bir iç hukuk yolunun bulunmaması sebebiyle 13. maddenin de ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶⁹

Stanka Mirovic and Others v. Montenegro davasında yargılamanın uzunluğu sebebiyle m. 6/1 ihlali bulunduğu gibi yargılamanın uzunluğuna karşı başvurulabilecek iç hukukta etkili bir başvuru yolunun bulunmaması sebebiyle 13. madde bağlamında etkili başvuru hakkının da ihlal edildiğine hükmedilmiştir.⁷⁰ *Gurban v. Türkiye* davasında ise konu ceza yargılamalarının uzunluğu sebebiyle ülke içinde 13. madde anlamında etkili bir başvuru yolu olmadığına dair bir iddiadır. Mahkeme burada da

⁶⁶ İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, s.380-394.

⁶⁷ *Kudla v. Poland*, B.No: 30210/96, K.T: 26/10/2000, 157-160.parag.

⁶⁸ İnceoğlu, "Etkili Başvuru Hakkı", s.450-451.

⁶⁹ *Velkova v. Bulgaria*, B.No: 1849/08, K.T: 13.07.2017, 48-53.parag .

⁷⁰ *Stanka Mirovic and Others v. Montenegro*, B.No: 33781/15, K.T: 07/03/2017, 51-56, 64-66.parag.

m. 6/1 bağlamında ihlal bulduktan sonra 13. madde bağlamında olayı inceleyerek ihlale hükmetmiştir.⁷¹ *Gazso v. Hungary* davasında ise bir hukuk davası söz konusudur. Ancak ana motif değişmemektedir. Mahkeme m. 6/1 bağlamında ihlal bulduktan sonra 13. madde bağlamında da inceleme yapmakta ve ihlale hükmetmektedir.⁷² Ayrıca burada mahkeme Macaristan'daki devam eden uygulamaları ve derdest davaları göz önüne alarak pilot karar usulüne geçilmesine karar vermiştir.⁷³

Mahkeme *Panju v. Belgium* davasında adli soruşturmanın çok fazla uzun sürmesinden yakının bir başvuruyu incelemektedir. Mahkeme m. 6/1'in ihlal edildiğine hükmettikten sonra konuyu 13. madde bağlamında incelemiş ve 13. madde ihlali bulmuştur.⁷⁴ *Vlad and Others v. Romania* davasında da aynı şekilde m. 6/1'in makul sürenin aşılması sebebiyle ihlalinden sonra konu 13. madde bağlamında incelenerek etkili başvuru hakkının ihlal edildiği tespit edilmiştir.⁷⁵ Bu davada da mahkeme Romanya'daki uygulamaya işaret etmekte ve bu sebeple Romanya'ya karşı yapılan başvuruların yoğunluğuna dikkat çekmektedir.⁷⁶

⁷¹ *Gurban v. Türkiye*, B.No: 4947/04, K.T: 15/12/2015.

⁷² *Gazso v. Hungary*, B.No: 48322/12, K.T: 16/07/2015, 18-21.parag.

⁷³ *Gazso v. Hungary*, 28-33.parag.

⁷⁴ *Panju v. Belgium*, B.No: 18393/09, K.T: 28/10/2014. Yalnızca Fransızca orijinal nüshası bulunan bu karar hakkında HUDOC sitesinde yüklü bulunan Türk Dışişleri Bakanlığı'nın özet çevirinden yararlanılmıştır.

⁷⁵ *Vlad and Others v. Romania*, B.No: 40756/06, 41508/07 50806/07, K.T: 26/11/2013, 113-125.parag.

⁷⁶ *Vlad and Others v. Romania*, 154-155.parag.

SONUÇ

Çalışmanın ilk kısmında İHAS ve anayasa bağlamında etkili başvuru hakkı ve adil yargılanma hakkı tanıtılmıştır. İHAS'ın 13. maddesi etkili başvuru hakkını düzenlemektedir. Buna göre sözleşmede yer alan haklarından biri ihlal edilen herkes, bu ihlal resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılsalar bile, ulusal bir mercii önünde etkili başvuru hakkına sahiptir. 13. maddenin sözleşmeye ayrı bir hak olarak konması amaçlanmış değildir. Mahkemenin ilk dönem içtihatları eleştiri toplamıştır. İlk kez *Klass ve diğerleri* kararında mahkeme, sözleşmede yere alan bir hakkın ihlal edilmiş olmasının bu maddenin uygulanması için bir önkoşul olamayacağını belirtmiştir. 1982 Anayasası'nın m. 40/1 hükmü, anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili bir makama geciktirilmeden başvurma hakkının bulunduğunu belirtmektedir. Her ne karar 40. maddede açıkça etkili başvurudan bahsedilmese dahi AYM tarafından bu maddenin İHAS düzlemindeki etkili başvuru hakkından farklı yorumlanmadığı görülmüştür. 40. maddedeki düzenleme İHAS ile büyük ölçüde benzerdir; üçüncü fıkrada ihlalin resmi görevli tarafından yapılması yer alır.

İHAS'ın 6. maddesi adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. Üç fıkradan oluşan adil yargılanma hakkının birinci fıkrası maddenin uygulama alanının medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadıyla sınırlı olduğunu beyan etmektedir. İkinci fıkrada masumiyet karinesi yer almakta, üçüncü fıkrada suç isnadı altındaki kişinin asgari hakları bentler halinde sayılmaktadır. Adil yargılanma hakkı maddede açıkça belirtilen hususlar ve zımnen kabul edilen unsurlarla beraber büyük bir külliyat meydana getirmektedir. 1982 Anayasası'nın 36. maddesi de herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğunu beyan etmektedir.

Çalışmanın ikinci kısmında bu iki hakkın karşılaştırılması yapılmıştır. Öncelikle iki hakkın norm alanı karşılaştırılmıştır. Adil yargılanma hakkının bir görünümü olan mahkemeye başvuru hakkı ile etkili başvuru hakkının çakıştığı anlaşılmaktadır. İki hakkın norm alanı karşılaştırıldığında etkili başvuru hakkının sözleşmedeki haklara atıf yaptığı; ancak adil yargılanma hakkının medeni hak ve yükümlülüklerle suç isnadından bahsettiği görülmektedir. Medeni hak ve yükümlülüğün ne olduğu konusunda İHAM net bir tanım yapmayı tercih etmemektedir, metni geniş

yorumu tabi tutmaktadır. Suç isnadı hakkında da özerk yorum geçerlidir. Adil yargılanma hakkı adil bir kararın verilmesi için gerekli kurallardan bahsetmektedir; yoksa bir hakkın iç hukukta düzenlenmesini güvencelememektedir. Bu sebeple, hakkın iç hukukta temelleri olması gerekir. Maddede medeni hak ve yükümlülükler hakkında bir uyumsuzluğun bulunması gerektiği de belirtilmektedir. Öte yandan adil yargılanma hakkı mutlak bir hak değildir ve *Ashingdane* kriterleri olarak anılan a) makul sebep b) hakkın özüne dokunulmaması c) araç ve amaç arasındaki orantılılık kriterlerine göre sınırlanabilir. Konu hakkında, İHAS düzleminde bakıldığında 13. madde açısından sözleşme metninin sınırlılığına rağmen adil yargılanma hakkının daha kapsayıcı olduğu düşünülebilir. Ancak bu konuda olay bazında değişik sonuçlar ortaya çıkacaktır. Kimi durumlarda *Ashingdane* kriterlerine uygun olan bir durum adil yargılanma hakkını ihlal etmezken etkili başvuru hakkını ihlal edebilmektedir ki bu gibi durumlarda etkili başvuru hakkı daha geniş bir koruma sağlamaktadır. Bunun içtihatlardaki meşhur örneği *Z ve diğerleri* kararıdır. Bu kararda House of Lords kimi kamusal menfaatleri tartarak yerel makamların sorumluluğunu genişletmemiştir. Adil yargılanma hakkı ihlal edilmemişken etkili bir başvuru yolunun bulunmaması 13. maddenin ihlaliyle sonuçlanmıştır.

1982 Anayasası açısından iki hakkın norm alanına bakıldığında 6216 sayılı AYM'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesi gereği İHAS ile Anayasanın kesişim kümesindeki haklar bireysel başvuruya konu edilebilmektedir. 1982 Anayasası adil yargılanma hakkında medeni hak ve yükümlülükler ve suç isnadı şeklinde bir sınırlama koymamıştır. Etkili başvuru hakkının norm alanı değinildiği gibi sözleşmede yer alan haklardır. Taraf devlet için, hangi protokolleri kabul etmiş olduğu elbette önem taşır. 1982 Anayasası açısından bakıldığında ise ancak İHAS'ta yer alan haklar ve taraf olunan protokoller ile 1982 Anayasası'nda yer alan hakların kesişim kümesini oluşturan hakların ihlali iddiaları hakkında etkili başvuru mümkündür.

6216 sayılı Kanun'un 45. maddesi hakkında iki ihtimal düşünülebilir. Birincisi, İHAS ve 1982 Anayasası düzlemlerinde yer alan haklar listelendiğinde birinde yer almayan veya devletin henüz sorumlu olmadığı bir hakkın doğrudan bireysel başvuru dışı sayılması gerektiğidir. İkincisi ise

her iki düzlemde de bulunan bir hakkın söz konusu olmasıdır. Örneğin adil yargılanma hakkı böyledir. İHAS m. 6'da ve 1982 Anayasası m. 36'da yer alır. İşte bu durumda iki maddeden hangisinin koruma alanı daha genişse onun esas alınması gerektiği öne sürülebilir.

İkinci karşılaştırma konusu 6. maddenin maddede belirtilen güvenceleri haiz bir mahkeme araması karşısında 13. maddenin ulusal bir merciden bahsetmesidir. 13. maddede belirtilen ulusal merciinin mahkeme olması mecburi değilse de bu merciinin etkili sayılabilmesi için iddianın özünü ele alabilmesi, bir ihlal sürüyorsa bunu önleyebilmesi, ihlal sona ermişse karara bağlayabilmesi gerekir. Başvuru yolunun sadece hukuken mevcut olması yeterli olmayacaktır; fiilen de etkili olmalıdır. İlgili makamın yetkileri ve güvencelerine de bakılmalıdır. Bu makamın sözleşmeyi ihlal ettiği öne sürülen makamdan "yeterli derece bağımsız" olması gerekir. Bu makamın önünde sahip olunan usuli güvenceler de etkililiği belirleyecektir. 1982 Anayasası'nın 40. maddesi de açıkça yetkili makam ifadesine yer vermektedir. AYM de İHAM gibi yetkili makamın mutlaka bir mahkeme olması gerekmediğini belirtmektedir.

6. maddenin bir mahkemeden bahsetmesi sebebiyle İHAM, 6. maddede *lex specialis* sayarak 6. madde kapsamında ihlal bulunduğu 13. madde kapsamında bir değerlendirmeye gitmemektedir. Ne var ki bu içtihat, makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili olarak delinmiştir. İlk kez Kudla kararında mahkeme bu noktada içtihadını değiştirmiştir. Adil yargılanma hakkının makul sürenin aşılması sebebiyle ihlal edildiğine karar verdiğiğinde, bu yakınma hakkında iç hukukta etkili bir başvuru yolu yoksa 13. madde bağlamında inceleme yapılmakta ve ihlale hükmedilebilmektedir.

ZUSAMMENFASSUNG

In dem Artikel wird ein Vergleich zwischen dem Recht auf ein faires Verfahren und dem Recht auf wirksame Beschwerde vorgenommen. Dieser Vergleich wurde unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR, des AYM (Verfassungsgericht der Türkei) und der Meinungen in der Doktrin durchgeführt. Zunächst wird das Recht auf wirksame Beschwerde untersucht. Es wird erläutert, wie das Recht in der EMRK und in der türkischen Verfassung geregelt ist. Anschließend befasst sich der Artikel mit dem Recht auf ein faires Verfahren. Auch hier wird untersucht, wie dieses Recht in der EMRK und in der türkischen Verfassung geregelt ist.

Der Anwendungsbereich des Rechts auf ein faires Verfahren ist gemäß Artikel 6 Absatz 1 EMRK auf Straf- und Zivilverfahren beschränkt. In Artikel 6 Absatz 2 EMRK ist die Unschuldsvermutung geregelt. Im dritten Absatz werden die Mindestrechte der Personen unter Strafoverfolgung angegeben. Artikel 36 der türkischen Verfassung besagt, dass jeder ein Recht auf ein faires Verfahren ohne Einschränkung hat. Es gibt folglich einen Unterschied zwischen den beiden Vorschriften. Artikel 36 der türkischen Verfassung ist viel weiter gefasst.

Der Anwendungsbereich des Rechts auf wirksame Beschwerde gemäß Artikel 13 EMRK ist nur bei einer Verletzung der materiellen Konventionsrechte eröffnet. Liegt eine solche vor, hat der Verletzte einen Anspruch auf eine wirksame Beschwerde bei einer innerstaatlichen Instanz. Dagegen erkennt Artikel 40 der türkischen Verfassung das Recht auf wirksame Beschwerde in Hinblick auf alle in der Verfassung geregelten Rechte an. Artikel 40 ist mithin viel weiter gefasst, da die durch die Verfassung gewährleisteten Rechte viel umfassender sind als die der EMRK.

Die Bestimmungen der türkischen Verfassung sind sowohl hinsichtlich des Rechts auf wirksame Beschwerde als auch des Rechts auf ein faires Verfahren umfassender. Das Recht auf wirksame Beschwerde gemäß Artikel 13 EMRK wird in der Türkei verfassungsrechtlich nur in Bezug auf die Rechte der türkischen Verfassung anerkannt, welche auch in der EMRK gewährleistet sind. Hier war die Rechtsprechung des AYM ausschlaggebend. Dieses hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass Artikel 13 EMRK eingeschränkter auszulegen ist als Artikel 40 der türkischen Verfassung. Die türkische Verfassung enthält keine Bestimmung, die eine solche Auslegung entgegensteht.

Zwischen Artikel 6 EMRK und Artikel 13 EMRK gibt es einige Unterschiede. Die oben genannten Unterschiede zwischen den Anwendungsbereichen des Rechts auf ein faires Verfahren und des Rechts auf wirksame Beschwerde können in verschiedenen Fällen zu einem umfassenderem oder weniger umfassenden Schutz führen. Ein weiterer wichtiger Unterschied ist, dass das Recht auf ein faires Verfahren den Zugang zu einem Gericht erfordert. Es ist jedoch nicht zwingend erforderlich, sich im Rahmen des Rechts auf wirksame Beschwerde an ein Gericht zu wenden. Die Beschwerde ist lediglich bei einer „innerstaatlichen Instanz“ zu erheben.

Nach der EGMR-Rechtsprechung ist Artikel 6 EMRK „lex specialis“, wenn sowohl der Anwendungsbereich des Artikels 6 EMRK als auch der des Artikels 13 EMRK eröffnet ist. Grundsätzlich wird eine Verletzung des Artikels 13 EMRK also nicht geprüft, soweit Artikel 6 EMRK einschlägig ist. Eine Ausnahme stellt die Verletzung des Rechts auf eine angemessene Verfahrensdauer dar. Kommt es zu einem unangemessen langen Verfahren und sieht die nationale Rechtsordnung keinen Rechtsbehelf vor, mit welchem dieser Konventionsverstoß gerügt werden kann, liegt auch eine Verletzung von Artikel 13 EMRK vor.

Dieser Artikel untersucht die Auslegung der beiden Rechte sowie ihr Verhältnis zueinander. Es wird erläutert, wie sich die Rechtsprechung des EGMR und des AYM im Laufe der Zeit verändert hat. Der Artikel befasst sich insbesondere mit dem Fall, dass sich die Schutzbereiche der beiden Rechte überschneiden. Zudem werden die Unterschiede auf nationaler und internationaler Ebene dargestellt.

KISALTMALAR

a.g.e.	Adı geçen eser
a.g.m.	Adı geçen makale
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
B.No:	Başvuru Numarası
Bkz:	Bakınız
C.	Cilt
İHAM	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
K.T:	Karar Tarihi
m.	Madde
MÜHF-HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
parag	Paragraf
R.G.	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
YSK	Yüksek Seçim Kurulu

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- AYBAY, Rona, *İnsan Hakları Hukuku*, 3.Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Dörr/Grote/Marauhn, *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2. Baskı, 2013, Heidelberg.
- GRABENWARTER, Christoph, *European Convention on Human Rights: Commentary*, C.H.Beck Yayınevi, Münih, 2014.
- GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, 12.Baskı, Ağustos 2015, Bursa.
- İNCEOĞLU, Sibel, "Adil Yargılanma Hakkı" (Editör: Sibel İnceoğlu), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Beta Yayınevi, 2. Baskı Haziran-2013, İstanbul.
- İNCEOĞLU, Sibel, "Etkili Başvuru Hakkı" (Editör: Sibel İnceoğlu), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Beta Yayınevi, 2. Baskı Haziran-2013, İstanbul.
- İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Beta Yayınevi, Tıpkı 4. Bası, Mart 2013, İstanbul.
- İNCEOĞLU, Sibel, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri*, XII Levha Yayınları, Ocak 2017, İstanbul.
- İNCEOĞLU, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4*, 2018, Ankara.
- KARPENSTEİN/ MAYER, *EMRK: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 2.Baskı, C.H.Beck Yayınevi, Münih, 2015.
- PETERS/ ALTWICKER, *Europäische Menschenrechts-Konvention*, 2.Baskı, C.H.Beck Yayınevi, Münih, 2012.
- ŞİRİN, Tolga, *Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usul Hukuku*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, 2018, Ankara.
- TANRIKULU, Sezgin M, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, 2012, İstanbul.

MAKALELER

- ALTIPARMAK, Kerem, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.Maddesinin Uygulama Alanı", *AÜSBFD*, C:53, S:1, 1998
- ATAKAN, Arda, "Friedrich Müller'in 'Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı' Teorisi Üzerine Bir İnceleme", *MÜHF-HAD*, C:16, S:3-4
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma", *AÜSBFD*, C:49, S:1, 1994
- GÖZLER, Kemal, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:59, Sayı:2001/4
- KAŞIKARA, Serhat, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.Maddesi Çerçevesinde Medeni Hak ve Yükümlülükler Kavramı", *TAAD*, C:2, Yıl:2, S:4
- KUIJER, Martin, "Effective Remedies As A Fundamental Right", Seminar On Human Rights and Access to Justice in the EU, 28-29 April 2014
- LETSAS, George, "The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR", *EJIL* (2004), Sayı:15 No:2
- SUNAY, Reyhan, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:23, S:1,
- ŞENOL, Cem, "Etkin Soruşturma Yükümlülüğü ve Etkili Başvuru Hakkı", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S:1, Aralık 2011
- YILDIRIM, Akif ve Dursun Halil İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 53.Madde Düzenlemesinin Türk Hukukuna Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C:9, Sayı: 100, Aralık 2014

KARARLAR**İHAM**

- Klass and Other v. Germany*, B.No:5029/71, K.T: 06.09.1978
- Aksoy v. Türkiye*, B.No: 21987/93, K.Tarihi: 18/12/1996
- Ashingdane v. UK*, B.No: 8225/78, K.T: 28.05.1985
- Simeonovi v. Bulgaria*, B.No: 21980/04, K.T: 12.05.17,

Huseynli and Others v. Azerbaijan, B.No: 67360/11, 67964/11, 69379/11, K.T: 11.02.16

Kaleja v. Lithuania, B.No: 22059/08, K.T: 5.10.17

Boyle and Rice v. The UK, B.No: 9658/82, K.T: 27.04.1988

Z and Others v. UK, B.No: 29392/95, K.T: 10.05.2001

Kudla v. Poland, B.No: 30210/96, K.T: 26.10.2000,

Mahmut Kaya v. Türkiye, B.No: 22535/93, K.T: 28.03.2000

Feldbrugge v. The Netherlands, B.No: 8562/79, K.T: 29.05.1986

Velkova v. Bulgaria, B.No: 1849/08, K.T: 13.07.2017

Stanka Mirovic and Others v. Montenegro, B.No: 33781/15, K.T: 07/03/2017

Gurban v. Türkiye, B.No: 4947/04, K.T: 15/12/2015

Gazso v. Hungary, B.No: 48322/12, K.T: 16/07/2015

Vlad and Others v. Romania, B.No: 40756/06, 41508/07 50806/07, K.T: 26/11/2013

Panju v. Belgium, B.No: 18393/09, K.T: 28/10/2014

Čonka v. Belgium, B.No: 51564/99, K.T: 05.02.2002

İHAM kararlarına HUDOC üzerinden ulaşılmıştır.

Erişim Linki: <https://hudoc.echr.coe.int>

ANAYASA MAHKEMESİ

Onurhan Solmaz Başvurusu, B.No: 2012/1049 K.Tarihi: 26/03/2013

Mustafa Bayrı Başvurusu, B.No: 13/5718, K.T: 20/03/14

Mehmet Kaya ve Diğerleri Başvurusu, B.No: 13/6979, K.T: 20/05/15

Cemil Danışman Başvurusu, B.No: 13/6319, K.T: 16/07/14

Mustafa Bayrı Başvurusu, B.No: 13/5718, K.T: 20/03/14

Sebahat Tuncel Başvurusu, B.No: 2012/1051, K.Tarihi: 20/02/2014

AYM kararlarına mahkemenin resmi sitesindeki Kararlar Bilgi Bankası üzerinden ulaşılmıştır.

Erişim Linki: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

ONLINE KAYNAKLAR

Directorate General Human Rights and Law Council of Europe, *Guide to Good Practice In Respect of Domestic Remedies*, 2013

Erişim Linki: http://www.echr.coe.int/Documents/Pub_coe_domestic_remedies_ENG.pdf

İstanbul Bilgi Üniversitesi, İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, *İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası*,

Erişim Linki: <http://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/54-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-4-numaral-protokol/>

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	51
1. ETKİLİ BAŞVURU HAKKI	53
1.1. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ	54
1.2. 1982 ANAYASASI	55
2. ADİL YARGILANMA HAKKI	57
2.1. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ	57
2.2. 1982 ANAYASASI	59
3. ETKİLİ BAŞVURU HAKKI VE ADİL YARGILANMA HAKKININ KAPSAM ALANLARININ KARŞILAŞTIRILMASI	60
3.1. GENEL OLARAK	60
3.2. NORM ALANLARINDAKİ FARKLILIK: KORUMA ALANLARININ KARŞILAŞTIRILMASI	60
3.2.1. GENEL OLARAK	60
3.2.2. ADİL YARGILANMA HAKKININ NORM ALANI	61
3.2.2.1. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ	61
3.2.2.2. 1982 ANAYASASI	64
3.2.3. ETKİLİ BAŞVURU HAKKININ NORM ALANI	65
3.2.3.1. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ	65
3.2.3.2. 1982 ANAYASASI	68
3.2.4. İKİ HAKKIN NORM ALANLARI ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLILIKLAR	69
3.2.4.1. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ	69
3.2.4.2. 1982 ANAYASASI	70
3.3. ULUSAL MAKAM VE MAHKEME AYRIMI	73
3.3.1. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ	73
3.3.2. 1982 ANAYASASI	74
3.4. ETKİLİ BAŞVURU HAKKI VE MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI	74

MODERNE GESICHTER DES GRUNDSATZES BEHÖRDLICHER
AMTSERMITTLUNG DES SACHVERHALTS IM DEUTSCHEN
STEUER- UND VERWALTUNGSRECHT

ALMAN VERGİ VE İDARE HUKUKUNDA RE'SEN ARAŞTIRMA
İLKESİNİN MODERN YÜZÜ

Prof. Dr. Markus Heintzen*

ÖZ

Re'sen araştırma ilkesi, Alman idare hukukunun, temelleri anayasa hukukunda bulunan geleneksel bir unsurudur. Bununla birlikte, Temmuz 2016'da yürürlüğe giren Vergi Usulünün Modernleştirilmesi Hakkında Kanun, münhasıran otomasyon esasına dayanan ve dosyaların bir memur tarafından incelenmesine (Vergi Kanunu m. 155/4) gerek bırakmayan yeni vergi hesaplama modeliyle, İdari Usul Kanunu'nun 1977'den beri süregelen geleneğini sarsmıştır. Bu modelde, elektronik vergi beyannamelerini inceleyen, algoritmalarla çalışan ve risk yönetim sistemi adı verilen bir bilgisayar sistemi kullanılmaktadır (Vergi Kanunu m. 88/5).

Bu çalışmanın temel sorusu şudur: Kanun koyucu yeni düzenlemeyle re'sen araştırma ilkesinden şahsi beyana dayalı sisteme mi dönmüştür? Bunun cevabı "hayır!"dır. Re'sen araştırma ilkesi, vergilendirmeye esas teşkil eden olguları elde etme usulleri bakımından, her zaman özel bir statüsü olan toplu vergilendirmeden tutun, mahkeme tarafından verilen iltica başvurusu kararlarına kadar geniş bir yelpazeyi kapsayabilir.

Dosyaların bir bilgisayar tarafından işleminden geçirilmesi ve artık belge sunulmaması; bunun yerine belgelerin şüpheli durumlar için saklanması için gerekli olması olguları, tek başlarına köklü bir rejim değişikliği yapıldığının söylenebilmesi için yeterli değildir. Vergi idaresinin personel sayısı, bu görevlerin yerine getirilmesini imkansız kılacak ölçüde azaltılamaz. Anayasa hukuku ilkeleri olan kanunilik ilkesi ve vergilendirmede eşitlik ilkesi, bu bağlamda az vergilendirmeyi yasaklamakta ve değerlendirme zorunluluğu getirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vergi idaresi, re'sen araştırma ilkesi, dijitalleşme, şahsi beyan, risk yönetim sistemleri

* Der Autor ist Professor an der Freien Universität Berlin.

MODERN FACES OF THE PRINCIPLE OF PUBLIC INVESTIGATION IN GERMAN TAX AND ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT

The principle of public investigation is a traditional and constitutionally anchored component of German administrative law. At the latest, the Act on the Modernisation of the Taxation Procedure of July 2016 has startled the since the entry into force of the Administrative Procedure Act in 1977 outdated tradition with the new model of tax assessments, which are carried out exclusively on an automated basis, provided there is no cause for an individual case to be processed personally by an official (section 155 para. 4 of the Fiscal Code), and, as a means of checking electronically enriched tax returns, use so-called risk management systems, i.e. computer systems that work with algorithms (section 88 para. 5 of the Fiscal Code).

The main question of the present article is: Has the legislator thus turned away from the principle of official investigation to a self-assessment system? The answer is: no! The principle of public investigation is capable of covering a broad spectrum of methods for determining the facts relevant to a decision, ranging from mass tax administration, which has always had a special status, to decisions by courts dealing with facts on asylum applications on the other hand.

The mere fact that average cases are processed by computers and that supporting documents are no longer submitted but kept for further inquiries is not enough for a fundamental change of regime. The number of staff in the tax administration must not be reduced to such an extent that these tasks can no longer be performed. In this respect, the constitutional principles of legality and uniformity of taxation result in a prohibition of insufficient action and an evaluation requirement.

Keywords: *Tax administration, principle of investigation, digitalisation, self-assessment, risk management systems.*

I. Der begriffliche und gesetzliche Status quo in Deutschland seit dem Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes am 1. Januar 1977

Der Amtsermittlungsgrundsatz, synonym das Amtsermittlungsprinzip, der Untersuchungsgrundsatz oder die Inquisitionsmaxime¹, gehört zum Gencode jedes deutschen Juristen, ebenso wie sein Gegenüber, der Beibringungs- oder Verhandlungsgrundsatz, dies vor dem Hintergrund der für die deutsche wie für andere kontinentaleuropäische Rechtsordnungen prägenden Unterscheidung von öffentlichem Recht und Zivilrecht. Die einschlägigen Rechtsnormen sind so alt, dass selbst ältere Juristen sie in ihrem Studium erlebt haben. Es geht um die Ermittlung des Sachverhalts, der behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen zugrunde gelegt wird, und damit um eine zwingend notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Postulats der Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns. Der Amtsermittlungsgrundsatz ist - als Grundsatz - geltendes Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland.²

Beibringungsgrundsatz bedeutet im Zivilprozess, dass es Sache der Streitparteien ist, die entscheidungserheblichen Tatsachen beizubringen (§ 282 Abs. 1 ZPO), und dass das Gericht an dieses Vorbringen und Beweisangebote gebunden ist. Da mihi factum, dabo tibi ius! Untersuchungsgrundsatz bedeutet in einem Verwaltungsverfahren, dass die Behörde den Sachverhalt von Amts wegen ermittelt, Art und Umfang der Ermittlungen bestimmt und an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden ist. So sehen es § 24 Abs. 1 Sätze 1 und 2

¹ Die Begriffe werden in diesem Aufsatz changierend verwendet. Englisch: principle of public investigation, inquisitorial principle. Zur Terminologie Spilker, *Behördliche Amtsermittlung, Habil.-Schrift*, 2015, S. 11 f. Zur davon zu unterscheidenden Prüfung von Amts wegen, die es auch im Zivilprozess gibt, Rauscher, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 5. Aufl., Bd. 1, 2016, Einleitung, Rn. 350.

² Dazu Heintzen, Das gemeinsame Konzept von Bund und Ländern zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, *Die Öffentliche Verwaltung* 2015, S. 780 (785). Ausführlich Spilker, *Behördliche Amtsermittlung*, 2015, S. 51 ff.

VwVfG, das allgemeine Gesetz für (bundes-)behördliche Verwaltungsverfahren von 1977, § 88 Abs. 1 Abgabenordnung, das Verfahrensgesetz der Finanzverwaltung von 1977³, und § 20 Abs. 1 des X. Buchs des Sozialgesetzbuchs, das Verfahrensgesetz der Sozialverwaltungen von 1980, vor. In den entsprechenden Prozessgesetzen - Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) von 1960, Finanzgerichtsordnung (FGO) von 1965, Sozialgerichtsgesetz (SGG) von 1953 - gibt es vergleichbare Vorschriften, §§ 86 Abs. 1 VwGO, 76 Abs. 1 FGO, 103 SGG, die von den Gerichten noch mehr verlangen: Sie haben einen Sachverhalt nicht nur zu ermitteln, sondern zu erforschen.⁴

Mit etwas Vereinfachung kann man sagen, dass § 24 Abs. 1 Sätze 1 und 2 VwVfG der Ursprung all dieser Vorschriften ist und die gemeinsamen Leitgedanken zum Ausdruck bringt. Er ist 1977 als Teil einer seit Beginn der 1960er Jahre vorbereiteten Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts in Kraft getreten.⁵ § 86 VwGO ist zwar älter. Die VwGO ist am 1. April 1960 in Kraft getreten⁶ und enthielt von Anfang an die heutige Bestimmung. Diese wird im Verbund mit § 24 VwVfG ausgelegt und gehandhabt.⁷

³ Vgl. schon § 204 Reichsabgabenordnung 1919: Das Finanzamt hat die steuerpflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln ...

⁴ Zum vorläufigen Rechtsschutz Heinemann, Verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz: Die Chimäre der summarischen Rechtsprüfung, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2019, S. 517 - 521.

⁵ Zur Genese dieses Gesetzes Maurer / Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Aufl., 2017, § 5 Rn. 2 ff. Kritisch Pestalozza, Der Untersuchungsgrundsatz, in: *Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags*, 1977, S. 185 - 204, der § 24 Abs. 1 Satz 2 mit der Bezeichnung "Ornamente" bedenkt (S. 186) und Abs. 2 für einen zumindest unschädlichen Vollständigkeits- und Neutralitätsappell hält (S. 186 - 188) und meint, der Gesetzgeber habe, was unaufklärbare Sachverhalte betrifft, "am Problem vorbei-kodifiziert" (S. 195) - ein nach mehr als 40 Jahren mit Genuss zu lesender Text.

⁶ BGBl. 1960 I, S. 17.

⁷ Zu den gemeinsamen verfassungsrechtlichen Grundlagen Dawin, in: Schoch / Schneider / Bier, *Verwaltungsgerichtsordnung*, § 86 Rn. 15 ff. (Stand: Juli 2019).

Das sozialrechtliche Verfahrens- und Prozessrecht verhält sich bis heute akzessorisch zu ihr.⁸ Das SGB X ist im Anschluss an den Erlass des VwVfG diesem angepasst worden. Aus dem Sozialrecht, weder dem Leistungs- noch dem Beitragsrecht, ist derzeit nicht viel Innovation zu erwarten.⁹ Anders das Steuerrecht.

II. Die unterschwellige Veränderung des Status quo im Steuerrecht seit gut 15 Jahren

Die Rechtsharmonisierung im Jahr 1977 blieb oberflächlich. Das Steuerrecht war nie auf einer Linie mit dem allgemeinen Verwaltungsrecht. Zunächst war dies kaum an positivem Recht erkennbar. Drei Punkte sind als positivrechtliche Belege zu erwähnen. Erstens: In § 88 Abs. 1 Satz 3 der Abgabenordnung hieß es von 1977 bis 2016 ergänzend: "Der Umfang dieser Pflichten richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls." Zur Begründung dieser zusätzlichen Aussage wurde auf die besonderen Mitwirkungspflichten der Beteiligten verwiesen. Dass gerade im Steuerrecht, im Unterschied zum allgemeinen Verwaltungsrecht, auf die Umstände des Einzelfalls hingewiesen wird, ist überraschend, weil Steuerrecht Massenverwaltungsrecht ist.¹⁰ Seit dem Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom Juli 2016 findet man die zitierte Vorschrift als § 88 Abs. 2 Satz 1 AO¹¹, im Kontext weiterer Abweichungen vom allgemeinen Verwaltungsrecht.¹² Zweitens: Ein Pendant zu § 24 Abs. 3 VwVfG fehlt. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass Unterschiede zwischen allgemeinem Verwaltungsrecht und Abgabenordnung schon optisch leicht erkennbar sind, indem man etwa das Textvolumen von § 26 VwVfG und § 90 AO (jeweils Mitwirkungspflichten) oder von §

⁸ Zum Sozialverwaltungsverfahren Spilker, *Behördliche Amtsermittlung*, 2015, S. 48 ff.

⁹ Zu ihm Wallerath, *Verfahrensrecht*, in: Ruland / Becker / Axer (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch (SRH)*, 6. Aufl., 2018, § 11 Rn. 86 ff.

¹⁰ Dazu mehrere Habilitationsschriften: Arndt, *Praktikabilität und Effizienz*, 1983; Isensee, *Die typisierende Verwaltung*, 1976; Osterloh, *Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume bei der Anwendung der Steuergesetze*, 1992; Müller-Franken, *Maßvolles Verwalten*, 2004; Spilker, *Behördliche Amtsermittlung*, 2015.

¹¹ BGBl. 2016 I, S. 1679 (1683 f.), in Kraft seit 1.1.2017.

¹² Zu diesen weiteren Abweichungen siehe hier unter II.

30 VwVfG und von § 30 AO (Verschwiegenheit der Behörden, Offenbarungsbefugnisse) vergleicht oder zur Kenntnis nimmt, dass § 29 VwVfG (Akteneinsicht durch Beteiligte) in der Abgabenordnung keine Entsprechung hat. Drittens ist darauf hinzuweisen, dass es zu § 88 AO, anders als zu § 24 VwVfG, normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften gibt. So heißt es in Nr. 6 des Anwendungserlasses zu § 88 AO: "Für den Regelfall kann davon ausgegangen werden, dass die Angaben des Steuerpflichtigen in der Steuererklärung vollständig und richtig sind (BFH-Urteil vom 17.4.1969, V R 21/66, BStBl. II S. 474). Die Finanzbehörde kann den Angaben eines Steuerpflichtigen Glauben schenken, wenn nicht greifbare Umstände vorliegen, die darauf hindeuten, dass seine Angaben falsch oder unvollständig sind (BFH-Urteil vom 11.7.1978, VIII R 120/75, BStBl. 1979 II S. 57). Sie verletzt ihre Aufklärungspflicht nur, wenn sie Tatsachen oder Beweismittel außer Acht lässt und offenkundigen Zweifelsfragen nicht nachgeht (in dem Zitat folgen weitere BFH-Urteile)."¹³ Weitere Verwaltungsvorschriften konkretisieren dies für sog. Arbeitnehmerfälle.

Gewiss: Als Grundsatz (Prinzip oder Maxime) ist der Amtsermittlungsgrundsatz keine starre Regel, sondern passt sich den faktischen Gegebenheiten seiner Anwendungsfälle und deren fachrechtlichem Kontext an, also den Rechtsnormen, für deren Anwendung ein Sachverhalt zu ermitteln ist. Der Fachgesetzgeber bestimmt und begrenzt Untersuchungsgegenstand und Untersuchungsmodalitäten, indem er, wie im Baugenehmigungsrecht, den Umfang der Genehmigungsbedürftigkeit und den Inhalt der für eine Baugenehmigung nötigen Bauvorlagen festsetzt¹⁴ oder, wie im Steuerrecht, amtlich vorgeschriebene Vordrucke und Datensätze für Steuererklärungen entwirft.¹⁵

Der Amtsermittlungsgrundsatz ist ein Grundsatz und damit normkontext- und einzelfallabhängig flexibel, so dass auch die Untersuchungsdichte variiert. Wenn Untersuchungsgegenstand "politische Verfolgung"

¹³ BStBl. 2014 I, S. 290.

¹⁴ Vgl. z.B. §§ 59 ff., 63 ff. Berliner BauO (Berl. GVBl. 2005, S. 495, mit seither mehreren Änderungen), die Berl. BauverfahrensVO (GVBl. 2017, S. 636) und die Bautechnische PrüfungsVO (GVBl. 2010, S. 62).

¹⁵ Zu Letzterem § 150 Abgabenordnung.

(Art. 16a Abs. 1 Grundgesetz) ist, dann ist wegen der Grundrechtsrelevanz verständlich, wenn eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts sich zu folgender Aussage hinaufsteigert: Die Sachaufklärungspflicht der Verwaltungsgerichte, und zuvor der Behörden, hat verfassungsrechtliches Gewicht und darf bis zur "Grenze der Unzumutbarkeit" gehen.¹⁶ Anderes Beispiel: Obwohl Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG für Beweiserhebungen in parlamentarischen Untersuchungsausschüssen auf die Vorschriften über den Strafprozess verweist, bedeutet Untersuchungsgrundsatz im Strafprozess, dort §§ 160, 244 Abs. 2 StPO, etwas anderes als in diesem parlamentarisch-politischen Verfahren, vgl. auch § 33 Abs. 1 u. 2 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages (PUAG).

Steuerrecht, als krasses Gegenbeispiel zu Asylrecht und § 24 AsylG, ist Massenfallrecht¹⁷ und hat es in der Hauptsache mit Geld, also einem Gut zu tun, das im Fall behördlicher Fehlentscheidungen zulasten des Steuerpflichtigen zumeist ersetzbar ist. Eine genaue Prüfung aller Steuer Sachverhalte durch die Finanzbehörden (sog. 100 %-Doktrin) ist objektiv unmöglich, auf den Gesamtvollzug kommt es an.¹⁸ Traditionell werden

¹⁶ So ausdrücklich BVerfG, Kammerbeschluss vom 15.2.2000, 2 BvR 752/97, Informationsbrief Ausländerrecht 2000, S. 254 (258, 259); weitere Nachweise bei Marx, *Asylgesetz*, 10. Aufl., 2019, § 24 Rn. 4. Vgl. weiter: Berlit, Die Bestimmung der "Gefahrendichte" im Rahmen der Prüfung der Anerkennung als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter, *Zeitschrift für Ausländerrecht 2017*, S. 110 ff.; Lehmann, Mitwirkungspflichten und Ermittlungstiefe: Was können die Tatsachengerichte dem Flüchtling abverlangen, was verlangt das BVerwG von den Tatsachengerichten?, *Zeitschrift für Ausländerrecht 2011*, S. 21 ff.; Markard, Die Gefahrenintensität im innerstaatlichen bewaffneten Konflikt, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2014*, S. 565 ff.; Strahlmann, Zur aktuellen Bedrohungslage der afghanischen Zivilbevölkerung im innerstaatlichen Konflikt, *Zeitschrift für Ausländerrecht 2017*, S. 189 ff.

¹⁷ Damit sind nicht Massenverfahren mit einer Vielzahl von Beteiligten gemeint (wie in den §§ 17-19, 69 Abs. 2 oder 74 Abs. 5 VwVfG), sondern massenhafte Individualbesteuerungsverfahren.

¹⁸ Weitgehend in diese Richtung aber Müller-Franken, *Maßvolles Verwalten*, 2004, S. 305 ff.; zurückhaltender ders., Grundfragen des Besteuerungsverfahrens, *Steuer und Wirtschaft 2018*, S. 113 ff., insb. S. 114 f. Zu diesem Problem im

mehr als 50 % der gesamten Steuereinnahmen des Staates aufgrund von Steueranmeldungen vereinnahmt. Steueranmeldungen sind Steuererklärungen, in denen der Steuerpflichtige die Steuer selbst berechnet und die Steuerfestsetzungen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung, also Steuerbescheiden der Finanzämter, gleichgestellt sind (so §§ 150 Abs. 1 Satz 3 und 168 Satz 1 Abgabenordnung). Hat der Gesetzgeber sich für dieses Verfahren entschieden (was bei der Lohnsteuer und der Umsatzsteuer, den beiden in Deutschland ertragreichsten Steuern der Fall ist), darf die Finanzbehörde sich darauf beschränken, den Zahlungseingang auf ihren Konten zu registrieren und braucht grundsätzlich keinen Steuerbescheid mehr zu erlassen (§ 167 Abs. 1 Satz 1 Abgabenordnung). Auch bei den Veranlagungssteuern, also Steuern, bei denen auf der Grundlage einer Steuererklärung ein finanzbehördliches Veranlagungsverfahren stattfindet, das mit einem Steuerbescheid abschließt (so etwa bei Einkünften aus gewerblicher Tätigkeit), findet keine Vollkontrolle statt. Wie problematisch dies ist, wird daran erkennbar, dass dieses Thema zweimal das Bundesverfassungsgericht auf den Plan gerufen hat, welches plakativ, zwar in der Begründung wenig konkret, dafür aber im Entscheidungstenor klar fordert, dass im Steuerveranlagungsverfahren das Deklarationsprinzip der Ergänzung durch das Verifikationsprinzip bedürfe.¹⁹

III. Die Beendigung des Status quo durch das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom 18. Juli 2016²⁰

§ 88 AO, die Regelung über den Amtsermittlungsgrundsatz im Steuererwaltungsverfahren, hat durch das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens eine erhebliche Erweiterung ihres Textvolumens erfahren, das von zwei Absätzen und 56 Wörtern im Jahr 1977 auf nun fünf Absätze und ca. 475 Wörter angeschwollen ist, zu denen sich ein §

allgemeinen Verwaltungsrecht: Schneider, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2. Aufl., Bd. 2, 2013, § 28 Rn. 36.

¹⁹ BVerfGE 84, 239 (insb. 273, unter 2.); 110, 94 (112 ff.). Dazu Frizen, *Das Deklarationsprinzip im Einkommensteuerrecht*, 2009.

²⁰ BGBl. 2016 I, S. 1679.

88a und ein § 88b gesellen. Zwar ist der Grundsatz geblieben ("Die Finanzbehörde ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen.") und findet man alle Vorschriften des Jahres 1977 auch in der neuen Fassung wieder.²¹ Steuerrechtsspezialisten betonen gern, dass der Gesetzgeber damit nur eine Praxis der Finanzverwaltung nachträglich ratifiziere.²² Doch das ist Untertreibung. Es hat ein "Paradigmenwechsel von der hoheitlichen Steueranlagung zur kontrollierten Selbstregulierung"²³ stattgefunden.

Das neue gesetzliche Leitbild ist die "ausschließlich automationsgestützt(e)" Steuerfestsetzung (§ 155 Abs. 4 Satz 1 Abgabenordnung, ebenfalls Teil des Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens). Darunter ist eine Steuerfestsetzung ohne Einzelfallprüfung durch Amtsträger zu verstehen.²⁴ Zur medienbruchfreien Bearbeitung und Bescheidung elektronisch eingereichter, möglicherweise sogar von den Finanzbehörden elektronisch vorausgefüllte Steuererklärungen setzen die Finanzbehörden automationsgestützte Risikomanagementsysteme ein (§ 88 Abs. 5 Satz 1 AO); dieser Absatz 5 enthält Anforderungen, die ein Risikomanagementsystem erfüllen muss (Satz 3) und verbietet die Veröffentlichung von Einzelheiten, insbesondere zum Risikofilter (Satz 4). Risiko

²¹ Eine Gegenüberstellung von BGBl. 1976 I, S. 613 und BGBl. 2016 I, S. 1679 ergibt: § 88 Abs. 1 Satz 1 ist geblieben; § 88 Abs. 1 Satz 2 ist heute § 88 Abs. 2 Satz 1, der Zusätze enthält; § 88 Abs. 2 alte Fassung ist heute § 88 Abs. 1 Satz 2.

²² So Drüen, Amtsermittlungsgrundsatz und Risikomanagement, in: *Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft*, Bd. 42 (2019), S. 193 (206 f., 220 ff.).

²³ So schon Seer, in: *Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft*, Bd. 31 (2008), S. 7 (31 ff.); ders., in: Tipke / Lang, *Steuerrecht*, 23. Aufl., 2018, § 21 Rn. 5. Zu dem Begriff "Selbstregulierung" weiter und kritisch am Ende von Punkt IV. 2. dieses Beitrags.

²⁴ BT-Drs. 18/7457, S. 82. Zu teilautomatisierten Verfahren Braun Binder, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht?, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2016, S. 960; Eifert, *Electronic Government*, 2006, S. 121 f. Zur elektronischen Bekanntgabe nicht notwendig automatisiert erlassener Verwaltungsakte: §§ 41 Abs. 2a VwVfG, 122a Abgabenordnung. Zu verbundenen Verwaltungsakten und Nebenbestimmungen § 155 Abs. 5 Satz 2 AO.

meint das Risiko einer Steuerfestsetzung, die wegen des Fehlens menschlicher Kontrolle das Risiko einer zu niedrigen, aber auch das Risiko einer zu hohen Besteuerung birgt. Weiterhin betont der Gesetzgeber "Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit" des Festsetzungsverfahrens; dies hat in der rechtswissenschaftlichen und steuerpraktischen Literatur zu Recht Bedenken erregt: Computerisierung dürfe nicht zu einem Personalabbau in der Finanzverwaltung führen, der gegen ein Untermaßverbot verstoße²⁵; auch sei es unrechtsstaatlich, Wirtschaftlichkeit im Sinne einer Abwägung des Einsatzes von Verwaltungsressourcen gegen zu erwartende und zu maximierende Steuereinnahmen zu verstehen.²⁶

Eine Aussteuerung, d.h. ein Wechsel von automatisierter Bearbeitung zu sogenannt händischer Bearbeitung durch einen Bediensteten der Finanzverwaltung, ist in folgenden Fällen vorgesehen:

- eine hinreichende Anzahl von Stichproben wird nach dem Zufallsprinzip zur umfassenden Prüfung durch Amtsträger ausgewählt,
 - das Risikomanagementsystem schlägt "Alarm", weil Angaben ungewöhnlich, unglaubwürdig oder inkonsistent sind, etwa zu hohe Ausgaben für Geschäftsessen oder sonstige prima facie suspekten Abzugspositionen geltend gemacht werden,
 - Amtsträger können Fälle für eine umfassende Prüfung auswählen,
 - der Steuerpflichtige macht Angaben, die nach seiner Auffassung Anlass für eine Bearbeitung durch einen Amtsträger sind, in einem dafür vorgesehenen Abschnitt oder Datenfeld seiner Steuererklärung, eine Option, welche die durchaus digitalisierungserpichtete Finanzverwaltung ihm von Gesetzes wegen belassen muss.²⁷

²⁵ Vgl. Heintzen, Das gemeinsame Konzept von Bund und Ländern zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, *Die Öffentliche Verwaltung* 2015, S. 780 (786: "Aussteuerungsvermeidungsfetischismus", zum Begriff Aussteuerung sogleich im Text).

²⁶ Siehe statt vieler Drüen, Amtsermittlungsgrundsatz und Risikomanagement, in: *Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft*, Bd. 42 (2019), S. 193 (207 - 211).

²⁷ Zu Letzterem § 150 Abs. 7 Satz 1 AO.

Zum Schluss dieses Abschnitts noch ein Blick auf das allgemeine Verwaltungsrecht. Während die Abgabenordnung 1976/77 unter dem Einfluss des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes stand, unterliegt dieses zuletzt genannte Gesetz in Sachen Digitalisierung in den letzten Jahren einer Sogwirkung der Abgabenordnung. Vollautomatisierung²⁸ ist dort, eher abwehrend, Thema von § 24 Abs. 1 Satz 3 und § 35a VwVfG. Die Sogwirkung ist allerdings aus zwei Gründen begrenzt.²⁹ Anders als im materiellen Steuerrecht, das aus Gründen der Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit ermessensfeindlich ist³⁰, gibt es im allgemeinen Verwaltungsrecht eine Vielzahl von Ermessens-, Beurteilungs- und Abwägungsspielräumen, die allesamt automatisierungsfeindlich sind. Anders als die Abgabenordnung, die die Unterscheidung von Steuerverwaltungsakten im Allgemeinen (§§ 118 ff.) und Steuerbescheiden (§§ 155 ff.) kennt, bezieht das VwVfG sich auf eine Vielzahl von Verwaltungsakten und konkret geregelten Verfahren. Konsequenz hieraus ist, dass der im VwVfG gewählte Regelungsstandort - § 35a, im Anschluss an die Definition des Verwaltungsakts - im Steuerrecht nicht sinnvoll wäre. Hier liegt eine grundsätzliche Regelung in § 88 Abgabenordnung (Untersuchungsgrundsatz) und § 155 (Steuerbescheid) nahe. Umgekehrt ist § 24 VwVfG von dem Digitalisierungsthema bisher textlich deutlich weniger betroffen als die Schwestervorschrift des § 88 in der Abgabenordnung.

²⁸ Zu Ausgrenzungen aus diesem Begriff siehe oben. Vgl. weiter §§ 28 Abs. 2 Nr. 4, 37 Abs. 5 und 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG; Stegmüller, Vollautomatische Verwaltungsakte - eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2018, S. 353 - 358.

²⁹ Zum Weiteren Berger, Kommentierung von § 35a, in: Knack / Henneke, *VwVfG*, 11. Aufl., 2020, § 35a (S. 754 - 774); dies., Brauchen wir ein neues Verwaltungsrecht?, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2019, S. 1234 - 1237; Braun Binder, Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahren?, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2016, S. 960 - 965, die ihrerseits auf die frühe Arbeit von Polomski, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, 1993, verweist; Bull, Der "vollständig automatisiert erlassene" Verwaltungsakt, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2017, S. 409 ff.; Siegel, Der virtuelle Verwaltungsakt, *Verwaltungsarchiv* 105 (2014), S. 241 - 261.

³⁰ Vgl. Popel, *Das vorgeprägte und intendierte Ermessen im Steuerrecht*, 2018.

IV. Amtsermittlung oder Self-Assessment

Zwischen dem Amtsermittlungsgrundsatz des § 88 AO und dem des § 24 VwVfG bestehen heute erhebliche Unterschiede. Zwischen den Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten der jeweils Beteiligten ist dies ebenso, dies ist aber nichts Neues (vgl. § 26 VwVfG einerseits und die §§ 90 und 140 - 153 AO andererseits). Eine weitere Schere tut sich auf zwischen dem finanzbehördlichen und dem finanzgerichtlichen Amtsermittlungsgrundsatz (§§ 88 AO, 76 FGO). Das Einspruchsverfahren, also das außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren, das einer finanzgerichtlichen Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage vorausgehen muss (§§ 347 - 367 AO, 44 FGO), gerät in eine Zwischenlage, bei der die gesetzliche Forderung, die Sache sei in vollem Umfang erneut zu prüfen, eine neue Bedeutung erhält, wenn und soweit im Fall vollautomatischer Steuerveranlagung nicht erneut, sondern erstmalig geprüft wird. Das Einspruchsverfahren war schon bisher im Massenbetrieb der Besteuerung ein unentbehrlicher Reparaturmechanismus mit hohen Erfolgsquoten. Anders als im allgemeinen Verwaltungsrecht (dort Widerspruchsverfahren) war im Steuerrecht die Abschaffung dieses außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahrens nie ein Thema. Seine Funktion wird durch die Digitalisierung gestärkt.

In Bezug auf die finanzbehördliche Primärtätigkeit stellen sich nun schon Fragen wie: Beruht vollautomatische Steuerermittlung noch auf amtlicher Ermittlung des Sachverhalts? Hat sich neben dem Amtsermittlungsgrundsatz - und dem Beibringungsgrundsatz - ein Selbstveranlagungsgrundsatz etabliert? Diese Fragen haben für Deutschland eine besondere Relevanz, weil der Amtsermittlungsgrundsatz hier als konkretisiertes Verfassungsrecht aufgefasst wird³¹, während in anderen Steuerjurisdiktionen Konstitutionalisierung und Prinzipien- und Systemdenken weniger ausgeprägt sind und Digitalisierung aus der Sicht von Gesetzgeber und Finanzverwaltung als Zweckmäßigsfrage erscheint.³² Diese

³¹ Vgl. Spilker, *Behördliche Amtsermittlung*, 2015, S. 51 - 63. Zum Beibringungsgrundsatz Art. 103 Abs. 1 GG nennend Rauscher, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 5. Aufl., Bd. 1, 2016, Einleitung, Rn. 295, 329.

³² Zu den insoweit bestehenden erheblichen Unterschieden zwischen Deutschland und den USA etwa, bezogen auf die Steuergesetzgebung, Schomäcker,

Fragen stellen sich aber weltweit, weil Digitalisierung der Besteuerung ein weltweites Phänomen ist.³³

1. Selbstveranlagung als Aliud zu Amtsermittlung?

Bei Steuerveranlagung durch das Finanzamt denkt fast jeder an einen misstrauischen, mäßig besoldeten und spießig bekleideten Inspektor, der zur eigenen Steuererklärung keine allzu kritischen Rückfragen stellen möge. Im Vergleich damit ist das Leitbild einer vollautomatisierten Steuerveranlagung gewiss ein Aliud. Doch dieser Schein und der Wortschwall der gesetzlichen Regelung trügen. Letztlich überzeugt keiner der für ein Aliud-Verhältnis vorgetragenen Gesichtspunkte.

Steuerveranlagung war immer schon Massenverwaltung, hat sich immer schon mit Vermutungen, dass Angaben des Steuerpflichtigen grundsätzlich vertraut werden dürfe³⁴, beholfen und früh die Möglichkeiten der Technik genutzt.³⁵ Steueranmeldungen, in denen der Steuerpflichtige die Steuer selbst zu berechnen hat und die behördlichen Steuerfestsetzungen unter Vorbehalt der Nachprüfung gleichstehen (§§ 150 Abs. 1 Satz 4 und

Steuerverfassungsrecht und gesetzgeberischer Gestaltungsraum, 2020, S. 1 - 11, 181 - 186, 199, 203 f., an der zuletzt angegebenen Stelle mit dem Hinweis, dass die Neigung des Supreme Court, in abstrakten Grundsätzen zu denken, auch deshalb geringer ist, weil dieses Gericht zugleich oberstes Fachgericht ist und darum Grundsätze nicht braucht, um seine Kontrollkompetenz zu begründen, und weil es als Fachgericht freier argumentieren kann.

³³ Vgl. Başaran, General Report: Instruments of Transparency towards the Tax Administration, in: dies. / Hey (Hrsg.), *Tax Transparency*, 2019, S. 41 (43, m.w.N.).

³⁴ So ist § 158 AO, wonach die den Vorschriften der §§ 140 ff. entsprechende Buchführung und Aufzeichnungen des Steuerpflichtigen der Besteuerung zugrunde zu legen sind, aus § 208 Abs. 1 der Reichsabgabenordnung hervorgegangen; so Schuster, in: Hübschmann / Hepp / Spitaler, *Abgabenordnung. Finanzgerichtsordnung*, § 158 Rn. 1 (Stand: Juni 2012).

³⁵ Hierzu allgemein Maurer / Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Aufl., 2017, § 18 (S. 513 - 525).

168 Satz 1 Abgabenordnung), hat es auch in der Zeit vor dem Computer schon gegeben.³⁶

Auch Belegvorhaltepflichten haben eine Tradition und haben Belegvorlagepflichten nicht vollständig ersetzt. Es handelt sich um eine mehr quantitative Verschiebung, die weiterhin keinesfalls nur in eine Richtung stattfindet. Digitalisierung versetzt die Finanzverwaltung auch in die Lage, medienbruchfrei zubereitete Anzeigen und Berichte des Steuerpflichtigen in größeren Datenmengen entgegenzunehmen und in ihren nationalen und internationalen Netzwerken zu verarbeiten (Stichworte: Anzeigepflichten für (grenzüberschreitende) Steuergestaltungen³⁷, country-by-country (cbc) Reporting³⁸).³⁹ Außenprüfungen finden digitalisiert statt, mit erheblichen Eingriffsrechten der Finanzverwaltung in die Digitalosphäre des Steuerpflichtigen; § 147 Abs. 6 Abgabenordnung, die gesetzliche Grundlage dafür, ist vor mehr als 18 Jahren in Kraft getreten.⁴⁰

Für ein Aliud-Verhältnis könnte weiterhin sprechen, dass in dem Wortbestandteil "Amt" von "Amtsermittlungsgrundsatz" eine natürliche Person, ein Beamter, ein Amtswalter, ein Amtsträger, als Entscheider mitgedacht sei. Doch das überzeugt nicht. "Amt" ist ein mehrdeutiger Begriff

³⁶ Heintzen, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 62 (2002), S. 220 (225); Müller-Franken, Grundfragen des Besteuerungsverfahrens, *Steuer und Wirtschaft 2018*, S. 113 (116 Fn. 27).

³⁷ Dazu Osterloh-Konrad / Heber / Beuchert, *Anzeigepflichten für Steuergestaltungen*, 2017; Osterloh-Konrad, Anzeigepflichten bei Steuergestaltungen, *Finanzrundschau 2018*, S. 621 - 625. Vgl. jetzt das Gesetz vom 21.12.2019 (BGBl. I, S. 2875), das zur Umsetzung der DAC 6 - Richtlinie der EU (2018 / 882) in die Abgabenordnung die §§ 138d bis 138k eingefügt hat, und den Entwurf eines BMF-Schreibens vom 2.3.2020.

³⁸ Zu dieser länderbezogenen Berichtspflicht multinationaler Konzerne in Deutschland § 138a Abgabenordnung, eingefügt durch Gesetz vom 20.12.2016 (BGBl. I, S. 3000 (3001)).

³⁹ Vgl. die Entwicklungsschritte e-filing, e-accounting, e-matching, e-auditing und e-assessing bei Doll / Walter, *Digitalisierung der Finanzverwaltung und Steuerfunktion - Wohin geht die Reise?*, *digitax 2020*, S. 2 (3).

⁴⁰ BGBl. 2000 I, S. 1433 (1460).

und kann auch überindividuelle Organisationseinheiten bezeichnen.⁴¹ Weiterhin gibt es bereits seit langem Verwaltungsentscheidungen, die nicht von natürlichen Personen, sondern von technischen Geräten getroffen werden, deren Signale Behörden und mittelbar dem Staat juristisch zugerechnet werden; als Beispiel kann hier die Verkehrsampel genannt werden, deren Geschichte inzwischen in Deutschland knapp 100 Jahre alt ist.⁴² Während für die rechtsprechende Gewalt in Art. 92, 1. Halbsatz Grundgesetz klar gesagt wird, sie sei den Richtern, also Menschen, anvertraut, also ein Mensch-Vorbehalt begründet wird, ist dies für die Verwaltung nicht der Fall; hier gibt es nur einen Anspruch auf Entscheidung durch die zuständige Behörde. Schließlich kennt das Gesetz selbst Ausnahmen von der "ausschließlich" (so § 155 Abs. 4 Satz 1 Abgabenordnung) oder "vollständig" (so ebenda Satz 4) automationsgestützten Bearbeitung einzelner Steuerfälle. Eine solche Ausnahme greift insbesondere dann, wenn der Steuerpflichtige in einem dafür vorzusehenden Abschnitt oder Datenfeld seiner Steuererklärung Angaben gemacht hat, die nach seiner Auffassung Anlass für eine Bearbeitung durch Amtsträger sind (§§ 155 Abs. 4 Satz 3, 150 Abs. 7 Abgabenordnung). Diese Option darf ihm von Verfassungs wegen und nach europäischem Datenschutzrecht nicht abgeschnitten werden.⁴³ Unabhängig vom Einzelfall gilt, dass die Computer der Finanzverwaltung von Amtsträgern programmiert und die amtlich vorgeschriebenen Datensätze erstellt werden müssen. Weiterhin müssen

⁴¹ Siehe nur Maurer / Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Aufl., 2017, § 21 Rn. 37.

⁴² Zu dem Beispiel und der Wichtigkeit juristischer Zurechnung Waldhoff, Herausforderungen des Verfassungsstaats durch die Digitalisierung am Beispiel des Steuerrechts, in: *Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft*, Bd. 42 (2019), S. 59 (78); ebenso Kube, E-Government, Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 78 (2019), S. 289 (291, 302 f.).

⁴³ Müller-Franken, Grundfragen des Besteuerungsverfahrens, *Steuer und Wirtschaft 2018*, S. 113 (121 f.), unter Hinweis auf Art. 22 Abs. 2 lit. b) der EU-Datenschutz-Grundverordnung.

die Ergebnisse ihres Einsatzes überwacht und evaluiert werden, einschließlich der Ergebnisse künstlicher Intelligenz⁴⁴; auch dies ist Konsequenz des vom BVerfG ausgerufenen Verifikationsprinzips, das sich damit nicht nur gegen die Steuerpflichtigen (und deren Computer), sondern auch gegen die Computer der Finanzverwaltung richtet.

Als weiterer Fremdkörper in einem vom Amtsermittlungsgrundsatz beherrschten Besteuerungsverfahren ist es in der Diskussion vor Verabschiedung des Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens⁴⁵ angesehen worden, dass bei der Entscheidung über Art und Umfang von Ermittlungen deren "Wirtschaftlichkeit" berücksichtigt werden soll (vgl. § 88 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 und Abs. 5 Satz 2 Abgabenordnung). Es wurde und wird befürchtet, dass Digitalisierung einen Personalabbau in der sich im demographischen Wandel befindenden Finanzverwaltung legitimiere und damit zu einem Vollzugsdefizit führe und dass Art und Umfang von Ermittlungen sich nicht nach den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung und dem Kontrollbedürfnis, das auch bei "kleinen Fischen" gegeben sein mag, sondern nach dem möglichen finanziellen Ertrag im Einzelfall bestimmen.⁴⁶ Beide Befürchtungen sind gut nachvollziehbar. Solche Entwicklungen begründen aber kein denkbare Aliud zum Amtsermittlungsgrundsatz, sondern sind nach allgemeiner Ansicht rechtswidrig. Wirtschaftlichkeit

⁴⁴ Zu deren Einsatzmöglichkeiten skeptisch Maier, Verfassungsrechtliche Aspekte der Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens, *JuristenZeitung* 2017, S. 614 (615 f.). Optimistischer Ruß / Ismer / Margolf, Digitalisierung des Steuerrechts, *Deutsches Steuerrecht* 2019, S. 409 (411 f.).

⁴⁵ Nachweise etwa bei Heintzen, Das gemeinsame Konzept von Bund und Ländern zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, *Die Öffentliche Verwaltung* 2015, S. 780 (784).

⁴⁶ Zum Zweiten statt vieler Seer, in: Tipke / Kruse, *Abgabenordnung. Finanzgerichtsordnung*, § 88 Rn. 14 (Stand: Januar 2017); Söhn, in: Hübschmann / Hepp / Spitaler, *Abgabenordnung. Finanzgerichtsordnung*, § 88 Rn. 74, 149, 165 (Stand: März 2010). Relativierend Waldhoff, Herausforderungen des Verfassungsstaats durch die Digitalisierung am Beispiel des Steuerrechts, in: *Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft*, Bd. 42 (2019), S. 59 (79) mit dem Hinweis, dass fiskalisch zweitrangige Fälle typischerweise Standardfälle ohne größeres Kontrollbedürfnis sind. Vgl. auch schon BVerfGE 35, 283 (293 f.).

und Gesetzmäßigkeit dürfen nicht gegeneinander ausgespielt werden; Wirtschaftlichkeit ist Gesetzmäßigkeit untergeordnet. Wirtschaftlichkeitserwägungen sind im Übrigen für die Verwaltung, nicht nur die Finanzverwaltung, nichts Neues und nichts mit dem Amtsermittlungsgrundsatz Unvereinbares. Neu ist ihre ausdrückliche und mehrfache Erwähnung in einer Gesetzesvorschrift, § 88 Abgabenordnung, deren Überschrift unverändert "Untersuchungsgrundsatz" heißt.⁴⁷ Verfassungsrechtlich sind insoweit Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG ("Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes"), entsprechende Vorschriften in den Landesverfassungen, z.B. Art. 95 Abs. 3 Satz 1 der Verfassung von Berlin und Art. 108 Abs. 4 Satz 1 u. Abs. 4a Satz 1 GG (Verbesserung und Erleichterung des Vollzugs der Steuergesetze) zu nennen⁴⁸, allgemeinverwaltungsrechtlich § 10 Satz 2 Verwaltungsverfahrensgesetz.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass es keine überzeugenden Gründe gibt, die steuerliche Selbstveranlagung als Aliud zur Sachverhaltsermittlung von Amts wegen zu sehen. Im nächsten Gedankenschritt ist darzustellen, dass es vielmehr gute Gründe gibt, am Amtsermittlungsgrundsatz festzuhalten, und zwar auch aus der Sicht der Steuerpflichtigen.

2. Selbstveranlagung als besondere Form von Amtsermittlung

Digitalisierung ändert nichts daran, dass die Finanzbehörde die Herrin des Besteuerungsverfahrens ist, an dessen Ende eine (fingierte) Steuerfestsetzung, also ein Verwaltungsakt, steht und dass sie für Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit des Gesamtvollzugs verantwortlich ist.⁴⁹ Eine individuelle Fallbearbeitung findet weiterhin statt und wird von

⁴⁷ Diese Neuerung begrüßend Müller-Franken, Grundfragen des Besteuerungsverfahrens, *Steuer und Wirtschaft* 2018, S. 113 (118).

⁴⁸ Dazu Gröpl, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: I-sensee / Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. 5, 2007, § 121 (S. 1227 ff.).

⁴⁹ Siehe nur Seer, in: Tipke / Lang, *Steuerrecht*, 23. Aufl., 2018, § 21 Rn. 170.

computeriellen Risikomanagementsystemen "risikoadäquat vorgesteuert".⁵⁰ Der Untersuchungsgrundsatz und die darauf aufbauenden Ermittlungsbefugnisse der Finanzbehörden werden in den Worten von Sebastian Müller-Franken "lediglich in einen "Standby Modus" versetzt".⁵¹

Da Untersuchungs- und Beibringungsgrundsatz verfassungsrechtliche Fundamente haben, müsste ein Ausscheren der Finanzverwaltung und deren "dritter Weg" ebenfalls verfassungsrechtlich begründbar sein. Das ist jedoch nicht der Fall. Der Gedanke einer ggf. extrakonstitutionellen Notkompetenz trägt ersichtlich nicht.⁵² Auch mit der Formel "kontrollierte Selbstregulierung" kommt man nicht weiter, jedenfalls wenn man darunter dasselbe versteht wie ihre Urheber in der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft.⁵³ Regulierte Selbstregulierung macht sich gesellschaftliche, grundrechtlich legitimierte Initiative und Ressourcen zunutze.⁵⁴ Auch das Modell einer sphärenorientierten Mitverantwortung

⁵⁰ So die Formulierung von Waldhoff, Herausforderungen des Verfassungsstaats durch die Digitalisierung am Beispiel des Steuerrechts, in: *Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft*, Bd. 42 (2019), S. 59 (79).

⁵¹ Müller-Franken, Grundfragen des Besteuerungsverfahrens, *Steuer und Wirtschaft 2018*, S. 113 (119).

⁵² In diese Richtung Isensee, *Die typisierende Verwaltung*, 1976 (also aus praedigitaler Zeit), S. 155 ff., 171 ff. Dagegen Drüen, in: Tipke / Kruse, *Abgabenordnung. Finanzgerichtsordnung*, § 4 Rn. 392 f. (Stand: Oktober 2011); Söhn, in: Hübschmann / Hepp / Spitaler, *Abgabenordnung. Finanzgerichtsordnung*, § 88 Rn. 192, 195 (Stand: März 2010).

⁵³ Zu Letzterer Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl., 2012, § 1 (S. 1 - 63); kritisch Gärditz, Die "Neue Verwaltungsrechtswissenschaft" - Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Burgi (Hrsg.), *Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft*, *Die Verwaltung*, Beiheft 12 (2017), S. 105 - 145.

⁵⁴ Für das Umweltschutzrecht zu diesem Begriffsverständnis etwa Eifert, Umweltschutzrecht, in: Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2018, Kapitel 5, Rn. 119 ff. Wie hier Müller-Franken, Grundfragen des Besteuerungsverfahrens, *Steuer und Wirtschaft 2018*, S. 113 (116 Fn. 27); Waldhoff, Herausforderungen des Verfassungsstaats durch die Digitalisierung am Beispiel des Steuerrechts, in: *Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft*, Bd. 42 (2019), S. 59 (77 f.).

des Steuerpflichtigen vermag diese nicht zu ersetzen; die Sachverhaltsermittlung im Steuerrecht dient allein öffentlichen Interessen.⁵⁵

Dass Selbstveranlagung vom Gesetzgeber als besondere Form der Amtsermittlung angesehen wird und verfassungsrechtlich nicht anders qualifiziert werden kann, hat für den Steuerpflichtigen auch Vorteile. Dieser Aspekt kommt in der aktuellen Digitalisierungsdiskussion, in der Rationalisierungsinteressen der Finanzverwaltung im Vordergrund stehen, etwas kurz.⁵⁶ Amtsermittlung bedeutet einen Auftrag zu umfassender und objektiver Sachverhaltsermittlung und ist eingebettet in einen rechtsstaatlichen Verfahrensablauf, in dem die Behörde gesetzliche Ermittlungsbefugnisse und die Beteiligten Mitwirkungsobliegenheiten oder -pflichten haben und an dessen Ende eine verbindliche, der Bestandskraft fähige hoheitliche Entscheidung steht, die mit dafür besonders vorgesehenen Rechtsmitteln einer gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden kann.⁵⁷ All das bleibt erhalten, wenn Selbstveranlagung durch den Steuerpflichtigen in einer teil- oder vollautomatisierten Steuerveranlagung weiterhin dem Regime des Amtsermittlungsgrundsatzes untersteht.

Hervorgehoben seien § 88 Abs. 1 Satz 2 Abgabenordnung, wonach die Behörde auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen hat, und die allgemeine Beratungs- und Auskunftspflicht gemäß §

⁵⁵ Anders Seer, unter anderem in Tipke / Lang, *Steuerrecht*, 23. Aufl., 2018, § 21 Rn. 5 und Rn. 170, 207 ff.

⁵⁶ Vgl. Heintzen, Das gemeinsame Konzept von Bund und Ländern zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, *Die Öffentliche Verwaltung* 2015, S. 780 (781): Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll die Digitalisierung allen an der Besteuerung Beteiligten nutzen, nicht nur dem Fiskus, sondern auch dem Steuerpflichtigen und seinen Banken und Beratern. Vgl. auch Bachmann / Gebhardt / Richter / Risse, Wie beeinflusst die Digitalisierung das Machtgefüge zwischen Steuerpflichtigem und Finanzverwaltung?, *Deutsches Steuerrecht* 2019, S. 1879 - 1886.

⁵⁷ Hierzu unter dem Gesichtspunkt der Speicherfunktion der Handlungsform Verwaltungsakt Ossenbühl, Die Handlungsformen der Verwaltung, *Juristische Schulung* 1979, S. 681 ff.

89 Abs. 1 Abgabenordnung.⁵⁸ Beides findet man wortidentisch im Verwaltungsverfahrenrecht. Beides erlangt in einem vollautomatisierten Verfahren besondere praktische Bedeutung und bedarf gesetzlicher Präzisierung. Ein Beispiel ist § 173a AO, demzufolge Steuerbescheide aufzuheben oder zu ändern sind, soweit dem Steuerpflichtigen bei Erstellung seiner Steuererklärung Schreib- oder Rechenfehler unterlaufen sind und er deshalb der Finanzbehörde bestimmte, nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt des Erlasses des Steuerbescheids rechtserhebliche Tatsachen unzutreffend mitgeteilt hat.⁵⁹ In einem reinen Selbstveranlagungssystem beschränkt der Staat sich dagegen darauf, auf Fehler, die der Steuerpflichtige im finanziellen Ergebnis zu Lasten der öffentlichen Hand macht, mit Nachforderung (einschließlich Zinsen) und mit Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht zu reagieren.

3. Fazit

Selbstveranlagung und Automatisierung im Besteuerungsverfahren sind besondere Formen von Amtsermittlung und in deren Kontext einzuordnen und weiterzuentwickeln.

V. Verfassungsrechtliche Vorgaben und Grenzen für Selbstveranlagung

Damit stellt sich abschließend die Frage, nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben und Grenzen für eine gesetzliche Ausgestaltung. Diese Vorgaben des Grundgesetzes für die deutsche Steuerverwaltung lassen sich zu fünf Punkten bündeln:

- informationelles Selbstbestimmungsrecht, Datenschutz und Rechtsschutz des Steuerpflichtigen,

⁵⁸ Vgl. auch Braun Binder, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsrecht?*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2016, S. 960 (964).

⁵⁹ Zu dem Zusammenhang zwischen dieser Vorschrift und weiter § 175b AO mit dem Steuermodernisierungsg von Groll, in: Hübschmann / Hepp / Spitaler, *Abgabenordnung. Finanzgerichtsordnung*, § 173a Rn. 1 u. 5 (Stand: April 2018). Zu dieser Vorschrift Seer, *Modernisierung des Besteuerungsverfahrens*, *Steuer und Wirtschaft* 2015, S. 315 (325).

- Verhältnismäßigkeit von Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen und Dritter,
 - Zweckbindung der Verwendung größerer Datenmengen, die für computerielle Bearbeitung nötig sind, aber möglicherweise keinen Bezug mehr zu dem Besteuerungsverfahren haben, in dem sie generiert worden sind⁶⁰,
 - Gewaltenteilungsprobleme, die darauf beruhen, dass die Finanzverwaltung Normprogramme des Gesetzgebers bei deren Digitalisierung möglicherweise ändert⁶¹,
 - die Fragen von Vollzugstauglichkeit und Qualitätssicherung digitaler Systeme⁶² oder, negativ formuliert, die Fragen nach Steuerausfällen und computerverursachten Ungleichbehandlungen.

Dass der zuletzt genannte Punkt in der rechtswissenschaftlichen Literatur vielleicht die meiste Aufmerksamkeit⁶³ erhält, überrascht. Die Angst vor einer Ohnmacht des Computers ist ähnlich ausgeprägt wie die Angst vor seiner Übermacht.

⁶⁰ Vgl. schon Pestalozza, Der Untersuchungsgrundsatz, in: *Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags*, 1977, S. 185 (186).

⁶¹ Hierzu Ahrendt, Alte Zöpfe neu geflochten - Das materielle Recht in der Hand von Programmierern, *Neue Juristische Wochenschrift* 2017, S. 537 - 540. Zu der Frage, inwieweit der Gesetzgeber selbst auf die Digitalisierungsfreundlichkeit seiner Regelungen achten sollte, Ruß / Ismer / Margolf, Digitalisierung des Steuerrechts, Eine Herausforderung für die Ausgestaltung von materiellen Steuergesetzen, *Deutsches Steuerrecht* 2019, S. 409 - 418, mit § 11 Abs. 1 Satz 2 u. Abs. 2 Satz 2 EStG als Hauptbeispiel. Zusammenfassend Kube, E-Government, Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 78 (2019), S. 289 (308 ff., 314 f.).

⁶² Zur Erforderlichkeit neuer Controllingstrukturen Kube, E-Government, Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 78 (2019), S. 289 (316 - 318).

⁶³ Siehe etwa Maier, Verfassungsrechtliche Aspekte der Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens, *JuristenZeitung* 2017, S. 614 (615: "verfassungsrechtliche(r) Fokus").

Gegen die Angst vor Computer-Ohnmacht hilft, als verfassungsrechtlicher Tranquilizer, ein sog. Untermaßverbot, das prozedural zu einer regelmäßigen Überprüfung der Risikomanagementsysteme auf ihre Zielerfüllung verpflichtet (vgl. § 88 Abs. 5 Satz 3 Nr. 4 Abgabenordnung) und materiell zur Vermeidung übermäßiger Steuerausfälle durch unterlassene steuerbehördliche Verifikation von Selbstveranlagungen des Steuerpflichtigen verpflichtet.⁶⁴ Wann allerdings Steuerausfälle "übermäßig" sind, ist unklar. Das gleichheitsgrundrechtliche Untermaßverbot ist ähnlich durchsetzungsschwach wie gegen den fiskalischen Zugriff des Steuergesetzgebers das freiheitsgrundrechtliche Übermaßverbot und wird hier darum als Tranquilizer bezeichnet.⁶⁵ Die vom Bundesverfassungsgericht zuletzt in einem gut 40 Bände seiner Entscheidungssammlung zurückliegend entwickelte Figur eines strukturellen Vollzugsdefizits passt hier nicht, um mehr Durchsetzungsstärke zu erzeugen. Im Tipke-Urteil des BVerfG von 2004 standen sich im Sinne eines widersprüchlich auf Ineffektivität angelegten Rechts § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) Einkommensteuergesetz und § 30a Abgabenordnung gegenüber, also zwei konkrete Rechtsnormen; weiterhin ging es um die Verfassungswidrigkeit von materiellem Recht, nicht von Verfahrensrecht.⁶⁶ Bei der Vollautomatisierung der Einkommensteuerveranlagung stehen sich dagegen der Tatbestand der Einkommensteuer insgesamt und das Steuerfestsetzungsinstrumen-

⁶⁴ Im Grundsatz unstreitig. Vgl. Drüen, Amtsermittlungsgrundsatz und Risikomanagement, in: *Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft*, Bd. 42, 2019, S. 193 (208 ff.); Müller-Franken, Grundfragen des Besteuerungsverfahrens, *Steuer und Wirtschaft* 2018, S. 113 (118 f.); Seer, in: Tipke / Lang, *Steuerrecht*, 23. Aufl., 2018, § 21 Rn. 8.

⁶⁵ Zum Versagen des Übermaßverbots im Angesicht steuerlicher Zugriffe auf das Vermögen der Zensiten Papier, *Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte*, 1973, S. 76 f.; Birk, *Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen*, 1983, S. 187 ff.; Elicker, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Besteuerung, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2006, S. 480 - 486.

⁶⁶ Siehe Heintzen, Das gemeinsame Konzept von Bund und Ländern zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, *Die Öffentliche Verwaltung* 2015, S. 780 (785); Maier, Verfassungsrechtliche Aspekte der Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens, *JuristenZeitung* 2017, S. 614 (616 ff.).

tarium der Abgabenordnung insgesamt gegenüber. Allerdings ist die Figur des strukturellen Vollzugsdefizits case law des Bundesverfassungsgerichts und kann nichts und niemand das BVerfG daran hindern, dieses case law auf die vorliegende Problematik auszuweiten. Nach derzeitigem Stand lassen sich etwaige digitalisierungsbedingte Vollzugsmängel der Figur des strukturellen Vollzugsdefizits jedoch nicht zuordnen.

Vieles ist hier derzeit Stochern im Nebel. Ob der Gesamtvollzug der Steuergesetze durch die fortschreitende Digitalisierung der Finanzverwaltung verbessert oder verschlechtert wird, ist jedenfalls in dieser Allgemeinheit eine offene Frage. Empirische Daten, auch zu heiklen Punkten wie dem Ausloten oder Ausspähen von Risikoparametern finanzbehördlicher Algorithmen⁶⁷, fehlen. Gleiches gilt für finanzgerichtliche Rechtsprechung zu Risikomanagementsystemen.⁶⁸ Dies ist hier nicht im Einzelnen aufzufächern.

VI. Zusammenfassung und rechtsvergleichender Ausblick

Was den Grundsatz der Amtsermittlung anlangt, so kann, wie im Titel des Beitrags angekündigt, dessen Modernität und Wandlungsfähigkeit festgestellt werden. Auch in einer digitalisierten Verwaltung hat er seinen Platz, wobei § 35a Verwaltungsverfahrensgesetz klarstellt, dass damit gebundene Verwaltung gemeint ist und dann, wenn ein Ermessen oder ein Beurteilungsspielraum besteht, ein Verwaltungsakt nicht vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden kann. In der Welt von Big Data oder des Base Erosion and Profit Shifting-Projekts der OECD vom November 2015⁶⁹ sind seine rechtsstaatlichen Implikationen sinnvolle, in dieser Welt nicht bedachte Begrenzungen.

⁶⁷ Dazu Maier, Verfassungsrechtliche Aspekte der Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens, *JuristenZeitung* 2017, S. 614 (617).

⁶⁸ Vgl. Haunhorst, Risikomanagement in der Finanzverwaltung - ein Fall für die Finanzgerichte?, *Deutsches Steuerrecht* 2010, S. 2105 - 2110. FG Rheinland-Pfalz, EFG (Entscheidungen der Finanzgerichte) 2012, S. 10 (zu einem sog. Chi-Quadrat-Test); FG Düsseldorf, Urteil vom 16.2.2017, 14 K 3554 / 14.

⁶⁹ <http://www.oecd.org/tax/aggressive/beps-2015-final-reports.htm>. Hier geht es darum, multinationale Konzerne daran zu hindern, sich durch legale Aus-

Rechtsvergleichend hat der Amtsermittlungsgrundsatz es schwer, weil Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht mehr individuelle Verfahrensrechte fokussiert, wie ein Blick in die drei Absätze des Rechts auf gute Verwaltung in Art. 41 der Europäischen Grundrechtecharta demonstriert, oder individualschützende Prinzipien wie Verhältnismäßigkeit und Vertrauensschutz, nicht Grundsätze, die tief im jeweiligen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht und Staatsverständnis verwurzelt sind und für das Gegenüber der Verwaltung auch Obliegenheiten und Pflichten mit sich bringen.⁷⁰

nutzung der Nationalität von Steuerrecht weltweit einer Besteuerung weitgehend zu entziehen.

⁷⁰ In Büchern zum europäischen Verwaltungsrecht ist deshalb zum Untersuchungsgrundsatz weniger zu finden als in vergleichbaren Büchern zum deutschen Verwaltungsrecht. Vgl. etwa Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 1988; Craig, *European Administrative Law*, 3. Aufl., 2018; Rose-Ackerman / Lindseth / Emerson, *Comparative Administrative Law*, 2. Aufl., 2017; Seerden (Hrsg.), *Comparative Administrative Law*, 4. Aufl., 2018. Zur Schweiz Häfelin / Müller / Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., 2016, Rn. 988 - 997.

ÖZET

Re'sen araştırma ilkesi, Alman genel idare hukuku ile idari yargılama hukukunun ve bunların yan alanları olan sosyal güvenlik hukuku ile vergi hukukunun, temelleri anayasa hukukunda bulunan geleneksel bir unsurudur. Bununla birlikte, Temmuz 2016'da yürürlüğe giren Vergi Usulünün Modernleştirilmesi Hakkında Kanun, münhasıran otomasyon esasına dayanan ve dosyaların bir memur tarafından incelenmesine (Vergi Kanunu m. 155/4) gerek bırakmayan yeni vergi hesaplama modeliyle, İdari Usul Kanunu'nun 1977'den beri süregelen geleneğini sarsmıştır. Bu modelde, elektronik vergi beyannamelerini inceleyen, gizli bir algoritmayla çalışan, şüpheli beyanları tespit ederek bir kamu görevlisi tarafından incelenmesi için ayıran ve risk yönetim sistemi adı verilen bir bilgisayar sistemi kullanılmaktadır (Vergi Kanunu m. 88/5).

Bu çalışmanın temel sorusu şudur: Kanun koyucu yeni düzenlemeyle re'sen araştırma ilkesinden şahsi beyana dayalı sisteme mi dönmüştür? Bunun cevabı "hayır!" dır. Re'sen araştırma ilkesi, vergilendirmeye esas teşkil eden olguları elde etme usulleri bakımından, her zaman özel bir statüsü olan toplu vergilendirmeden tutun, mahkeme tarafından verilen iltica başvurusu kararlarına kadar geniş bir yelpazeyi kapsayabilir.

Dosyaların bir bilgisayar tarafından işleminden geçirilmesi ve artık belge sunulmaması; bunun yerine belgelerin şüpheli durumlar için saklanması için gerekli olması olguları, tek başlarına köklü bir rejim değişikliği yapıldığının söylenebilmesi için yeterli değildir. Dahası, bilgisayar insanlar tarafından programlanır ve yapay zeka insan denetimine ihtiyaç duyar. Buna şu hususlar da eklenebilir: Yeterli sayıda dosya numune olarak rastgele seçilerek bir memur tarafından tam kapsamıyla incelenir; risk yönetim sistemi tarafından otomatik izleme yapılır; ilgili memur, kendi takdirine dayanarak bir dosyayı inceleme yapma üzere seçme yetkisine sahiptir; vergi yükümlüsü, bilgisayar tarafından işlenemeyen bazı bilgi alanlarıyla ilgili bildirim yapma hakkına sahiptir; yargı dışı ve yargısal başvuru yollarında, verilen idari kararların tümü tam kapsamıyla denetlenir. Vergi idaresinin personel sayısı, bu görevlerin yerine getirilmesini imkansız kılacak ölçüde

azaltılamaz. Anayasa hukuku ilkeleri olan kanunilik ilkesi ve vergilendirmede eşitlik ilkesi, bu bağlamda az vergilendirmeyi yasaklamakta (Untermaßverbot) ve değerlendirme zorunluluğu (Evaluierungsgebot) getirmektedir.

Re'sen araştırma rejiminin dijitalleşmesinin, fakat bunun şahsi beyana dayalı yeni bir rejim teşkil etmediğinin kabul edilmesinin vergi yükümlüsü açısından avantajları vardır. Re'sen araştırma, olguların kapsamlı ve objektif şekilde soruşturulmasını gerektirmektedir. Bu ilke, hukuk devletinde, idarenin kanuni soruşturma yetkisini haiz olduğu ve ilgililerin de katılma görev ve yükümlülüklerinin bulunduğu bir usul sürecinin içerisinde gömülüdür. Bu sürecin sonunda, bağlayıcı, vergi idaresi tarafından getirilen ek yükümlülükleri kapsam dışı bırakan, icrai olan ve kendisine özel olarak öngörülmüş yargısal denetim yollarına taşınabilen kamusal bir karar ortaya çıkmaktadır.

OECD tarafından, "Base Erosion and Profit Shtifting" isimli 2015 eylem planının ilan edilmesinden ve üye devletlerin vergiden kaçınmaya karşı uluslararası kuruluşlar aracılığıyla daha sert önlemler almaya başlamasından beri, vergi hukukunda olguların toplanması hususunun objektif hukuk ve hukuk devleti boyutu yeni bir uygulama alanı bulmuştur. Bu nedenle burada ele alınan konu yalnızca ilkesel değil, aynı zamanda uygulamaya yönelik bir fayda da sağlamaktadır.

EIN ÜBERBLICK ÜBER DIE AKTUELLEN ENTWICKLUNGEN IM TÜRKISCHEN AUSLÄNDERRECHT UND INTERNATIONALEN SCHUTZRECHT

YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNUNDAKİ GÜNCEL GELİŞMELER HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME

Dr. Işıl EGEMEN DEMİR*

ÖZ

Bir ülkede yabancıların hukuki statülerine ilişkin düzenlemelerin önem arz etmesi, ülkede yabancıların sayısının önemli surette artması, hukuki statülerinin farklılık göstermesi sonucu söz konusu olur. Yabancıların ülkelerinden ayrılmasının nedeni, başka bir ülkede çalışmak, yaşamak gibi herhangi zorlayıcı bir etkenden bağımsız olabileceği gibi; savaş, doğal felaketler, güvenlik ihtiyacı gibi etkenlere de dayanabilir. Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet döneminde yabancılar ülkemize farklı nedenlerden gelmiş olmakla birlikte¹, özellikle Suriye’de 2011 yılında başlayan iç karışıklık sonucu Türkiye’ye yönelen kitlesel ve ani akım toplum tarafından da hissedilir hale gelmiştir. İç hukuk bakımından hem bireysel hem de kitlesel iltica hareketleri bakımından ulusal mevzuattaki ana kaynak 1994 İltica Yönetmeliği². Yönetmeliğin kapsamına bireysel olarak iltica etmek isteyenler, hedef iltica ülkesine gitmek üzere transit ülke olarak

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (demir@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-7007-211X.

¹ Göç tarihiyle ilgili veriler için bkz: TC İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, <https://www.goc.gov.tr/goc-tarihi>, (E.T: 05.03.2020). Göç tarihi ile ilgili bkz: Işıl Özkan, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.39 vd.

² 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

Türkiye'de bulunanlar ile topluca iltica etmek isteyenler girmektedir. İltica ile ilgili meseleler temelde 1994 Yönetmeliği ve genelgelerle halledilmektedir Türkiye Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951 Cenevre Sözleşmesine³ taraf olmasına rağmen, bu konu, kanun düzeyinde düzenlenmemiştir. AB Müktesebatına Uyum Programı çerçevesinde, hazırlık çalışmalarına 2009 yılında başlanan ve uzun bir çalışma sonunda tamamlanan taslak metni 2012 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) sunulan 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 04.04.2013 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiş; Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak 11.04.2013 tarihli, 28615 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Teşkilata ilişkin olanlar hariç diğer hükümlerin bir yıl sonra, yani 11.04.2014 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. YUKK'un hazırlanmasında, başta Avrupa Birliği müktesebatına ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uyum olmak üzere birçok etken bulunmaktadır. Türk hukukunda birçok yenilik ve değişiklik getiren YUKK, yabancılarla ilgili tüm konuları kapsayan bir düzenleme değildir; ancak YUKK'un yabancılarla ilgili çoğu dağınık düzenlemeleri tek bir çatı altında topladığını söyleyebiliriz. Hükümler, yabancılar, uluslararası koruma ve teşkilat başlıkları altında kaleme alınmıştır. Kanunda, yabancıların ülkeye girişi, ikametleri, sınır dışı edilmeleri, idari gözetim, vatansızların statüsü, uluslararası koruma ile idarî teşkilatlanma hususlarının düzenlenmiştir. Yürürlüğe girmesinden beş sene sonra, 24.12.2019 tarih ve 30988 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Bazı Kanunlarda ve 375 s. Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile YUKK'un bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Makalemizde, önem arz eden değişikliklere değinilecektir.

Anahtar Kelimeler : *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 6458 sayılı YUKK'a dair 2019 değişiklikleri , Suriye iç savaşı, sınır dışı, idari gözetim*

Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, 30.11.1994t., 22127 Nr. RG.

³ Cenevre'de 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış olan Mültecilerin Hukuki Durumuna dair Sözleşmenin onaylanması hakkında Kanun Kanun No : 359 Kabul tarihi : 29/8/1961, 05.09.1961 t., 10898 s. RG, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10898.pdf>, E.T: 10.05.2020.

AN OVERVIEW OF THE CURRENT DEVELOPMENTS IN FOREIGN LAW AND INTERNATIONAL PROTECTIVE LAW

ABSTRACT

*The regulations regarding the legal status of foreigners are important in a country, where the number of foreigners in the country increases significantly and where their legal status varies. The causes of migration are very diverse. Persons may have decided to immigrate to another country as a result of challenging factors such as war, natural disasters, security need, but also depending on noncoercive reasons wishing to live or to work in another country. Although there were migration movements to our country due to different reasons during the Ottoman Empire and Republican period⁴, the phenomenon of migration has been felt by the society especially after the massive and sudden migration movement directed to our country as a result of the social upheaval and violent conflict that started in Syria in 2011. In the framework of the Harmonization Programme to the European Union's legislation, preparation works began in 2009 and the preliminary draft was handed over to the Turkish Grand National Assembly in 2012. Code on Foreigners and International Protection, dated 04.04.2013 and numbered 6458, was published in the Official Gazette dated 11.04.2013 / numbered 28615. Its provisions except for the ones regarding the organization of Directorate General of Migration Management entered into force one year after the publication date on Official Gazette, namely on 11.04.2014. In the preparation period of the code, a wide range of factors has been taken into account like the EU's *acquis* and case law of the European Court of Human Rights. The code doesn't cover all the issues regarding the foreigners; but it can be said that the code has merged a wide range of scattered regulations regarding foreigners under the same roof. In the code followings have been regulated entry of the foreigners into the country, residence permits, deportation, administrative detention, international protection and administrative organization. 5 years after having entered into force some amendments have been made in the Code on Foreigners and International Protection by the Act published in the Official Gazette dated 24.12.2019 / numbered 30988, regarding Amendments in Some Codes and Decree Nr. 375. In this article the important amendments will be explained.*

⁴ For immigration data look at the Ministry Interior of Turkey, Directorate General of Migration Management, <https://en.goc.gov.tr/history-of-migration>, (Date of Access: 05.03.2020); For immigration history please look at: Işıl Özkan, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, p.39 ff.

Inadmissible (INAD) passenger is a term having been used in aviation terminology to define passengers who are not allowed to enter a country they want to travel. According to civil aviation conventions the INAD passengers are sent back by airline, if the passenger is unable to show the valid documents at the international arrivals terminal or if the documents shown are deemed invalid. They are actually foreigners, who aren't accepted to the country. Therefore they are not same as the foreigners in the country, who are subject to deportation rules. In practice the INAD passengers had to wait in waiting areas. The amendment in the code reflects the actual situation of INAD passengers. But it hasn't enhanced the circumstances of them, many important issues were not regulated such as right of objection, right to seek legal advice, right to apply for international protection.

Humanitarian residence permit may be granted to foreigners who cannot apply for other kinds of residence permits, but who still need residence permit due to humanitarian reasons such as child's best interest, health issues etc. The statement in the article "Approval of the Ministry and for maximum one-year periods has been abolished and the authority to give approval has been delivered to the General Directorate within the time limits determined by the Ministry. In this way, it has been paved the way for granting a long-term humanitarian residence permit, which, by its nature, should be decided urgently. By means of this amendment, the bureaucracy has been reduced and it is aimed a faster decision-making mechanism.

According to the appeal system in the code it was foreseen, that objections of some groups of foreigners stated in Art. 53 para. 3 do not stay of execution of deportation process. By means of the new amendment the exceptions have been abolished, so will the deportation process stay upon the objection of any foreigner. Objection to the administrative court against the deportation decision has been reduced from 15 days to 7 days. It could be to my opinion a possible violation of the effective application right according to Art. 13 of European Convention on Human Rights.

A new concept has taken place in the code. The administration may decide to take administrative measures instead of administrative detention. According to the reasoning of the amendment it has been aimed not depriving the foreigners of their liberty. Among these are family-based return, voluntary return counseling, pursuing public interest volunteer activity, electronic monitoring etc. The most striking amendment is electronic monitoring in terms of right of liberty. It should have been made a more detailed regulation as of implementation of electronic monitoring.

Keywords: *Code on Foreigners and International Protection, Amendments of 2019, deportation, administrative detention, alternative administrative measures, humanitarian residence permit, INAD passenger*

EINLEITUNG

Das türkische Ausländerrecht wurde in den letzten Jahren grundlegend geändert. Die wichtigste Neuigkeit im Ausländerrecht ist die Verabschiedung des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über Ausländer und internationalen Schutz (GAIS) im Jahr 2019, das manche Vorschriften geändert und auch ganz neue erlassen hat. Wie auch von dem Titel des Gesetzes zu schließen ist, regelt das neue Gesetz nicht nur den rechtlichen Status der Ausländer, sondern auch den internationalen Schutz. Gesetzlich wurde der internationale Schutz zum ersten Mal in dem im Jahr 2013 verkündeten Gesetz über Ausländer und internationalen Schutz geregelt. Die erlassenen Vorschriften stimmen mit den internationalen Verpflichtungen der Türkei, besonders mit denjenigen im Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli. 1951 und dem Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1967, überein⁵. Nach der Verkündung des Gesetzes wurden einige Vorschriften durch die 2016 in Kraft getretene Rechtsverordnung und das im Amtsblatt Nr. 30988 vom 24.12.2019 verkündete Gesetz geändert. Der Grund der letzten Verände-

⁵ Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 69 ff.; Aysel Çelikel / Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, 25. Baskı, Beta Yayınevi, 2020, s. 78 ff.; Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku*, 5. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 41 ff.; Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 69 ff.; Rona Aybay / Esra Dardağan Kibar, *Yabancılar Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 105 ff.; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 45 ff.; Özkan, s. 433 ff.; Hatice Selin Pürselim Arning, "Temel Kavramlar Işığında Mülteci Hukukunun Gelişimi", *Uluslararası İlişkilerde Göç, Olgular, Aktörler ve Politikalar*, Aslı Şirin Öner – Suna Gülfer İhlamur Öner, D&R Yayınları, 2018, s. 217 ff.

rungen des GAIS liegt im Piloturteil vom 30.05.2019 des Verfassungsgerichts⁶, was auch in den Erwägungen des Änderungsgesetzes ausgedrückt ist⁷. Auf die Veränderungen vom Jahre 2019 wurde hier besonderes Gewicht gelegt. Diesen wird mit Bedenken begegnet und sie scheinen auch im akademischen Bereich ein Diskussionsthema zu werden.

1. Unzulässige Passagiere

Art. 7 GAIS regelt die Passagiere, deren Einreise in die Türkei nicht gestattet ist⁸. Durch die Veränderung von Art. 7 GAIS wurden die zurückgewiesenen Passagiere unter den Begriff "unzulässige Passagiere (INAD – inadmissible passenger) einbezogen, welche in den für sie bestimmten Bereichen der Grenzübergänge bis zur Fertigung der Amtshandlungen warten sollen. So wird die Einreise der Ausländer, die keinen Reisepass, gleichwertige Reisedokumente, ein Visum oder Aufenthalts- oder Arbeitserlaubnis oder ersichene Dokumente besitzen, verwehrt. Die INAD Passagiere werden zurückgewiesen, ohne zu bestimmen, ob sie in den Umfang des GAIS; besonders im Anwendungsbereich des Verbots

⁶ Das Verfassungsgerichtsurteil über die Verfassungsbeschwerde mit der Nummer 2016/22418, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/22418>.

⁷ 18.11.2019 t. ve 85 s. Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Gerekçesi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2368.pdf>, (E.T: 19.02.2020).

⁸ Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 69 ff.; Aysel Çelikel / Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, 25. Baskı, Beta Yayınevi, 2020, s. 78 ff.; Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku*, 5. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 41 ff.; Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 69 ff.; Rona Aybay / Esra Dardağan Kibar, *Yabancılar Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 105 ff.; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 45 ff.

der Nichtzurückweisung⁹ fallen oder nicht¹⁰. So wird auch den international schutzbedürftigen Passagieren keine Möglichkeit gegeben, den internationalen Schutzstatus bei den Behörden zu beantragen. Somit können wir sagen, dass die Vorschriften zur Gewährleistung des internationalen Schutzes im Ausweisungsverfahren vermieden werden, weil die Zurückweisung an den Grenzen eigentlich im rechtlichen Sinne keine Ausweisung ist, denn die Ausweisung ist nur für die bereits eingereisten Ausländer möglich. INAD Passagiere sind auch in den anderen Ländern ein problematischer Bereich.

2. Das Einreiseverbot in die Türkei

Die Generaldirektion erlässt ein Einreiseverbot für die Ausländer, die hinsichtlich der öffentlichen Ordnung und Sicherheit als unzulässig angesehen werden, indem sie die Daten der zuständigen öffentlichen Institutionen und Organisationen, insbesondere der Sicherheits- und Geheimdienstabteilungen und des Außenministeriums, bewertet¹¹. Es kann Ausländer geben, die in rechtswidriger Weise in die Türkei eingereist sind oder nach der Abschiebung ihre Namen oder Reisepässe geändert haben. Darüber hinaus muss auch für diejenigen Ausländer ein Einreiseverbotsbeschluss verabschiedet werden, die im Rahmen der Visumsbefreiung

⁹ Hatice Selin Pürselim, "Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne Yönelik İki Tartışma: Sözleşme'nin Kapsadığı Kişiler ve Geri Gönderme İlkesinin Bağlayıcılığı", Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, 2020, s. 501-545; Işıl Egemen Demir, "YUKK Kapsamında Uluslararası Koruma Statüsü Sahiplerinin ve Sığınmacıların Ülkeden Uzaklaştırılması, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2015, S. 2, ss. 37-64.

¹⁰ Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı İncelemesi, Kasım, 2019. (UMHD Entwurfsbewertung) <https://www.umhd.org.tr/2019/11/6458-sayili-yabancilar-ve-uluslararasi-koruma-kanununda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-taslagi-incelemesi/>, (E.T: 19.02.2020), s. 3.

¹¹ Ekşi, s. 75 ff.; Çelikel / Öztekin Gelgel, s. 93; Asar, s.59; Çiçekli, s. 79; Aybay / Dardağan Kibar, s. 119; Doğan, s. 59 ff. ; Sibel Safi, Mülteci Hukuku, Legal Yayıncılık, 2017, s. 511 ff.

eingereist sind und die die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährden. Aus diesen Gründen sollten die Maßnahmen der Generaldirektion auch für diese Ausländer angewendet werden. Im Stand vor der Veränderung konnte die Generaldirektion die Einreise der Personen verbieten, die sich *außerhalb der Türkei* befinden und die eine Gefährdung für die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Gesundheit darstellen. Mit der Veränderung von Art. 9 Abs. 1 GAIS wurde die Formulierung "außerhalb der Türkei" aus dem Artikel entfernt. Die Absätze 4, 7 sind auch verändert und ein weiterer Absatz ist hinzugefügt worden. Vorher konnte sich ein Ausländer, dessen Visum abgelaufen ist, beim Gouverneuramt melden. Wenn dies der Fall ist, kriegt er höchstens ein einjähriges Einreiseverbot. Wenn aber die Behörden feststellen, daß das Visum des Ausländers abgelaufen ist, kriegt er ein Einreiseverbot mehr als ein Jahr. Im neuen Stand sind noch weitere Bedingungen hinzugefügt worden. Für die Ausländer, die in der Tragweite dieses Absatzes sind, kann kein Beschluss zum Einreiseverbot erlassen werden, falls sie eine Geldbuße gezahlt und die vom Ministeramt bestimmte Verstoßfrist nicht überschritten haben¹². Meines Erachtens nach hat der Artikel zur rechtlichen Unbestimmtheit geführt. Erstens sollte die einjährige obere Grenze gewahrt werden. Zweitens sollten die Fälle, in welchen die Behörden kein Einreiseverbot erlassen dürfen, näher erläutert werden. Damit wurden die Grenzen des Ermessens der Generaldirektion und des Gouverneursamtes verwischt. Gemäß Art. 9 Abs. 7 GAIS müssen sich manche Ausländer für die Einreise aufgrund der öffentlichen Ordnung- oder der öffentlichen Sicherheitserwägungen neben dem Visum vorher eine Erlaubnis beantragen. Durch das Änderungsgesetz kann auch die Einreise mancher Ausländer aufgrund der administrativen Geldbußen und öffentlichen Forderungen von den Gouverneursämtern einer Vorerlaubnisbedingung unterworfen werden.

3. Humanitäre Aufenthaltserlaubnis

Die im Art. 46 GAIS geregelte humanitäre Aufenthaltserlaubnis ist von großer Bedeutung für die Ausländer, die die anderen Aufenthaltsgenehmigungen nicht beantragen können, obwohl sie sich besonders aus

¹² UMHD Entwurfsbewertung, s. 4.

humanitären Gründen in der Türkei befinden¹³. Das Verfahren für die Erteilung dieser Art der Aufenthaltserlaubnis müsste eigentlich schneller zum Ergebnis kommen, wenn wir die Empfindlichkeit der humanitären Gründe in Betracht ziehen. In den im Art. 46 lit. a bis f GAIS aufgeführten Fällen kann das Gouverneursamt mit Genehmigung des Ministeriums und mit einer Dauer von höchstens einem Jahr humanitäre Aufenthaltsgenehmigungen für die Ausländer erteilen, die die Bedingungen für die Erteilung der anderen Aufenthaltsgenehmigungen nicht erfüllen. Aufgrund der Gesetzesänderung kann das Gouverneursamt innerhalb der vom Ministeramt bestimmten Fristen und mit der Genehmigung der Generaldirektion diese Art der Aufenthaltserlaubnis erteilen. Mit dieser Veränderung ist die Bürokratie vermindert worden, wodurch die mögliche Erteilung der humanitären Aufenthaltserlaubnis beschleunigt wird.

4. Der Ausweisungsbeschluss

Art. 53 Abs. 3 GAIS regelt den Einspruch gegen den Ausweisungsbeschluss¹⁴. Die erste Änderung bezieht sich auf die Einspruchsfrist. Gegen den Ausweisungsbeschluss konnten die Ausländer oder deren Vertreter innerhalb von fünfzehn Tagen ab Ankündigungsdatum beim Verwaltungsgericht Einspruch einlegen. Diese Frist wurde auf 7 Tage verkürzt; d.h. die Ausländer müssen nun mehr in 7 Tagen gegen den Beschluss Einspruch einlegen¹⁵. Es ist schwierig zu behaupten, dass sich ein Ausländer bei den innerstaatlichen Instanzen rechtlich und wirksam verteidigen kann.

Die zweite Änderung im Art. 53 Abs. 3 GAIS bezieht sich auf die Vollstreckung der Ausweisungsbeschlüsse. In seinem Erststand durften die Ausländer ausnahmslos während des Einspruchsverfahrens nicht ausgewiesen werden. Durch eine Änderung im Jahr 2016 wurde diesem Artikel eine Ausnahme hinzugefügt und die Ausländer, welche in Art. 54 Abs. 1

¹³ Ekşi, s. 91; Çelikel / Öztekin Gelgel, s. 109; Asar, s. 118 ff; Çiçekli, s. 104; Doğan, s. 104 ff.; Safi, s. 517 ff.

¹⁴ Ekşi, s. 113 ff; Çelikel / Öztekin Gelgel, s. 123 ff; Asar, s.131 ff; Çiçekli, s. 165 ff; Aybay / Dardağan Kibar, s. 225 ff; Doğan, s. 126; Safi, 510.

¹⁵ UMHD Entwurfsbewertung, s. 6 ff.

lit. b,d,k und Abs. 2 GAIS genannt sind, außer Anwendung dieses Artikels gestellt. So konnten nur noch die Ausländer außerhalb der in Art. 54 Abs. 1 lit. b, d, k und Abs. 2 GAIS aufgezählten Gruppen während des Einspruchsverfahrens nicht ausgewiesen werden. Die Ausländer, welche unter diese Absätze fallen, konnten schon während des Einspruchsverfahrens ausgewiesen werden. Diese in den obengenannten Absätzen gezählten Ausländer sind Leiter, Mitglieder, Unterstützer von terroristischen Organisationen oder Leiter, Mitglieder, Unterstützer von kriminellen Vereinigungen mit monetärem Ziel, Personen, die eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder öffentliche Gesundheit darstellen, die Ausländer, die eingeschätzt sind, als Personen, die Beziehungen mit den von den internationalen Organisationen bestimmten Terrororganisationen haben und die Asylsuchenden oder internationale Schutzstatusinhaber, die als Ausländer im Umfang vom Art. 54 lit. b, d, k GAIS eingeschätzt sind.

Diese Ausnahmen zur Aussetzung der Vollstreckung des Ausweisungsbeschlusses wurden aus Art. 53 Abs. 3 GAIS entfernt. Damit ist der Artikel zu seinem Erststand zurückgekehrt.

Im Art. 54 GAIS sind die auszuweisenden Personengruppen aufgezählt. Im Art. 54 Abs. 1 lit.h GAIS stehen Personen, die gegen die rechtlichen Bestimmungen bei der Einreise oder Ausreise verstoßen haben. Mit der Veränderung wurden die Ausländer, die versucht haben, gegen die rechtlichen Bestimmungen bei deren Einreise oder Ausreise zu verstoßen, zu diesen Absatz hinzugefügt. Wie dieser Versuch beurteilt wird, ist ungeklärt. Besonders für Personen, die internationalen Schutz genießen, sollte diese Regelung mit großer Sorgfalt angewendet werden.

5. Alternative Verwaltungsmaßnahmen statt Verwaltungsaufsicht

Art. 57 GAIS regelt die Verwaltungsaufsicht (Abschiebungshaft) und ihre Fristsetzung. In Abs. 2 ist die Möglichkeit geregelt, anstatt der Abschiebungshaft alternative Verwaltungsmaßnahmen zu beschließen¹⁶. Das Gouverneursamt erteilt einen Verwaltungsaufsichtsbeschluss oder entscheidet über in Art. 57 Abs. A GAIS aufgezählte Verwaltungsmaßnahmen für abzuschiebende Ausländer, bei welchen eine Fluchtgefahr

¹⁶ Çelikel / Öztekin Gelgel, s. 135 ff.

besteht: Darunter fallen diejenigen Ausländer, die gegen die innerstaatlichen Ein- und Ausreiseregulungen verstoßen, die gefälschte oder unberechtigte Urkunden vorlegen, die ohne eine annehmbare Entschuldigung innerhalb der eingeräumten Frist die Türkei nicht verlassen haben, die eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder öffentliche Gesundheit darstellen. Die alternativen Verwaltungsmaßnahmen für die Ausländer sind ein neuer Begriff im Gesetz. Die alternativen Maßnahmen sind im Art. 57 Abs. A GAIS aufgezählt. Demgemäß lauten sie wie folgt: Aufenthalt an einer bestimmten Adresse, Kundgebungspflicht, familienbasierte Rückkehr, Rückkehrberatung, Volontieren für das öffentliche Interesse, Kautions, elektronische Überwachung. Gegen den Beschluss auf elektronische Überwachung kann der Ausländer, sein rechtlicher Vertreter oder Rechtsanwalt Einspruch beim Amtsrichter für Strafsachen einlegen¹⁷. Der Einspruch setzt die Vollstreckung der Maßnahme nicht aus. Die Entscheidungsfrist des Richters beträgt 5 Tage. Der Beschluss des Richters ist endgültig. Im Gesetz ist der Einspruchsweg gegen die anderen Maßnahmen nicht erwähnt. Es stößt auf großes Bedenken, dass es nicht ausdrücklich geregelt ist, von wem eine Entscheidung über elektronische Überwachung entschieden wird und dass die Bedingungen für einen solchen Beschluss nicht konkretisiert sind. Außerdem ist in dem Artikel nicht geregelt, in welcher Weise und wie lange die persönlichen Daten gespeichert werden dürfen.

Die Ausländer, für die kein Abschiebungshaftbescheid erteilt wird, unterliegen einer oder mehrerer der obengenannten Maßnahmen. Die Maßnahmen dürfen nicht mehr als 24 Monate dauern. Falls die Ausländer gegen die Maßnahmen verstoßen, können sie in Abschiebungshaft genommen werden.

6. Kinder ohne Begleitperson

Hinsichtlich der Anwendung vom GAIS gibt es eine ausdrückliche Regelung im Art. 3 Abs. (e). Demgemäß ist das Kind dasjenige, das sein 18. Lebensjahr nicht vollendet hat und nicht mündig ist. Refakatsiz çocuklarla ilgili tüm işlemlerde çocuğun yüksek yararının gözetilmesi esastır.

¹⁷ UMHD Entwurfsbewertung, s. 9 ff.

Nachdem die Behörde den Antrag bekommen hat, findet das Kinderschutzgesetz Nr. 5395 vom 03.07.2005 anhand des Art. 66 Abs. 1 lit. (a) GAIS Anwendung. Im Art. 59 Abs. 1 lit. ç GAIS war die Unterbringung der Familien und Kinder ohne Begleitung geregelt¹⁸. Durch Gesetzesänderung wurde die Formulierung "Kinder ohne Begleitung" aus dem Artikel entfernt. So wurde die Unterbringung der unbegleiteten Kindern¹⁹ in den Rücksendezentren verhindert. Die Kinder ohne Begleitung werden ab jetzt unter Aufsicht des Ministeriums für Familien- und Sozialpolitik gestellt. So wird ein Beitrag zur körperlichen und geistigen Gesundheit geleistet. Die Schutz-, Ernährungs-, Gesundheits-, Bildungs- und Sicherheitsanforderungen werden finanziell und auch psychologisch erfüllt. Mit psychologischer Unterstützung wird es für sie möglich diesen Prozess komfortabler zu überwinden. Eine weitere Verbesserung der Situation der Kinder ohne Begleitung findet sich in Art. 66 GAIS. Dieser regelt den Status der unbegleiteten Minderjährigen, die internationalen Schutz beantragt haben. Mit der Veränderung dürfen auch die Asyl beantragenden Kinder nicht in den Rücksendezentren untergebracht werden²⁰. Die Ausländer, deren Alter mit ihrem Aussehen nicht übereinstimmt, werden vom Innenministerium für eine Altersbestimmung in die Gesundheitseinrichtungen gesendet. Die als minderjährig bewerteten Ausländer werden an die Stadtdirektionen des Ministeriums für Familie, Arbeit und Sozialdienste weitergeleitet. Die Kinder ohne Begleitung werden in einer geeigneten Unterkunft, bei erwachsenen Verwandten oder einer Pflegefamilie untergebracht.

¹⁸ Ekşi, s. 176; Çelikel / Öztekin Gelgel, s. 158.

¹⁹ Im türkischen Recht gibt es verschiedene Beschreibungen im Hinblick auf die Bedeutung vom "Kind". Hatice Selin Pürselim Arning, "Geçici Koruma Kapsamındaki Suriyeli Çocukların Eğitim Hakkı", *Uludağ Journal of Economy and Society / B.U.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Cilt / Volume 37, Sayı / Issue 2, 2018 ss. 111-140, s. 114 ff.*

²⁰ UMHD Entwurfsbewertung, s. 12.

FAZIT

Das Flüchtlingsrecht erfordert ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Sicherheitsbedenken der Länder und den Menschenrechten. Die Türkei hat ihre Praxis und auch ihre Gesetzgebung mit dem Genfer Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und dem EU-Recht harmonisiert. Es ist auch zu würdigen, dass bei der Verabschiedung des Änderungsgesetzes die Meinungen der zivilgesellschaftlichen Organisationen in Betracht gezogen wurden.

Das Thema über unzulässige Passagiere ist noch ein ungelöstes Problem überall. Rechtlich gesehen sind diese Ausländer an die Grenze gekommen; aber noch nicht ins Land eingereist. Deshalb sind sie anders beurteilen als die auf die legalen oder illegalen eingereisten Ausländer. Das Prinzip der Nichtzurückweisung ist ein universall anerkanntes Prinzip. Es bildet im gesamten Asylverfahren eine wichtige Gewährleistung und stellt sicher, dass die Antragsteller nicht in Länder zurückgeschickt werden, wo ihr Leben oder ihre Freiheit wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politischen Meinung bedroht sind oder in denen die tatsächliche Gefahr besteht, einen ernsthaften Schaden zu erleiden, Es sichert auch das Recht der Ausländer auf Verbleib im Aufnahmeland zur Antragstellung auf internationalen Schutz. Unzulässige Passagiere stehen aber in diesem Sinne nicht im Aufnahmeland, weil sie noch nicht rechtlich ins Land eingereist sind. Deshalb stehen die unzulässigen Passagiere in einer nachteiligeren Lage als die von der eingereisten Ausländern.

Hinsichtlich der Ausweisung wurden zwei wesentliche Veränderungen gemacht. Eine ist als positiv zu bewerten; die andere ist aber als negativ. Die Verkürzung der Einspruchsfrist gegen den Ausweisungsbeschluss auf 7 Tage ist meines Erachtens nach, eine negative Regelung, die ein mögliches Verstoss auf das Recht auf wirksame Beschwerde nach dem Art. 13 der Menschenrechtskonvention sein kann. Die ausnahmslose Regelung zur Nichtausweisung aller Ausländer während des Einspruchsverfahrens ist aber hinsichtlich der Rechte und Freiheiten der Ausländer als positiv zu bewerten.

Es ist eine wesentliche Neuigkeit im Gesetz, dass alternative Verwaltungsmaßnahmen wie zB. Aufenthalt an einer bestimmten Adresse usw. statt Verwaltungsaufsicht geregelt sind. Die meist interesseweckende ist die elektronische Überwachung, weil es ausdrücklich nicht geregelt ist, von wem eine Entscheidung über elektronische Überwachung entschieden wird und welche Bedingungen für einen solchen Beschluss vorgesehen sind. Außerdem ist es nicht geregelt, in welcher Weise und wie lange die persönlichen Daten gespeichert werden dürfen. Da die Grenzen dieser Massnahme nicht konkretisiert sind, kann es ein möglicher Verstoss gegen das Recht auf Freiheit und Sicherheit bilden.

Die meisten Änderungen sind als positiv zu bewerten, insbesondere die ausnahmslose Aussetzung der Vollstreckung des Abschiebungsbeschlusses für alle Ausländer und die gesetzliche Verhinderung der Unterbringung unbegleiteter Minderjährigen in den Rücksendezentren. In manchen Änderungen sehen wir aber eine sicherheitsbasierte Perspektive, besonders in der Verkürzung der Einspruchsfrist gegen den Abschiebungsbeschluss.

ÖZET

Anayasa Mahkemesinin 09.07.2019 t. ve 30826 s. Resmi Gazetede yayınlanan 30.05.2019 tarihinde 2016/22418 numaralı bireysel başvuru kararı neticesinde, 24.12.2019 t. ve 30988 s. Resmi Gazetede yayınlanan Bazı Kanunlarda ve 375 s. Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun bazı hükümlerinde değişiklikler yapılmış ve yeni hükümler getirilmiştir.

Kabul edilmeyen yolcu, özellikle havayolu taşıyıcılığında, ülkeye giriş yapabilmek veya ülkeden transit geçebilmek için sınır kapılarına gelen ancak mevzuatta aranan koşulları taşımadığından ülkeye girişine ya da ülkeden transit geçişine izin verilmeyen kişiyi ifade eder. Dolayısıyla ülkede bulunan ve sınır dışı işlemlerine tabi tutulan yolcudan farklı bir hukuki statüdedir. Kabul edilmeyen yolcu (INAD passenger) sivil havacılık literatüründe kullanılmakta olan bir kavram olup, uygulamada da Türkiye'ye girişine izin verilmeyerek geri çevrilen yabancılar özellikle havaalanlarında kendileri için ayrılan alanda bekletilmektedir. Maddede yapılan değişiklik fiili durumu yansıtmakta olup, geri çevrilmesi düşünülen yabancıların hukuki statülerinde bir iyileştirme getirmemiş, geri çevirme işlemine karşı itiraz hakkı, avukata erişim hakkı, uluslararası koruma başvurusu gibi hususlar açıkta bırakılmıştır.

Vize veya ikamet süresi sona eren ve bu durumları yetkili makamlarca tespit edilmeden önce Türkiye dışına çıkmak için valiliklere başvuruda bulunup hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancılar için giriş yasağının bir seneyi geçmeyeceğine ilişkin hüküm değiştirilmiş ve söz konusu yabancılar hakkında idari para cezalarını ödemiş olmaları ve Bakanlıkça belirlenen ihlal sürelerini aşmamaları kaydıyla idarenin takdirinde olmak üzere giriş yasağı kararı alınmayabileceği belirtilmiştir. Bu olumlu bir düzenleme olarak görünmekle birlikte, giriş yasağının üst sınırı kalkmıştır. İdare değişiklikten önce de takdir hakkını, giriş yasağı kararı almama yönünde kullanabilirdi. Değişiklikten önce idarenin takdir hakkının sınırı bir seneydi; yapılan değişiklikle birlikte bu sınır kaldırılmıştır; bu da idarenin yetki sınırını belirsizleştirdiğinden insan hak ve hürriyetleri açısından olumsuz bir düzenleme olmuştur.

İnsani ikamet izni özellikle kanunda düzenlenen diğer ikamet izinlerine başvuramamakla birlikte, çocuğun yüksek yararı, sınır dışı kararı alınmış yabancıların ülkeden çıkışının mümkün olmaması vs. gibi YUKK m. 46'da belirtilen hallerde verilmesi söz konusudur. Maddede yer alan "Bakanlığın onayı ve en fazla birer yıllık

sürelerle" ifadesi kaldırılarak, Genel Müdürlüğe Bakanlığın belirlediği süre sınırları dahilinde onay verme yetkisi verilmiştir. Böylelikle doğası gereği ivedilikle karar verilmesi gereken insani ikamet izninin daha uzun süreli verilmesinin önü açılmış, bürokrasi azaltılmış ve daha hızlı karar verilmesi amaçlanmıştır.

Sınır dışı kararına karşı başvurunun, sınır dışı işleminin yürürlüğünü durdurmasındaki istisnalar kaldırılmıştır. Ancak gene de sınır dışı kararına karşı idare mahkemesine yapılacak başvurunun 15 günden 7 güne indirilmesi düzenlenen etkin başvuru hakkının ihlali niteliğindedir. Değişikliğin gerekçesinde, sınır dışı etme işleminin iptali için dava açılması halinde sınır dışı işleminin dava sonuçlanıncaya kadar kendiliğinden durması ile yabancıların adalete erişim haklarını etkili bir şekilde kullanmalarının sağlanmış olacağı; geri gönderme merkezlerinde sınır dışı edilene kadar geçirecek idari gözetim süresinin 7 güne indirilerek özgürlüklerinin daha fazla kısıtlanmasının önüne geçildiği ifade edilmiştir. Ancak Türkçe'ye vâkıf olmayan; vâkıf olsa bile hukuken kendisini savunamayacak, hukuk sistemine aşına olmayan bir yabancıyı; özellikle uluslararası koruma ihtiyacının varlığı halinde adalete erişiminin etkili bir şekilde sağlanması kanaatimizce pek mümkün görülmemektedir. Özellikle geri gönderme yasağı kapsamında olması muhtemel yabancıların 15 günlük dava açma süresini 7 güne indirerek sınır dışı etmekle, bu kişilerin özgürlüklerine (!) kavuştuğunu söyleyebilmek zordur.

İdari gözetim yerine alternatif idari tedbirlerin alınması hem kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakılmamaları hem de bu kişilerin idareye maddi yük oluşturmaması amaçlanmıştır. Elektronik izleme tedbirine idare tarafından hükmedilmesi; fakat tedbire itirazın sulh ceza hakimliğine yapılması, kanun koyucunun burada denetimli serbestliğin bir türü olan ve şüpheli, sanık ve hükümlüler açısından uygulanan cezai nitelikteki elektronik izleme tedbiriyle özdeşleştirmiştir. Bu durumda bir ceza hukuku kurumu olan ve ceza hukuku anlamında şüpheli, sanık ya da hükümlü olarak değerlendirilemeyecek bir yabancı hakkında, mahkeme ya da hakim kararı olmaksızın elektronik izleme kararı verilmesi; Anayasa m. 19'da da teminat altına alınan ve devletin, bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan özgürlük ve güvenlik hakkını zedeleyici niteliktedir. Elektronik izlemenin denetiminin nasıl yapılacağı da belirtilmemiştir. Elektronik izlemeye dair uygulama esasları belirlenirken, hakkında sınır dışı kararı verilen yabancıyı, ceza hukuku anlamında şüpheli, sanık ya da hükümlü olmadığı hususuna dikkat edilmelidir.

LITERATURVERZEICHNIS

- ASAR Aydoğan, *Yabancılar Hukuku*, 5. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- AYBAY Rona / DARDAĞAN KİBAR Esra, *Yabancılar Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.
- ÇELİKEL Aysel / ÖZTEKİN GELGEL Günseli, *Yabancılar Hukuku*, 25. Baskı, Beta Yayınevi, 2020.
- ÇİÇEKLİ Bülent, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- DOĞAN Vahit, *Türk Yabancılar Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- EGEMEN DEMİR Işıl, "YUKK Kapsamında Uluslararası Koruma Statüsü Sahiplerinin ve Sığınmacıların Ülkeden Uzaklaştırılması", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2015, S. 2, ss. 37-64.
- EKŞİ Nuray, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- PÜRSELİM ARNING Hatice Selin "Geçici Koruma Kapsamındaki Suriyeli Çocukların Eğitim Hakkı", *Uludağ Journal of Economy and Society / B.U.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt / Volume 37, Sayı / Issue 2, 2018 ss. 111-140.
- PÜRSELİM ARNING Hatice Selin, "Temel Kavramlar Işığında Mülteci Hukukunun Gelişimi", *Uluslararası İlişkilerde Göç, Olgular, Aktörler ve Politikalar*, Aslı Şirin Öner – Suna Gülfer İhlamur Öner, D&R Yayınları, 2018, ss. 217-227.
- PÜRSELİM Hatice Selin, "Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne Yönelik İki Tartışma: Sözleşme'nin Kapsadığı Kişiler ve Geri Gönderme İlkesinin Bağlayıcılığı", *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 501-545.
- ÖZKAN, Işıl, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2018.
- SAFİ, Sibel, *Mülteci Hukuku*, Legal Kitabevi, 2017.

Internetquellen

- <https://www.umhd.org.tr/2019/11/6458-sayili-yabancilar-ve-uluslararasi-koruma-kanununda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-taslagi-incelemesi/>
- <https://www.goc.gov.tr/goc-tarihi> - <https://en.goc.gov.tr/history-of-migration>
- <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2368.pdf>

İDARENİN SÖZLEŞME AKDETME ZORUNLULUĞU VE SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

VERPFLICHTUNG ZUM VERTRAGSABSCHLUSS UND HAFTUNG DER VERWALTUNG AUS CULPA IN CONTRAHENDO

Araş. Gör. Nida MALBELEĞİ* / Av. Merve Ayçe ÖZMERİÇ**

ÖZ

İdarenin kamu hizmetlerini yerine getirirken kullandığı araçlardan biri de "sözleşme" olup, söz konusu bu tasarruf biçimi günümüzde etkinliğini giderek artırmaktadır. İdare akdedeceği bir sözleşmede, sözleşmenin tarafını seçme konusunda özel hukuktaki serbestiye sahip olmayıp, sözleşme tarafını ihale yoluyla belirlemektedir. Ancak bazı durumlarda ihale aşaması tamamlanmasına rağmen, İdare sözleşmeyi çeşitli sebeplerle imzalamamakta ve sözleşme uygulamasına geçilememektedir. Bu çalışmada, ihaleyi kazanmak için çeşitli masraflar yapmış olan isteklinin, İdareyi sözleşme akdetmeye zorlayıp zorlayamayacağı, sözleşme akdedilmediği için İdarenin sözleşme öncesi sorumluluğunun ne yönde belirleneceği ve isteklinin hangi zararlarını talep edebileceği güncel içtihat çerçevesinde ele alınacaktır.

Anahtar kelimeler: İdarenin sorumluluğu, sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo), ihale sonrası sözleşme akdetme zorunluluğu, ihale isteklisinin zararları

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (malbelegi@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-1969-0246.

** İstanbul Barosu, (maozmeric@hotmail.com). ORCID: 0000-0003-4360-7104.

**THE OBLIGATION OF THE ADMINISTRATION TO
CONCLUDE A CONTRACT AND CULPA IN CONTRAHENDO LIA-
BILITY**

ABSTRACT

Being one of the legal instruments that are used for fulfilling the public services, contract is getting more and more effective in public sector. Contrary to private bodies; public bodies do not have the freedom to choose the contracting party and it can only be chosen after a public procurement process. However in some cases, despite the completion of the phase, contracting authority does not conclude the contract due to some reasons. In this study, the scope of the ability of the tenderer to legally bind the contracting authority to conclude a contract will be examined in the light of current case law. The application of the principle of the pre-contractual (culpa in contrahendo) liability will also be analysed.

Key Words: *Contractual Liability of the Administration, culpa in contrahendo, the obligation of concluding the contract in public procurement process, tenderer damages.*

GİRİŞ

Kamu hizmeti görmekle görevlendirilmiş İdarenin, “sözleşme” akdetme yoluyla görmeye karar verdiği ve sözleşme görüşmelerine başladığı süreci, söz konusu sözleşmeyi imzalayarak ve uygulamaya başlayarak tamamlamak zorunda olup olmadığı, idare tarafından sözleşmenin imzalanmaması halinde idarenin nasıl bir tazmin sorumluluğu olacağı öğretide tartışılan bir husus iken; mesele çalışmamız kapsamında değerlendireceğimiz Danıştay 8. Dairesi'nin 10.04.2017 tarihli 2016/11286 E. 2017/2653 K. sayılı içtihadı ile yeniden gündeme gelmiştir¹.

Bu bağlamda çalışmamızda ele alınacak temel husus kamu hizmeti gören İdarenin, ihale üzerinde kalan istekli ile sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı ve İdarenin, ihale kararı sonrası sözleşmeyi akdetmemesi halinde sözleşme öncesi sorumluluğu ile tazmin yükümlülüğünün nasıl değerlendirildiğidir. Çalışma, ihalenin iptali sonrasında, söz konusu iptal hükmünün, akdedilmiş olan sözleşmeye nasıl etki edeceğini ve doğan zararın nasıl tazmin edileceğini kapsamamaktadır².

I. Sözleşme Öncesi Sorumluluk Kavramı

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*“*cic*”) genel bir ifadeyle, sözleşme görüşmeleri aşamasında, taraflardan birinin diğerine veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralı (Türk Medeni Kanunu md. 2) gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin, ihlali sonucu meydana gelen, sorumluluk biçimi

¹ Danıştay 8. Dairesi'nin 2016/11286 E., 2017/2653 K. sayılı 10.04.2017 tarihli içtihadı: Danıştay Dergisi, Yıl:2017, Sayı: 145, s. 146-151. Bkz. http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/15_05_2018_114253.pdf, (Çevrimiçi, 21.08.2018). Yargıtay'ın kamu ihale sözleşmelerinde “*culpa in contrahendo*” sorumluluğunun önünü açtığına dair içtihadı için bkz. Yunus Akşin Pınar, *Kamu İhale Sözleşmeleri ve İhalenin Yargı Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbeti*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 136-137.

² Bu konuda detaylı bilgi için Bkz. Vedat Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Yetkin, Ankara, 2007, s. 91-115 ve s. 141-206; Pınar, s. 154-156.

olarak ifade edilebilir³. Zira sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana gelir ve bu ilişki koruma yükümlerini de içerir⁴. Bundan dolayı sözleşme görüşmelerinde taraflardan her biri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun himayesinde bulunan kişilerin şahıs ve mal varlıklarına zarar vermeyi engellemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek ve koruma yükümlerine uymak zorundadır. Çünkü koruma yükümleri, ifa menfaati dışında kalan diğer şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar ver-

³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2015, s. 1128. İhan Ulusan, "Culpa in Contrahendo Üstüne", *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay Anısına Armağan*, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1982, s. 287.

⁴ "...Oysa sav savunma, toplanan delil ve belgelerin ışığında bir değerlendirme yapıldığında olaya "akıt görüşmelerinden doğan sorumluluk" (culpa in contrahendo) kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Gerçekte de; akıt bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akıt kurulmadan önce taraflar; aktin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akıt benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. md. 2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında, görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar (Bk. Prof. Dr. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: III, Ankara-1990, Sh. 306 vd.). Yanlar arasında sözleşmenin kurulması sırasında belirlenen maddi olgular açıklanan hukuk kuralları ışığında değerlendirildiğinde davacı Yüksel'in öğretmen olduğunu, o nedenle ticaretle iştiğal edemeyeceğini davalıya bildirmemekle dürüstlük kuralına uygun davranmadığının kabulü kaçınılmaz olmaktadır. O nedenle, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla vücut bulan güven ilişkisini anılan davacı ihlal ettiğinden, bundan doğan zarardan da sorumlu olduğunun kabulünde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır..." Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1995/9375 K. 1995/9860, T. 13.11.1995 kararı için bkz. www.kazanci.com, (Çevrimiçi, 5.09.2018)

memeyi ihtiva eder. Sözleşme öncesi koruma yükümlerinin ihlali de, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet verir⁵. “Akit yapılrken muhataba doğru söylememek, halin özelliklerinden doğan uyarıları yapmamak”, muhatabın aldanmasına esas olabilecek ihmallerde bulunmamak, karşılıklı olarak birbirinin kişi varlığını ve malvarlığını zarardan uzak tutacak şekilde davranmak.. bütün bunlar sözü edilen görevin muhtevasına girerler”⁶.

Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu düzenleyen genel bir kural mevcut değildir. Buna karşılık, TBK ve Türk Medeni Kanunu’ndaki (TMK) bazı maddelerde ve uygulamada emsal teşkil eden bazı olaylarda bu tür sorumluluğa ilişkin münferit hükümler ve uygulama hallerini görmek mümkündür⁷. Kendi kusuruyla hataya düşen tarafın sözleşmeyi iptal etmesinden dolayı karşı tarafın uğradığı zararı tazmin sorumluluğuna ilişkin TBK md. 35 veya yetkisiz temsilcinin işlemin onanmaması halinde zararı tazmin sorumluluğuna ilişkin TBK md. 47 hükümleri bu hallere örnek olarak gösterilebilir.

Sözleşme kuruluşunun gerçekleşmediği durumlarda cic sorumluluğu, kesinlikle ya da en azından bir sözleşme kuruluşu olacağına ve haval kırıklığına ilişkin güveni korumaktadır⁸.

Cic sorumluluğunun doğabilmesi için beş unsurun gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Buna göre zarar gören ve zarar verenin bir sözleşme için görüşme yapması, zarar verenin bu görüşmelerde sözleşme öncesi yükümlülüğünü ihlal etmesi, görüşme tarafının zarara uğraması, zarar ile

⁵ Ayfer Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo - Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur- ve Olumsuz Zarar*, Yasa Yayınları, İstanbul, Haziran 1988, s. 103 vd.; Eren, s. 1086, 1091.

⁶ Selehattin Sulhi Tekinay, *Borçlar Hukuku*, Filiz, İstanbul, 1985, s. 1306.

⁷ Eren, s. 1133. Aynı yönde bkz. Necip Kocayusufoşaçoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 8.

⁸ Alfred Koller, *Schweizersches Obligationenrecht Allgemeiner Teil-Grundlagen des Obligationenrechts Entstehung der Obligationen-Band I*, Stämpfli Verlag AG, Bern, SS 28 n. 29’ dan naklen, Ümit Gezder, *Türk/İsviçre Hukukundan Culpa In Contrahendo Sorumluluğu*, Beta, İstanbul, 2009, s. 136.

yükümlülük ihlali arasında uygun illiyet bağı olması ve zarar verenin kusurlu olması gerekmektedir⁹.

Cic'nin ve yaratılan güvenden ötürü sorumluluğun yaptırımını, uygulamada çoğunlukla kabul edildiği gibi sözleşmeye aykırılık tazminatı olmakla beraber, bu aşamada sözleşmeye aykırılık hükümlerinin haksız fiil hükümleri yerine uygulanmasının ispat yükü, zamanaşımı süresi ve yardımcı kişilerin dolaylı sorumluluğunda kurtuluş beyyinesi getirmesi imkânı bakımından genellikle davacının menfaatine olarak değerlendirilmektedir¹⁰.

Özel hukukta kabul edilen sözleşme öncesi sorumluluğa ilişkin bu genel açıklamalardan sonra, somut olayda olduğu gibi uygulamadan kaynaklanan uyuşmazlıklar dikkate alınarak İdarenin akdedeceği sözleşmeler bakımından sözleşme öncesi sorumluluğunun değerlendirilmesi gerekecektir. Bu kapsamda henüz sözleşmenin imzalanmadığı, tarafların yer aldığı gri alanda gerek isteklinin gerekse İdarenin ihale mevzuatına ve güven ilişkisine uygun davranmakla yükümlü olduğu ve bu yükümlülüklerle aykırılıkların tazmin sorumluluğuna sebep olacağından kuşku duyulmamalıdır¹¹. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde bu hususa ilişkin detaylı ve somut olayı irdeleyen açıklamalara ayrıca yer verilecektir.

⁹ Claire Hugenin, *Obligationrecht-Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 2006, N. 956; Stephan, Hartmann, *Die Vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung-Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht*, Universitätsverlag, Freiburg Schweiz, 2001, N. 258'den naklen Gezder, s. 113.

¹⁰ Rona Serozan, *İfa İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 261; Tekinay, s. 1314 vd. Cic halinde mülga BK m. 41 değil de BK m. 96 vd. hükümlerin uygulanacağına ilişkin bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 9. *Kocayusufpaşaoğlu* (mülga Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü döneminde) kast veya ağır ihmal hallerinde hakkaniyet gerektiriyorsa BK m. 26/2 ve 39/2 hükümlerinin kıyasen uygulanması ile olumlu zararın da talep edilebileceğini ifade etmiştir.

¹¹ "...Her ne kadar mahkemece, davalı şirketin *Gedavet Konutları* projesinin davalı *Meram Belediyesi* desteği ile yapıldığını kamuoyuna duyurduğu, davalı *Belediyenin* buna ses çıkarmadığı gibi projeyi tamamen benimseyerek ve sahiplenerek *Belediyenin* tüm imkanlarını seferber ettiği, projeyi *Belediyeye* ait bilboardlarda, çöp kamyonla-

rında, Belediyenin her türlü yayın organlarında halka duyurduğu, projenin kısa sürede tamamlanacağı sözünü verdiği, tüm katalog ve broşürlerde Belediyenin isim ve logosunun kullanıldığı, bunun da ötesinde davalı Belediyenin bir kısım alıcılara kat irtifakını doğrudan devrederek tapunun da devredileceği yönünde davacı alıcıda haklı bir güven oluşturduğu gerekçesi ile davacı alıcı ile davalı yüklenici şirket arasında yapılan satış sözleşmesinden doğan davacı zararından güven sorumluluğu gereğince davalı Belediyenin de sorumlu olduğuna karar verilmiş ise de; sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereğince sözleşmeler ancak taraflarını bağlar. Davalı Belediye, davalı yüklenici şirket ile davacı alıcı arasında imzalanan konut satış sözleşmesinde taraf değildir. Satış sözleşmesinin tarafı olmayan davalı Belediyenin, davalı yüklenici şirketin kusurundan dolayı davacı alıcının doğan zararından sorumluluğu söz konusu olamaz. Bu yöndeki zararın tazmini talebinde davalı Belediyeye husumet düşmez. O halde mahkemece, davalı Belediye Başkanlığı yönünden açılan davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken az yukarıda yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir....MUHALEFET ŞERHİ ... Tüm bu açıklamalardan sonra somut olaya dönülecek olursa; Mahkemenin kararında da vurgulandığı üzere, davacı belediyenin güvencesi altında yapıldığı izlenimi vererek ve alıcılarda bu algıyı uyandıracak şekilde ve bu doğrultuda ilan, reklam, kampanya, broşür gibi enstrümanların kullanıldığı, böylelikle tüketicilerin kamunun (Belediyenin) güvencesi altında bir konut edinme iradesine etki ettiği, davalı belediyenin 2007 tarihinde başlayan ve yoğun bir şekilde Belediyenin güvencesi altında olduğu izlenimini uyandıran reklam, ilan, broşürler nedeniyle B.. 'a gerekli ihtar, sözleşmelerin kurulmasından çok sonra 29.6.2009 ve 11.11.2011 tarihli ihtarlarla bildirdiği, ilk ihtarın son ödeme tarihinden birkaç ay öncesi, 2. ihtarın ise, ödemeler tamamlandıktan sonra çekildiği, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa sahibi olan Belediyenin akdi sorumluluğu söz konusu değilse de, az yukarıda açıklanan nedenlerle, gerek özel yasa olan 4077 Sayılı Yasa'nın ilgili hükümleri, gerekse BK.nun sorumluluğa ilişkin hükümleri nazara alındığında sözü edilen proje nedeniyle Belediyenin de projeye güvence verdiğinin, bu haliyle davacının ifa edilmeyen sözleşme uyarınca zarar kalemlerini isteyebileceği, mahkemenin bu yöndeki değerlendirmesinin doğru olduğunu, düşündüğümüzden, kararın husumet yönünden bozulmasına ilişkin sayın çoğunluğu kararına katılmıyoruz." Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin E. 2013/28143, K. 2014/8998, T. 27.3.2014 tarihli bu kararında Belediyenin sözleşme tarafı olmaması sebebiyle hasım olamayacağı belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin tarafı olması halinde hasımın da cic sorumlusu olabileceği anlaşılmaktadır. Çalışmamıza konu uyuşmazlıkta ise Kars Belediyesi imtiyaz sözleşmesinin bizzat tarafıdır.

II. Sözleşme Serbestisi ve İdarenin Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Borçlar Hukuku'nda hâkim olan prensip irade serbestisi olmakla beraber, bu serbesti akitlerde akit serbestisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Akit serbestisi, kural olarak, kişilerin dilediği kişi ile dilediği şartlarda sözleşme yapmasını ifade etmektedir. İrade serbestisinin bir yansıması olan akit serbestisi genel kural olmakla beraber, bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır. Akit serbestisinin istisnası, akit yapma zorunluluğu anlamına gelmektedir.

Kural olarak bir kişi dilediği gibi akit yapmakta serbest olup, bu serbesti akit yapıp yapmama ve akdin tarafını seçme serbestisi olarak ikiye ayrılabilir. Keza kişi istemediği bir akdi yapmaya mecbur değildir¹². Bu halde ancak istisnai haller için sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilebilir.

Doktrinde, sözleşmenin kurulması bağlamında tarafların irade beyanlarının hukuki nitelendirilmesi yapıldığında; idarenin ihale açması icaba davet, isteklilerin teklif sunması icap, İdare tarafından ihalenin bu tekliflerden en uygun olanına verilmesi ise kabul olarak nitelendirilmektedir¹³.

Bu aşamada, açılan ihalenin kesinleşmesi üzerine idarenin ihaleyi kazanan kişi ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunup bulunmadığı Devlet İhale Kanunu (DİK) ve Kamu İhale Kanunu (KİK) uygulaması bakımından tartışılmalıdır. İhale kararının verilmesinin en önemli sonucu idare ile taraflar arasında sözleşme yapma borcunun doğmasıdır. İhale hukukunda kesinleşen ihale kararı neticesinde beklenen ve devam eden süreç kuşkusuz idare ile istekli arasında sözleşme imzalanmasıdır. Bu aşamada ihale mevzuatında yer alan bazı hükümler, Oğuzman/Öz tarafından istekli ile idarenin sözleşme yapma zorunluluğu olarak yorumlanmıştır:

“Kamu hukuku kurallarına göre sözleşme yapma zorunluluğu doğuran özel iki durum, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca yapılan ihalelerin kesinleşmesi üzerine,

¹² M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 24.*

¹³ Abdullah Uz, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*, Turhan, Ankara, 2010, s. 11.

ihaleyi kazanan gerçek veya tüzel kişi ile idarenin sözleşme yapma zorunluluğudur. Bu kanunlar kapsamına giren işler bakımından kesinleşen ihalelerde, gene bu kanunlarda gösterilen şartlara uygun olmak kaydıyla, idarenin ve ihaleyi alanın birbirine karşı belirlenen içerikte sözleşmeyi yapma yükümleri doğmuş olur. Kamu İhale Kanununa göre yapılacak sözleşmelerin tabi olacağı hükümler 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunuyla ayrıca düzenlenmiştir. İdarenin sözleşme yapma yükümlülüğünü ihlal etmesi üzerine DİK m.60 uyarınca, diğer taraf ihale için yapmış olduğu tüm masraflarını tazmin ettirebilecek, fakat olumlu zararın tazminini isteyemeyecektir. KİK m.57 hükmüne göre mahkeme müracaatta da aynı sonuca varılacaktır.”¹⁴

Doktrinde *Buz* tarafından, *Oğuzman/Öz*'ün bu görüşü kabul edilmekte, DİK md. 60 ve KİK md. 45 madde hükümlerinden İdarenin sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğu sonucunun çıkarılamayacağı, bu maddeler ile isteklilere sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir talep hakkı sağlamadığı; ancak bu halde isteklilerin değişik kapsamlarda menfi zararlarının tazminini talep hakkı sağladığı ileri sürülmüştür. *Buz*, bu kapsamda ihale sürecinin başlamasını özel hukuktaki sözleşme görüşmelerine benzetmiş; ancak sözleşmenin kurulacağı yönünde diğer tarafta haklı bir güven oluşturan tarafın, karşı tarafın uğradığı menfi zararları cicesasına göre tazminle yükümlü olacağını belirtmiştir. Yazar bu görüşünü, kamu ihale literatüründeki ihaleyi açan kurumun sözleşmeyi yapma zorunluluğu bulunmadığı yönündeki hâkim görüşe ve Kamu İhale Kanunu'ndaki İdareye ihalenin iptali yönünde hak tanıyan hükümlere dayandırmaktadır. Yazar, isteklinin müspet zararını isteyebileceğinin kabul edilmesinin, dolaylı olarak İdarenin sözleşme yapma zorunluluğunun kabulü anlamına geleceğini de belirtmektedir¹⁵. *Buz*, ayrıca ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşmenin kurulmasına engel olmasının mümkün olduğunu, isteklinin sözleşme davetine icabet etmemesi halinde sözleşmenin kurulmasının söz konusu olmayacağını, bu halde isteklinin geçici teminatının irat kaydedileceğine dikkat çekmiştir (KİK md. 44, DİK md. 57). *Buz*, ihale sürecinin tamamlanması ile beraber sözleşmenin kurulmadığı savını, isteklinin sözleşmeyi imzalamaması halinde en avantajlı

¹⁴ Oğuzman/Öz, s.190.

¹⁵ *Buz*, s. 136, 137, 138.

ikinci teklif sahibinin sözleşmeyi imzalamak için davet edilmesine de dayandırmaktadır¹⁶.

Özay, İdarenin özel hukuk hükümlerine göre yapmış olduğu bir sözleşme söz konusu olsa da, bu sözleşmenin gerçekleşmesi anına kadar geçen hazırlık aşamalarında yapılan işlemlerin idari nitelikte olduğunu, bu işlemlerin İdare Hukuku ilke ve kurallarına uygun olması gerektiğini ve bu muamele sırasında yapılan herhangi bir hukuka aykırılığın başlı başına bir sonuç doğurması halinde ayrılabilir işlem kuramı uyarınca idari yargı yerleri önünde görülecek türden bir davaya konu olabileceğini ifade etmiştir¹⁷.

Onar, ihale safhasına kadar henüz sözleşmenin oluşmadığı ve akdi durumun söz konusu olmadığını ileri sürmektedir. Yazar Fransa'da ihale kararının tasdikinin, akdin başlangıcı sayıldığını belirtmiştir. Bizim hukuk sistemimizde ise akdin yazılı şekil alması ile tarafların sözleşmeden kaynaklanan vecibelerinin doğmuş olacağı belirtilmektedir. Bu aşamada yazar, ihalenin tekemmülünün, taraflara akde vücut vermek ve akdi oluşturmak bağlamında borç doğurduğunu ileri sürmektedir. Bu durumda söz konusu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde isteklinin geçici teminatı irat kaydedilebilirken, idare geçici teminatı iade ile yüklenicinin zararını karşılamakla yükümlü olacaktır. Bu kapsamda *Onar* idarenin akdin tarafını seçmesinin serbest ve ihtiyari bir yükümlülük olmadığını belirtmektedir. Yazar ayrıca bu safhaya kadar yapılan işlemler idari karar ve idari eylem niteliğinde olduğundan, bu işlemler aleyhine idari davaların açılacağı de belirtilmiştir. İlgililerin bu halde ihale kararının iptalini talep edebilecekleri ve tazminat talebinde bulunabilecekleri ifade edilmektedir¹⁸.

Kutlu ise, Türk İdare Hukuku öğretisinde ihale kararının verilmesi de dahil, bu işlemlerinin tümünün sözleşmeden ayrılabilir işlem kuramına dayalı olarak ayrı işlem olarak kabul edildiği kanaatindedir. Yazar ihalenin tamamlanması ile idare ile istekli arasında sözleşme ilişkisi kurulduğunu;

¹⁶ Buz, s. 213, 214.

¹⁷ İlhan Özay, *Günüşiğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 508-509. Aynı yönde bkz. Murat Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 802.

¹⁸ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukun Umumi Esasları 3. Cilt*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, s. 1622-1623.

fakat bu ilişkinin sonuç doğurması için sözleşme bakımından gerekli şekil şartının sağlanması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, bu kapsamda icap ve kabulün gerçekleşmesine rağmen Borçlar Hukuku'ndan farklı olarak bu icap ve kabulün sözleşmeye bağlanması gerekmektedir¹⁹.

Özel hukuk bakımından sözleşme serbestisi söz konusu olmakla beraber, İdare Hukuku bakımından bu serbestinin ihale mevzuatı ile sınırlandırıldığı ortadadır. Örnek olarak idarenin Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen ve açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü dışında bir usul izleyerek istekli olmayan ve gerekli nitelikleri taşımayan bir istekli ile sözleşme akdetmesi olanaklı değildir. İdare, ihale kararı ile başlayan ve sözleşme ile sona eren bu süreçte ihale prosedürüne tam anlamıyla uymakla mükelleftir. Yukarıda idarenin ihale sonucunda istekli ile sözleşme akdetme zorunluluğu olup olmadığı hususunda doktrindeki farklı görüşlere yer verilmiştir.

Bu kapsamda şekil kuralları ve ihale mevzuatı dikkate alındığında, daha evvel de belirttiğimiz gibi idarenin ihale kararı neticesinde olağan olan ve beklenen, idarenin sözleşme akdetmesidir. İstekli bakımından bu yükümlülüğe aykırılık halinde geçici teminatın irat olarak kaydedileceği düzenlenmiştir. İdare de bu aykırılık halinde isteklinin ihale için yaptığı masraflarını ödemekle yükümlü olacaktır. (KİK md. 44; DİK md. 60) Bu aşamada genel kabulün idarenin istekli ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ve fakat idarenin sözleşme akdetme yükümlülüğüne aykırılığı halinde isteklinin ihaleye girmek için yapmış olduğu masrafları ödemesi gerektiği yönünde olduğu söylenebilir²⁰.

İdarenin sözleşme serbestisi bakımından ayrıca şu hususu da belirtmekte fayda vardır: Kamu İhale Kanunu md. 39'da idarenin verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu düzenlenmişse de, Danıştay'ın birçok kararına yansıdığı üzere, idarenin bu yetkisi mutlak ve sınırsız değildir; kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır. Keza idare, vermiş olduğu bir ihale kararı neticesinde sözleşme akdetme

¹⁹ Meltem Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1997, s. 101-102.

²⁰ Aynı yönde bkz. Pınar, s. 80-81.

iradesinden vazgeçmiş ise, bu iradesi de esas aldığı kamu yararına ve hizmet gereklerine dayanmalıdır. Bu aşamada idare gerekçesiz veya kamu hizmeti temininde esas alması gereken ilkeleri göz ardı ederek veya asılsız, hukuki dayanaktan yoksun şekilde sözleşme akdetme yönündeki iradesinden sapmamalıdır. Zira idarenin ihaleye ilişkin temel kural ve ilkelere uyaçağına güvenen istekli, söz konusu ihalenin kendisi üzerinde bırakılması için malvarlığına ilişkin tüm durumu buna göre ayarlamıştır²¹.

III. İdarenin Sorumluluk Tipleri

A. Kusur Sorumluluğu

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, İdarenin hem özel hukuk hem de kamu hukuku kaynaklı sorumluluk hallerinin doğabileceğidir. Bu başlık altında ele alacağımız kısım idarenin kamu hukuku, daha ziyade İdare Hukuku sorumluluğunun nedenleridir.

İdare Hukuku bakımından İdarenin sorumluluğu, özel hukuktaki sorumluluk hallerine benzemekte; ancak İdare Hukuku'nun da özellikleri dikkate alınarak içtihatlarla farklı ilkeler geliştirilmiştir.

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu için "hizmet kusuru" kavramı kullanılmaktadır. Hizmet kusuru kavramının tanımı yasal düzenlemelere konu olmamış, genelde Danıştay içtihatları çerçevesinde geliştirilmiştir. Bu bağlamda hizmet kusuru Danıştay kararlarında "İdarenin yürütmekte olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi halleri" olarak tanımlanmıştır²². Kı-

²¹ İsteklinin malvarlığı durumunu buna göre ayarlayacağı ve isteklinin tazminat hakkını doğuran ilişkinin aslında ilan ile başladığı görüşü için bkz. Hans Peter Kulartz/Alexander Kus/Norbert Portz, *Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, Werner Verlag, Köln, 2010, s. 1007'den aktaran Dilşat Yılmaz, *Kamu İhale Hukukunda Şartnameler*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2014, s. 246.

²² Örnek olması adına ilgili kararları için bkz. Danıştay 15. Daire E. 2015/3047 K. 2018/2893 T. 27.3.2018; Danıştay 15. Daire E. 2013/12447 K. 2018/2783 T. 20.3.2018; Danıştay 15. Daire E. 2017/722 K. 2018/1324 T. 8.2.2018; Danıştay 13. Daire E. 2014/4570 K. 2017/2654 T. 24.10.2017; Danıştay 10. Daire E. 2016/741 K. 2016/3393 T. 16.6.2016. www.kazanci.com, (Çevrimiçi, 28.08.2018).

saca hizmet kusuru, hizmetin kuruluşunda ya da işleyişindeki aksaklık olarak tanımlanabilir. Buradaki “hizmet” kavramı ile anlatılmak istenen sadece İdarenin görmekle yükümlü olduğu “kamu hizmeti” faaliyeti değildir. İdarenin her tür idari faaliyetinin kuruluşu ya da işleyişindeki aksaklık veya bozukluk, hizmet kusuru olarak değerlendirilebilecektir.

Her ne kadar idarenin sorumluluğuna sebep olan kamu görevlilerinin kusurlu tutum ve davranışları da olsa, hizmet kusuru dolaylı bir sorumluluk hali değildir. Diğer bir deyişle, özel hukuktaki adam çalıştırmanın sorumluluğunda (TBK m. 66) olduğu gibi dolaylı bir sorumluluk hali söz konusu olmayıp, hizmet kusuru doğrudan idarenin sorumluluğudur.

Somut olayda hizmet kusurunun varlığı için belli şartların varlığı gerekmektedir. Şöyle ki; hizmetin kötü veya geç işlemesi ya da hiç işlememesi hallerinden birinin mevcut olması gerekmektedir. Ayrıca hukuka bağlı idarenin mevzuata uygun karar vermesi gerekmektedir. Hizmet kusurunun varlığı için idarenin kural olarak hukuka aykırı bir işlemi ya da eylemi (ve eylemsizliği) bulunmalı ve bu hukuka aykırılığın ortaya çıkmasında idarenin kusuru bulunmalıdır. Bunlara ilaveten, ortaya çıkan zarar ile idarenin kusurlu fiili arasında illiyet bağının da bulunması gerekmektedir.

B. Kusursuz Sorumluluk

Özel hukuktaki gibi İdare Hukuku’nda da asli sorumluluk tipi kusur sorumluluğudur. Ancak İdare Hukuku’nda da özel hukukta olduğu gibi yardımcı ve farklı bir sorumluluk nedeni olarak kusursuz sorumluluk esaslarına da yer verilmiştir.

Özel hukukta kusursuz sorumluluk hallerinin gündeme gelebilmesi için o hususta açık bir düzenlemenin olması gerekmektedir. Bu düzenlemeler sınırlı sayıda olduklarından özel hukukta kusursuz sorumluluk halleri ile az sayıda karşılaşılmaktadır. Oysa İdare Hukuku’nda özellikle de 1961 Anayasası’nın yürürlüğü sonrasında kusursuz sorumluluğun uygulama alanı genişlemiştir.

Danıştay içtihatlarıyla gelişen kusursuz sorumluluk ilkeleri genelde “Tehlike (risk/hasar) İlkesi”, “Kamu külfetleri karşısında eşitlik (Fedakârlığın Denkleştirilmesi/Hakkaniyet/ Nesafet) İlkesi” ve “Sosyal Risk

İlkesi" başlıkları altında incelenmektedir. Bu sorumluluk ilkelerinin geçerli olabilmesi için kusur sorumluluğundaki zarardan farklı olarak, bu radaki zararın özel (belirli bir kişi veya kişilere özgü) ve olağandışı olması gerekmektedir.

IV. İdarenin Sözleşme Öncesi Sorumluluğuna İlişkin Danıştay İçtihadının Değerlendirilmesi

Aşağıda inceleyeceğimiz içtihat, çalışma konumuz bakımından oldukça önemlidir. Zira yayımlanmış kararlar çerçevesinde yapmış olduğumuz araştırmada, akdedilmemiş bir sözleşme nedeniyle idarenin sözleşme öncesi sorumluluğunu ele alıp, güven esasına dayalı tazminat hükmü kuran başka bir karara tarafımızca rastlanmamıştır. Bu nedenle söz konusu karar, kanaatimizce, yargı makamlarının bundan sonra verecekleri kararlara ve idare uygulamasına emsal teşkil edecek niteliktedir.

A. Hukuki Uyuşmazlık

Söz konusu uyuşmazlıkta, Kars Belediyesi'nin içme suyu şebeke inşaatı, mevcut depoların onarımının yapılması ve kanalizasyon şebeke inşaatı ihtiyacı sebebiyle, yetkili belediye meclisi, içme suyu teminine yönelik inşaat işleri ve bağlı hizmetler için 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin (e) fıkrası uyarınca 49 yıllığına imtiyaz verilmek üzere, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 51. maddesinin (i) bendi gereğince ihale yapılmasına ve imtiyaz devrine karar vermiştir. Bahse konu Danıştay içtihadı incelendiğinde; yapılan ihale sonucunda ihalenin istekli şirket üzerinde kaldığı, bu işlem akabinde Belediye tarafından imtiyaz sözleşmesi taslağının İçişleri Bakanlığı'na gönderildiği, Bakanlık tarafından imtiyaz sözleşmesi tasarisına ilişkin bazı düzeltme taleplerinin olduğu ve bunların giderilmesi halinde talebin işleme alınacağı belirtilmiş görülmektedir. Bu süreçte sözleşmenin imzalanması için bekleyen istekli firmanın İdareye sözleşmenin akıbetini sormasını müteakip, İdare tarafından imtiyaz devrinin -istekli firmadan kaynaklanmayan sebeplerle- iptaline karar verilerek bahse konu hizmetin AB Fonundan karşılanarak görülmesine karar verildiği anlaşılmaktadır²³. Bunun üzerine istekli şirket tarafından

²³ Kars Belediyesi Meclisi tarafından 13.01.2012 tarihli üst yazı uyarınca, söz ko-

İdare aleyhine, idari işlemden kaynaklanan maddi ve manevi zararlarının tazmini amacıyla tam yargı davasının açıldığı görülmektedir. Söz konusu davada davacı şirket imtiyaz devrinin yapılmasına karar verilmesine ilişkin meclis kararının ve anılan imtiyaz devrinin iptaline karar verilmesi sonucu, sözleşmesinin imzalanmaması nedeniyle seyahat, konaklama ile tercüme ve teknik gereklilik masrafı, geçici teminat mektubuna ödenen komisyon bedeli, danışmanlık ücreti masrafı olmak üzere zararlarına karşılık olarak, 472.684,85 TL maddi tazminat ile 10.000,00 TL manevi tazminatın ödenmesini talep etmiştir.

İdare Mahkemesi tarafından yapılan birinci derece yargılamasında öncelikle imtiyaz sözleşme ve şartnamelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olduğu düşüncesiyle görevsizlik kararı verilmişse de olayda imtiyaz sözleşmesinin henüz imzalanmamış olması sebebiyle Danıştay, İdare Mahkemesi'nin görevli olduğuna karar vermiş ve dosya İdare Mahkemesi'ne gönderilmiştir. Yapılan yargılama neticesinde İdare Mahkemesi bu kez de:

- İstekli şirketin zararların ortaya çıkmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı,
- İşin %75'inin AB Fonundan karşılanmak istemesinin idare bakımından haklı bir gerekçe olduğu,
- İhalenin iptali durumunda geçici teminatın iadesi dışında ilgiliye başka bir ödeme yapılmasının mümkün olmadığı idari şartnamede açık olduğu ve davacının söz konusu durumu bilerek ihaleye katıldığı gerekçeleriyle davanın reddine karar vermiştir. Bunun üzerine davacı ta-

nusu imtiyaz devrinin 04.01.2012 tarihli meclis kararı ile iptal edildiğini davacı şirkete bildirmiştir. Davalı İdare cevabi yazısında, imtiyaz devrinin iptalini şu şekilde gerekçelendirmiştir: *"Belediye Meclis kararı ile ihale edilen işle ilgili tarafınızla her ne kadar mutabakata varılmış olsa da işin sözleşmeye bağlanmaması; içme suyu şebeke inşaatı, mevcut depoların onarımının yapılması, kanalizasyon şebeke inşaatı, içme suyu isale hattının yapımının tamamlanması, atık su arıtma tesisi, yaklaşık 17 km yağmursuyu kanalı ve kanalizasyon şebeke inşaatı işlerinin projelendirilerek proje bedelinin (yaklaşık %75) AB fonundan sağlanması için gerekli çalışmalar yapılmış olması..."*

rafından İdare Mahkemesi kararına karşı yapılan temyiz başvurusu neticesinde Danıştay 8. Dairesi çalışmamızın inceleme konusunu teşkil eden kararı ile isteklinin maddi tazminat talebinin reddine ilişkin yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

B. Danıştay 8. Dairesi'nin 2016/11286 E. 2017/2653 K. Numaralı İçtihadı

Danıştay 8. Dairesi öncelikle davacının manevi tazminata ilişkin temyiz sebeplerini kabul etmemiş ve İdare Mahkemesi'nin manevi tazminat bakımından vermiş olduğu kararı onamıştır. Ancak Danıştay, davacının maddi tazminat talebi hakkında öncelikle Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasına, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin ilgili fıkralarına değindikten sonra, şu gerekçelerle bozma kararı vermiştir:

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "İdarenin görev ve sorumluluğu" başlıklı 60. maddesinde, "İdare 57 nci maddede yazılı süre içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmak ve taşınmaz malların satımında, ferağa ait işlemleri tamamlamak, şartnamede belirtilen sınır ve evsafa göre satılan malları müşteriye teslim etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, müteahhit veya müşteri, sürenin bitmesinden itibaren en çok 15 gün içinde, 10 gün müddetli bir noter ihbarnamesi ile bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir. Bu takdirde teminat geri verilir. Müteahhit veya müşteri, ihaleye girmek ve teminat vermek için yaptığı masrafları istemeye hak kazanır. Tebliğatin 32 nci maddedeki sürede yapılmamasından dolayı idarenin zararına sebep olanlar hakkında kanuni işlem yapılır." hükmünün yer aldığı,

- 5393 sayılı Kanun'da (md. 15) belirtilen hizmetlerin imtiyaz yoluyla devri için Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı'nın kararının gerekli olduğunu, davalı belediye başkanlığınca yapılan işlemlerin *devir sözleşmesi öncesinde yapılan akit öncesi iş kapsamında olduğunu* ve bu süreçte taraflar arasında kurulan hukuki ilişkinin akit benzeri bir güven ilişkisi olması bakımından dürüstlük kuralı gereğince davalı belediyenin imtiyaz devri için yapılan işlemler hakkında ihaleyi kazanan davacı şirketi *bilgilendirmesinin* gerektiğini belirterek, ihaleyi kazanan şirket nezdinde uyandırılan *güvene aykırı işlemlerden doğan zararın* belediyece tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Danıştay söz konusu kararında davacının hangi masraflarının karşılanması gerektiğine de değinmiştir. 8. Daire proje bedelinin yaklaşık %75'inin AB fonundan sağlanması için çalışmalar yapılmasını İdare yönünden haklı ve kabul edilebilir bulsa da imtiyaz devrinin iptal edilmesinde ihaleyi kazanan davacı şirketin kusurunun bulunmadığından sebeple, ihaleye girmek ve teminat vermek için ve gerekli izinlerin alınması sürecinde ihaleyi imzalamaya hazır halde bulunmak için yapıldığı ispatlanacak zorunlu giderlerinin tazminine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Danıştay, ayrıca davacı tarafından talep edilen danışmanlık ücretinin ticari hayatın gereklerine uygunluğunun da araştırılması gerektiğini belirtmiştir²⁴.

C. Değerlendirme

Kamu hizmetinin ilgili mevzuatta hangi süre içerisinde görüleceği açıkça düzenlenmiş olabilir²⁵. Bu durumda bu sürenin aşılması, kural olarak hizmetin geç işlediğini gösterebilir²⁶. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, mevzuat düzenlemesinin o konuda bağlı yetkiyi mi yoksa

²⁴ Kararın karşı oyu şöyledir: "Kars Belediye Meclisi nin 02.04.2007 tarih ve 43 sayılı kararı ile içme suyu imtiyaz yoluyla 49 yıllığına devredilmesine ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca İhale yapılmasına karar verildiği, bu karardan beş yıl sonra, imtiyaz sözleşmesinin imzalanması için gereken kararı ile Danıştay görüşünün alınması aşaması tamamlanmadan bu kez belediye meclisinin 04.01.2012 tarih ve 3 sayılı kararı ile imtiyaz devri yapılmasına ilişkin meclis kararının iptaline karar verildiği, olayda hizmetin geç işlemesinden kaynaklı idarenin kusurlu olduğunun kabulünün gerektiği, içme suyu şebekesinin imtiyaz yoluyla devrine ilişkin meclis karardan itibaren idarelerce imtiyaz sözleşmesinin imzaya hazır hale getirilmesi için gereken bakanlık kararı ile Danıştay görüşünün alınması aşamasının yaklaşık bir yıllık makul sürede tamamlanabileceği görüldüğünden davacı şirkete ancak bu bir yıllık süreden sonra ihale kapsamında yaptığı zorunlu masraflarının ödenmesine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz."

²⁵ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun İdarenin Görev ve Sorumluluğu başlıklı 60. maddesi "İdare 57'nci maddede yazılı süre (15 gün) içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmak ve ...ile yükümlüdür." hükmünü içermektedir.

²⁶ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj, Ankara, 2013, s. 371.

takdir yetkisini mi düzenlediğidir. Bağlı yetkinin düzenlendiği bir durumda idarenin hareketsiz kalması elbette hizmet kusurunu gündeme getirecektir²⁷. Ancak genelde hizmetin geç ya da yavaş işlemesiyle ilgili mevzuatta ya da uygulamada belli süreler öngörölmüş değildir. Nitekim bunu her uyuşmazlık tipi için tek tip belirlemek mümkün ve makul değildir. Her somut olay çerçevesinde makul sürenin ne kadar olması gerektiğine yargı karar vermelidir²⁸.

Günday, gerek 2886 sayılı Kanun'un 53. maddesinin 1. fıkrası, gerek 4734 sayılı Kanun'un 46. maddesi gereğince tüm ihalelerin bir sözleşmeye bağlanması ve ita amirince imzalanması gerektiğini belirtmiş ve ihale kararı ile artık taraflar bakımından sözleşmeyi imzalama zorunluluğunun doğduğunu ifade etmiştir²⁹. Ayrıca idarenin kendi üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde müteahhidin ihaleye katılma ve teminat için yaptığı tüm giderleri ödemek zorunda olduğuna da dikkat çekmiştir³⁰. *Buz*, ihaleyi açan kurumun ihale mevzuatına aykırılığın genellikle bir idari işlemle meydana geleceğini ve İdarenin mevzuata aykırı işlem tesis etmesinin de hizmet kusuru olarak kabul edildiğini; bu bağlamda ihaleyi kazanmasına rağmen sözleşmenin akdedilmemesi halinde zararın ihaleyi açan kurumun mevzuata aykırı işleminin sebep olduğunu ve bu durumda mağdur olan isteklinin zararın ihaleyi açan kurumun hareketinden kaynaklandığını ispat etmesinin yeterli olup, ayrıca hizmet kusurunun varlığını ispata gerek olmadığını belirtmektedir³¹.

²⁷ *Günday*, s. 372.

²⁸ "İdarenin geç işlemesine ilişkin idari kusur, mevzuatta harekete geçilmesi için bir süre gösterilmemiş olan hallerde, sonuç olarak, mahkemece belirlenip saptanan bir husustur." Bkz. Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, TODAİE Yay. No: 138, Ankara, 1974, s. 30. CE; 18 novb. 1960, Dame Fargeaud d'Epied, Rec. 640. G. Martin, "La responsabilité de la puissance publique pour le retard", LPA, 1999, No: 174-175, s. 4 vd.'dan aktaran Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 476; *Günday*, s. 371.

²⁹ *Günday*, s. 215.

³⁰ *Günday*, s. 215.

³¹ *Buz*, s. 183.

İhalenin onaylanması aşamasında idarenin elbette bir takdir yetkisi söz konusudur. Nitekim ilgili mevzuatta ita amirinin ihaleyi onaylayabileceği ya da gerekçesini belirtmek suretiyle ihaleyi onaylamayabileceği düzenlemiştir. Bu bağlamda Danıştay da ihale komisyonu kararlarının ihale yetkilisince onaylanması aşamasında idarenin takdir yetkisi olduğunu ve bu yetkisini kullanırken kamu yararı ile hizmet gerekleri doğrultusunda karar verileceğini, işlem yapılmayacaksa da makul ve meşru sebeplerin bulunması gerektiğine hükmetmektedir³². Ancak ihale onaylandıktan sonra İdarenin sözleşmeyi imzalamama konusunda takdir yetkisi, kural olarak yoktur. Bunun en önemli sebebi söz konusu kamu hizmeti ihtiyacının doğmuş ve devam ediyor olmasıdır. İdare, varlık nedeni olan kamu hizmeti sunmaktan kendi iradesi ile haklı bir gerekçesi olmadan vazgeçmemelidir. Ayrıca İdarenin tamamen vazgeçmesi bir yana, bir hizmeti istediği zaman sunma, istediği zaman sunmama ya da ihtiyaç o an doğmasına rağmen daha geç bir vakitte sunma gibi bir takdiri söz konusu değildir. Kamu hizmetlerinin sunulmasında geçerli olan süreklilik ilkesi de bu çerçevede dikkate alınacaktır. Oysa söz konusu uyuşmazlıkta İdarenin imtiyazı iptal gerekçesinde de belirttiği üzere işin halen bir kısmı olay tarihinde tamamlanmamış, dolayısıyla hizmet eksik, kötü, geç ifa edilmiştir. Olayda ihale kararının üzerinden geçen yaklaşık beş sene sonunda isteklinin başvurusu akabinde imtiyaz devrinin iptaline karar verildiği görülmektedir. Hâlbuki söz konusu imtiyaz sözleşmesi incelendiğinde, şayet İdare beş sene beklemek yerine işi sözleşmeye bağlamış olsaydı imtiyazcı şirket tarafından beş senede yirmi km yağmursuyu ve on km atık su kanalı inşa edilmiş olacaktı.

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus da, idarenin imtiyazı iptal ederken bildirdiği "*içme suyu şebeke inşaatı, mevcut depoların onarımının yapılması, kanalizasyon şebeke inşaatı, içme suyu isale hattının yapımının tamamlanması*" gerekçesidir. Gerekçenin bu kısmı değerlendirildiğinde, imtiyaz edilen işin bir kısmının görülmüş olduğu anlaşılmaktadır. Madem idarenin kendi kaynakları ile bu hizmeti görme imkânı vardı, o durumda bu işi neden imtiyazla görmek istediği sorusu gündeme gelmektedir. İdarenin kaynak bulabileceği, kendi imkânları ile sunabileceği bir

³² Danıştay 13. Daire, E. 2008/678, K. 2011/3674, T. 13.09.2011; Danıştay Dergisi, S. 128, s. 340. Kazancı İçtihat Bankası, (Çevrimiçi, 25.05.2018).

hizmeti özel sektöre ihale etmesi ve sonrasında o ihaleyi kazanmak için birçok masraf yapmış özel hukuk kişilerinin zararlarını, sırf ortada akdedilmiş bir sözleşme olmadığı için karşılamamak, adalete ve hakkaniyete de uygun düşmeyecektir. Hele de imtiyaz sözleşmesi hükümlerini doğurabilseydi, idarenin kaynak ve kredi arayışına girmesine gerek kalmayacak, aksine her yıl ihalede kararlaştırılan bedeli imtiyazcı şirketten temin edecekti. Ayrıca her ne kadar taraflardan biri İdare ve sunulan hizmet kamu hizmeti de olsa, unutulmaması gereken husus tesis edilen işlemin sonuçlanması halinde hukuk âleminde doğacak olan tasarruf biçiminin bir “sözleşme” ve bu sözleşmenin tarafının da bir özel hukuk kişisi olduğudur. Sözleşmenin konusunun “kamu hizmetinin görümü” olması idareye her türlü vazgeçme hakkını bahşetmemelidir.

Bu noktada şunu da belirtmek gerekmektedir: Somut uyuşmazlıkta yerel mahkeme idari şartnamedeki hükmü dikkate alarak davacı şirketin herhangi bir zararının karşılanmayacağını belirtse de olayda bir “ihale iptali” söz konusu değildir. İhale yapılmış ve ihale davacı şirket üzerinde kalmıştır. Bu aşamada ihaleden kaynaklanan bir sebep ile iptal söz konusu olsaydı farklı bir değerlendirme yapılabilirdi. Kaldı ki, yukarıdaki açıklamalarımızda idarenin ihaleyi iptal konusundaki yetkisinin de sınırsız olmadığını izah etmiştik. Olayda ihale ve imtiyaz devri kararından çok sonra, yaklaşık beş yıl sonra İdare hizmeti, kendi imkânları ile göreceğini beyan etmiştir. Böyle bir durumda idari şartnamedeki hükmün uygulanabilir olmadığı düşünülmektedir. Nitekim Danıştay da haklı ve zorunlu gerekçeler olması halinde vazgeçmenin kabul edilebileceğine dikkat çekmiştir. Ancak bu noktada karıştırılmaması gereken bir diğer husus da vazgeçme hakkına sahip olup olmama bir tartışma konusu iken, vazgeçme hakkının varlığı halinde karşı tarafın zararlarının karşılanmayacağı meselesinin bir başka tartışma konusu olduğudur. Diğer bir deyişle, idareye belli durumlarda vazgeçme hakkı tanınmasının hukuki sonucu, vazgeçen idarenin hiçbir zararı tazmin etmemesi değildir. İdarenin kusuru olmadığı durumlarda, bu kez de kusursuz sorumluluk halleri araştırılmalı ve kanaatimizce somut olaydaki gibi hallerde, şayet idarenin bir kusuru yoksa bu kez idarenin kusursuz sorumluluk hallerinden “Hakkaniyet ve Nesafet İlkesi” bağlamında kusuru bulunmayan karşı tarafın zorunlu giderleri karşılanmalıdır.

Elbette birçok özel hukuk kişisinin ihaleyi kazanmak amacıyla yaptığı masrafları bilinçli olarak yaptığı, basiretli tacir olarak kâr zarar hesaplamalarını en baştan yaptığı ve bu riski aldığı; hatta ihale şartnamelerindeki klozların da tarafların kabulleri dahilinde olduğu eleştirisi getirilebilecektir. Ancak günümüzde artan kamu hizmeti ihtiyacının ve görülen işlerin, projelerin hacimlerinin ne derece büyüdüğü düşünülüşünde, görüşmelerin ve pazarlıkların yapılmasını müteakip, imza aşamasına kadar gelmiş bir sözleşme öncesinde oluşturulan “güveni” hukuken sonuçsuz bırakmak, özellikle de Hukuk Devleti ilkesi karşısında kanaatimizce yerinde olmayacaktır. İyi İdarenin, göreceği hizmetleri iyi bir şekilde planlaması, bu hizmetlerin en iyi, en verimli nasıl görüleceği konusunda öngörülü olması ve devlet tüzel kişiliğini ya da diğer kamu tüzel kişiliğini temsilen güvenilir olması beklenir. Üstelik doktrinde ihalelerin, İdareler tarafından ekonomik politikaların bir aracı olarak kullanıldığı, amaca aykırı kullanımların belli çıkar gruplarının ödüllendirilmesi şekline dönüşebildiği, özellikle ihalelerin siyasi amaçlara alet oldukları ve idare tekniğinin bir aracı olarak kullanıldığı da belirtilmektedir³³. Ayrıca yukarıda da değindiğimiz üzere İdarenin, kendi kaynakları ile bu hizmeti görebilme imkânı varken bunu özel sektöre ihale etmiş olması idarenin “sözleşme kurma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmesi yapma” ihtimalini de akla getirmektedir. Böyle bir ihtimalde “doğrudan sözleşme görüşmeleri ilişkisiyle bağlantılı yükümlülüklerin ihlali” nedeniyle İdarenin sorumluluğu gündeme gelmelidir³⁴.

Şayet İdareler bu tarz hukuk dışı gerekçelerin, tesis etmiş olduğu işlemlerde sebep teşkil edemeyeceği ve kendilerinin hukuka bağlı, güvenilir bir tüzel kişilik olduğu iddiasındalarsa şüpheden uzak davranmaları ve gerektiğinde de oluşturdukları güven sebebiyle doğan zararı Anayasal düzenlemelerimiz (AY m. 125) doğrultusunda karşılamalıdır. Söz konusu uyuşmazlıkta da İdarenin, Danıştay’ın da belirttiği üzere, kurulan güven ilişkisi nazarında en azından karşı tarafı “bilgilendirmesi” beklenirdi.

³³ Kutlu, s. 249.

³⁴ Detaylı bilgi için bkz. Huriye Reyhan Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, Yetkin, Ankara, 2009, s. 192 vd.

Oysa İdare bu ilişkiyi dürüstlüğe aykırı bir şekilde yarıda kesmiş ve bu konuda karşı tarafı da bilgilendirmemiştir³⁵. Öğretide *Buz*:

*“İhale sürecinin başlaması ile birlikte, ihaleyi açan kurum ile istekliler arasında ciddi olarak sözleşme yapma niyetiyle hareket etme yükümlülüğü yanında, taraflardan her birinin, nihai amaç olan kamu ihale sözleşmesi ve bu sözleşmenin ifası bakımından önem taşıyan hususlarda, **bilgi verme, aydınlatma, birbirlerinin menfaatlerini koruma yükümlülüğü doğar.** Doktrindeki hâkim görüş de, ihaleyi açan kurumun, hem ihale mevzuatından, hem de ihale sürecinin başlaması ile birlikte taraflar arasında meydana gelen güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerinin bulunduğu ve bu yükümlülükler aykırı davranışın culpa in contrahendo esasına göre tazminat borcunu doğuracağını kabul ettiğini”*

ifade etmektedir. Danıştay’ın da birçok uyuşmazlıkta İdareyi karşı tarafı bilgilendirme yükümlülüğü altında tutması ve bu bilgilendirmenin nasıl yapılacağı hususundaki genişletici yorumu da ayrıca olumlu karşılanabilecek bir husustur³⁶.

Ayrıca Danıştay’ın genel hükümler bağlamında “güven ilişkisine” atıfta bulunması da büyük önemi haizdir. Yukarıda da değindiğimiz üzere, Danıştay da söz konusu uyuşmazlıkta akdedilmek istenen sözleşme her ne kadar bir imtiyaz sözleşmesi, bir idari sözleşme olsa da, bunun bir “sözleşme” olduğunu ve bu “sözleşme öncesi” kurulan ilişkinin de bir “güven ilişkisi” olduğunu teyit etmiştir. Danıştay içtihadında, söz

³⁵ “... ciddiyetle girişilen görüşmeler sırasında karşı tarafla bir sözleşme kurulmasının kendisi için söz konusu olmayacağını anlayan kimsenin bu durumu vaktinde bildirmemesi... gibi çeşitli culpa in contrahendo vakıalarında, hep genel anlamda bir açıklama yükümlülüğünün ihlalinden bahsedilebilir.” Huriye Reyhan Demircioğlu, s. 223.

³⁶ Güncel kararlara örnek olması adına Danıştay İDDK’nın 2016/3317 E., 2016/2812 K. sayılı 3.11.2016 tarihli kararında ÇED Olumlu Kararının Altıparmak Köyüne gönderilmesine rağmen, metnin köyde ilan edildiğine dair tutanağın Altıparmak Köyü Muhtarlığı tarafından gönderilmediği belirtildiğinden, o bölgede yaşayan halkın haberdar olmadığına, bu sebeple de öğrenme tarihi esas alındığında davanın “süresinde” açıldığına hükmedilmiştir. Söz konusu karar için bkz. Danıştay Dergisi, Y. 2017, S. 145, s. 335-342. Ayrıca bkz. www.kazanci.com, (Çevrimiçi, 28.08.2018).

konusu süreci “akit öncesi iş” olarak değerlendirmiş, “akit benzeri güven” doğurduğunu belirtmiş ve “dürüstlük kuralı” gereği idarenin “bilgilendirme” bulunma gereğinin altını çizmiştir.

Bu durum 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na tabi işler bakımından Kanununun 36. maddesi “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*” hükmü ile de uyumludur. Aynı şekilde Alman İdari Usul Kanunu’nun (VwvG § 62/2) boşluk halinde BGB hükümlerinin uygulanacağı düzenlemesi gereğince, idarenin hem kamu hukuku alanında hem özel hukuk alanında akdetmiş olduğu sözleşmeleri bakımından “sözleşme öncesi sorumluluk (cic)” meselesi de Alman Medeni Kanunu (BGB-Bürgerliches Gesetzbuch) hükümleri çerçevesinde çözümlenmektedir³⁷. 2002 yılında gerçekleştirilen Alman Borçlar Hukuku Reformu neticesinde düzenleme alanı bulan BGB § 311/2 hükmü gereğince sözleşme görüşmelerinin hangi hallerde hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri borç ilişkisi sayılacağı düzenlenmiştir. BGB § 311/2 kapsamına giren (cic) hallerin sonucunda tazminat verme yükümlülüğü kural olarak BGB § 280/1 çerçevesinde belirlenmektedir. BGB § 280/1 bir borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihlali halinde gündeme gelecek olup, “kötü ifa”, “gereği gibi ifa etmeme” ya da “hiç ifa etmeme” halleri de bu tazminatın kapsamında değerlendirilmektedir³⁸. BGB § 241/2’deki özen yükümlülüklerinin ihlali halinde ise tazminatın kapsamının BGB § 241’e göre belirleneceği ifade edilmektedir³⁹.

Konuyu bir de isteklinin zarar talebinin kapsamı bakımından değerlendirmek gerekirse; olayda İdare kamu hizmeti temini için imtiyaz sözleşmesi akdetme kararı almış, bu kapsamda Devlet İhale Kanunu kapsamında bir ihale gerçekleştirmiş ve nihayetinde istekli ile sözleşme yapılmasına yönelik bir ihale kararı tesis etmiştir. Bu aşamadan sonra ihale sözleşmesinin imzalanması için kanunen gerekli olan İçişleri Bakanlığı

³⁷ Steffen, Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht: mit Verwaltungsprozessrecht*, C. H. Beck, 2018, 16. Auflage, s. 299; Hans J Wolff /Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, in Zusammenarbeit mit Stefan Korte/Sven Eisenmenger, *Verwaltungsrecht I*, C.H. Beck OHG, München, 2017, s. 703.

³⁸ Burcu Kalkan Oğuztürk, *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 150.

³⁹ Oğuztürk, s. 151.

kararı ve Danıştay'ın görüşünün alınması prosedürünün İdare tarafından sürüncemede bırakıldığı görülmektedir⁴⁰. İdarenin sessiz kaldığı bu dönemde, istekliye karşı herhangi bir bildirim yapılmamış, bunun üzerine istekli sözleşmenin akıbeti hususunda yazılı olarak başvurup bilgi almak istemiştir. İdare bu yazılı başvuru akabinde imtiyaz devrinin iptali kararı almıştır. Bu aşamada Danıştay'ın vermiş olduğu karar ile bu ve benzeri hallerle ilişkin İdarenin sözleşme öncesi sorumluluğunun bulunduğu, isteklinin haklı güveninin korunması gerektiği ve bu bağlamda idarenin tazmin sorumluluğunun isteklinin “menfi zararları” olduğunu söylemek yerinde olacaktır⁴¹.

Bununla beraber haklı bir sebebe dayanmaksızın ihale iptal edikten sonra aynı edim için aynı şartlarda ya da esaslı değişiklik yapılmadan yeniden ihaleye çıkılması halinde farklı bir hukuki değerlendirme yapılması gerektiği, idarenin istemediği istekliyi devre dışı bırakmak ve kamu ihale mevzuatını dolanmak amacıyla ihale iptali yoluna gidebileceği belirtilmektedir. *Buz*, bu tür durumlarda ihaleyi iptal eden idarenin sonradan başka biriyle sözleşme yapması halinde ihalede en avantajlı teklifi sunan isteklinin “müspet zararını” istisnai olarak talep edebilmesi gerektiğini

⁴⁰ Üstelik Danıştay başka bir somut uyuşmazlıkta bir defa alınmış olan Danıştay görüşünün tekrar alınmasına gerek olmadığına da “*Danıştay Birinci Dairesinin ve Danıştay İdari İşler Kurulunun 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15'inci maddesi uyarınca belediyeler ile imtiyaz hakkı sahibi kişiler arasında akdedilecek imtiyaz sözleşmesi taslakları hakkında 2575 sayılı Kanun gereğince düşünce bildirilmesine ilişkin kararları doğrultusunda düzeltilerek tekrar hazırlanan sözleşme taslakları konusunda Danıştay Birinci Dairesi tarafından yeniden düşünce bildirilmesine gerek olmadığı açık olmakla birlikte*” şeklinde hükmetmiştir. Bkz. Danıştay 1. Daire E. 2013/316 K. 2013/240 sayılı içtihat için www.kazanci.com, (Çevrimiçi, 05.09.2018).

⁴¹ “...Taraflar arasında bayilik sözleşmesi imzalanarak bayilik ilişkisi kurulmamış olsa bile davacı sözleşmenin kurulacağına ilişkin uyandırılan güvene dayalı olarak yapmış olduğu (*kâr kaybı hariç*) giderleri sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) ilkesine göre davalıdan isteyebileceğinden,...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2012/19-184, K. 2012/385, T. 13.6.2012 kararı için bkz. www.kazanci.com, (Çevrimiçi, 05.09.2018).

belirtilmektedir⁴². *Tan ve Günday* da idarenin zarar verici eylem ya da işleminin, malvarlığının çoğalmasına engel olması halinde doğacak zararın “kâr kaybı” olduğunu, Danıştay’ın bu gibi halleri de dikkate alması gerektiği kanaatindedir⁴³. Nitekim Danıştay güncel bir kararında “kâr kaybını” da içeren müspet zarar talebini değerlendirmiş ve yüklenicinin kâr kaybını talep edebilmesi için ihaleyi yapan idarenin kendi kusuruyla sözleşmeyi feshetmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁴.

Danıştay kararında ayrıca davacının tazminat talebi içerisinde bulunan danışmanlık hizmet bedeli bakımından İdare Mahkemesi tarafından ticari hayatın gereklerine uygunluğun araştırılması gerektiğine değinilmiştir. Henüz yargılaması tamamlanmamış somut olay bakımından bir değerlendirme yapmamakla beraber, ihaleye teklif verecek istekli firmaların bu tarzda kapsamlı, inşa ve işletmeyi içeren uzun süreli sözleşmeler⁴⁵ bakımından özel teknik bilgiye, mahallinde araştırma ve incelemeye ihtiyaç duyması mümkündür. İnşaat mahallinde yapılacak araştırma ve teknik inceleme, ihale dokümanlarının incelenmesi, teklifin hazırlanması, sunulması, her türlü mali hesaplar bakımından ve nihayetinde kâr elde etmeyi hedefleyen isteklilerin basiretli bir tacir gibi davranması ve bu anlamda danışmanlık hizmeti almasının, kanaatimizce hayatın olağan akışına uygun olabileceği düşünülmektedir.

Danıştay 8. Dairesi’nin inceleme konumuzu teşkil eden kararının karşı oyunda, meclis kararından itibaren idarelerce imtiyaz sözleşmesinin imzaya hazır hale getirilmesi için gereken Bakanlık Kararı ile Danıştay görüşünün alınması aşamasının yaklaşık bir yıllık makul sürede tamamlanabileceği görüldüğünden davacı şirkete ancak bu bir yıllık süreden

⁴² Buz, s. 139-140.

⁴³ Tan, s. 491 ve 492; Günday, s. 384.

⁴⁴ Danıştay 13. Dairesi’nin 2014/4570 E. 2017/2654 K. Sayılı içtihadı için bkz. Danıştay Dergisi, Y. 2018, S. 147, s. 287. Ancak bu uyuşmazlık bakımından dikkat edilmesi gereken husus sözleşme akdedildikten sonra ihalenin iptal edilmiş olduğudur. Oysa çalışmamıza konu uyuşmazlıkta, ihale yapılmış, ihale iptal edilmemiş; ancak sözleşme akdedilmemiştir.

⁴⁵ 5393 sayılı Belediye Kanunu md. 15 uyarınca belirtilen hizmetler Danıştay’ın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi kırk dokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir.

sonra ihale kapsamında yaptığı zorunlu masraflarının ödenmesine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle muhalif kalınmıştır. Somut olayda, davalı İdare tarafından ihale sürecinde sessiz kalındığı, Danıştay görüşünün alınması ve Bakanlık kararı işlemlerinin tamamlanmadığı ve bu noktada ilerlenmediği, istekli firmanın sözleşmenin akıbeti hakkındaki bilgi alma talebi neticesinde bu kere idarenin imtiyaz devrinin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu aşamada İdarenin sözleşmeyi akdetme yönünde bir iradesinin bulunmaması ve Danıştay görüşünün alınması için herhangi bir süre öngörülmemesi sebebiyle, istekli firmanın zarar talebinin bir yıllık süre ile sınırlandırılmasının somut olay ile örtüşmediği kanaatindeyiz. Zarar ancak, İdarenin sözleşmeyi akdetmeme yönündeki iradesini kesin olarak ortaya koyduğu andan itibaren doğmuş olup, o tarihe kadar davacı şirket tarafından yapılan masrafların zarar kapsamında sayılması gerekmektedir. Zira isteklinin talebine konu, danışmanlık, seyahat, konaklama masrafları "*ihaleye katılmak ve sözleşme akdetme inancı*" ile yaptığı masraflar olup, bu masrafların bölünebilir masraflar olmadığı düşünüldüğünde bir yıllık süre ile sınırlandırmaya çalışmak da anlamlı olmayacaktır. Bu noktada önemli olan, davacının, İdarenin sözleşme yapmama yönündeki iradesinden sonra bilinçli bir şekilde masraf yapıp yapmadığı, diğer bir deyişle zararı arttırıp arttırmadığıdır. Uyuşmazlıktan anlaşıldığı kadarıyla davacı şirketin yapmış olduğu tüm masraflar (seyahat, konaklama ile tercüme ve teknik gereklilik masrafı, geçici teminat mektubuna ödenen komisyon bedeli, danışmanlık ücreti) İdarenin bu iradesini açıkladığı tarihe kadar ihale ve sözleşme için yapmış olduğu masraflar olup, bunun teyidi ancak Mahkeme tarafından zarar kalemlerine ilişkin belgelerin incelenmesi ile ortaya çıkacaktır.

Tüm bu değerlendirmeler neticesinde Danıştay 8. Dairesi'nin içtihadı, kanaatimizce de yerinde olup, İdare Hukuku'nda sözleşme ve sözleşme öncesi sorumluluk öğretisi bakımından da hukuk güvenliğini sağlayan olumlu bir adım olarak değerlendirilebilecek niteliktedir.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Verwaltung kann den öffentlichen Dienst selbst leisten. Stattdessen ist die Verwaltung auch berechtigt, diesen Dienst durch den Abschluss von öffentlich-rechtlichen Verträgen oder privat-rechtlichen Verträgen zu erbringen. In allen von der Verwaltung zu abschließenden Verträgen hat sie keine privatrechtliche Freiheit, die Vertragspartei zu wählen. Aus diesem Grund muss die Verwaltung den Vertragspartner durch Ausschreibung oder ähnliche objektive Verfahren bestimmen. Am Ende des Ausschreibungsverfahrens wird von der Verwaltung der Abschluss des Vertrags mit dem Bieter erwartet, der das Angebot gewonnen hat.

Die Verwaltung kann jedoch manchmal aus verschiedenen Gründen der Abschluss von Verträgen vermeiden. In einem solchen Fall wird im Rahmen der geltenden Rechtsprechung geprüft, ob der Bieter, der verschiedene Kosten für den Gewinn des Angebots aufgewendet hat, die Verwaltung zum Abschluss des Vertrags zwingen kann, die Verwaltung eine Haftung für den Vertrag trägt und welche Schäden der Bieter fordern kann. Es ist bedeutet auch "culpa in contrahendo" Haftung von der Verwaltung, dass auf dem Vertrauen in die Verwaltung basiert.

In diesem Zusammenhang bezieht sich dieser Konflikt auf die Unterlassung der Gemeinde. Sie hat den Vertrag viele Jahre lang nicht abgeschlossen und dem Bieter, der die Ausschreibung gewonnen hat, keine Mitteilung gemacht. Als sich der Bieter, der das Angebot gewonnen hatte, bei der Verwaltung bewarb, erklärte die Verwaltung, dass sie diesen öffentlichen Dienst aus dem EU-Fonds erfüllen würde.

Andererseits hat der Bieter keine Culpa (keinen Fehler) und alle Schäden gefordert. Indessen hat der Staatsrat beschlossen, dass die Verwaltung notwendige und nötige Kosten kompensieren muss.

KAYNAKÇA

- BUZ, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, Yetkin, 2007.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara, Yetkin, 2009.
- DETTERBECK, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht: mit Verwaltungsprozessrecht, C. H. Beck, 2018.
- DURAN, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular, TODAİE Yay. No: 138, Ankara, 1974.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2015.
- GEZDER, Ümit, Türk/İsviçre Hukukundan Culpa In Contrahendo Sorumluluğu, Beta, İstanbul, 2009.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- KUTLU, Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1997.
- KUTLU SUNGURBEY, Ayfer, Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo - Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur- ve Olumsuz Zarar, Yasa Yayınları, İstanbul, 1988.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- OĞUZTÜRK, Burcu (Kalkan), Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukun Umumi Esasları 3. Cilt, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017.
- PINAR, Yunus Akşin, Kamu İhale Sözleşmeleri ve İhalenin Yargı Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbeti, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- SEROZAN, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

SEZGİNER, Murat, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

TAN, Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

ULUSAN, İlhan, "Culpa in Contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay Anısına Armağan, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

WOLFF, Hans J./BACHOF, Otto/STOBER, Rolf/KLUTH, Winfried in Zusammenarbeit mit KORTE/ STEFANEISENMENGER, Sven, Verwaltungsrecht I, C.H. Beck OHG, München, 2017.

YILMAZ, Dilşat, Kamu İhale Hukukunda Şartnameler, Gazi Kitabevi, Ankara, 2014 .

Diğer Kaynaklar

Danıştay Dergileri, <https://www.danistay.gov.tr/dergiler.html>

www.kazanci.com

ANMERKUNG ZU BGHST. 35, 347 („KATZENKÖNIG-FALL“)
ODER: VOM „KATZENKÖNIG“ ZUM DIKTATOR ZUM
FIRMENBOSS

BGHST. 35, 347 („KEDİ KRAL DAVASI“) ÜZERİNE BİR
İNCELEME: „KEDİ KRAL“DAN DIKTATOR VE ŞİRKET
YÖNETİCİSİNE

Doc. Privatdozent Dr. Joachim KRETSCHMER*

ÖZ

StGB madde 25/I uyarınca “Bir suççu bizzat işleyen veya başkasını araç olarak kullanan kişi fail olarak cezalandırılır .” Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü madde 25/3(a) uyarınca: “tek başına veya diğer şahsın cezai sorumluluğu olsun olmasın başka bir şahısla müştereken veya başka bir şahıs vasıtasıyla suç işlemesi halinde, cezalandırılabilir.”Uluslararası ve Alman ceza hukuku öğretisinde “Organisationsherrschaft” (örgüt organizasyonuna bağlı hakimiyet) kuramı bulunmaktadır: Arka planda bulunan kişi, hiyerarşik gücün organize unsurları vasıtasıyla, doğrudan failleri kontrol etmektedir. Doğrudan fail ceza hukuku bakımından kusur yeteneğine sahip olmakla birlikte, bu kontrol eksikliği arka planda bulunan kişinin- diktatör, Mafya lideri veya yönetim kurulunun - kontrolü vasıtasıyla giderilebilir. Nitekim, örgütün hakimiyeti, doğrudan failin hareket özgürlüğü ve cezai sorumluluğu ile çatışmaktadır. Bu tartışma „Organisationsherrschaft“ öğretisinin uygulama alanına ilişkindir. BGH bu kuramı kamu görevlileri tarafından işlenen suçlar, örgütlü suçların yanı sıra beyaz-yaka suçlarına da uygulamaktadır. Bu farklılık, çoğunlukla ticari düşüncenin hukuki temellere sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel ceza sorumluluğu, organisationsherrschaft, örgüt organizasyonuna bağlı hakimiyet, doğrudan failin sorumluluğu.

* Dozentin an der Türkisch-Deutschen Universität in Istanbul im Bereich Straf- und Strafprozessrecht (kretschmer@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-7255-813X.

CASE NOTE TO BGHST. 35, 347 („KATZENKÖNIG“) –
„KATZENKÖNIG“ – DICTATOR – CEO

ABSTRACT

§ 25 I StGB: *„Whoever commits an offence themselves or through another incurs a penalty as an offender.“* Art. 25 III a) Rome Statute of the International Criminal Court: *„Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible.“* In the German and in the international doctrine in criminal law there is a theory called *„Organisationsherrschaft“*: The man in the background dominates the direct perpetrators by means of an organized apparatus of hierarchical power. While the direct perpetrators act with full criminal responsibility, this lack of control may be compensated by the control of the apparatus by the man in the background – the dictator, the Mafia boss or the board of directors. So, the domination of the organization fights with the freedom and responsibility of the direct perpetrator. The discussion is about the field of application of the doctrine called *„Organisationsherrschaft“*. The BGH applies the theory on government criminality and organized crime, but also on white-collar crime. The difference is mostly that commercial concerns act on legal ground.

Keywords: *Individual criminal responsibility, organisationsherrschaft, domination of the organization, responsibility of the direct perpetrator.*

I. Der Fall

Sachverhalt aus BGHSt. 35, 347: Die Angeklagten lebten in einem von "Mystizismus, Scheinerkenntnis und Irrglauben" geprägten "neurotischen Beziehungsgeflecht" zusammen. Der Angeklagten H gelang es im bewussten Zusammenwirken mit P, dem leicht beeinflussbaren Angeklagten R zunächst die Bedrohung ihrer Person durch Zuhälter und Gangster mit Erfolg vorzugaukeln und ihn in eine Beschützerrolle zu drängen. Später brachten beide ihn durch schauspielerische Tricks, Vorspiegeln hypnotischer und hellseherischer Fähigkeiten und die Vornahme mystischer Kulthandlungen dazu, an die Existenz des "Katzenkönigs", der seit Jahrtausenden das Böse verkörpere und die Welt bedrohe, zu glauben. R - in seiner Kritikfähigkeit eingeschränkt, aber auch aus Liebe zu H darum bemüht, ihr zu glauben - wählte schließlich auserkoren, gemeinsam mit den beiden anderen den Kampf gegen den "Katzenkönig" aufzunehmen. Auf Geheiß musste er Mutproben bestehen, sich katholisch taufen lassen, H ewige Treue schwören. So wurde er von ihr und P zunächst als Werkzeug für den eigenen Spaß benutzt. Als die Angeklagte H Mitte des Jahres 1986 von der Heirat ihres früheren Freundes N erfuhr, entschloss sie sich aus Hass und Eifersucht, dessen Frau (A) von R - unter Ausnutzung seines Aberglaubens - töten zu lassen. In stillschweigendem Einverständnis mit P, der - wie sie wusste - seinen Nebenbuhler loswerden wollte, spiegelte die Angekl. H dem R vor, wegen der vielen von ihm begangenen Fehler verlange der "Katzenkönig" ein Menschenopfer in der Gestalt der Frau A; falls er die Tat nicht binnen einer kurzen Frist vollende, müsse er sie verlassen und die Menschheit oder Millionen von Menschen würden vom "Katzenkönig" vernichtet. R, der erkannte, dass das Mord sei, suchte auch unter Berufung auf das fünfte Gebot vergeblich nach einem Ausweg. H und P wiesen stets darauf hin, dass das Tötungsverbot für sie nicht gelte, "da es ein göttlicher Auftrag sei und sie die Menschheit zu retten hätten". Nachdem er H "unter Berufung auf Jesus" hatte schwören müssen, einen Menschen zu töten, und sie ihn darauf hingewiesen hatte, dass bei Bruch des Schwurs seine "unsterbliche Seele auf Ewigkeit verflucht" sei, war er schließlich zur Tat entschlossen. Ihn plagten Gewissensbisse, er wog jedoch die "Gefahr für Millionen Menschen ab", die er "durch das Opfern von Frau A" retten könne. Am späten Abend des 30. 7. 1986 suchte R Frau A in ihrem Blumenladen

unter dem Vorwand auf, Rosen kaufen zu wollen. Entsprechend dem ihm von P - im Einverständnis mit H - gegebenen Rat stach R mit einem ihm zu diesem Zweck von P überlassenen Fahrtenmesser hinterrücks der ahnungs- und wehrlosen Frau A in den Hals, das Gesicht und den Körper, um sie zu töten. Als dritte Personen der sich nun verzweifelt wehrenden Frau zu Hilfe eilten, ließ R von weiterer Tatausführung ab, um entsprechend seinem "Auftrag" unerkannt fliehen zu können; dabei rechnete er mit dem Tod seines Opfers, der jedoch ausblieb. Das Landgericht hat die Angekl. H und P wegen versuchten Mordes zu lebenslanger, den Angekl. R zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt und seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet.

Das Urteil des BGH v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88¹ oder eben der „Katzenkönig-Fall“ ist mein Lieblingsfall im Strafrecht. Einen solchen Fall kann man sich nicht ausdenken. Daher wird hier der Originalsachverhalt aus dem BGH-Urteil wieder gegeben. Die Studierenden würden den Kopf schütteln, wenn ein Dozent solch einen Fall als Klausur stellen würde. Das Leben übersteigt die Phantasie, wie dieser Sachverhalt zeigt. Aber trotz seiner Absurdität enthält der „Katzenkönig-Fall“ zwei bedeutende Rechtsfragen. Die eine Rechtsfrage wird vom BGH und auch in vielen Stellungnahmen gar nicht exakt erkannt. Die andere Rechtsfrage dagegen ist in ihrer Weiterentwicklung auch heute noch von großer praktischer und theoretischer Bedeutung. Bei der ersten strafrechtlichen Rechtsfrage handelt es sich um das Irrtumsproblem des Haupttäters. Bei der anderen strafrechtlichen Rechtsfrage geht es um Voraussetzung und Weite der mittelbaren Täterschaft, wenn der Haupttäter seinerseits strafrechtlich verantwortlich handelt – „Täter hinter dem Täter“. Insoweit hat der „Katzenkönig-Fall“ Bedeutung für die strafrechtliche Verantwortung von Diktatoren, Mafiabossen und Wirtschaftskriminellen.

II. Der abergläubische Irrtum

Beginnen wir mit einer Frage: Wie wäre der Haupttäter strafrechtlich zu bewerten, wenn der „Katzenkönig“ nicht die Tötung eines Menschen

¹ BGH v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt. 35, 347.

gefordert hätte, sondern die Zerstörung eines Bildes oder eine andere Sachbeschädigung?

„Gar nicht“ müsste die konsequente Antwort des BGH lauten. Warum? Und warum ist das falsch?

Der BGH: „Der Angeklagte R kann sich nicht auf Notwehr oder Nothilfe (§ 32 StGB) berufen, da weder er noch andere, wie er wusste, einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff durch das Opfer ausgesetzt waren. Rechtfertigender Notstand nach § 34 StGB liegt schon deshalb nicht vor, weil es an einer tatsächlichen gegenwärtigen Gefahr fehlte. Allerdings glaubte der Angeklagte an eine solche Gefahr. Dieser Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des § 34 StGB kommt dem Angeklagten allerdings nicht als Tatbestandsirrtum zugute, weil das in § 34 StGB außerdem vorausgesetzte Überwiegen der Gewichtigkeit des zu schützenden Interesses vor dem zu opfernden eine Abwägung „Leben gegen Leben“ nicht gestattet (...). Dass der Angeklagte diesen Interessenkonflikt fehlerhaft abgewogen hat, führt als Bewertungsirrtum auch nicht zum Vorsatzausschluss, sondern zu einem – nach den Feststellungen vermeidbaren – Verbotsirrtum nach § 17 StGB (...).“

Der BGH ordnet den Irrtum des Haupttäters im „Katzenkönig-Fall“ in die Kategorien eines Irrtums über Rechtfertigungsgründe ein und fragt nach einem sog. Erlaubnistatbestandsirrtum bzw. nach einem Doppelirrtum über Voraussetzung und Weite der Rechtfertigungsgründe. Viele Lösungsansätze und Theorien gibt es zu diesem Irrtumsbereich. Das wird in der türkischen Strafrechtswissenschaft wohl auch so sein, oder? Letztendlich geht es allein um die dogmatische Antwort, ob ein Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach § 16 direkt oder analog oder nach § 17 StGB zu bewerten ist. Oder anders formuliert: Ob der sich irrende Täter auf der Ebene des Vorsatzes oder der Schuld privilegiert wird?

Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt vor, wenn der Täter bei voller Tatbestandskenntnis an das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes geglaubt hat und diese Annahme auf einer Fehlvorstellung über die sachli-

chen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes basiert.² Grundvoraussetzung ist, dass der Täter irrig Umstände für gegeben hält, die im Fall ihres wirklichen Vorliegens die Tat rechtfertigen würden. Der Erlaubnistatbestandsirrtum hat zwei (!) Voraussetzungen: Erstens irrt sich der Täter über die tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes. Zweitens bedarf es der hypothetischen Prüfung,³ ob auf der Grundlage der sich fehlerhaft vorgestellten Situation die Tat gerechtfertigt wäre. Diese zweite Prüfung ist richtig und wichtig. Auch auf der subjektiven Grundlage eines Irrtums muss der Täter in normativer Übereinstimmung mit dem Recht und den anerkannten Rechtfertigungsgründen handeln. Nur ein Verhalten, das objektiv gerechtfertigt wäre, kann als Erlaubnistatbestandsirrtum subjektiv zu einer privilegierenden Irrtumsfolge nach § 16 oder § 17 StGB führen.

Auf dieser Grundlage ist die Entscheidung des BGH konsequent. Objektiv besteht keine Gefahr im Sinne des § 34 StGB durch den „Katzenkönig“. Der Haupttäter glaubt jedoch an eine solche Gefahr. Da aber im Rahmen von § 34 StGB das Rechtsgut Leben nicht gegen das Rechtsgut Leben abwägbar und die Tötung durch aktives Tun in Notstandslagen niemals gerechtfertigt ist,⁴ überschreitet der Haupttäter die rechtlichen Grenzen des rechtfertigenden Notstandes. Das Recht erlaubt es nicht, einen unschuldigen Menschen zu töten, um andere Menschen vor dem Tod zu retten. Es gilt der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes. Die Menschenwürde – Art. 1 GG – bewirkt den Grundsatz der Unabwägbarkeit menschlichen Lebens. Jedes Menschenleben ist allein auf Grund seiner Existenz gleichwertig und Menschenleben sind unabhängig von Anzahl, Lebensdauer, Alter, Krankheit oder sonstigen Umständen gleichwertig. Und so erliegt der Haupttäter im „Katzenkönig-Fall“ einem sog. Doppelirrtum.⁵ Er geht nach dem BGH irrtümlich von den tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes aus - § 34 StGB. Auf der Grundlage dieser subjektiven Annahme überschreitet er die rechtlichen

² Siehe Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2011, Rn. 437 f; Radde JA 2016, 818, 820; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 47. Aufl., 2017, Rn. 693.

³ Siehe Wessels/Beulke/Satzger Rn. 693.

⁴ Siehe Redde JA 2016, 818, 821; Wessels/Beulke/Satzger Rn. 464 ff.

⁵ So Redde JA 2016, 818, 821; zur Bezeichnung Wessels/Beulke/Satzger Rn. 715.

Grenzen des § 34 StGB. Weder in der Realität noch in der Phantasiewelt rechtfertigt § 34 StGB die Tötung eines Unschuldigen zugunsten der Rettung anderer Menschen. Es gelten die Regeln des Erlaubnisirrtums als Verbotsirrtums nach § 17 StGB.⁶ Der Täter stellt sich gleichsam einen nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund vor, da § 34 StGB die Abwägung von Leben gegen Leben nicht erlaubt. Und auf diesem dogmatischen Weg gelang der BGH zu einem vermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 StGB.

Und nun zu der obigen Frage: Wie wäre die dogmatische Lösung, wenn der „Katzenkönig“ statt der Tötung eines Menschen eine Sachbeschädigung (§ 303 StGB) gefordert hätte. Der Täter würde sich subjektiv eine Gefahr vorstellen. Und bei der erforderlichen Rechtsgüter- und Interessenabwägung nach § 34 StGB erlaubt das Recht ohne weiteres eine Sachbeschädigung, um das Leben eines oder vieler Menschen zu retten. Jetzt würde ein Erlaubnistatbestandsirrtum vorliegen. Und jetzt, aber eben auch erst jetzt, ist die dogmatische Behandlung eines solchen Irrtums einschlägig: Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale, strenge Schuldtheorie, eingeschränkte Schuldtheorie, rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie, Vorsatztheorie. Das Alles und vieles mehr findet sich als dogmatische Lösung in den juristischen Kommentaren und Büchern. Seit Generationen lernen Juristen und Juristinnen diesen Rechtsstreit auswendig und langweilen sich. Das will ich hier nicht alles wiederholen. Zuletzt hat der BGH⁷ sich zu der rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum – dessen Vorliegen aber exakt nachzuweisen ist – bekannt: „Dieser Irrtum führt zum Wegfall der Vorsatzschuld“.

Der BGH ist jedoch mit seiner Einordnung im „Katzenkönig-Fall“ auf einem dogmatischen Irrweg. Irrt der Täter wirklich über die sachlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes? Lässt sich die Frage, ob die Tat im Fall des wirklichen Gegebenseins der irrig angenommen Umstände gerechtfertigt wäre, im „Katzenkönig-Fall“ überhaupt ernsthaft hypothetisch beantworten? Dazu müsste man bereit sein, die Existenz und die Drohung des „Katzenkönigs“ als realisierbar und als

⁶ So Wessels/Beulke/Satzger Rn. 714 f.

⁷ BGH v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, NStZ 2012, 272.

Teil der Realität anzusehen. Aber woran glaubt der Haupttäter im „Katzenkönig-Fall“? Er glaubt an eine Phantasiegestalt. Er erliegt dem Irr- und Aberglauben an den „Katzenkönig“. Oder wie es beim BGH heißt: „Die Angeklagten lebten in einem von „Mystizismus, Scheinerkenntnis und Irrglauben“ geprägten „neurotischen Beziehungsgeflecht“ zusammen.“ Und so ist zu fragen, ob ein abergläubischer Irrtum überhaupt rechtliche Relevanz haben kann. Vorliegend hat der „Katzenkönig“ zu viel verlangt – ein Menschenopfer. Aber die dogmatischen Konsequenzen wurden hier aufgezeigt, sollte der „Katzenkönig“ sich mit einem Sachopfer begnügen. Das kann nicht richtig sein. Der Täter stellt sich mit seiner Vorstellung und seinem Irrglauben an den „Katzenkönig“ außerhalb der Rechtsordnung. Eine säkulare Rechtsordnung kann und darf einen solchen abergläubischen Irrglauben nicht berücksichtigen. Aberglaube steht außerhalb des Rechts. Aberglaube kann weder bestrafend wirken noch kann er privilegierend wirken. Insoweit ist der abergläubische Irrtum der dogmatische Zwilling zum abergläubischen Versuch.⁸ Wir denken an Voodoozauber und schwarze Magie und Verhexen. Die Straflosigkeit des abergläubischen Versuchs ist anerkannt.⁹ Die dogmatische Begründung ist wie sooft umstritten. Letztendlich basiert die Straflosigkeit des abergläubischen Versuchs darauf, dass sich der Irrende mit seiner Vorstellung nach § 22 StGB außerhalb der Rechtsordnung stellt. Der Täter stellt sich keinen zurechenbaren Kausalverlauf vor, der als Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung angesehen werden kann. Durch Aberglaube und Magie kann man keinen Straftatbestand verwirklichen. Phantasie oder Magie oder Wunderglaube unterliegen keiner strafrechtlichen Bewertung. Und das gilt dann umgekehrt auch für den abergläubischen Irrtum.¹⁰ Solche Täter stellen sich in ihrer Phantasie außerhalb des weltlichen Rechts. Im Erlaubnistatbestandsirrtum muss sich der Täter einen rechtlichen relevanten Angriff oder eben eine Gefahr vorstellen. Angriff und Gefahr bilden sich nach naturgesetzlichen und rationalen Kategorien. Abergläubische Vorstellungen stehen diesen nicht gleich. Die magische

⁸ Siehe J. Kretschmer JR 2004, 444; Schumann NStZ 1990, 32.

⁹ Putzke JuS 2009, 894, 898; Satzger JURA 2013, 1017; Wessels/Beulke/Satzger Rn. 860 ff.

¹⁰ Siehe J. Kretschmer JR 2004, 444; Schumann NStZ 1990, 32.

Phantasiewelt in der Vorstellung der Täter steht außerhalb der Realität und ist keiner rechtlichen Wertung zugänglich. Und das weder strafend als abergläubischer Versuch noch strafprivilegierend als abergläubischer Irrtum.

III. Mittelbare Täterschaft als Problem

Nach Lösung des BGH stellt sich für die Hinterleute im „Katzenkönig-Fall“ die Frage, ob man mittelbarer Täter sein kann, wenn der Haupttäter in einem vermeidbaren Verbotsirrtum handelt. Wer – wie ich¹¹ – einen strafrechtlich relevanten Irrtum ablehnt, dem stellt sich dieselbe Rechtsfrage unter dem Aspekt, ob man mittelbarer Täter sein kann, wenn der Haupttäter wie im „Katzenkönig-Fall“ vermindert schuldfähig gemäß § 21 StGB ist. Und letztendlich stellt sich die Rechtsfrage, ob es die mittelbare Täterschaft gibt, wenn der „andere“ wegen der Tat als verantwortlicher Täter volldeliktisch handelt und bestraft wird – „Täter hinter dem Täter“.

„Mittelbarer Täter ist der, der die Tat durch einen anderen begeht“ – so § 25 I 2. Alt. StGB. Im Grundsatz liegt mittelbare Täterschaft vor, wenn der „andere“, das sog. menschliche Werkzeug, seinerseits straflos bleibt, weil er objektiv oder subjektiv tatbestandslos, rechtmäßig oder schuldlos handelt.¹² Man spricht von einem „deliktischen Defizit“. Und dieses Strafbarkeitsdefizit ist regelmäßig auf die Irrtums- oder Nötigungsherrschaft des Hintermanns als mittelbarer Täter zurückzuführen.¹³ Darin liegt dessen Tatherrschaft. Daher liegt bei Herbeiführung oder Ausnutzung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums die mittelbare Täterschaft vor.¹⁴ Das Strafbarkeitsdefizit ist § 17 Satz 1 StGB. Umstritten sind jedoch die Fallkonstellationen, in denen der „andere“ ein solches Strafbarkeitsdefizit eben nicht aufweist, er also volldeliktisch handelt. Das ist unser Fall!

¹¹ Auch Schumann NStZ 1990, 32.

¹² Siehe Rengier, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2012, § 43 Rn. 2; Koch JuS 2008, 399, 400; Wessels/Beulke/Satzger Rn. 773 ff..

¹³ Dazu AnwK-StGB/Waßmer, 2. Aufl. 2015, § 25 Rn. 10; Koch JuS 2008, 399 ff.; MüKoStGB/Joecks (StGB 3. Aufl. 2017) § 25 Rn. 54 ff.

¹⁴ So Koch JuS 2008, 399, 401; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 62 II. 5.; MüKoStGB/Joecks § 25 Rn. 91.

1. „Täter hinter dem Täter“

Der BGH spricht in der Entscheidung von einem „offenen Wertungsproblem“. In den Fällen des vermeidbaren Verbotsirrtums des Vordermanns als dem unmittelbaren Handelnden sei deshalb bei der Prüfung, ob der Hintermann mittelbarer Täter sei, auf das Kriterium der vom Täterwillen getragenen Tatherrschaft abzustellen. Ob sie vorliege, richte sich nicht nach starren Regeln, sondern könne nur je nach der konkreten Fallgestaltung im Einzelfall wertend ermittelt werden. Die Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung in einem Fall, in dem der Haupttäter in einem vermeidbaren Verbotsirrtum handelt, hänge im Einzelfall von Art und Tragweite des Irrtums und der Intensität der Einwirkung des Hintermanns ab. Die Vermeidbarkeit oder die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums allein soll nach dem BGH nicht entscheidend sein. In beiden Fällen fehle die Unrechtseinsicht beim Vordermann. Mittelbarer Täter eines Tötungs- oder versuchten Tötungsdelikts sei jedenfalls derjenige, der mit Hilfe des von ihm bewusst hervorgerufenen Irrtums das Geschehen gewollt auslöse und steuere, so dass der Irrende bei wertender Betrachtung als ein – wenn auch noch schuldhaft – handelndes Werkzeug anzusehen sei.

Offenes Wertungsproblem und Einzelfall und wertende Betrachtung – diese Kriterien erlauben der Rechtspraxis kriminalpolitisch eine von Fall zu Fall abhängige Lösung und Entscheidung im konkreten Fall. Und so gelangt der BGH im „Katzenkönig-Fall“ zur Bejahung der mittelbaren Täterschaft. Das findet vielfache Zustimmung.¹⁵ Die angeklagten Hinterleute hätten die Wahnideen beim Haupttäter hervorgerufen und bewusst ausgenutzt. Sie steuerten psychologisch die Tatplanung. Der BGH betont auch das enge Beziehungs- und Einwirkungsgeflecht zwischen den Beteiligten, das die Hinterleute ausgenutzt und so eingesetzt hätten, dass er

¹⁵ Zustimmend: B. Heinrich, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2010, Rn. 1260; Hoffmann-Holland Rn. 501; Koch JuS 2008, 399, 402; MüKoStGB/Joecks § 25 Rn. 99; Radde JA 2016, 818, 825; Rengier § 43 Rn. 42; Schaffstein NStZ 1989, 155, 156; Sch./Sch./Heine/Weißer (StGB, 30. Aufl., 2019) § 25 Rn. 43; Wesfels/Beulke/Satzger Rn. 784; für Teilnahme Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 62 II. 5.

sich ihrem bestimmenden Einfluss nur schwer entziehen könnte. Im Vordergrund der Wertung stehen die faktische Einflussnahme und die faktische Tatherrschaft.¹⁶

Was aber sind die starren Regeln, die der BGB ablehnt?

2. Verantwortungsprinzip

Mittelbarer Täter ist der, der die Tat durch einen anderen begeht – so § 25 I Alt. 2 StGB. Und dieser andere ist selbst nicht vollverantwortlicher Täter. So die Regel. Die starre Regel ist das Verantwortungsprinzip. Wer selbst eigenverantwortlicher Täter ist, kann nicht der „andere“ aus § 25 I Alt. 2 StGB sein. Wer wegen der Tat als tatbestandlich, rechtswidrig und schuldhaft volldeliktisch handelnder Täter bestraft wird, ist nicht Werkzeug eines anderen in Form der mittelbaren Täterschaft.¹⁷ Er hat kein Autonomiedefizit. Und das gilt dann auch im Fall des vermeidbaren Verbotssirrtums - § 17 Satz 2 StGB. Der Hintermann ist dann Anstifter oder Gehilfe. Diese normative Anknüpfung an § 17 oder § 21 StGB schafft im Gegensatz zu der vom BGH verfolgten wertenden faktischen¹⁸ Betrachtung normative Rechtssicherheit. Das Verantwortungsprinzip wird als einengend angesehen.¹⁹ Das Verantwortungsprinzip beruht auf dem Konzept, dass im Verhältnis Hintermann und Vordermann oder auch Vorderfrau nur einer der Beteiligten die Tatherrschaft haben kann. Die Verantwortlichkeit des Vordermanns oder eben der Vorderfrau schließt täterschaftliche Verantwortlichkeit des Hintermanns aus. Aber wie bei Mittäterschaft und Nebentäterschaft soll auch bei der mittelbaren Täterschaft Tatherrschaft und Verantwortung täterschaftlich unter mehreren Beteiligten teilbar sein.²⁰

3. Normative oder faktische Tatherrschaft

Die Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung im Fall des in einem vermeidbaren Verbotsirrtum handelnden Haupttäters

¹⁶ Siehe Koch JuS 2008, 399, 402.

¹⁷ J. Kretschmer StraFo 2012, 258.

¹⁸ Dazu Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 81.

¹⁹ So Schaffstein NStZ 1989, 153, 155 ff..

²⁰ So B. Heinrich Rn. 1259; Schaffstein NStZ 1989, 153, 155 ff.

ist ein Sonderproblem im großen Rechtskomplex der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht. Aber an diesem Sonderproblem zeigt sich deutlich der Gegensatz zwischen einer faktischen oder einer normativen Betrachtungsweise. Die mittelbare Täterschaft ist von einem Über- und Unterordnungsverhältnis geprägt. Im Gegensatz beruht die Mittäterschaft auf Gleichberechtigung. Und da liegt der Grund, dass die Tatherrschaft bei der Mittäterschaft auf mehrere Mittäter aufteilbar ist. Dagegen verlagert sich die Tatherrschaft bei der mittelbaren Täterschaft strukturell auf den mittelbaren Täter, der Tatherrschaft über den „anderen“ hat. Auf Grund der Regelung des § 26 StGB müssen sich auch Konstruktionen finden, die für den Anstifter tätergleiches Unrecht ergeben. Das spricht gerade für ein enges Verständnis der mittelbaren Täterschaft anhand des Verantwortungsprinzips.²¹ Die unterlegene Stellung des Handelnden gegenüber dem mittelbaren Täter kann auf rechtlichen oder eben auf tatsächlichen Gründen beruhen. Eine normative Betrachtung steht für Rechtssicherheit. Wenn der Haupttäter - wenn auch vermindert - schuldhaft oder eben in einem vermeidbaren Verbotsirrtum handelt, wird er als verantwortlicher Täter abgeurteilt. Er ist dann kein „unfreies“ Werkzeug der mittelbaren Täter. Normativ handelt er freiverantwortlich. Nach diesem Verständnis gibt es in der mittelbaren Täterschaft den sog. „Täter hinter dem Täter“ nicht. Wer volldeliktisch und freiverantwortlich und autonom handelt, kann kein normatives Werkzeug sein. Eine faktische Betrachtung stellt auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ab. Tragweite und Intensität der Einflussnahme, psychologische Steuerung entscheiden als faktische Faktoren. Unbestimmtheit ist die Folge. Und wenn man die mittelbare Täterschaft über die Figur des „Täters hinter dem Täter“ ausdehnt, was bleibt dann noch für tätergleiches Unrecht nach § 26 StGB? Normative oder faktische Tatherrschaft - Rechtssicherheit oder Einfallentscheidung? Was halten Sie für richtig? Und ist das alles wichtig?

Wichtig ist das zum einen im „Katzenkönig-Fall“ selbst.²² Der BGH erwähnt, dass den Hinterleuten bezüglich der heimtückischen Vorgehensweise kein Vorsatz nachzuweisen ist. Wer sich wie der BGH für die

²¹ Siehe Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 62 II. 5. 8.

²² Das zeigt Schaffstein NStZ 1989, 153, 155.

mittelbare Täterschaft entscheidet, hat kein Problem. Der BGH verurteilt die Hinterleute wegen versuchten Mordes – niedrige Beweggründe. Wer sich für Anstiftung entscheidet, muss entscheiden, ob § 28 I oder II StGB im Verhältnis von Mord und Totschlag gilt. Der BGH geht bekanntlich im Verhältnis von Mord und Totschlag von eigenständigen Tatbeständen aus und wendet § 28 I StGB. Da das tatbezogene Mordmerkmal der Heimtücke des Haupttäters nicht unter § 28 StGB fällt, würden sich die Hinterleute allein wegen Anstiftung zum Totschlag strafbar machen. Das eigene Mordmerkmal käme nicht zur Anwendung, da die Rechtsprechung gerade § 28 II StGB nicht anwendet.

IV. Organisationsherrschaft

Wenn der BGH im „Katzenkönig-Fall“ die Rechtsfigur „Täter hinter dem Täter“ als mittelbare Täterschaft anerkennt, scheint das von geringer Bedeutung für die Rechtspraxis. Fallkonstellationen wie in BGHSt. 35, 347 sind eher selten. Aber das erweiterte Verständnis der mittelbaren Täterschaft wirkt sich in der Rechtsprechung des BGH bereits wenige Jahre später und bis heute in der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparats aus.

1. BGHSt. 40, 218

Im Grundsatz liegt keine mittelbare Täterschaft vor, wenn der unmittelbar handelnde Täter sowohl rechtlich als auch tatsächlich als uneingeschränkt verantwortlicher Täter handelt. Das sieht der BGH²³ auch so. Dieses Urteil aus dem Jahr 1994 ist wohl historisch eines der wichtigsten Urteile in der deutschen Rechtsgeschichte. Es geht um die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Regierungsapparates der DDR für vorsätzliche Tötungen von Flüchtlingen durch Grenzsoldaten der DDR. Der BGH aber dann: „Es gibt Fallgruppen, in denen trotz eines uneingeschränkt verantwortlichen handelnden Tatmittlers der Beitrag des Hintermanns nahezu automatisch zu der von diesem Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führt. Solches kann vorliegen, wenn der Hintermann durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte

²³ BGH v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt. 40, 218.

Abläufe auslöst. Derartige Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen kommen insbesondere bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen und bei Befehlshierarchien in Betracht. Handelt in seinem solchen Fall der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er insbesondere auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will der Hintermann den Erfolg als Ergebnis eigenen Handelns, ist er Täter in Form mittelbarer Täterschaft.“ Weiter führt der BGH²⁴ an, dass der Hintermann in Fällen der zu entscheidenden Art auch den umfassenden Willen zur Tatherrschaft habe, wenn er wisse, dass die vom Tatmittler noch zu treffende, aber durch die Rahmenbedingungen vorgegebene Entscheidung gegen das Recht kein Hindernis bei der Verwirklichung des von ihm gewollten Erfolges darstelle. Den Hintermann in solchen Fällen nicht als Täter zu behandeln, würde dem objektiven Gewicht seines Tatbeitrags nicht gerecht, zumal häufig die Verantwortlichkeit mit größerem Abstand zum Tatort nicht ab-, sondern zunehme.

Im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum²⁵ werden folgende Elemente für die Organisationsherrschaft genannt: (1) Anordnungsgewalt innerhalb eines hierarchisch organisierten Machtapparates, (2) Austauschbarkeit der unmittelbar Handelnden („Fungibilität“), (3) Handeln des Machtapparates außerhalb des Rechts. Teilweise²⁶ wird als (4) gefordert eine wesentlich erhöhte, organisationspezifische Tatgeneigtheit des Ausführenden²⁷.

Ob sich die Lösungsansätze – außer in Element 3 - zwischen dem BGH und dem Schrifttum wesentlich²⁸ unterscheiden, bezweifle ich. Der BGH

²⁴ BGH v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt. 40, 218.

²⁵ Siehe mwN: AnwK-StGB/Waßmer, § 25 Rn. 36; Roxin ZIS 2009, 565; ders., ZIS 2006, 293; Rengier § 43 Rn. 62; Koch JuS 2008, 496, 497; Wessels/Beulke/Satzger Rn 783.

²⁶ Siehe Wessels/Beulke/Satzger Rn. 783; dazu Radde JURA 2018, 1210.

²⁷ Dazu Schroeder ZIS 2009, 569; contra Roxin ZIS 2009, 565.

²⁸ So Koch JuS 2008, 496, 497: eigener Weg des BGH; auch Radde JURA 2018, 1210, 1216.

weist in seinem Urteil umfangreich auf Roxin²⁹ und andere Vertreter hin und bezeichnet deren Gedanken als die zutreffenden Abgrenzungskriterien. Vor allem die Austauschbarkeit des Ausführenden lässt sich unter die vom BGH geforderten Organisationsstrukturen einordnen. Das ermöglicht der Rechtspraxis eine kriminalpolitisch geprägte Entscheidung im Rahmen der sehr beliebten Gesamtwertung im Einzelfall. Die Organisationsherrschaft als Gesamtkonzept.³⁰ Wer den Machtapparat beherrscht, beherrscht den unmittelbar handelnden Täter. Das ist das Grundprinzip der Organisationsherrschaft als mittelbare Täterschaft. Wenn der Diktator oder der Mafiaboss wissen, dass ihre verbrecherische Politik und ihre Gesetze und Anordnungen und Befehle automatisch die hierarchische Befehlskette durchlaufen und am Ende zur Ausführung kommen, selbst wenn ein einzelnes Mitglied sich verweigert, haben sie tatsächlich und normativ die Tatherrschaft und strafrechtliche Verantwortung über die konkrete Tat.

2. Exkurs: „Fujimori“

Die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft als Form der mittelbaren Täterschaft findet sich auch im internationalen Recht. In einem in Politik und im Recht Aufsehen erregenden Urteil, das als historisch³¹ bezeichnet wird, wurde 2009 der ehemalige Präsident von Peru Fujimori vom obersten Strafgerichtshof Peru verurteilt.³² Als mittelbarer Täter kraft Willensherrschaft in einem organisatorischen Machtapparat. Grundvoraussetzung ist das Bestehen einer strukturierten hierarchischen Organisation. Das Gericht³³ nennt als funktionale Voraussetzungen und Anforderungen der Organisationsherrschaft: (1) die Befehlsgewalt, (2) die Loslösung der Organisation von der Rechtsordnung, (3) die Austauschbarkeit des unmittelbaren Täters, (4) die erhöhte Tatgeneigtheit des Vollstreckers. Das

²⁹ Siehe auch Roxin ZIS 2009, 565; ders. ZIS 2006, 293; dazu MüKoStGB/Joecks (StGB, 3. Aufl., 2017) § 25 Rn. 138 ff.

³⁰ So Roxin ZIS 2006, 293, 299.

³¹ Bei Ambos ZIS 2009, 552, 564; Roxin ZIS 2009, 565.

³² Dazu das Sonderheft ZIS 2009, Heft 11.

³³ Urteil in Teilen abgedruckt in ZIS 2019, 622 (Rn. 727).

Gericht nimmt einen starken Bezug auf Roxin und erörtert die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft in nationaler und internationaler Rechtsprechung und ebensolcher Literatur. Die Loslösung von der Rechtsordnung könne bei staatlicher Kriminalität in zwei Formen erfolgen: „Erstens, wenn die oberste strategische Ebene des Staates beschließt, sich vollständig vom Recht abzuwenden und ein völlig anders normatives System zu schaffen, das vom internationalen Recht weder anerkannt noch akzeptiert wird, weil es die Begehung von schweren Verbrechen beinhaltet oder verheimlicht. Zweites, wenn sich die oberste strategische Ebene des Staates allmählich von der Rechtsordnung entfernt. D.h. anfänglich nur, um bestimmte Straftaten zu begehen, aber später auf immer häufigere Weise mittels systematischer Handlungen, sowie mittels Aktionen zur Annullierung, Entartung und Ersetzung der verschiedenen Bereiche und Zuständigkeiten der amtlichen und gesetzlichen Kontrollinstanzen des Staates. Diese Modalität erweist sich als die schwerwiegendste, weil sie unter dem Schleier scheinbarer Legitimität erfolgt. Allerdings versucht sie auf heimliche Weise, ein anderes Normensystem als das gesetzlich bestehende zu schaffen, indem sie gerade seine Formen und Strukturen zur Begehung schwerer Straftaten ausnutzt.“ Der Staat als Ganzes muss sich daher nicht vom Recht abgewendet haben – der NS-Staat als Unrechtsstaat. Es genügt nach dieser Ansicht, dass es sich bei dem jenseits der Rechtsordnung handelnden organisatorischen Machtapparat auch um Teilorganisationen handeln kann – Armee, Geheimdienst. Das sagt auch Roxin.³⁴ Der Machtapparat müsse sich nicht in jeder Beziehung vom Recht gelöst haben, sondern als Teilsystem eben nur im Rahmen der von ihm verwirklichten Straftatbestände.

Auch im Völkerstrafrecht ist das Prinzip der Organisationsherrschaft anerkannt. Nach Art. 25 III a) Rom-Statut zum IStGH ist auch derjenige strafrechtlich verantwortlich, wer ein Verbrechen durch einen anderen begeht, gleichviel ob der andere strafrechtlich verantwortlich ist.

3. Organisationsherrschaft in Wirtschaftsunternehmen?

Im Grundsatz findet die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft als

³⁴ ZIS 2006, 293, 298.

Spielart der mittelbaren Täterschaft Anerkennung. Umstritten ist dagegen der Anwendungsbereich. Und das liegt daran, dass der BGH diesen weit zieht: „Eine so verstandene mittelbare Täterschaft wird nicht nur bei Missbrauch staatlicher Machtbefugnisse, sondern auch in Fällen mafia-ähnlich organisierten Verbrechen in Betracht kommen, bei denen der räumliche, zeitliche und hierarchische Abstand zwischen der die Befehle verantwortenden Organisationsspitze und den unmittelbar Handelnden gegen arbeitsteilige Mittäterschaft spricht. Auch das Problem der Verantwortlichkeit beim Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen lässt sich so lösen.“ Sie erkennen die doppelte Erweiterung in der Auslegung der mittelbaren Täterschaft durch den BGH. Zum einen nimmt der BGH eine mittelbare Täterschaft auch an, wenn der „andere“ als menschliches Werkzeug vollverantwortlich handelt – „Täter hinter dem Täter“ in Form der Organisationsherrschaft. Zum anderen wendet der BGH diese Rechtskonstruktion auch an, um in legalen Wirtschaftsunternehmen die strafrechtliche Verantwortung auf die Leitungsebene eines Unternehmens auf eine höhere Hierarchieebene zu verlagern.

Und das ist derzeit ständige Rechtsprechung und prägt die jetzige Rechtspraxis. Beispielhaft noch einmal der BGH:³⁵ „Die Rechtsprechung hat bestimmte Formen der mittelbaren Täterschaft unter den Begriff des Organisationsdelikts erfasst (...). In diesen Fällen nutzt ein Hintermann staatliche, unternehmerische und geschäftsähnliche Organisationsstrukturen aus, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Tatabläufe auslöst. Handelt der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will er den Erfolg als Ergebnis seines Handelns, hat er die Tatherrschaft und ist mittelbarer Täter. Eine so verstandene mittelbare Täterschaft kommt in Fällen in Betracht, in denen der räumliche, zeitliche und hierarchische Abstand zwischen der die Befehle verantwortenden Organisationsspitze und den unmittelbar Handelnden gegen arbeitsteilige Mittäterschaft spricht.“

Ob sich das Problem der Verantwortlichkeit beim Betrieb wirtschaft-

³⁵ BGH v. 2.11.2007 – 2 StR 384/07, NStZ 2008, 89.

licher Unternehmen wirklich „so“ lösen lässt, ist mehr als fraglich. Im Unterschied zu Unrechtsregimen und Diktaturen und zur Mafia und anderen Gruppierungen der Organisierten Kriminalität oder in Terrororganisationen stehen und wirken Wirtschaftsunternehmen und ihre Mitarbeiter im Rahmen der Rechtsordnung. Das Element (3): Handeln des Machtapparats außerhalb des Rechts wird überwiegend³⁶ als zwingend notwendig für die Organisationsherrschaft angesehen. Nur innerhalb einer rechtsgelösten Organisation kann von einem Automatismus der Tatbegehung ausgegangen werden. Basis der Organisationsherrschaft sind die Organisationsstrukturen in einem staatlichen Machtapparat oder der Mafia, die bei Austauschbarkeit der Einzelnen automatische Geschehensabläufe garantieren. Der tragende Gedanke der Organisationsherrschaft ist, wer die Organisation beherrscht, beherrscht auch das Mitglied der Organisation. Wer den organisatorischen Apparat beherrscht, beherrscht als Teil des Apparates auch den konkret handelnden Tatmittler. Der mittelbare Täter übt Herrschaft über den Apparat und seine Struktur aus. In diese Organisation und Struktur ist der unmittelbare Täter als Werkzeug zwangsweise eingegliedert. Es sind typischerweise Anpassung und Angst, ohne das Maß der Nötigungsherrschaft zu erreichen, die innerhalb solcher staatlichen oder kriminellen Unrechtsregime zur Ausführung der verbrecherischen Politik führen – Tatherrschaft durch Angst und Willkür und Anpassung. Der Einzelne ordnet sich unter und gehorcht aus Angst vor der Sanktion. Und diese Sanktionen in unrechts-staatlichen oder kriminellen Unrechtsregimen stehen ihrerseits außerhalb des Rechts – es herrscht Rechtsunsicherheit und Willkür. Die Rechtsgelöstheit zeigt sich auch darin, dass der Ausführende darauf vertraut, dass er für sein kriminelles Handeln nicht bestraft wird. Diese Straflosigkeit ist Element der Rechtsgelöstheit der Organisation. Rechtsunsicherheit und Willkür sind

³⁶ AnwK-StGB/Waßmer § 25 Rn. 39; Koch JuS 2008, 496, 498; Kudlich/Oglakcioglu, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 110; Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 73c; Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Aufl. 2017/J. Kaspar, § 25 Rn. 39 ff.; MüKoStGB/Joecks § 25 Rn. 153 ff.; Radde JURA 2018, 1210, 1223; Rengier § 43 Rn. 69; Roxin ZIS 2006, 293, 298; Sch./Sch./Heine/Weißer (StGB 30. Aufl., 2019) § 25 Rn. 30; Wessels/Beulke/Satzger Rn. 783.

die Bedingungen der Organisationsherrschaft. Die inhaltlichen Anforderungen an die Organisationsstruktur erscheinen in Gesamtheit unbestimmt.³⁷ Das erlaubt eine weite Gesamtbetrachtung anhand des konkreten Einzelfalls. So formuliert der BGH:³⁸ „ ... ist deshalb bei der Prüfung, ob der Hintermann mittelbarer Täter ist, auf das Kriterium der vom Täterwillen getragenen Tatherrschaft abzustellen. Ob sie vorliegt, richtet sich nicht nach starren Regeln, sondern kann nur je nach der konkreten Fallgestaltung im Einzelfall wertend ermittelt werden.“ Dieses Kriterium in der Rechtsprechung ist stets ein Moment der Unbestimmtheit, da es kriminalpolitische Erwägungen in die Auslegung einfließen lässt.

Aber was erwarten wir von einem Mitarbeiter eines Wirtschaftsunternehmens wie Siemens oder VW oder Koc, wenn die Unternehmenspolitik von oben auf wirtschaftskriminellem Handeln beruht? Wenn der Vorstand eines Wirtschaftsunternehmens die Geschäftspolitik der Korruption oder der Verletzung von Umweltvorschriften – Diesellaufäre bei VW - initiiert und fördert und duldet und belohnt, erwarten wir in einem liberalen Rechtsstaat von einer Mitarbeiterin und einem Mitarbeiter, dass er die Mitwirkung an wirtschaftskriminellen Handeln verweigert und intern oder extern anzeigt. Und das Recht, der Rechtsstaat, die Rechtsordnung – das Gegenteil von Rechtsunsicherheit und Willkür - , vor allem das Arbeitsrecht schützen die Mitarbeiter gegenüber ungerechtfertigten Kündigungen oder sonstigen arbeitsrechtlichen Sanktionen. Ein funktionierendes und vorgelebtes Compliance-Management beugt dem Begehen wirtschaftskrimineller Handlungen vor. Ein solches Compliance-Management³⁹ ist das Argument gegen die Organisationsstrukturen der Organisationsherrschaft. Diese normative Wertung findet sich vergleichbar auch in § 11 des deutschen SoldatenG. In der Bundeswehr ist nicht „blinder“ Gehorsam das Prinzip. Der Soldat ist Bürger in Uniform. Ungehorsam liegt nach § 11 nicht vor, wenn ein Befehl nicht befolgt wird, der die Menschenwürde verletzt oder nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist. Und ein Befehl darf nicht befolgt werden, wenn dadurch eine Straftat begangen würde. Das zeigt, dass in Institutionen, die sich vom

³⁷ Siehe Herzberg ZIS 2009, 576, 577.

³⁸ BGH v. 15.9.1988 – 4 StR 353/88, BGHSt. 35, 347.

³⁹ Dazu Karen Klein ZtdR 2019, 159.

Recht leiten lassen und eben nicht außerhalb der Rechtsordnung agieren, die für die Organisationsherrschaft geforderten Organisationsstrukturen nicht vorherrschen. Dem einzelnen Soldaten in der – deutschen - Armee und dem einzelnen Mitarbeiter in einem Wirtschaftsunternehmen wird in einem funktionierenden demokratischen Rechtsstaat Eigenverantwortung und kritisches Mitbewusstsein abverlangt. Nicht Anpassung und Angst.

4. Alternativlösungen

Wer die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft als mittelbare Täterschaft gänzlich ablehnt bzw. ihre Anwendung auf legale Wirtschaftsunternehmen verneint, sucht nach strafrechtlichen Alternativen. Und findet diese. In BGHSt. 40, 218 – Tötung an der DDR-Grenze in mittelbarer Täterschaft – hatte das Landgericht als Vorinstanz noch Anstiftung nach § 26 StGB angenommen und die Staatsanwaltschaft sprach sich für Mittäterschaft aus. Das zeigt: Alles ist rechtlich vertretbar und möglich.

In Betracht kommt ein mittäterschaftliches Zusammenwirken (§ 25 II StGB) zwischen der Leitung und den Untergebenen in einem hierarchisch organisierten Machtapparat.⁴⁰ Der gemeinsame Tatentschluss liegt in der gemeinsamen Zugehörigkeit zu der Organisation. Neben einer horizontalen Mittäterschaft ist in diesem Zusammenhang die Rede von einer vertikalen Mittäterschaft.⁴¹ Die koordinierte Zusammenarbeit zur Erreichung eines deliktischen Ziels steht im Vordergrund. Das Bewusstsein der Leitenden und Ausführenden, dass eine bestimmte Tat entsprechend den Weisungen der Leitung vorgenommen werden soll, begründe die Gemeinsamkeit des Tatentschlusses.⁴² Jedoch ist die wechselseitige Zurechnung nach § 25 II StGB Ausdruck einer gleichrangigen Tatverantwortlichkeit.⁴³ Das stete Argument⁴⁴ gegen die Mittäterschaft ist das Fehlen der

⁴⁰ So Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 62 II. 8.

⁴¹ So MüKoStGB/Joecks § 25 Rn. 232.

⁴² So Jescheck/Weigend § 62 II. 8.

⁴³ Siehe Radde JURA 2018, 1210, 1219.

⁴⁴ So schon immer Roxin ZIS 2009, 565, 566.

gleichrangigen Qualität arbeitsteiliger Tatbeiträge. Ein gemeinsamer Tattentschluss liege nicht vor.⁴⁵ Diktator oder Mafiaboss und der ausführende Befehlsempfänger sind keine gleichrangigen Beteiligten. Weitere Alternative: Der anweisende Haupttäter wird als Anstifter gemäß § 26 StGB angesehen.⁴⁶ Die Anstiftung als Hervorrufen eines konkreten Tattentschlusses beim Haupttäter ist im „Katzenkönig-Fall“ kein Problem. Innerhalb zentral und vertikal organisierter Organisationen und Machtapparaten lässt sich eine konkrete Anstiftungshandlung tatsächlich oftmals nur schwer konkret nachweisen. Und so löst die Lösung des BGH – Organisationsherrschaft – kriminalpolitisch auch ein Beweisproblem in der Strafrechtspraxis. Aber ein rechtspraktisches Beweisproblem darf die dogmatische Auslegung nicht steuern. Der stete Einwand gegen die Anstiftungslösung ist, dass es nicht überzeugend sei, dem Hintermann in den Fällen der Organisationsherrschaft eine Nebenrolle als bloße Randfigur zuzuweisen.⁴⁷ Der Organisationslenker sei die Zentralfigur des Geschehens – „Schreibtischtäter“.⁴⁸ Es wird als ungerecht angesehen, den Hintermann „nur“ als Anstifter zu bestrafen. Aber: Der Anstifter wird nach § 26 StGB „gleich“ einem Täter bestraft. Was heißt das? Das bedeutet, dass für den Anstifter der tätergleiche Strafrahmen gilt. Dem Anstifter wird tätergleiches Unrecht vorgeworfen. Die höhere tatsächliche und rechtliche Verantwortung des die Organisation beherrschenden Hintermanns – Diktator, Mafiaboss, Vorstandschef - kann so in der Strafzumessung berücksichtigt werden. Ohne den Anstifter hätte es die Haupttat nicht gegeben. Und das entspricht den Gedanken Roxins:⁴⁹ „Ohne die Leute an der Spitze des Apparates wären die Verbrechen nicht möglich. Sie wären aber auch nicht möglich, wenn nicht die Staatsspitzen willige Exekutoren fänden, die sich als Schergen zur Verfügung stellen. Die Anordnenden und die Ausführenden sind gleichermaßen zentrale Faktoren bei der erfolgreichen Durchführung von Systemverbrechen.“ Die zentrale

⁴⁵ So Roxin ZIS 2006, 293, 294.

⁴⁶ So Herzberg ZIS 2009, 576.

⁴⁷ Siehe B. Heinrich Rn. 1257; Radde JURA 2018, 1210, 1219.

⁴⁸ So Roxin ZIS 2009, 565, 566.

⁴⁹ Roxin ZIS 2009, 565, 566.

Rolle des Anstifters wird normativ aber gerade in § 26 StGB und dem tätergleichen Strafraumen deutlich.

Das alles klingt rechtswissenschaftlich abstrakt und theoretisch: Organisationsherrschaft, „Täter hinter dem Täter“, Verantwortungsprinzip. Der nationale und internationale strafrechtliche Praxisbezug ist mit den Rechtsfragen aufgezeigt, wie die Rechtsfigur bei Staatsverbrechen angewendet wird und wie wirtschaftskriminelles Verhalten von Mitarbeitern in einem Unternehmen nach oben der Ebene der Unternehmensleitung zugerechnet werden kann. Nach welcher Regel der Täterschaft und Teilnahme muss sich der Vorstand oder ein Geschäftsführer das wirtschaftskriminelle Handeln seiner Mitarbeiter zurechnen lassen?

V. Letzte Worte

Alleintäter, mittelbarer Täter, Mittäter, Anstifter, Beihilfe: Diese Rechtsfiguren der Täterschaft und Teilnahme dienen der strafrechtlichen Bewältigung von „normaler“ Alltagskriminalität individueller Täter. Zurechnungsprobleme ergeben sich in der sog. Makrokriminalität. Bei Staatsverbrechen, Mafiaorganisationen, Terrorgruppen oder eben auch in Wirtschaftsunternehmen. In den letzten Jahrzehnten haben sich der Blick der Strafrechtswissenschaft und auch der Blick der deutschen und der internationalen Strafrechtspraxis auf die strafrechtliche Verantwortung des unternehmerischen Leitungspersonals und der staatlichen oder verbrecherischen Führungsebene gerichtet. Es gilt die Frage zu beantworten, wie einem Diktator, dem Mafiaboss, dem Anführer einer Terrororganisation oder eben dem Vorstand einer Aktiengesellschaft das kriminelle Handeln der untergebenen Ausführenden nach den Regeln der Täterschaft und Teilnahme zugerechnet werden kann. Meine Antwort lautet: Nach den Regeln der Anstiftung - § 26 StGB. Und wo diese nicht vorliegen, bleibt nur die Beihilfe. Das mag rechts- und kriminalpolitisch nicht gefallen. Das mag dann in der Strafrechtspraxis und in der Strafrechtswissenschaft – bei Rechtsgelöstheit des Systems - zu einer Ausweitung der mittelbaren Täterschaft durch Organisationsherrschaft führen. Im normativen System der Täterschaft und Teilnahme führt meine Lösung zu einer bestimmten Abgrenzung der einzelnen Formen der Beteiligung.

Und Bestimmtheit und Rechtssicherheit sind Werte an sich in einem Rechtsstaat.

Dem hier besprochenen Thema wird gewiss auch in Zukunft auf deutscher, türkischer und internationaler Ebene in der Strafrechtspraxis und in der Strafrechtswissenschaft große Bedeutung zukommen. Das Thema war und bleibt und wird spannend.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Urteil des BGH v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88 oder eben der „Katzenkönig-Fall“ ist mein Lieblingsfall im Strafrecht. Die Täter überzeugen eine andere Person davon, dass der „Katzenkönig“ existiert und ein Menschenopfer fordert. Ansonsten würde der „Katzenkönig“ viele Menschen töten. Im Glauben an den „Katzenkönig“ versucht die andere Person, einen anderen Menschen zu töten.

BGHSt. 35, 347 beschäftigt sich mit zwei strafrechtlichen Rechtsfragen.

Erstens geht es darum, ob der die Tat ausführende Täter auf Grund seines Irrtums privilegiert werden kann: Er versucht einen Menschen zu töten, um viele Menschen vor dem „Katzenkönig“ zu retten. Der BGH behandelt dieses Irrtum als einen vermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 StGB. Es liegt aber ein abergläubischer Irrtum vor. Dieser steht außerhalb der Rechtsordnung. Der Glaube an den „Katzenkönig“ ist Aberglaube und Mystik. Er kann und darf nicht als strafrechtlich relevanter Irrtum behandelt werden.

Die zweite große Rechtsfrage ist, wie sich die Personen strafbar machen, die den Ausführenden beeinflusst haben. „Mittelbarer Täter ist der, der die Tat durch einen anderen begeht“ – so § 25 I 2. Alt. StGB. Im Grundsatz liegt mittelbare Täterschaft vor, wenn der „andere“, das sog. menschliche Werkzeug, seinerseits straflos bleibt, weil er objektiv oder subjektiv tatbestandslos, rechtmäßig oder schuldlos handelt. Umstritten sind jedoch die Fallkonstellationen, in denen der „andere“ ein solches Strafbarkeitsdefizit nicht aufweist, er also volldeliktisch handelt. Diese Rechtsfigur ist eng mit Roxin verbunden. Er spricht von einem „Täter hinter dem Täter“. Es geht um die Organisationsherrschaft als Form der mittelbaren Täterschaft. Wer die Struktur und die Abläufe der Organisation beherrscht, beherrscht auch den Handelnden. Der Einzelne ist in einem Unrechtsregime oder in der Mafia austauschbar. Diese Rechtsfigur wendet der BGH in ständiger Rechtsprechung auf die strafrechtliche Behandlung von Regierungskriminalität und krimineller Organisationen an. Aber der BGH macht das auch für die strafrechtliche Verantwortung von führenden Personen wie den Vorstand oder einen Geschäftsführer in einem Wirtschaftsunternehmen. Aber im Unterschied zu einem Unrechtsregime oder einer Mafia-Organisation handeln Wirtschaftsunternehmen im Rahmen des Rechts. Der Mitarbeiter eines Unternehmens kann und muss sich weigern, eine wirtschaftskriminelle Anweisung des Vorstandes zu erfüllen. Die Rechtsordnung schützt ihn. Alternativ kommen die

Mittäterschaft oder die Anstiftung oder die Beihilfe in Betracht. Bei diesem Rechtsproblem der mittelbaren Täterschaft und der Organisationsherrschaft zeigt sich sehr schön, wie theoretische Rechtsfragen die Rechtspraxis beeinflussen.

Die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft hat auch international Anerkennung erfahren. So findet sie sich im Völkerstrafrecht.

Der BGH bejaht im „Katzenkönig-Fall“ die mittelbare Täterschaft der Hinterleute, weil sie faktisch den Irrtum beim Handelnden bewirkt haben. Dieser andere handelt aber trotz seines Irrtums frei verantwortlich. Er kann normativ kein menschliches Werkzeug im Sinn der mittelbaren Täterschaft sein. Meine Lösung ist im „Katzenkönig-Fall“ die Anstiftung nach § 26 StGB.

ÖZET

BGH'nın 15.9.1988 – 4 StR 352/88 kararı veya kısaca „Kedi Kral Davası“ ceza hukukunda en sevdiğim karardır. Failler, üçüncü bir kişiyi „Kedi kral“ın var olduğuna ve bir insanın kurban edilmesini istediğine ikna etmektedir. Aksi takdirde, bu „kedi kral“ birçok insanı öldürecektir. Üçüncü kişi „kedi kral“a inanarak, bir başka kişiyi öldürmeye teşebbüs etmektedir.

BGHSt. 35, 347 kararı iki ceza hukuku sorusu ile ilgilenmektedir.

İlk soru, birçok kişiyi “kedi kral”dan kurtarmak için bir başkasını öldürmeye teşebbüs ederek suç hareketini gerçekleştiren failin düştüğü bu hatadan yararlanıp yararlanamayacağıdır. BGH bu hatayı, StGB m. 17 uyarınca kaçınılabilir yasak hatası olarak ele almıştır. Ancak burada batıl inanca dayalı bir hata söz konusudur. Bu ise hukuk düzeni dışında yer almaktadır. “Kedi Kral”a yönelik bu inanç, batıl ve mistiktir. Bu inanç, ceza hukuku bakımından önem verilen bir hata olarak değerlendirilemez ve değerlendirilmemelidir.

İkinci önemli hukuk sorusu, hareketi gerçekleştireni etkilemiş olan kişilerin nasıl cezalandırılacağıdır. StGB m. 25/1 uyarınca, “Dolaylı Fail, bir suçu başka biri vasıtasıyla gerçekleştiren kişidir.” Kural olarak araç olarak kullanılan “diğer kişinin”, suçun maddi veya manevi unsurlarının bulunmaması, hukuka uygun veya kusursuz hareket etmesi nedenleriyle ceza almadığında dolaylı faillik söz konusudur. Ancak kararda „diğer kişinin” cezai sorumluluğunu kaldıran belirtilen unsurlar bulunmadığı ve kişi tam cezai sorumluluğu ile değerlendirildiği için, kararın gerekçesi tartışmalıdır. Bu hukuki kavram, “Failin arkasındaki fail”den bahseden Roxin ile sıkı sıkıya bağlıdır. Dolaylı failliğin bir türü olarak „Organisationsherrschaft” örgüt organizasyonuna bağlı hakimiyet ile ilgilidir. Organizasyonun yapısı ve işleyişini yöneten, organizasyondakileri de yönetir. Hareketi gerçekleştiren kişi, hukuka aykırı bir örgüt veya mafya organizasyonunda ikame edilebilir. BGH bu hukuki kavramı, kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen suçlar ve örgütlü suçluluğa ilişkin kararlarında istikrarlı olarak uygulamaktadır. Ancak BGH, arka plandaki kişiyi de tıpkı ticari işletmedeki yönetim kurulu yahut yönetici gibi sorumlu tutmaktadır. Fakat hukuka aykırı bir örgütten veya mafya yapılanmasından farklı olarak ticari işletmeler hukuk sistemi içinde faaliyet göstermektedir. Bir işletmenin çalışanı, yönetim kurulunun ekonomik suç teşkil eden talimatlarını yerine getirmekten kaçınılabilir ve kaçınmak zorundadır. Bu takdirde hukuk düzeni bu kaçınan kişiyi korumaktadır. Dolaylı

failliğe ek olarak müşterek faillik, azmettirme veya yardım etme de gündeme gelmektedir. Dolaylı faillik ve örgüt organizasyonuna bağlı hâkimiyet ile ilgili hukuki sorun, kuramsal hukuki sorunların uygulamayı nasıl etkilediğini çok güzel göstermektedir.

Örgüt organizasyonuna bağlı hâkimiyet kavramı uluslararası bir tanınırlık kazanmıştır. Bu şekilde uluslararası ceza hukukunda yer bulmuştur.

BGH, “Kedi Kralı Davası”nda hareketi gerçekleştiren kişinin hataya düşmesine neden oldukları için arka plandakilerin dolaylı failliğini kabul etmiştir. Hareketi gerçekleştiren kişi hatasına rağmen münhasıran sorumludur. Bu kişi normatif anlamda dolaylı faillikte araç olarak kullanılan kişi olamaz. Kanaatimce “Kedi Kral Davası”nda StGB m.26 uyarınca azmettirme söz konusudur.

ÇEVRECI DÜŞÜNCE VE ÇEVRE HUKUKU İÇİN RADİKAL
BİR KILAVUZ:
ARNE NAESS'İN DERİN EKOLOJİ YAKLAŞIMI

EINE RADIKALE LEITLINIE FÜR ÖKOLOGISCHES DENKEN
UND UMWELTRECHT:
DER TIEFENÖKOLOGISCHE ANSATZ VON ARNE NAESS

Dr. Engin ARIKAN*

ÖZ

Doğa, düşünce tarihinin başından itibaren filozofların üstünde durduğu bir konu olmuştur. Tıpkı diğer düşünce biçimleri gibi çevrecilik de çatısı altında birçok özgün kuramı barındırmaktadır. Arne Naess, çevreci düşüncede "derin ekoloji" yaklaşımını temsil etmektedir. Derin ekoloji, ekolojik sorunların temelinde insan merkezli modern düşünce sisteminin yer aldığı ifade etmiştir. Bu kapsamda derin ekoloji, insan merkezli düşünce sistemi yerine doğa merkezli yeni bir düşünce sistemini önermiştir. Naess kuramında doğanın insanın kendisini gerçekleştirme sürecindeki rolüne ve modern toplumların doğaya olan bakışının yanlışlığına dikkat çekmiştir. Yazara göre doğanın araçsal değil, içkin bir değeri vardır ve insanın gerçek anlamda gerçekleştirebilmesi için doğa ile buna uygun bir ilişki kurması gerekmektedir. Bu düşünce sistemi çevreci düşünce ve çevre hukuku açısından önemli ve yeni bir çıkış noktası sağlamaktadır. Günümüz çevreci düşünce ve çevreci hukuk her ne kadar belli ilerlemeler ve korumalar sağlasa da yaklaşan yıkıma tam manasıyla bir çözüm getirememiştir. Bu yaklaşım, süregelen başarısızlığın sebepleri ve gerekli çözümlere dair özgün önerilerde bulunmakta ve pasif direniş stratejisi ile toplumsal değişimi gerçekleştirmeyi hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Çevrecilik, doğanın içkin değeri, doğa ve kendini gerçekleştirme, sığ ekoloji, derin ekoloji, pasif direniş

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (arikan@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-4264-706X.

**A RADICAL GUIDE TO ENVIRONMENTALIST THOUGHT AND
ENVIRONMENTAL LAW:
ARNE NAESS' DEEP ECOLOGY APPROACH**

ABSTRACT

Nature has been a topic which philosophers dwelled upon since the beginning of history of thought. Environmentalism has also many authentic theories under its roof, as other intellectual approaches have. Arne Naess represents "deep ecology" approach in environmentalist thought. Deep ecology has expressed that the core of the ecological problems rests on human-based modern thinking system. In this context, deep ecology has suggested a new nature-based thinking system instead. Naess, in his theory, draws attention to the role of nature in self-realization of men and wrongness of modern societies in their regard to nature. According to the author, nature has an intrinsic, not instrumental value, and it is necessary for human beings to establish a proper relationship with nature for self-realization in a real sense. This philosophy provides an important and a new starting point for environmentalist thinking and environmentalist law. Although today's environmental thinking and environmental law provide certain progress and protection, it has not been able to fully solve the impending destruction. This approach makes original suggestions about the reasons of the ongoing failure and the necessary solutions and aims to realize social change through passive resistance.

Keywords: *Environmentalism, intrinsic value of nature, nature and self-realization, shallow ecology, deep ecology, passive resistance*

GİRİŞ

Doğa, düşünce tarihinin başından itibaren filozofların üstünde durduğu bir konu olmuştur. Varlığın özünün ne olduğu, doğanın neyden meydana geldiği, insanın buradaki yeri ve amacının ne olduğu soruları çoğu filozofun olduğu kadar pek çok sıradan insanın da hayatlarının belli dönemlerinde aklını meşgul etmiştir. Doğa her zaman düşünmenin merkezinde olmasa da bu sürecin bir kısmında kaçınılmaz olarak yer almıştır.

Modernizmin gelişimi ve çağımızın hayat tarzını belirlemesi, toplumsal yaşantıda ve ideolojilerde ciddi değişiklikler yaratmıştır. Doğa da bu değişikliklerden ciddi bir şekilde payını almıştır. İnsan nüfusunun ve tüketiminin yükselmesi, teknoloji ve endüstriyellemenin gelişmesi, kapitalizmin küresel boyutta büyümesi, insanların dünya üzerinde dokunmadığı alanları daraltmış, kirliliği arttırmış ve sayısız canlı türünün yaşamlarını ve yaşam alanlarını baskılamıştır. Bu sorunlar belli bir süre modernizmin getirilerinin sağladığı refah ve güç nedeniyle pek ciddiye alınmasa da artan problemler çevrenin de düşünsel ve siyasi tartışmanın bir parçası olmasına neden olmuştur.

Çevrecilik, esas çalışma alanını çevre sorunlarının nedenlerini tespit etmek ve bunlara çözüm bulmak olarak belirleyen bir düşünsel ve siyasi yaklaşımdır. Pek tabii ki liberalizm, feminizm, sosyalizm gibi akımlar gibi çevreciliğin de kesin bir tanımını veya bir özellikler listesini sunmak zordur. Tıpkı diğer düşünce biçimleri gibi çevrecilik de çatısı altında birçok özgün kuramı barındırmaktadır. Çevreciliğin anlaşılması için bu kuramların özel olarak incelenmesi belirlilik ve somutluk açısından daha faydalı bir yol olacaktır.

Bu çalışmada ele alınacak düşünür olan Arne Naess, çevreci düşüncede “derin ekoloji” yaklaşımını temsil etmektedir. Bu yaklaşımın çevreci düşüncenin belki de halen en güçlü özgün kolu olduğu söylenebilir. Arne Naess’in çalışmaları çevreciliği diğer ideoloji ve ahlak yaklaşımlarından ayrı bir düşünce biçimi olarak geliştirmiş ve kendisinden sonra gelen düşünürler için de bir güçlü bir taban sağlamıştır. Arne Naess’in argümanları bugün birçok çevreci örgüt tarafından benimsenmiştir; siyasi tartışma ve taleplerde aktif bir şekilde kullanılmaktadır.

Bu çalışmada ilk önce, Arne Naess'in kariyeri ve kuramsal pozisyonu sunulacaktır (I.). İkinci olarak, düşünürün kuramında merkezi bir öge olan "kendini gerçekleştirme" düşüncesi ve doğanın bu süreçteki değerinin ne olduğu açıklanacaktır (II.). Üçüncü olarak Naess'in ortaya koyduğu "sığ ekoloji" ve "derin ekoloji" ayrımı incelenecektir (III.). Dördüncü olarak, bu analizin sonucunda elde edilen çıkarımlara bakılacaktır (IV.). Beşinci ve son olarak da bu yaklaşım hukuk bağlamında analiz edilecektir (V.).

I. Kariyeri ve Kuramsal Pozisyonu

Arne Naess 1912'de Norveç, Oslo'da zengin bir ailenin dördüncü çocuğu olarak doğmuştur. Gençliğinde dağcılığa ve bilimsel faaliyetlere ilgi duyan yazar Oslo Üniversitesi'nde matematik, astronomi ve felsefe eğitimi almıştır. Daha sonra Paris ve Viyana'ya ziyaretlerde bulunan Naess bu şehirlerde Fransız düşünür Bergson'un dil felsefesi ve "Viyana Çevresi" grubunun mantıksal pozitivizm düşüncelerinden etkilenmiştir. 1936'da doktora tezi olan "*Erkenntnis und Wissenschaftliches Verhalten*" eserini tamamlamıştır. Naess tezini tamamladıktan sonra kırsal alanda bir kulübe kurar ve "*Tvergastein*" adını verdiği bu kulübede kendi günlük yaşantısını sürdürebilecek ekipmanlar yerleştirir. Çalışmalarına 1937 ve 1938 yıllarında Amerika Birleşik Devletleri'nde devam eden Naess, daha sonra 1939'da ülkesine Oslo Üniversitesi'deki felsefe bölümünün başkanı olarak geri dönmüştür.¹

İkinci Dünya Savaşı'nın başlaması ve Almanya'nın 1940'ta Norveç'i işgal etmesi sonucunda Oslo Üniversitesi kapanmıştır. Naess savaş sırasında direniş gruplarında aktif olarak görev almıştır. Yazar bu dönemde Mahatma Gandhi'nin şiddet karşıtı pasif direniş yaklaşımına büyük ilgi duymuştur. Naess her ne kadar Nazi Almanyası ile mücadele sırasındaki koşulların bu yaklaşımın kullanılmasına imkân vermediğini kabul etse de savaştan sonra Nazi Almanyası işbirlikçilerine karşı rövanşizme karşı çıkmıştır. Yazar, işbirlikçiler ile kurbanların akrabaları arasındaki barışmanın ve affın gerçekleşmesi için görüşmelerin yapılmasını sağlamıştır. 1950

¹ Harold Glaser, "Series Editor's Introduction", *The Selected Works of Arne Naess*, Editörler: Harold Glaser / Alan Drengson, Springer Publishing, Amsterdam, 2005, ss. xxvi-xxxii.

sonrasında Naess çalışmalarını semantik ve septisizm alanlarına kaydırmıştır. Yazar 1969'da emekli olmuş ve kulübesine çekilerek tamamen çevre felsefesine yoğunlaşmıştır. Naess ilk büyük çevreci eylemini 1970'te Norveç'te Mardalsfossen fiyortuna yapılacak barajın inşaat alanındaki kayalıklara kendini zincirleyerek gerçekleştirmiştir. Bu eylem her ne kadar barajın inşasını durdurmasa da Norveç'teki çevreci farkındalığı arttırmıştır. *"Ecology, Community, and Lifestyle: Outline on an Ecosophy"* 1976'da çevreci düşünce alanında yazdığı temel eserdir. Naess, 1996'da İsveç Akademisi Nordik Ödülünü almıştır; 2005'te de Aziz Olav Norveç Kraliyet nişanına layık görülmüştür. 2002'de Naess'in hayat felsefesini ele alan *"Life's Philosophy"* yayınlanmıştır. Son olarak 2005'te *"Selected Works of Arne Naess"*, düşünürün tüm eserlerini on ciltte toplamıştır. Yazar 2009'da doksan yedi yaşında hayatını kaybetmiştir.²

Arne Naess, çevreci düşüncede "derin ekoloji" yaklaşımını temsil etmektedir. Naess, kendi yaklaşımı ile "sığ ekoloji" yaklaşımı arasında bir kontrast oluşturur. Yazara göre "sığ ekoloji" yaklaşımı mevcut çevre sorunlarının basit reformlarla insan yararına uygun şekilde idare edilebileceği düşüncesini temsil eder. Naess ise çevreci düşüncenin "derinlere" inerek çevre krizinin temelindeki düşünsel ve toplumsal dinamiklerin ortaya çıkarması ve kökten farklı bir yön çizmesi gerektiğini savunur.

Çevreye dair analizler her ne kadar düşünce dünyasında belli bir seviye ve hacimde yer bulsa da geleneksel yaklaşım doğayı insana sağladığı fayda veya sunduğu imkânlar bağlamında ele almış, çevre sorunlarına da bu bakış açısından çözümler öne sürmüştür. Naess ise doğaya insanlara sağladığı faydadan bağımsız bir değer vermesi ve insanların kendi hayatlarını doğa bağlamında tekrar değerlendirmesini önermesi açısından çevreci düşünceye oldukça orijinal bir çizgi getirmiştir. Naess'in yaptığı tespit ve vurguladığı değerler kendisinden sonra gelen düşünür ve toplumsal hareketleri de ciddi şekilde etkilemiştir.

² David Rothenberg, "Arne Naess", *Encyclopedia of Environmental Ethics and Philosophy - Volume II*, Editörler: J. Baird Callicott / Robert Frodeman, MacMillan Publishing, New York, 2008, ss. 79-80.

II. İnsanın Kendini Gerçekleştirilmesi ve Doğa

Naess'in kuramındaki ana tema, mevcut yaşam ve düşünce tarzının insan ile doğa arasındaki ilişkinin hakkını veremiyor oluşudur. Doğa günümüz toplumlarında ancak insana sundukları ile değerlendirilmekte ve çevre sorunları da ancak bu kapsamda ele alınmaktadır. Düşünce tarihine de bakıldığında buna paralel bir durum söz konusudur: değer felsefesi ve ahlak felsefesi tarihinin esas çalışma alanı nihayetinde *insanın* değeri olmuştur. Bu yaklaşımlar insanın hissedebilme veya akıl yürütme kapasitesinden hareketle insana değer atfetmiştir. En azından dar anlamıyla akıl yürütme kapasitesi sadece insanlara mahsus olduğundan insanların belli muamelelere maruz bırakılmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. İnsanların bu yüceltilmesi göreceli olarak diğer varlıkların değersizleştirilmesine ve bu yüksek varlık için araçsallaştırılmasına yol açmıştır. Hissedebilme kapasitesi de her ne kadar insan dışındaki birçok canlıda mevcut olsa da bu yaklaşımdan da esas olarak insanlar yararlanmış ve insandışı yaşam formları bu değer kategorisinden dışlanmışlardır. Söz konusu yaklaşımlar ister istemez değer öznesi ile diğerleri arasında belli sınırlar çekmekte ve bu sınırın içinde kalana farklı bir değer atfetmektedir. İnsan merkeziliğe sadece insan içkin değere layık ve sahipken doğanın geri kalanı ancak insan için araçsal bir değere sahip olabilir³.

Arne Naess'in düşüncesinin temelinde de ilk etapta insanın "Kendini Gerçekleştirilmesi-Kendisinin Farkına Varması" (*Self-Realisation*) düşüncesi vardır. Bu düşüncede kişi, gerçek "kendisini" gerçekleştirebilmek için içinde bulunduğu doğa ile olan ilişkisinin farkına varmalıdır. Bir kimse doğada bulunduğu zaman doğanın salt mekanik, cansız ve boş olmadığını; tam tersine hareketli, canlı ve yaratıcı olduğunu tecrübe eder. Doğada yaşam sürekli olarak devinmektedir ve tüm canlılar bir bütün olarak bu süreçte yer almaktadır. İnsan da bunun bir parçasıdır. Naess'e göre kişi kendi duygu, bilinç ve değerlerini doğadaki tecrübeleri ile gerçekleştirebilir ve bunların farkına varabilir. Ancak bunu yapması için öncelikle doğanın mütevazı bir parçası olduğunu görmesi gerekir. Örneğin

³ Bilge Kağan Şakacı, "Değer Kavramı Ekseninde Derin Ekoloji Yaklaşımının Çözümlemesi", *Mülkiye Dergisi*, 2013, Cilt: 37, Sayı: 1, ss. 12-16.

dağın eteğindeki bir insan o dağın muazzamlığını tecrübe eder, onun büyüklüğünü paylaşabilir; ancak bunun için ilk başta kendisinin ne kadar ufak olduğunu düşünmesi gerekir.⁴

Doğada var olan devinim insani kırılğanlığı ve geçiciliği hatırlatır. Bu hayat yolculuğu ve mücadelesinde insanların yalnız olmadığını gösterir. Acı ve sorunların, mutluluk ve keyiflerimizin benzerleri zamansal ve mekânsal olarak sonsuz bir şekilde doğada mevcuttur. Doğanın büyüklüğü karşısında insanın varlığının ve buna bağlı olarak dertlerinin merkezi niteliği ortadan kalkar. Doğanın insanlara sundukları ve genişliği, insanların varlığının soyut veya bağımsız bir cisim olamayacağını ve içinde yaşadıkları doğanın bir parçası, bu yuvanın bir üyesi olduklarını gösterir. Doğadaki ilişkiler aynı zamanda, geniş anlamda bağlı olunan diğer aile üyelerine dair sorumlulukları da hatırlatır. İnsanın ancak bu ilişkiler bütünde bir "Kendi" olduğunun farkına varılır. Hayvanlar âlemindeki çeşitlilik, farklı özelliklerin farklı koşullarda doğal olabileceğini gösterir. Bu çeşitlilik, insanlar âlemi içinde de farklı hayat tarzları ve karakter özelliklerinin olabileceği fikrine daha hoşgörülü ve anlayışlı bakmaya yönelir. Muhtemelen bu nedenle çoğu insan bir ormanda veya bir parkta yürümeyi, denizi seyretmeyi, hayvanlarla, bitkilerle vakit geçirmeyi veya doğaya hiçbir erişim imkânı kalmasa dahi en azından bir doğa belgeseli izlemeyi sever.

Doğadaki tüm canlılar kendi iyilerine uygun olarak yaşamak ve serpilme için mücadele vermektedir. Naess'in düşüncesine göre tüm canlılar doğadaki sayısız etkileşimle doğrudan ve dolaylı olarak birbirlerine bağlıdır. Bu nedenle insanın gerçek kimliğini ortaya çıkarması için doğayla olan bağının farkına varması gerekmektedir. Bu yaklaşım, klasik değer felsefesinin değer özneleri çevresinde sınırlar çizmesinin aksine varlıklar arasındaki suni düşünsel sınırların kaldırılmasını savunmaktadır.⁵

Kişinin kendisini sadece belli sınırların içinde bir varlık olmaktansa

⁴ Arne Naess, "Deep Ecology of Wisdom: Explorations in Unities of Nature and Cultures", *The Selected Works of Arne Naess – Volume X*, Editörler: Harold Glasser / Alan Drengson, Springer Publishing, Amsterdam, 2005, s. 368.

⁵ John Barry, *Rethinking Green Politics*, Sage Publishing, London, 1999, ss. 20-22.

doğanın tamamının bir parçası olarak görmesi onun kendini gerçekleştirmesini sağlar. Kişi, doğaya baktığı zaman kendinden bağımsız bir şey değil ancak kendisinden, özünden bir parça görmüş olacaktır. Kişi doğa ile birlik olduğunun farkına vardığı zaman kendisi ile doğayı bir tutacaktır. Naess'in "Kendini Gerçekleştirme" kavramındaki büyük "K"'lı "Kendi", kişinin kendi bedeni ve aklının ötesinde bulunan doğadaki özünü temsil eder. İnsan ancak bu özünün farkına vararak gerçek anlamda kendisinin farkına varabilir. Bu noktada kişi, doğayı kendisinden bağımsız ve sadece kendisi için kaynaklar sağlayan bir madde bütünü olmaktan öteye koymalıdır. Kişinin bu duyu ve tecrübelerini ortaya çıkarması sonucunda insanın kendi dışındaki varlıklara zarar vermemesi veya onları koruması gerektiği düşüncesi, taşınması gereken özgecil bir yük olmaktan çıkar. Kişi zaten kendi özünü taşıyan doğadaki varlıkların korunmasını *kendi* özünün korunması olarak görür. Onlara zarar vermek, kendisine zarar vermek olacaktır. Örneğin bir nehir yatağına yapılacak baraj sadece nehre zarar vermez aynı zamanda o özü paylaşan kişiyi de yaralar. Çünkü o nehirdeki devinim ve güç, insanın da deviniminin ve gücünün özünü taşır. Bu yaklaşımın insan odaklı olmadığına dikkat etmek gerekir. Kişi "Kendini Gerçekleştirme" sürecini tamamladığında, doğayı bireysel menfaati için korumaz. Ters taraftan özgecil eylemler ve koruma itkisi de "başkasını" koruma veya başkasına zarar vermeme anlamından da çıkmış olmaktadır.⁶

Naess, doğanın iki yönü olduğunu söyler. Bunlardan biri yukarıda bahsedilen birlik halidir. Bununla beraber doğa aynı zaman da çeşitlidir. Çeşitlilik doğaya muazzam bir zenginlik kattığı gibi organizmaların birlikteliğini de kuvvetlendirir. Yazar doğadaki tüm varlıkların kendi içinde özel bir iyilerinin olduğunu ve bu kendi içindeki iyilerini mümkün olduğunca ortaya çıkarmaya çalıştıklarını söyler. Bu yaklaşım Aristoteles'in *telos* düşüncesine paraleldir. Naess'e göre "Kendini Gerçekleştirmiş" kişi kendisini doğa ile özdeşleştirdiği gibi kendi öznesini diğer varlıkların üstüne de koymaz. Doğa kendi başına bir yaşam sürecindedir ve insanlara sağladıklarının ötesinde kendi içinde, kendi başına bir değere sahiptir. Sonuç olarak doğanın araçsal bir değeri yoktur, içkin bir değeri vardır. Bu

⁶ Arne Naess, *Ecology, Community and Lifestyle: Outline on an Ecosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986, ss. 8-9.

nedenle doğa belli bir mülkiyet nesnesi olarak görülmemeli, ona salt bir araç olarak muamele edilmemelidir. Böyle bir yaklaşım insanın kendini gerçekleştirmesini engeller. Düşünür bu noktadan “Yaşa ve Yaşat” ilkesini türetir. Kişi için en iyi durum, kendisi de dâhil olmak üzere doğadaki tüm varlıkların kendi çeşitliklerinde kendi iyilerini ortaya koyması ve serpilmesidir. Dünyadaki en iyi durum, en fazla çeşitliliğin gerçekleştiği haldir. Bu durumda birlik içerisinde çeşitlilik ortaya çıkar.⁷

Naess’in kendini gerçekleştirme ilkesinin işaret ettiği doğa ile bütünleşme unsuru, doğadaki varlıklara da bireyin kendi kısıtlı benliğinin ötesinde bir değer verilmesine vurgu yapar. Buna göre kişinin gerçek anlamda kendisini gerçekleştirebilmesi için doğa ile bütünleşmesi ve doğadakileri sadece kendi sığ menfaatleri doğrultusunda değerlendirmemesi gerekir. Naess’in bu açıklamaları biyosferik eşitlik ilkesine varır. Buna göre her ne kadar varlıklar arasında zorunlu ihtiyaçlardan kaynaklı bir yaşam mücadelesi olsa da genel manada topyekûn bir tahakküm doğru değildir. Bu etik modelde tüm varlıkların eşit içkin değeri vardır; bu varlıkların hakkının verilmesi ve herkesin kendisini gerçek anlamda gerçekleştirebilmesi için de bu modele uygun hareket etmesi gerekir.⁸

Bu açıklamalar ister istemez doğaya dair bazı sübjektif tecrübeler, hislere ve sezgilere atıfta bulunmaktadır. Ancak Naess, bunu bir sorun olarak ele almaz. Kendisi açık bir şekilde düşüncesinin özel olarak bir etik veya varlık felsefesine odaklanmadığını bunun yerine içinde yaşanılan dünyanın nasıl tecrübe edildiği ve bu dünyada nasıl yaşandığını açıklamaya gayret ettiğini söyler. Buna göre Naess’in düşüncesi klasik anlamda bir çevreci etik değil, ilk etapta bir çevre bilincidir⁹. Bu noktada kaçınılmaz olarak her etik sistemin şu veya bu şekilde belli sezgilere atıfta bulunduğunu da belirtmek gerekir. Bu nedenle Naess’in kuramının bu özelliği kendi başına bir zaaf olmaz.

⁷ Arne Naess, “The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement: A Summary”, *Inquiry*, 1973, Cilt: 16, Sayı: 1, s. 96.

⁸ Orçun İmga, “Küreselleşen Çevresel Krize Hâkim Paradigma Dışı Bir Bakış Olarak Derin Ekolojik Yaklaşım”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt: 8-9-10-11, Sayı: 8-9, ss. 141-144.

⁹ Andrew Dobson, *Green Political Thought*, 4. Bası, Routledge Publishing, London, 2007, ss. 38-39.

Yaşa ve yaşat formülü otomatik olarak kişilere izleyecekleri kesin buyruklar veya uygulamaları gereken katı ilkeler vermez ancak içinde buldukları durumu anlamlandırmalarını sağlar. Naess, her ne kadar sezgilerimizi belli matematiksel veya mantıksal formüllere dökemsek de bu durumun doğa ile kurduğumuz bağın varlığını ve bunu doğrudan sezgilerimizle bildiğimiz gerçeğini ortadan kaldırmayacağını söyler. Yazar bununla birlikte kuramının felsefi kaynaklarının Budizm, Spinoza felsefesi ve Hristiyanlıktan beslendiğini söyler. Bu akımlardaki “bir olma”, “insan ile doğanın uyum içinde olması”, “bireysel hırslardan kurtulma” düşünceleri Naess’in yaklaşımına paraleldir. Naess, düşünsel görüşünün katı kural ve kavramlardan oluşmadığını da ekler. Kendi duruşunu “Ekosofi – T” olarak tanımlayan yazar, felsefesini *Tvergastein* (T’nin kaynağı) isimli kulübesindeki yaşantısı sırasında doğa ile yaşadığı tecrübelerinden doğan bir hayat felsefesi olarak niteler. Buna göre başka kaynaklardan beslenen “ekosofiler” de ortaya çıkabilir. Naess, herkesin kendi değer ve tecrübeleri ile kendi “ekosofi”lerini oluşturabileceğini, kişinin kendini gerçekleştirebilmesi durumunda bu tür farklılıkların düşünsel birer çeşitlilik ve zenginlik olarak görülmesi gerektiğini savunur. Ancak Naess’e göre herhangi bir kendini gerçekleştirme süreci zorunlu olarak doğa ile bir bağlantı kurmalı, yani bir “ekosofi” olmalıdır.¹⁰

III. Sığ ve Derin Ekoloji Ayrımı

Bu yaklaşımın düşünsel aşamaları insanların günlük ve toplumsal problemlere yaklaşımına dair bazı ölçütler de getirir. Buna göre bir çevre sorunu ile karşılaşan bir kişi bu sorunu sadece kendi (küçük k ile) menfaat ve yaşantısına etkileri bağlamında değil ama tüm doğaya etkileri bağlamında ele almalıdır. Ancak yazara göre günümüz toplumları her ne kadar çevre sorunlarıyla yüzleşmeye başlamış olsalar da bunu sadece kendileri (yine küçük k ile) bağlamında ele almaktadır.

Naess günümüzde etkili olan çevreci yaklaşımın esas olarak kirliliğin ve kaynakların tükenmesinin önlenmesine karşı bir uğraş olduğunu söyler. Bu yaklaşımın amacı insan sağlığı ve refahını güvence altına almaktır. Düşünür bu yaklaşımın insan odaklı olduğu ve insan ile çevre arasındaki

¹⁰ Naess, “Deep Ecology of Wisdom”, ss. 51-52.

ilişkiyi ele alıp buna uygun bir yaklaşım benimsemediği için doğru olmadığını söyler. Mevcut çevreci yaklaşım kişisel çıkar odaklı olduğu için ağırlıklı olarak gelişmiş ülkelerdeki insanların sorunlarına eğilir. Birinci dünyanın üçüncü dünya ülkelerinde gerçekleştirdiği çevresel yıkım genellikle mevcut çevre yaklaşımının radarına yakalanmamaktadır. Naess buna “sığ ekoloji” der. Yani doğa sadece belli bir insan grubuna sağladığı kaynaklar ölçüsünde korunmaya değer hale gelir ve kirletme ancak insan sağlığına zarar verdiği anda zararlı olarak ele alınır.¹¹

Naess, sığ ekolojiye karşıt olacak şekilde bu olumsuz nitelikleri taşımayan “derin ekoloji” yaklaşımını önerir. Yazar derin ekoloji yaklaşımının yedi niteliğini açıklar. İlk olarak, derin ekoloji yaklaşımını doğa ile insanın ilişkisini betimlemede kullanılan “doğanın içinde olan insan” modeline karşı çıkar. Bunun yerine “ilişkisel ve bütünsel alan” modelini önerir. Bu modelde organizmalar biyolojik olarak birbirleri ile ilişki içerisindedirler. Bu ilişki gözden çıkarıldığında varlıkların kendi özellikleri de gözden kaçırılmış olur.¹²

İkinci olarak, derin ekoloji kural olarak biyosferde eşitliği benimser. Buna göre doğadaki tüm canlıların eşit bir şekilde yaşama ve serpilme hakları vardır. Doğa ile aramızdaki bağ ve yaşadığımız tecrübeler sezgisel olarak bizi bu sonuca götürür. Diğer canlıların varlığı ve gelişmesine derinden gelen bir saygı duyarız ve bundan tatmin oluruz. İnsanlar antroposentrik bir şekilde doğanın geri kalanı ile bir efendi-köle ilişkisi kurması, kendisini de içinde yaşadığı doğadan yabancılaştırmıştır. Bu ilkedeki “kural olarak” ibaresi doğada hayatta kalabilmek için belli bir düzeyde öldürmenin, kullanmanın ve baskılamanın zorunlu olduğunu ifade eder. Ancak bunun da bir sınırı olmalıdır. İnsanlar da diğer canlılar gibi sadece *hayati* ihtiyaçları için diğer canlıların hayatına ve gelişmesine müdahale edebilmelidir, fazlası için değil.¹³

¹¹ Robert Garner, *Environmental Politics: Britain, Europe and the Global Environment*, 2. Bası, St. Martin's Press, New York, 2000, ss. 10-12.

¹² Naess, “The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement”, s. 95.

¹³ David R Keller, “Deep Ecology”, *Encyclopedia of Environmental Ethics and Philosophy – Volume: I*, Editörler: J. Baird Callicott / Robert Frodeman, MacMillan Publishing, New York, 2008, s. 207.

Üçüncü olarak, derin ekoloji, çeşitlilik ve simbiyosis ilkelerini benimser. Çeşitlilik; hayatta kalma imkânlarını geliştirir, yeni hayat formları oluşturur ve onları zenginleştirir. Doğa içerisindeki rekabet, bileşik ilişkiler içerisinde birlikte yaşama ve ortak bir şekilde hayatta kalma şeklinde yorumlanmalı, birinin diğerini ezmesi olarak görülmemelidir. “Ya sen ya ben” yaklaşımı hayatı azaltır ve kısıtlarken, “yaşa ve yaşat” yaklaşımı hayat formlarını arttırır ve zenginleştirir. Ekolojik çeşitlilik yaklaşımı insan toplumları içerisinde de çeşitli hayat biçimlerini, kültürleri, işleri ve ekonomileri destekler. Bu yaklaşım doğadaki canlıların çeşitliliğini koruduğu gibi insan gruplarının ve kültürlerinin de çeşitliliğini korumak istemektedir.¹⁴

Dördüncü olarak, derin ekoloji sınıf karşıtı bir duruş benimser. Buna göre derin ekoloji yaklaşımı sadece belli bir sınıfı temsil etmez veya belli bir sınıfı yenilmesi gereken bir hedef olarak görmez. İnsan toplumlarında tarihsel olarak belli gruplar başkalarını sömürmüşlerdir. Ancak sömürülen kadar sömüren de kendini gerçekleştirme imkânlarından mahrum kalmıştır. Derin ekolojinin ilkeleri tüm toplumsal gruplara seslenir ve hepsinin kendini gerçekleştirme imkânlarını çeşitlilik ve simbiyosis ilkeleri çerçevesinde geliştirmeye davet eder.¹⁵

Beşinci olarak, derin ekoloji artan kirlilik ve hızla tükenen kaynaklar sorunlarına karşı bütüncül bir yaklaşım benimser. Buna göre, kirliliğe ve kaynakların tükenmesine karşı günümüz toplum düzeninde kökten bir değişiklik yapılmalıdır. Tüketim azaltılmalı, üretim ve teknoloji gelişmeleri insanların doğal ihtiyaçlarına uygun hale getirmelidir. Böylesine kökten bir değişimi içermeyen kısmi reformlar belli sorunları kısa süreliğine çözmesine rağmen başka sorunları doğurmaktadır. Örneğin bazı fabrikalara takılan kirliliği sınırlayıcı donanımların maliyetleri tüketici ürünlerine yansımakta, bu durum da alım gücündeki farklılıklardan dolayı sınıf farklılıklarını arttırmaktadır.¹⁶

¹⁴ Arzu Maltaş, “Ekoloji Ekseninde İnsan-Doğa İlişkisi ve Özne Sorunu”, *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 2015, Cilt: 29, Sayı: 17, ss. 3-4.

¹⁵ Naess, “The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement”, ss. 95-96.

¹⁶ A.g.e., s. 97.

Altıncı olarak, bu yaklaşım "girifti" benimser, karışıklığı değil. Naess doğadaki canlıların sayısız farklı özellik ve ilişkiler ağına sahip olduğu söyler. Canlılar muazzam bir farklılık ve çeşitlilik içerisinde yaşarlar ancak bunlar belli şablonlarla bir arada bulunurlar. Bu girift durum insanların doğa hakkındaki kaçınılmaz bilgi eksikliğini ortaya koyar. Bu nedenle doğanın düzeni hakkındaki bilgilerimizin sınırlarının farkında olmamız gerekir. Rastgele, düzensiz, plansız ve tek elden yönetilen müdahale ve politikalar çoğu zaman oldukça kötü sonuçlar vermiştir. Örneğin tarım alanlarında kullanılan böcek ilaçları geçmişte farkında olmadan büyük çevresel sorunlar doğurmuş ve bu sürecin sonunda insan sağlığı da olumsuz etkilenmiştir. Bu yaklaşım aynı zamanda insan topluluklarına da uygulanabilir. Derin ekoloji ekonomik yaşamda iş bölümünü kabul eder ancak emeğin parçalanmasına karşı çıkar. İnsanlar ekonomik düzende kendi yetenek ve ihtiyaçlarına göre uzmanlaşmalı ama üretim sürecinin tamamına entegre olmalıdırlar. Ekonomik yaşam, şehir ve kırsalda ortak bir şekilde gerçekleşmeli, insanların çalışma ve dinlenme süreçleri şehir ve doğaya uyumlu bir şekilde dağılmalıdır.¹⁷

Yedinci ve son olarak, derin ekoloji yerel otonomi ve desantralizasyonu destekler. İnsan topluluklarının ilişki içerisinde oldukları çevre hakkında doğrudan karar alma mekanizmalarının bulunması daha sağlıklıdır. Yerel otonomi, buna imkân verir. Merkezileşme her ne kadar çoğunluk kuralına saygı gösterse de yerel hassasiyetleri ve ilişkileri es geçebilir. Derin ekoloji, doğal kaynakların tüketiminin ve doğada yaratılan zararın önlenmesi için insan tüketiminin radikal bir şekilde azaltılması gerektiği görüşündedir. Bu projenin gerçekleşebilmesi için kendine yeterli yerel yönetimlerin oluşturulması gereklidir. Büyük çapta merkezi yönetimler üretim ve tüketim süreçlerini suni bir şekilde büyütmede ve küçük toplulukların bu sürece müdahale edebilmesini engellemektedir.¹⁸

IV. Çıkarımlar

Derin ekoloji bu görüşleri doğrultusunda belli çıkarımlarda da bulunur. Naess, derin ekoloji hareketinin tam olarak ne yapması gerektiğine

¹⁷ A.g.e., ss. 97-98.

¹⁸ A.g.e., s. 98.

dair kesin ve mutlak kurallar vermekten kaçınmıştır bunun yerine doğaya nasıl değer verilmesi ve somut sorunlara dair neler yapılabileceğine dair düşüncelerini ileri sürmüştür. Bunların başında Naess'in derin ekolojinin sekiz kılavuz ilkesi gelir. Buna göre:

1. Dünya üzerinde insan ve insan olmayanların iyiliği ve gelişmesi, kendi içinde değere sahip sahiptir. Bu değerler insan olmayanların insani amaçlara katkılarında bağımsızdır.
2. Hayat formlarının zenginliği ve çeşitliliği, bu değer ilişkilerine ve değerlerin kendisine katkıda bulunur.
3. İnsanların bu zenginliği ve çeşitliliği hayati ihtiyaçlarını karşılama istisnası dışında azaltma hakkı yoktur.
4. İnsan hayatının ve kültürlerin gelişimi, insan nüfusunun ciddi bir şekilde azaltılması ile uyumludur. İnsan olmayan yaşam formlarının gelişimi için de bu gereklidir.
5. Mevcut durumda insanın, insan olmayan dünyaya müdahalesi haddinden fazladır ve durum kötüleşmektedir.
6. Bu nedenle politikalar değişmelidir. Bu politikalar temel ekonomik, teknolojik ve ideolojik yapıları değiştirmelidir. Oluşacak sonuç mevcut durumdan derinlemesine farklı olacaktır.
7. İdeolojik değişim, yükselen yaşam standartlarına odaklanmak yerine yaşam kalitesinin önemsenmesiyle olacaktır. "Büyük" ve "iri" arasındaki ayrımın derin bir farkındalığı oluşacaktır.
8. Yukarıda açıklanan unsurları benimseyenlerin, gerekli değişiklikleri sağlamak doğrultusunda doğrudan ve dolaylı ödevleri vardır. Bu ilke derin sorgulamanın önemini altını çizer. Bu sorgulama da diğer ilkelere nasıl izleneceği, geliştirileceği ve uygulanacağına dair akıl yürütme süreçlerini temsil eder.¹⁹

Naess daha sonra bu ilkelerin belli alanlarda nasıl sığ ekolojiden farklı çözümlere işaret edeceğini gösterir. İlk olarak, sığ yaklaşım kirlilik konusunda teknoloji sayesinde hava ve suyun kirlenmesini sınırlamaya veya

¹⁹ Arne Naess, "The Deep Ecological Movement: Some Philosophical Aspects", *Philosophical Inquiry*, 1986, Cilt: 1-2, Sayı: 8, ss. 20-31.

kirlenmiş hava ve suyun insanlarla temas etmesini engellemeye çalışır. Hukuk kirletmeyi makul düzeyde tutar. Ekonomik anlamda kirletici faaliyetler gelişmekte olan ülkelere yönlendirilir. Derin yaklaşıma göre ise sığ yaklaşım sadece kirlenmenin insana olan etkisine bakarak biyosfere etkisini görmezden gelir ve bu zararı önlemez. Üretim şekillerini ve ideolojiyi değiştirmeden farklı donanımların kullanılmaya çalışılması öngörülmeden başka sorunlar da yaratır. Üçüncü dünya ülkeleri bu yüksek maliyetli donanımları tedarik edemedikleri için mevcut üretim şekilleri ve ideolojisinin zorunlu kıldığı rekabette ancak kirletici faaliyetlere daha fazla yönelerek ayakta kalabilirler. Sığ ekolojide kaynakların insan hayatı üzerindeki etkisi incelenir. Kaynakların aşırı tüketimi her ne kadar sorgulansa da (ki bu da kaynakların bitmesi korkusundan dolayıdır) yine teknolojik gelişmeler veya serbest piyasa hareketleri ile belli bir denge noktasına ulaşılacağına dair beklenti değişmez. Derin yaklaşım, doğanın sağladıklarını kendi kaynakları olarak görmez ve bunların kullanımının insanlara etkilerinden öte tüm ekosistem bağlamında değerlendirir. Kaynakların fütursuzca tüketiminin kendi yaşam kalitesine gerçekten katkıda bulunacağından şüphe duyar.²⁰

Sığ yaklaşımda nüfus artışı esasen bir istikrarsızlık kaynağı olması nedeniyle gelişmekte olan ülkeler açısından bir sorun olarak algılanır. Buna karşın gelişmiş ülkelerdeki nüfus artışı ekonomik, askeri ve başka hedeflerden ötürü sevinçle karşılanır. İnsan topluluklarının optimum seviyesi diğer canlılarla olan ilişkilerinden bağımsız olarak hesaplanır. İnsanlara ayrılan yaşama alanları büyüdükçe diğer canlıların buralardan belli bir düzen içinde ötelenmesi sağlanır. Derin ekoloji ise özellikle gelişmiş ülkelerdeki insan nüfus yoğunluğunu aşırı olarak görür. Bunun nedeni modern yaşam standartlarında insanların muazzam bir tüketimde bulunmasıdır. Bu tüketim insan olmayan canlıları ciddi bir biçimde etkilemekte ve ekolojik sistemleri bozmaktadır. Dünyadaki mevcut insan nüfusu büyük oranda azalmalıdır. Bu sayede insan nüfusu patlamasından baskılanan

²⁰ Tayfun Çınar, "Çevremerkezcilik ve Derin Ekoloji Akımı", *Prof. Dr. Cevat Geray'a Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, Ankara, 2001, s. 273.

binlerce tür gelişme imkânı bulacak ve yoksul insanların ihtiyaçları mevcut kaynakların daha bolca dağıtılması ile rahatça karşılanabilecektir.²¹

Sığ yaklaşıma göre batı dünyasında gerçekleşen endüstriyelleşme tüm dünya için bir hedef olarak kabul edilmelidir. Bunu destekleyecek şekilde batı teknolojisi ve kültürü de benimsenmelidir. Belli bir kültürel farklılık bu gövdeye eklenilebilir ancak bu batıdakinden ciddi bir farklılaşma oluşturmayacaktır. Derin ekoloji yaklaşımına göre ise kültürel çeşitlilik, yaşam formlarındaki biyolojik zenginliğin insan toplumundaki analogisidir. Endüstriyelleşmiş ülkelerdeki eğitimde farklı kültürlerin bilinmesine imkân verecek şekilde antropolojiye önem verilmelidir. Batı teknolojisi ve ekonomik hegemonyadan endüstriyelleşmemiş ülkeler korunmalıdır. Siyasi ve ekonomik politikalar endüstriyelleşmiş toplumlardaki alt kültürlerin korunmasına hizmet etmelidirler. Derin yaklaşım “ileri” teknoloji ve “ilerleme” kavramlarının vaatlerine karşı çıkar.²²

Sığ yaklaşım arazileri, ekosistemleri, nehirleri ve diğer doğal birlikleri belli parçalara böler. Büyük yapılar ve şekiller gözden çıkarılır. Bu parçalar insanların, toplumların veya kurumların mülkiyeti olarak algılanır. Bunların idaresi insanlara olan etkileri ele alınarak çözümlenir. Toprak erozyonu veya yer altı sularının dejenerasyonu geleceğe dair bir mal kaybı olarak görülür. Nesli tükenen hayvanlar ileride yapılabilecek bilimsel deneylerde kullanabilecek deneklerin zayıflığı olarak nitelenir. Doğada gerçekleşen olumsuz gidişata karşılık ileride gerçekleşecek teknolojik gelişmelere dair beklenti temelden değişiklik yapılmasını gereksiz hale getirir. Derin ekoloji yaklaşımı doğanın insanların mülkiyetinde olmadığını savunur. İnsan ancak hayati ihtiyaçları için doğayı kullanmalıdır; kendi menfaatleri için doğayı salt bir araç olarak kullanamaz.²³

Sığ yaklaşıma göre doğanın bozulması ve kaynakların azalması kaçınılmaz olarak bu ekonomik gereksinimler ile doğanın bir denge içerisinde

²¹ Hasan Yaylı/Vasfiye Çelik, “Çevre Sorunlarının Çözümü için Radikal bir Öneri: Derin Ekoloji”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2011, Cilt: 26, Sayı: 1, ss. 373-374.

²² Naess, “Deep Ecology of Wisdom”, s. 44.

²³ A.g.e., s. 45.

idare edilmesini sağlayacak “uzmanların” yetiştirilmesini gerekli kılacaktır. Buna göre eğitim kurumları bu yükü kaldırabilecek, doğayı manipüle edebilecek “sert” bilimlere öncelik vermelidir. Bu şekilde eğitim standartları yukarı çekilerek bu ağır alanlarda rekabet geliştirilmelidir. Derin yaklaşıma göre ise eğitim sistemi, tüketilmeyen varlıklar veya bol mallar hakkında duyarlılık geliştirmeye çalışmalıdır. Üstünde bir fiyat etiketi olan şeylere olan aşırı ilgi dengelenmelidir. “Sert” bilimlerden “yumuşak” bilimlere yönelmek gerekir. Buna göre keskin metotlar ve soyut teoriler yerine daha kapsayıcı yorumlar benimsenmeli ve insan yaşamının içindeki somut olaylar üzerine bilimsel faaliyetler gerçekleştirilmelidir. Özellikle yerel kültür ve küresel işbirliği bu yumuşak bilimlerin konusu olmalıdır.²⁴

Naess, derin ekolojinin sadece belli toplumsal ve siyasi taleplerde bulunmadığını, bununla beraber bir hayat tarzı olarak da benimsenebileceğini belirtir. Yazar tüketici olmamakla beraber yirmi beş unsur öne sürer:

1. Gündelik hayatta basit araçlar kullanılmalı; gereksiz, karmaşık araçlardan imtina edilmelidir.
2. İçkin değeri olan ve kendi içindeki değerlere doğrudan hizmet eden aktivitelere yoğunlaşılmalıdır.
3. Tüketim karşıtı olunmalı ve tüketim kültürüne hizmet edilmemelidir.
4. Mevcut durumda herkese yeten kaynakların korunmasına ve bunların değerinin bilinmesine gayret gösterilmelidir.
5. Eşyalara, cisimlere veya fikirlere sadece yeni oldukları için özel bir ilgi duyulmamalıdır
6. Salt meşguliyyete dayalı aktivitelere efor harcamaktan ve bunlar üzerine düşünmekten uzak durulmalıdır.
7. İnsanlar arasındaki etnik ve kültürel farklılıklar tehdit olarak görülmeğe tence takdir edilmelidir.
8. Üçüncü ve dördüncü dünyanın durumu hakkında ilgili olunmalı ve hayat standardının bunların çok üstüne çıkmamasına gayret edilmelidir.

²⁴ A.g.e., ss. 45-46.

9. İnsanlara ve diğer türlere adil olduğu sürece her türlü evrenselleştirilebilecek ve açıkça imkânsız olmayan otantik hayat tarzları takdir edilmelidir.

10. Hayat tecrübelerinde çarpıcılık yerine derinlik ve zenginlik tercih edilmelidir.

11. Para odaklı kariyerler yerine anlamlı işlerin tercih edilmesi takdir edilmelidir.

12. Karmaşık bir hayat yerine girift bir hayat sürmeye gayret gösterilmeli ve mümkün olduğunca pozitif tecrübelerin değişik yönlerinin farkına varılmalıdır.

13. Büyük toplum yerine topluluk içinde hayat geliştirilmelidir

14. Birincil üretim yöntemleri (küçük çaplı tarım, ormancılık, balıkçılık gibi) teşvik edilmeli ve mümkünse bunlara işteğal edilmelidir.

15. Arzulardan ziyade hayati ihtiyaçların karşılanmasına gayret edilmelidir.

16. Güzel yerleri ziyaret etmektense doğa içinde bir yaşam denenmelidir.

17. Kırılgan doğa içinde hafif ve iz bırakmadan zaman geçirilmelidir.

18. Sadece güzel, dikkat geçen veya kullanışlı hayat formlarına değil, hayatın hepsine değer verilmelidir.

19. Yaşam formlarının salt bir araç olarak kullanılmasına karşı çıkmalı, gerektiğinde kullanılacağı zaman bile onların içkin değerinin ve haysiyetinin farkında olunmalıdır.

20. Evcil hayvanlar ile vahşi hayvanlar arasında bir menfaat çatışması olduğu durumda ikinci grubu korumaya öncelik verilmelidir.

21. Bireysel hayat formları kadar ekosistemlerin de korunmasına gayret gösterilmeli ve kendi topluluğumuzun da bu ekosistemlerin bir parçası olduğunun farkına varılmalıdır.

22. Doğaya git gide artan derecede yapılan müdahalelere karşı çıkılmalıdır.

23. Siyasi angajman, eylem ve ifadelerde şiddetten uzak durarak kararlı ve cesur olunmalıdır.

24. Başka eylem biçimleri sonuç vermez ise şiddet içermeyen doğrudan eylemlerde bulunulmalı ve bu tip eylemlere destek verilmelidir.

25. Vejetaryenliğin belli türleri ve dereceleri uygulanmalıdır.²⁵

Bu hedeflerin önemli bir kısmının gerçekleşebilmesi için toplumsal ölçekte de belli değişikliklerin gerçekleşmesi gerekmektedir. Naess bu değişimin sağlanmasında Gandhi'nin başarıyla ortaya koyduğu pasif direniş yöntemini benimser. Mahatma Gandhi hayatı boyunca sayısız siyasi eylemde bulunmuş ve bunları gerçekleştirirken tavizsiz bir şekilde şiddetten uzak durmuştur. Naess çevreci aktivizmin de Gandhi'nin öğretisini takip etmesi gerektiğini savunur. Naess'e göre Gandhi'nin öğretisi esas olarak ahlaki bir duruş olarak görülmektedir. Şiddet kullanmamak, zarar vermemek ahlaki doğruyu temsil eder ve Gandhi de bunu uyguladığı için övülmüştür. Ancak Naess'e göre Gandhi'nin öğretisinin pratik gücü gözden kaçırılmaktadır. Pasif direniş, şiddete başvurmama, ahlakiğin ötesinde siyasi hedeflere ulaşmada "işe yarayan" bir yöntemdir. Siyasi aktivizm tek bir eylemle sonlanacak bir durum değil; bir süreçtir. Eylemcilerin belli değerler ve ilkeler çevresinde toplanmaları ve belli tutumları benimsemeleri kritik derecede önemlidir.²⁶

Naess, günümüz düşünce tarzının fazlasıyla materyalist olduğunu söyler. Siyasi ve toplumsal dinamikler, esasen belli güç ve baskı grupları denklemleri ile açıklanmaktadır. Bu grupların kuvvetlerine göre iktidar ilişkileri betimlenmektedir. Hâlbuki Naess'e göre bu grupları oluşturanlar ve eylemleri gerçekleştirenlerin her ne kadar bazıları belli güç pozisyonlarını işgal etseler dahi özlerinde kırılğan sıradan insanlardırlar. Naess, Gandhi'nin öğretilerine katılarak her insanın içindeki temel değerlerin onun kırılğanlıklarını ve endişelerini temsil eden iyileri ve erdemleri barındırdığını savunur. Mevcut iktidar yapıları bu iyi ve erdemleri bastırılmış olabilir ancak hala her insanın içerisinde bunlar mevcuttur ve kendisini ortaya çıkarmaya hazırdır. Pasif direniş yoluyla ifade edilen bir adalet talebi kaçınılmaz bir şekilde insanların içerisindeki temel değerlere

²⁵ A.g.e., ss. 105-109.

²⁶ Naess, *Ecology, Community and Lifestyle: Outline on an Ecosophy*, ss. 146-150.

hitap eder ve onları ortaya çıkmaya çağırır. Karşılıklı etkileşimler insanların içindeki “gerçeğin” farkına varılmasını sağlar ve karşıtlıkları sona erdirir. Şiddetin kullanılması ise karşı tarafın kendisini baskı ve tehdit altında hissetmesine neden olur. Böyle bir durumda ezen taraf, kendi tahakkümü yerine bir başkasının tahakkümünün oluşacağından korkar. Bunun sonucu olarak da kendisi de şiddetle karşılık verir. Bu şiddet sarmalında ezilenler zaten en başta zayıf oldukları için kaybetmeye daha meyillidirler. Şans eseri şiddet ve baskı yoluyla bir iktidar değişimi sağlansa dahi oluşan atmosferde yeni tahakküm ilişkileri ve yeni reaksiyonlar baş gösterir. Dahası, ezilenlerin şiddet ortamında çok daha yüksek miktarda zayıyat vermesi de muhtemeldir.²⁷

Bununla birlikte pasif direnişin başarıya ulaşması da sadece şiddeti kullanmamasıyla gerçekleşmez. Gandhi birçok kez bir pasif direniş ordusunun da sayısız askere ihtiyacı olduğunu söylemiştir. Pasif direniş ancak kitlelerin adil bir dava çevresinde eylemlere katılmasıyla sesini duyurabilir ve tahakküm kuranların içindeki değerleri ortaya çıkararak görüşlerini ve politikalarını değiştirebilir. Bu nedenle pasif direniş de tıpkı şiddetli mücadele eylemleri gibi organizasyon, disiplin ve kararlılık erdemlerini göstermesi gerekir. Ancak pasif direnişin farkı kendi eylem tarzı ile insanları yabancılaştırmadan mücadelesine daha fazlasıyla dâhil etmesi ve karşısında mücadele ettiği tarafı da değiştirmek için samimi bir çağrıda bulunmasıdır. Pasif direnişe katılanlar şiddet kullanmaz ancak tahakküm sona erene kadar eylem süresince şiddet tehdidi altındadırlar. Toplum bu kişilerin şiddeti kullanmadan davaları uğruna şiddete maruz kalmayı kabul etmelerini tecrübe ettiğinde ezilen taraf ile empati kurarak talep edilen şeyin haklı olduğuna varır.²⁸ Ancak bununla beraber pasif direniş salt bir faydacı hesap sistemi olarak görülmemelidir. Pasif direniş, şiddeti kullanmayarak “diğerine” ve “kendisine” saygı duymayı ve kendini gerçekleştirmeyi sağlar.²⁹ Buna göre aynı yaklaşımın çevreci hareket tarafından

²⁷ Arne Naess, “Gandhi and Group Conflict: Explorations of Nonviolent Resistance, *Satyagraha*”, *The Selected Works of Arne Naess – Volume V*, Editörler: Harold Glasser / Alan Drengson, Springer Publishing, Amsterdam 2005, ss. 5-8.

²⁸ A.g.e., ss. 9-10.

²⁹ A.g.e., ss. 55-57.

da benimsenmesi gerekir. Her insanın içerisinde doğaya dair değerler ve erdemler mevcuttur çünkü her insan kaçınılmaz olarak doğa ile ilişkilerinde o tecrübeleri yaşamıştır. Zorlama olmaksızın insanlar doğalarındaki iyiyi ve erdemi ortaya çıkarabilirler. Pasif direniş insanların dikkatini bu bastırdıkları değerlere çekerek bunu başarabilir. Şiddetin ve tehditkâr bir söylemin kullanılması insanları ve toplumsal grupları çevreci hareketten uzaklaştırır ve karşı tarafı da şiddet ve tehdit kullanmaya yönlendirir.

V. Hukuk Açısından Derin Ekoloji

Klasik hukuk literatürü ve mevzuatında çevre meseleleri esasen çevreye verilen zararların önlenmesi, telafisi ve telafisi şeklinde ele alınmaktadır. Bu alışlagelmiş formül tam da Naess'in işaret ettiği sığ ekoloji yaklaşımına denk düşmektedir. Gerçekten de mevcut çevre hukuku çevreyi bir insan menfaati kaynağı olarak ele alır ve ağırlıklı olarak kirlenmenin önüne geçmek için tedbirler alır. Doğal alanlar her ne kadar sadece insan merkezli bir şekilde görülme de salt doğanın menfaatlerinin öncelikli olarak ele alındığı yasalar veya mahkeme kararları bulmak oldukça zordur. Uluslararası hukukta da küresel ısınma ve iklim değişikliğine yönelik anlaşmalar esasında çevresel yıkımdan etkilenebilecek insan menfaatlerini temel alır ve mevcut ekonomik menfaatler ile bir denge kurulmaya gayret edilir.

Çevre hukukunun bu yaklaşımının belli ilerlemeleri sağlamadığını söylemek yanlış olur. Gerçekten de gerek ulusal gerekse de uluslararası düzeyde bu çalışmaların olmaması halinde dünya çok daha kötü bir noktada olurdu. Bugün pek çok ülkede çevrenin kirlenmesinin bir nevi "kontrol altına" alındığı söylenebilir. Dünya çapında da çeşitli aşırı kirlenici maddelerin yasaklanması ve diğerlerinin de salınımının dizginlenmesi bu ilerlemeler sayesinde sağlanmıştır. Ancak yine de bu ilerlemelerin kısıtlı olduğunu teslim etmek gerekir. Günümüzde iklim değişikliği ve küresel ısınmaya karşı alınması gereken önlemler yeterli seviyede değildir. Bilim otoriteleri, bunlara sebep olan gazların salınımının çok daha hızlı ve kapsamlı bir şekilde düşürülmesi gerektiğini ifade etmelerine rağmen

men devletler bu konuda hala gerekli adımları atmamaktadır. Ulusal hukuk sistemleri de her ne kadar belli sorunları bertaraf etse de pek çok skandal bu önlemlerin yetersizliği göstermektedir.

Günümüz çevre hukuku, ağırlıklı olarak “kirleten öder” ilkesini ön plana çıkarmaktadır. Bu kapsamda, tüketim ve kirletme genel manada önlenmez, sadece telafi edilir ve kısıtlanır. Karbon kotalarının oluşturulması ve bunların alınıp satılmasına dayalı modeller (cap-trade) ve karbon vergileri, “gözde” çevreci hedeflerdir. Öte yandan bu “makul” talepler bile arkalarında ciddi bir bilinç olmadığı için karşılık bulmamış, dünyanın pek az ülkesinde yasalaşmıştır. Bu tip politikalar, zorunlu olarak belli bir maliyet teşkil etmektedir. Toplumların tüketime olan bağlılıkları, doğaya ilişkin bilinçleri değişmedikçe bu teknokratik yaklaşımlar başarısızlığa mahkûmdur.

Öte yandan derin ekolojinin de bu yetersizliklerin çözümü olamayacağı akla gelebilir. Pekâlâ, bu yaklaşım günümüz toplumlarının gerçeklerinden kopuk ve fazlasıyla ütöplast olarak nitelenebilir. Yalnız dikkat etmek gerekir ki bu eleştirinin bir paraleli de mevcut çevre hukukuna da yöneltilebilir. Mevcut sığ yaklaşım, çevreye dair oldukça kısıtlı bir takım reformlar ile çevreyi muhafaza etme gayretindedir. Bu hedef ise sağlanamamıştır ve gelecekteki öngörülerde de sağlanabileceği mümkün gözükmemektedir. Yani her ne kadar derin ekoloji günümüz koşullarına göre gerçekçi gelirse de mevcut yaklaşım da geleceğe dair gerçekçi bir çözüm sunmamaktadır. Derin ekoloji yaklaşımının ilk etapta mevcut çevre hukukunun bu yetersizliğini ve altında yatan sebepleri ortaya çıkardığı söylenebilir.

Derin ekoloji kendi başına bir çevre “hukuku” programı öne sürmemektedir. Naess bir hukukçu olmadığı gibi eserlerinin hedef kitlesi de hukukçular değildi. Derin ekoloji lokal bir hukuk reformundan ziyade bütünsel bir değişim talep etmektedir. Ancak yine de bu yaklaşımın hukukta da belli etkileri olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin “yeryüzü hukuk bilimi” (*Earth Jurisprudence*) hareketinde derin ekolojinin temaları sıkça kullanılmaktadır. Bu hukuk alanı klasik bireyci, menfaatçi hukuk süjeleri yerine daha kolektif ve geniş çaplı hukuki kavramlar ve enstrümanların hukuk sistemleri tarafından benimsenmesini ve doğadaki varlıkların da

hukuki koruma altına kendi başlarına alınması gerektiği savunmaktadır³⁰.

İlerlemeci hareketler çoğu zaman anayasaları hedef almış ve anayasal statülerin tanınması ile bu ilerlemelerin yol almasını amaçlamışlardır. Çevrecilikte de bu durum söz konusudur. İlerlemeci ve radikal taleplerin anayasalara alınması talep edilmekte ve bu tip düzenlemelere önem verilmektedir. Doğa Ana haklarının anayasalarda pozitif hukuk olarak ele alınmasına örnek olarak Kolombiya ve Bolivya anayasaları gösterilebilir. Bu metinlerde ifade edilen çevre hakları bütünsel bir çevre hukuku açısından derin ekolojinin destekleyeceği öğeler içermektedir.³¹ Diğer yandan bu anayasal düzenlemelerin de kendi başlarına tüm hukuk sistemini bütüncül olarak çevreci hale getirmediğini de teslim etmek gerekir. Anayasal hükümler belli hallerde yasa koyucuları yönlendirir ve bazı davalarda hâkimlere söz konusu hükmün koruduğu menfaat yönünde takdirde bulunması için imkânlar sağlar; kendiliğinden devlet düzenini değiştirmez veya anayasa dışındaki mevzuatı tamamıyla dönüştürmez. Bu nedenle derin ekolojinin gerektirdiği hukuki değişimler için anayasal düzenlemelerin de ötesinde değişiklikler gereklidir; sadece sembolik anayasa maddeleri bunu sağlamaz. Hukuk tarihinde bu tip değişimler gerçekleşmiştir. Örneğin “ikinci kuşak haklar” olarak nitelenen sosyal haklar, geniş sosyalist veya sosyal demokrat talepler doğrultusunda zaman içerisinde bütüncül bir şekilde hukuk sistemlerini dönüştürmüştür. Günümüzdeki ekolojik gerekliliklerin de belli toplumsal dinamikler vasıtasıyla hukuku bütüncül bir şekilde değiştirmesinin ihtimal dâhilinde olduğu söylenebilir.

³⁰ Michelle Maloney/Patricia Siemen, “Responding to the Great Work: The Role of Earth Jurisprudence and Wild Law in 21st Century”, *Environmental and Earth Law Journal*, 2015, Cilt: 1, Sayı: 5, ss. 6-22.

³¹ Zeynep Özlem Üskül Engin, *Ekolojik Kriz, Etik ve Hukuk*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017, ss. 167-178.

SONUÇ

Arne Naess'in çevreci düşünceye ve çevreci hareketteki büyük katkılarda bulunmuş bir filozoftur. Kuramında doğa ile insan arasındaki kendini gerçekleştirme ilişkisini kurması, mevcut ekolojik yaklaşımların sığlığını ve geleceğe dair muhtemel krizleri göstermesi, gerçek bir çevreci çözümün gerçekleşmesi için köklü değişikliklerin gereğine işaret etmesi, aktivizmin başarılı olabilmesi için pasif direnişin rolüne dair analizleri özgün ve derinliklidir.

Düşünürün kuramı esasta maneviyata ve sezgilere dayanmaktadır. Bu durum akılcı sorgulamalara ve mantıki çıkarımlara kapıları kapatmaktadır. Ancak bununla birlikte yazarın doğa ile insan arasındaki ilişkileri ve bu tecrübelerde ortaya çıkan duygu ve hisleri betimlemesi her ne kadar sadece maneviyat seviyesinde kalsa da belli bir gerçekliği kendiliğinden ortaya koymaktadır. Zaten herhangi bir ahlaki kuram da ister istemez belli sezgilere dayanan ön kabullere zorunlu olarak dayanmaktadır. Naess'in düşünce yapısının bunu daha fazlasıyla kullanması özellikle doğa gibi daha geniş bir konu söz konusu olduğu için makul kabul edilmelidir. Buna ek olarak Naess açıkça modernizmi reddetmemekte ancak modern akıl yürütme biçiminin doğa bağlamındaki yetersizliğini ortaya koyarak alternatif bir yaklaşım getirmektedir. Arne Naess'in derin ekoloji kuramı insan odaklılığa karşıt olmasına rağmen insan karşıtı değildir. Tam tersine insanın gerçek bir gelişim ve mutluluğa erişmesi için doğa olan ilişkisini gözden geçirmesi gerektiğini savunur. Son olarak, zaten ortada olan çevresel krizlerin varlığı ve nedenlerini de bilimsel verilerle desteklemesi ve belli bilimi kullanarak çözüm önerileri sunması bir çelişki yaratmamaktadır. Modernizmin geçmişine bakıldığı zaman da çevrenin insan müdahalesi ile daha iyi hale getirilemeyeceğini veya mümkün olduğunca insan müdahalesini sınırlanmasını savunması da oldukça makuldür.

Naess'in çıkarımları oldukça radikaldir. Öngördüğü yeni ekolojik yaşam tarzı ve toplumsal yapılar günümüz insanının veya iktidar sahibi grupların kabul edemeyeceği düzeydedir. Ancak bu karşıtlık kendi başına bu kuramın zayıf olduğunu göstermez. Geçmişte çoğu kuram günümüzde artık çok doğal kabul edilen taleplerde (köleliğin sona erdirilmesi, kadınlara oy hakkı gibi) bulunmuşlar ve o dönemlerdeki değerlerden

kökten ayrılık talep etmişlerdir. Naess'in kuramı da benzer şekilde mevcut toplumsal yapıların ve değerlerin sürdürülebilir olmadığını ve yeni ekolojik düzenin günümüzdekinden çok daha fazla gelişim imkânı sağlayacağını iddia etmektedir.

Derin ekolojinin hukuk alanında ciddi bir kılavuz olup olamayacağı şüphelidir. Bir taraftan derin ekoloji mevcut çevre hukuku unsurlarının çok ötesinde talepleri olduğundan günümüz gerçeklerinden kopuk olduğu düşünülebilir. Diğer tarafta mevcut çevre hukuku düzenlemelerinin gelecekteki ekolojik yıkımı durduracak unsurları sağlamamasından dolayı gerçekçilik eleştirisi derin ekoloji tarafından da ileri sürülebilir. Günümüz dünyası geleceğe dair ikili bir yol ayrımında gözükmektedir. Bir tarafta çevreye günümüzdekinden çok daha fazla müdahale ederek iklim mühendisliği, laboratuvarlarda et üretimi, genetiği değiştirilmiş organizmaların oluşturulması gibi yöntemler ile mevcut çevresel sorunlara suni çözümler getirmek ihtimal dâhilindeyken diğer taraftan derin ekolojinin savunduğu doğal ama aynı derecede radikal bir değişim zorunludur. Günümüz dünyasının ve hukuk sistemlerinin kısmi reformcu, "üçüncü yol" yaklaşımı ise günümüzdeki başarısızlığı ve gelecekteki riskler düşünüldüğünde bunlar arasındaki gerçeklikten en uzak seçenektir. İnsanlığın ve devletlerin hangi yolu seçecekleri ve bunda başarılı olup olamayacaklarını ise zaman gösterecektir.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Natur ist ein Thema, mit dem sich Philosophen seit Beginn der Denkgeschichte befasst haben. Der Umweltschutz hat ebenso wie andere intellektuelle Ansätze viele authentische Theorien unter seinem Dach. Arne Naess vertritt den Ansatz der „Tiefenökologie“ im umweltbewussten Denken. Die Tiefenökologie hat zum Ausdruck gebracht, dass der Kern der ökologischen Probleme in einem menschlichen modernen Denksystem liegt. In diesem Zusammenhang hat die Tiefenökologie stattdessen ein neues naturbasiertes Denksystem vorgeschlagen. Naess macht in seiner Theorie auf die Rolle der Natur bei der Selbstverwirklichung des Menschen und die Ungerechtigkeit moderner Gesellschaften in Bezug auf die Natur aufmerksam. Nach Ansicht des Autors hat die Natur einen intrinsischen, keinen instrumentellen Wert, und es ist notwendig, dass der Mensch ein angemessenes Verhältnis zur Natur aufbaut, um sich im eigentlichen Sinne zu verwirklichen.

Naess' es Meinung nach, wendet der heutige umweltschonende Ansatz den Ansatz der „flachen Ökologie“ an. Dieser flache Ansatz versucht, die Luft- und Wasserverschmutzung zu begrenzen oder zu verhindern, dass kontaminierte Luft und Wasser mit Menschen in Kontakt kommen, und zielt darauf ab, die Verschmutzung angemessen zu halten. Auf wirtschaftlicher Ebene richten sich die Umweltverschmutzungsaktivitäten an Entwicklungsländer. Nach dem tiefen Ansatz ignoriert der flache Ansatz die Auswirkungen der Verschmutzung auf die Biosphäre nur, indem er die Auswirkungen des Menschen betrachtet, und verhindert diesen Schaden nicht. Der Versuch, unterschiedliche Geräte zu verwenden, ohne die Produktionsmodi und die Ideologie zu ändern, führt zu anderen unvorhergesehenen Problemen. Da die Länder der Dritten Welt diese teuren Geräte nicht liefern können, können sie im Wettbewerb, der durch diese aktuellen Produktionsmuster und Ideologien erforderlich ist, nur überleben, indem sie sich mehr Schadstoffaktivitäten zuwenden. In der flachen Ökologie werden die Auswirkungen von Ressourcen auf das menschliche Leben untersucht. Obwohl der übermäßige Ressourcenverbrauch in Frage gestellt wird, der auf die Angst vor Ressourcenverarmung zurückzuführen ist, ändert sich die Erwartung nicht, dass technologische Entwicklungen oder Bewegungen des freien Marktes einen bestimmten Gleichgewichtspunkt erreichen. Der tiefe Ansatz sieht nicht, was die Natur als eigene Ressourcen der Menschheit bereitstellt, und bewertet sie im Kontext des gesamten Ökosystems, über die Auswirkungen ihrer Verwendung

auf den Menschen hinaus. Es zweifelt sich, dass der unerschöpfliche Ressourcenverbrauch wirklich zur Lebensqualität der Menschen beitragen wird.

Im flachen Ansatz wird das Bevölkerungswachstum als ein Problem für Entwicklungsländer angesehen, hauptsächlich weil es eine Quelle der Instabilität ist. Trotzdem wird das Bevölkerungswachstum in den Industrieländern aufgrund wirtschaftlicher, militärischer und anderer Ziele mit Freue begrüßt. Das optimale Niveau der menschlichen Bevölkerung wird unabhängig von ihrer Beziehung zu anderen Lebewesen berechnet. Als die Lebensräume für Menschen wachsen, wird sichergestellt, dass andere Kreaturen auf bestimmte Weise vertrieben werden. In der Tiefenökologie hingegen ist die Bevölkerungsdichte des Menschen insbesondere in Industrieländern verboten. Der Grund dafür ist der enorme Verbrauch im modernen Lebensstandard. Dieser Konsum wirkt sich ernsthaft auf nicht-menschliche Lebewesen aus und stört ökologische Systeme. Die derzeitige menschliche Bevölkerung in der Welt sollte stark reduziert werden. Auf diese Weise haben Tausende von Arten, die durch die Explosion der menschlichen Bevölkerung unterdrückt wurden, die Möglichkeit sich zu entwickeln finden und die Bedürfnisse armer Menschen können leichter durch eine stärkere Verteilung der verfügbaren Ressourcen gedeckt werden.

Nach dem flachen Ansatz sollte die Industrialisierung in der westlichen Welt als Ziel für die ganze Welt betrachtet werden. Westliche Technologie und Kultur sollten ebenfalls übernommen werden, um dies zu unterstützen. Ein gewisser kultureller Unterschied kann in diesem Schema toleriert werden, aber dies wird keinen ernsthaften Unterschied zum Westen darstellen. Nach dem Ansatz der Tiefenökologie ähnelt die kulturelle Vielfalt in der menschlichen Gesellschaft der biologischen Vielfalt in Lebensformen. Bildung in Industrieländern sollte der Anthropologie Bedeutung beimessen, damit verschiedene Kulturen erlernt werden können. Nichtindustrialisierte Länder sollten gegen westliche Technologie und wirtschaftlicher Hegemonie geschützt werden. Politische und wirtschaftliche Politik sollte dazu dienen, Subkulturen in Industriegesellschaften zu schützen. Der tiefe Ansatz widerspricht den Versprechungen der Konzepte "fortschrittliche" Technologie und "Fortschritt".

Der flache Ansatz unterteilt Länder, Ökosysteme, Flüsse und andere natürliche Assoziationen in bestimmte Teile. Große Strukturen und Gestalten werden verworfen. Diese Teile werden als Eigentum von Menschen, Gesellschaften oder

Institutionen wahrgenommen. Ihr Management wird durch die Berücksichtigung ihrer Auswirkungen auf die Menschen gelöst. Bodenerosion oder Grundwasserentartung wird als Verlust von Eigentum für die Zukunft angesehen. Die gefährdeten Tiere gelten als Opfer der Probanden, die für zukünftige wissenschaftliche Experimente verwendet werden könnten. Trotz des ungünstigen Verlaufs in der Natur macht die Erwartung zukünftiger technologischer Entwicklungen grundlegende Änderungen unnötig. Der Ansatz der Tiefenökologie befürwortet, dass die Natur nicht im Eigentum des Menschen ist. Der Mensch sollte die Natur nur für seine Lebensbedürfnisse nutzen; kann die Natur nicht als bloßes Mittel zum eigenen Vorteil nutzen.

Nach dem flachen Ansatz wird die Verschlechterung der Natur und die Reduzierung der Ressourcen zwangsläufig die Ausbildung von "Experten" erfordern, die sicherstellen, dass die Natur im Gleichgewicht mit diesen wirtschaftlichen Anforderungen verwaltet wird. Dementsprechend sollen Bildungseinrichtungen „harten“ Wissenschaften Vorrang einräumen, die diese Belastung aufheben und die Natur manipulieren können. Auf diese Weise sollen die Ausbildungsstandards angehoben und der Wettbewerb in diesen technischen Bereichen verbessert werden. Entsprechend dem tiefen Ansatz sollte das Bildungssystem versuchen, ein Gespür für nicht konsumierbare Vermögenswerte oder reichlich vorhandene Güter zu entwickeln. Übermäßiges Interesse an Dingen mit einem Preisschild muss ausgeglichen werden. Es ist notwendig, von „harten“ Wissenschaften zu „weichen“ Wissenschaften überzugehen. Dementsprechend sollten anstelle von groben Methoden und abstrakten Theorien umfassendere Interpretationen angenommen und wissenschaftliche Aktivitäten für konkrete Fragen im menschlichen Leben durchgeführt werden. Insbesondere lokale Kultur und globale Zusammenarbeit sollen Gegenstand dieser weichen Wissenschaften sein.

Diese Philosophie bietet einen wichtigen und neuen Ausgangspunkt für umweltbewusstes Denken und umweltbewusstes Recht. Obwohl das heutige Umweltdenken und Umweltrecht gewisse Fortschritte und Schutzmaßnahmen vorsieht, ist es nicht gelungen, die anstehende Zerstörung vollständig zu lösen. Dieser Ansatz macht originelle Vorschläge zu den Gründen des anhaltenden Scheiterns und den notwendigen Lösungen und zielt darauf ab, sozialen Wandel durch passiven Widerstand zu verwirklichen.

KAYNAKÇA

- BARRY John, *Rethinking Green Politics*, Sage Publishing, London, 1999.
- ÇINAR Tayfun, "Çevremerkezcilik ve Derin Ekoloji Akımı", *Prof. Dr. Cevat Geray'a Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, Ankara, 2001, 265-280.
- DOBSON Andrew, *Green Political Thought*, 4. Bası, Routledge Publishing, London, 2007.
- GARNER Robert, *Environmental Politics: Britain, Europe and the Global Environment*, 2. Bası, St. Martin's Press, New York, 2000.
- GLASER Harold, "Series Editor's Introduction", *The Selected Works of Arne Naess*, Editörler: Harold Glasser/Alan Drengson, Springer Publishing, Amsterdam, 2005, xi-xlix.
- İMGA Orçun, "Küreselleşen Çevresel Krize Hâkim Paradigma Dışı Bir Bakış Olarak Derin Ekolojik Yaklaşım", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt: 8-9-10-11, Sayı: 8-9, 131-150.
- KELLER David R., "Deep Ecology", *Encyclopedia of Environmental Ethics and Philosophy – Volume I*, Editörler: J. Baird Callicott / Robert Frodeman, MacMillan Publishing, New York, 2008, 206-211.
- MALONEY Michelle/SIEMEN Patricia, "Responding to the Great Work: The Role of Earth Jurisprudence and Wild Law in 21st Century", *Environmental and Earth Law Journal*, 2015, Cilt: 1, Sayı: 5, 6-22.
- NAESS Arne, "Deep Ecology of Wisdom: Explorations in Unities of Nature and Cultures", *The Selected Works of Arne Naess – Volume X*, Editörler: Harold Glasser / Alan Drengson, Springer Publishing, Amsterdam, 2005.
- NAESS Arne, "Gandhi and Group Conflict: Explorations of Nonviolent Resistance, *Satyagraha*", *The Selected Works of Arne Naess – Volume V*, Editörler: Harold Glasser / Alan Drengson, Springer Publishing, Amsterdam 2005.
- NAESS Arne, "The Deep Ecological Movement: Some Philosophical Aspects", *Philosophical Inquiry*, 1986, Cilt: 1-2, Sayı: 8, 10-31.
- NAESS Arne, "The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement: A Summary", *Inquiry*, 1973, Cilt: 1, Sayı: 16, 95-100.
- NAESS Arne, *Ecology, Community and Lifestyle: Outline on an Ecosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.

- MALTAŞ Arzu, "Ekoloji Ekseninde İnsan-Doğa İlişkisi ve Özne Sorunu", *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 2015, Cilt: 29, Sayı: 17, 1-8.
- ROTHENBERG David, "Arne Naess", *Encyclopedia of Environmental Ethics and Philosophy - Volume II*, Editörler: J. Baird Callicott / Robert Frodeman, MacMillan Publishing, New York, 2008, 79-80.
- ŞAKACI Bilge Kağan, "Değer Kavramı Ekseninde Derin Ekoloji Yaklaşımının Çözümlemesi", *Mülkiye Dergisi*, 2013, Cilt: 37, Sayı: 1, 2013, 9-29.
- ÜSKÜL ENGİN Zeynep Özlem, *Ekolojik Kriz, Etik ve Hukuk*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017.
- YAYLI Hasan/ÇELİK Vasfiye, "Çevre Sorunlarının Çözümü için Radikal bir Öneri: Derin Ekoloji", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2011, Cilt: 26, Sayı: 1, 369-377.

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA TANIK DELİLİNDEN VAZGEÇME

VERZICHT AUF ZEUGENVERNEHMUNG IM ZIVILPROZESSRECHT

Dr. Anıl KÖROĞLU* / Araş. Gör. Fatih TAHİROĞLU**

ÖZ

Medenî usûl hukukunda taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin geçerli olduğu yargılamalarda dava malzemesi (vakıalar ve deliller) kural olarak taraflarca getirilmelidir. Tarafların dava malzemesi üzerindeki hâkimiyeti, getirilen dava malzemesinin davadan çıkarılması bakımından da devam eder. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 196. maddesine göre, belli şartların varlığı hâlinde delilden vazgeçmek mümkündür. Bu maddede delilden vazgeçme karşı tarafın iznine bağlanmıştır. Söz konusu maddede vazgeçilecek deliller yönünden bir sınırlandırma mevcut değildir. Dolayısıyla bu madde kapsamında tanık delilinden de vazgeçilmesi mümkündür. Çalışmada tanık delilinden vazgeçilmesi konusu incelenmiştir. Bu bağlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 196. maddesi, tanık delilinin gösterilmesine ilişkin hükümlerin arz ettiği özellikler bakımından değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Delil, tanık, delilden vazgeçme, tanık delilinden vazgeçme, usûl işlemi*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. (koroglu@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-2359-385X.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. (fatih@istanbul.edu.tr). ORCID: 0000-0002-6382-4942.

WAIVER OF WITNESSES IN CIVIL PROCEDURAL LAW

ABSTRACT

The principle of production of evidence by the parties is applied in Turkish Civil Procedure Law. In proceedings where this principle applies, the case material (facts and evidence) should, as a rule, be shown by the parties. At the request of the parties, according to this principle, the evidence submitted by the parties can be removed from the proceedings. There is a regulation on this issue in the Turkish Civil Procedure Code (Art. 196). Under the first paragraph of Article 196 of the Turkish Civil Procedure Code, unless the other party gives permission, it is not possible to remove the evidence from the proceeding. As can be seen, it is regulated with this article that it is possible to remove the evidence from the case and that this can be done only with the permission of the other party. The scope of this article is wide and also applied to witness evidence. In this study, the subject of removing the witness evidence from the proceeding is examined. In this context, Article 196 of the Turkish Civil Procedure Code has been evaluated in terms of the characteristics of the provisions regarding the submission of witness evidence.

Keywords: *Evidence, witness, waiver of evidence, waiver of witness, procedural act*

GİRİŞ

Medenî usûl hukukumuzda geçerli olan taraflarca getirilme ilkesine¹ göre, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağı gibi kendiliğinden delil toplayamaz (HMK m. 25). Bu ilkenin geçerli olduğu yargılamalarda deliller kural olarak taraflarca gösterilmelidir².

Taraflarca gösterilen delillerden hangi şartlarda vazgeçileceği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun³ 196. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, "Delil gösteren taraf, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemez.". Benzer düzenleme mülgâ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun⁴ 307. maddesinde de mevcuttu. Bu düzenlemeye göre, delili ibraz eden taraf hasmın muvafakati olmadıkça ona istinatten sarfinazar edemez.

Her iki düzenleme arasında bazı farklar mevcuttur. Bunlardan ilki, delilden vazgeçilmesi yasağının başlama anı bakımındandır. Yasak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda delilin ibrazıyla; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise delilin gösterilmesi anıyla başlamaktadır⁵. Böylece

¹ Dava malzemesinin toplanmasına ilişkin ilkelerin ve bu kapsamda taraflarca getirilme ilkesinin tarihi gelişimi hakkında bkz. Falk Bomsdorf, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- u. Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess. Vom gemeinen Recht bis zur ZPO*, Duncker & Humblot, 1971, s. 19 vd; Yavuz Alangoya, *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 17 vd.

² Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl, Verlag C. H. Beck, 2018, § 77 Rdnr. 15; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 6. bs., 2001, s. 1922; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, Legal, Ekim, 2016, s. 298; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. bs., Yetkin Yayınları, 2013, s. 363; Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. bs., On İki Levha, 2017, s. 802.

³ RG, 4.2.2011 - 27836

⁴ RG, 2.7.1927 - 622.

⁵ Güray Erdönmez, *Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti*, On İki Levha, 2014, s. 268.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yasağın başlangıç anı daha öne çekilmiştir⁶. Zira delillerin gösterilmesi ile delillerin ibrazı farklı kavramlar olup⁷, delillerin gösterilmesi, yargılamada hangi delillerin kullanılacağı'nın bildirilmesi iken⁸; delillerin ibrazı, bildirilen delillerin mahkemeye sunulmasıdır⁹. Örneğin, tanık delili bakımından fark şudur¹⁰: Dilekçeler aşamasında vakianın tanık delili ile ispatlanacağı bildirilir (*delillerin gösterilmesi*) ve daha sonra tahkikat aşamasında tanık listesi mahkeme sunulur (*delillerin ibrazı*). Görüldüğü üzere, zamansal bakımdan delillerin gösterilmesi kural olarak delillerin ibrazından önce gerçekleşir.

Her iki düzenleme arasında, vazgeçilebilecek delillerin kapsamı açısından da bir fark vardır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda vazgeçilebilecek deliller bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Oysa Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, doktrinde, 307. maddenin (tüm delillerde değil) sadece senetler bakımından uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi¹¹. Zira 307. madde, Kanun'da

⁶ Erdönmez, *Belgelerin İbrazı*, s. 268.

⁷ Nur Bolayır, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması ve Hâkimin Rolü*, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 103.

⁸ Bolayır, s. 91 vd, 103.

⁹ Tolga Akkaya, "Medenî Usul Hukukunda Delillerin Hasredilmesi", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003, s. 57; Bolayır, s. 103.

¹⁰ Bolayır, s. 103.

¹¹ Kuru, *Usul*, C. II, s. 2187; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, 7. bs, 2000, s. 680; Necip Bilge/Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. bs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s. 585; Yavuz Alanguya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, Tıpkı 8. bs, Beta, 2011, s. 339-340; Akkaya, *Delillerin Hasredilmesi*, s. 118; Mesut Ertanhan, *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Seçkin, 2005, s. 271-272; ayrıca bkz. Mehmet Akif Tutumlu, "Tanığın Dinlenilmesinden Vazgeçme Karşı Tarafın İznine Bağlı mıdır?", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 147, Kasım 2018, s. 140. Yargıtay'ın bu yönde bir kararı için bkz. HGK, 20.06.2007, E. 2007/8-424, K. 2007/431 (Lexpera).

senetlere ilişkin bölümde yer almaktaydı¹². Yine doktrine göre, söz konusu hükmün kaynağını oluşturan Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 436. maddesi¹³ de senetlere ilişkin bulunmaktaydı¹⁴. Oysa bu son gerekçenin isabetli olmadığını söylemek gerekir. Çünkü Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 436. maddesinin sadece senetle sınırlandırılmış olması, tanık delilinden vazgeçilmesinin Kanun'da ayrı bir maddede düzenlenmiş olması sebebiyledir. Gerçekten söz konusu Kanun'un 399. maddesine göre, taraf, dinlenilmesini önerdiği tanıktan vazgeçebilir; ancak karşı taraf bu tanığın dinlenilmesini, eğer tanığın dinlenilmesine başlanmışsa buna devam edilmesini talep edebilir.

Ne var ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile söz konusu tartışmalar anlamsız duruma gelmiştir. Zira Kanun'nda delilden vazgeçmeye ilişkin 196. madde, Kanunu'nun "*ispat ve deliller*" başlıklı dördüncü kısmının "*genel hükümler*" bölümünde yer almaktadır. Bu nedenle söz konusu maddenin tüm deliller için geçerli olduğu konusunda artık bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁵. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de açıkça vurgulanmıştır¹⁶. Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 196. maddesi, tanık delili bakımından da uygulama alanı bulur¹⁷.

Çalışmamızda medenî usûl hukukunda tanık delilinden vazgeçilmesi konusu ele alınmıştır. Bu kapsamda tanık delilinden vazgeçilmesinin

¹² Kuru, *Usul*, C.II, s. 2188; Akkaya, *Delillerin Hasredilmesi*, s. 118. Benzer şekilde bkz. Bilge/Önen, s. 585.

¹³ Söz konusu hükme göre, delil ikâme eden taraf, belgenin ibrazından sonra ancak karşı tarafın rızasıyla bu delilden vazgeçebilir.

¹⁴ Kuru, *Usul*, C. II, s. 2187-2188; Akkaya, *Delillerin Hasredilmesi*, s. 118; Ertanhan, s. 271-272.

¹⁵ Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, 2014, s. 600.

¹⁶ "*Bu madde, 1086 sayılı Kanundaki benzer düzenlemenin genelleştirilmiş hâlidir. 1086 sayılı Kanunda delilden vazgeçmeye ilişkin hüküm, senetlere ilişkin olarak düzenlenmişti ve uygulama ile doktrinde bu çerçevede yorumlayan görüşler olduğu gibi aksine görüşler de mevcuttu. Bu madde ile duruma açıklık getirilerek, herhangi bir delili gösteren tarafın, bu delilden vazgeçmek istemesi durumunda, bunun ancak karşı tarafın açık izni ile mümkün olduğu belirtilmiştir.*"

¹⁷ "[...] Belirtmek gerekir ki, HMK'nın 196'ncı maddesinde yer alan hükmün tanık delilini de kapsadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır [...]" Yarg. HGK, 17.09.2019, E. 2016/325, K. 2019/883 (karararama.yargitay.gov.tr).

amacı ve uygulama alanı ile tanık delilinden vazgeçilmesinin şartları ve sonuçları incelenmiştir

I. Tanık Delilinden Vazgeçilmesinin Amacı ve Uygulama Alanı

Bir tarafın, göstermiş olduğu tanık delilinden vazgeçmekte çeşitli menfaatleri bulunabilir. İlk olarak, tanık gösteren taraf, göstermiş olduğu tanığın vereceği beyanların kendisi aleyhine olabileceğinden endişe ederek tanığın dinlenmemesini isteyebilir¹⁸. İkinci olarak, iddiasını (diğer deliller veya göstermiş olduğu diğer tanıklar aracılığıyla) yeterli ölçüde ispatlamış olduğunu düşünen taraf, tanığın dinlenilmesinden vazgeçerek davanın daha hızlı sonuçlanmasına katkı sunmak isteyebilir.

Tanık delilinden sadece taraflarca getirilme ilkesine tâbi olan yargılamalarda vazgeçilebilir¹⁹. Zira bu davalarda tarafların dava malzemesi üzerindeki hâkimiyeti, yargılamaya getirilen delillerden vazgeçebilmeyi de kapsamaktadır. Dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi konusunda tarafların yanında hâkimin de yetkili ve görevli olduğu re'sen araştırma ilkesine tâbi yargılamalarda ise²⁰ tanık delilinden vazgeçilmesi herhangi bir sonuç doğurmaz. Zira bu yargılamalarda, tarafların gösterdiği delillerle bağlı olmayan hâkim, tüm delillere kendiliğinden başvurma yetkisine sahiptir. Dolayısıyla hâkim, söz konusu yargılamalarda, tanık delilinden vazgeçilmesine ilişkin beyan ile bağlı değildir²¹. Vazgeçilmek

¹⁸ Umar, s. 599.

¹⁹ BeckOK ZPO/Scheuch, § 399 Rdnr. 1; karşı. Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen*, 74. Aufl, Verlag C. H. Beck, 2016, § 399, Rdnr. 2; karşı. PG/Trautwein, § 399, Rdnr. 1.

²⁰ Kuru, *Usul*, C. II, s. 1923; Kuru, *İstinafa Göre*, s. 299; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 366; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 806; Abdurrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. bs., Alternatif, 2014, s. 260; Seda Özmumcu, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *SDÜHFD*, Mihbir Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, s. 146; Bolayır, s. 131 "[...] Dava ile ilgili olguların hazırlanmasında, tarafların yanında, hakimin de görevli olmasına, kendiliğinden araştırma ilkesi denir [...]" Yarg. 22. HD, 20.1.2020, E. 2016/27188, K. 2020/724 (Kazancı).

²¹ Musielak/Voit/Huber, § 399, Rdnr. 1; Thomas/Putzo/Reichold, § 399, Rdnr. 1.

istenen tanığın dinlenmesini uyumsuzluğun aydınlatılması için gerekli gören hâkim bu yönde bir karar verebilir.

II. Tanık Delilinden Vazgeçmenin Niteliği, Şartları ve Sonuçları

A. Tanık Delilinden Vazgeçmenin Niteliği

Tanık delilinden vazgeçme, nitelik olarak bir usûl işlemidir²². Usûl işlemi, işlemi yapan kişiye göre taraf ve mahkeme usûl işlemi olmak üzere ikiye ayrılır²³. Taraf usûl işlemi, taraflarca yapılan, davanın yürütülmesine hizmet ederek davanın sonucuna etki eden bilgi ve irade açıklamalarıdır²⁴. Tanık delilinden vazgeçilmesine ilişkin beyan (diğer şartların da bulunması hâlinde) yargılamada o delilin kullanılmaması sonucunu doğurmaktadır. Başka bir anlatımla, bu beyan etkisini yargılama hukukunda göstermektedir.

Taraf usûl işlemi, tarafların kendi aralarında veya taraf ve mahkeme arasında yapılabilir²⁵. Tanık delilinden vazgeçme beyanı da taraf ile mahkeme arasında yapılan (tek taraflı) bir usûl işlemidir. Diğer bir ifadeyle, delilden vazgeçme işlemi, tarafların kendi aralarında yapmış olduğu (iki taraflı) bir işlem olmayıp, tarafın mahkemeye yöneltmesi gereken bir işlemidir.

Delilden vazgeçmeye ilişkin beyanın mahkemeye yöneltilmesinden sonra, karşı tarafa vazgeçme işlemine izin verip vermediği sorulur ve karşı tarafın onayıyla delilden vazgeçilmiş olur. Delilden vazgeçme beyanı ve karşı tarafın söz konusu vazgeçme işlemine rıza göstermesinin taraflar arasında delil sözleşmesi yapılması anlamına gelip gelmediği

²² *Wieczorek/Schütze/Ahrens*, § 399, Rdnr. 1; *Thomas/Putzo/Reichold*, § 399, Rdnr. 1; *Musielak/Voit/Huber*, § 399, Rdnr. 2; *BeckOK ZPO/Scheuch*, § 399, Rdnr. 2; *PG/Trautwein*, § 399, Rdnr.3; *Stein/Jonas/Berger*, § 399, Rdnr. 1; *Zöller/Greger*, § 399, Rdnr. 2; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 399, Rdnr.5; *Zimmerman*, ZPO, § 399, Rdnr. 1.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Abdurrahim Karşlı, *Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler*, 2001, s. 148 vd.

²⁴ Karşlı, *Usulî İşlemler*, s. 156; Bilge/Önen, s. 277-278; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 253; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 435; Tanrıver, s. 438; Ömer Ulukapı, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. bs., Mimoza Yayınları, 2015, s. 180.

²⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 253; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 435; Ulukapı, s. 180.

üzerinde durulmalıdır. Delil sözleşmesiyle taraflar, Kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli deliller ispatı öngörülmeleyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler (HMK m. 193). Her şeyden önce belirtilmelidir ki, delil sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmuş olur²⁶. İnceleme konumuzla benzerlik göstermesi sebebiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 202. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında öğretilmiş olan bir tartışmanın kısaca aktarılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Söz konusu hükme göre, "senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir.". Bir görüşe göre, senetle ispat kuralının geçerli olduğu durumlarda tarafın tanık dinletilmesine ilişkin rıza göstermesi taraflar arasında bir sözleşmenin kurulduğu anlamına gelmez²⁷. Zira burada karşılıklı irade beyanları mevcut olmayıp, söz konusu beyanlar mahkemeye yöneliktir²⁸. Diğer bir görüşe göre ise, söz konusu ihtimâlde delil sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmez²⁹. Zira karşı taraf, diğer tarafın tanık dinletilmesi isteğine rıza göstererek irade açıklamasında bulunduğundan, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı artık burada mevcut olmaktadır³⁰.

Tarafların belli bir konuda aynı düşüncede olduklarına ilişkin (birbiriyle uyuşan) irade açıklamalarını ayrı ayrı mahkemeye bildirmeleri, taraflar arasında bir usûl sözleşmesi kurulduğu anlamına gelmez³¹. Zira her iki tarafın söz konusu açıklamalarının muhatabı mahkeme olduğundan (diğer taraf olmadığından) ortada aslında iki ayrı tek taraflı usûl işlemi bulunmaktadır³². Gerek delilden vazgeçme beyanı gerekse vazgeçmeye

²⁶ Atalay, *Pekcanitez Usûl*, s. 1742.

²⁷ Taşpınar, s. 195, 196; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, s. 1745 vd; Tanrıver, s. 822.

²⁸ Taşpınar, s. 195, 196; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, s. 1745 vd; Tanrıver, s. 822 vd.

²⁹ Bolayır, s. 497, dn. 591; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 717; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 4.bs., Yetkin Yayınları, 2018, s. 463; Murat Yavaş, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları*, Turhan Kitabevi, 2009, s. 317.

³⁰ Bolayır, s. 497, dn. 591.

³¹ Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 66, Rdnr. 9.

³² Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 66, Rdnr. 9; ayrıca bkz. *Wieczorek/Schütze/Gerken*, § 128, Rdnr. 15.

rıza gösterildiğine ilişkin beyan mahkemeye yöneltilen tek taraflı bir işlemdir³³. Dolayısıyla burada, delil sözleşmesinde olduğunun aksine, tarafların beyanlarının birbirlerine yönelik olduğu iddia edilemez. Ayrıca delilden vazgeçme ve karşı tarafın buna rıza göstermesi, yarattığı etki bakımından da delil sözleşmesine benzememektedir. Çünkü bir tarafın tanık delilinden vazgeçmesi ve karşı tarafın buna rıza göstermesi, ilgili vakanın ispatı için artık vazgeçilen tanığın dinlenilmemesi sonucunu doğurur. Başka bir anlatımla, delil sözleşmesinde olduğunun aksine, burada davacı ve davalı taraf arasında yargılamada tanık deliline başvurulmayacağına ilişkin bir anlaşma mevcut değildir.

B. Tanık Delilinden Vazgeçilmesinin Şartları

1. Şekil

Delilinden vazgeçme işleminin ne şekilde yapılacağı konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (m. 196) bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tanık delilinden vazgeçilmesi bir usûl işlemi olduğuna göre³⁴, usûl işlemlerinin şekli konusunda genel kurallar kanaatimizce burada da geçerli olmalıdır. Dolayısıyla tanık delilinden vazgeçilmesi işleminin yazılı veya tutanağa geçirilmek şartıyla duruşmada sözlü olarak (HMK m. 154/3)³⁵ yapılabileceği söylenebilir³⁶.

³³ Ayrıca bkz. aşa. II, B, 3.

³⁴ *Wieczorek/Schütze/Ahrens*, § 399, Rdnr. 1; *Thomas/Putzo/Reichold*, § 399, Rdnr. 1; *Musielak/Voit/Huber*, § 399, Rdnr. 2; *BeckOK ZPO/Scheuch*, § 399, Rdnr. 2; *PG/Trautwein*, § 399, Rdnr. 3; *Stein/Jonas/Berger*, § 399, Rdnr. 1; *Zöllner/Greger*, § 399, Rdnr. 2; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 399, Rdnr. 5; *Zimmerman*, ZPO, § 399, Rdnr. 1.

³⁵ HMK m. 154/3-ç hükmü uyarınca “*Beyanda bulunana okunmak ve imzası alınmak kaydıyla ikrar, yeminin edası, davanın geri alınmasına muvafakat, davadan feragat, davayı kabule ilişkin beyanlar ve sulh müzakereleri ile sonucu*” mutlak olarak tutanağa yazılmalıdır. Burada delilden vazgeçme beyanına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla delilden vazgeçme beyanı HMK m. 154/3-d hükmü kapsamında bir taraf beyanı olarak değerlendirilmeli ve aynı hüküm gereğince tarafın bunu imzalamasına gerek olmamalıdır.

³⁶ Karş. *Wieczorek/Schütze/Ahrens*, § 399, Rdnr. 4; *Stein/Jonas/Berger*, § 399 Rdnr. 1; *BeckOK ZPO/Scheuch*, § 399, Rdnr. 2; *Musielak/Voit/Huber*, § 399, Rdnr. 2;

Tanık delilinden zımnî olarak da vazgeçilebilir³⁷. Örneğin, tanığın kendisi tanıklık yapmaktan çekinme sebebinin bulunduğunu belirterek (HMK m. 248) tanıklık yapmak istemediğini beyan eder ve bu beyana tanığı gösteren tarafça karşı çıkılmazsa, tanık delilinden vazgeçilmiş olduğu kabul edilir³⁸. Buna karşılık, tanığı gösteren tarafın tanığın dinleneceği oturuma katılmaması, onun tanık delilinden zımnî vazgeçtiği anlamına gelmez³⁹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 74. maddesinde, delilden vazgeçme, vekâletnamede özel yetki verilmesini gerektiren bir durum olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla vekil, vekâletnamede özel bir yetkiye ihtiyaç duymaksızın tanık delilinden vazgeçebilir.

Somutlaştırma yükünü düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 194. maddesinin ikinci fıkrasına göre, " *tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakianın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur.*" Bu kapsamda tanık delili ile hangi vakıa/vakıaların ispat edileceği ayrıca belirtilmelidir. Taraflardan biri, göstermiş olduğu tanığın çekişmeli olan birden fazla vakianın ispatında bilgisine başvurulacağını bildirebilir. Örneğin, davacı, iddiasına dayanak olan -a- ve -b- vakıalarını ispatlamak için (T)'yi tanık olarak göstermiş olsun. Daha sonra, davacı, (T)'yi, -b- vakiasının ispatı için dinletmek istemeyip, sadece -a- vakiası ile sınırlı olmak üzere dinletmek isteyebilir. Böyle bir durumda, karşı taraf da bu vazgeçmeye izin verirse, -b- vakiası bakımından tanık delilinden vazgeçilmiş olur⁴⁰. Dolayısıyla (T) artık sadece -a- vakiasının ispatı yanında dinlenebilir.

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 399, Rdnr. 5; MüKoZPO/Damrau, § 399, Rdnr. 3.

³⁷ Wiczorek/Schütze/Ahrens, § 399, Rdnr. 5 ff; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 111, Rdnr. 34; Hk-ZPO/Siebert, § 399, Rdnr. 2; Musielak/Voit/Huber, § 399, Rdnr. 2; PG/Trautwein, § 399, Rdnr. 3; Stein/Jonas/Berger, § 399, Rdnr. 2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 399, Rdnr. 5.

³⁸ Wiczorek/Schütze/Ahrens, § 399, Rdnr. 6; Hk-ZPO/Siebert, § 399, Rdnr.2; Musielak/Voit/Huber, § 399, Rdnr. 2; MüKoZPO/Damrau, § 399, Rdnr. 3; PG/Trautwein, § 399, Rdnr.3; Stein/Jonas/Berger, § 399, Rdnr.2; Kuru, C. III, s. 2595.

³⁹ Kuru, C. III, s. 2578 ve 2596.

⁴⁰ Karş. "[...] Davalı diğer tanıklarının dinlenilmesinden açıkça vazgeçmediği gibi,

2. Zaman

Delilden vazgeçilmesi karşı tarafın rızasına bağlıdır. Dolayısıyla karşı taraf rıza gösterene kadar delilden vazgeçilmesinin yasak olduğu söylenebilir. Söz konusu yasağın delilin gösterilmesiyle başlayacağı yukarıda ifade edilmişti. Bununla birlikte tanık deliline ilişkin yasağın başlangıç anı açısından farklı bir durum söz konusudur. Öncelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından tanık delilinin gösterilmesi ve sunulmasına ilişkin sistemin üzerinde durulmalıdır.

Hukukumuzda taraflar delillerini, kural olarak dilekçeler teatisi aşamasında göstermelidir⁴¹. Bu bakımdan tarafların tanık deliline de dilekçeler teatisi aşamasında dayanmaları gerekir. Ancak söz konusu aşamada tanık deliline dayanıldığıının belirtilmesi yeterli olup, tanık listesi daha sonra, tanıkların dinleneceği aşamaya gelindiğinde verilebilir⁴². Tanık listesi, tanık gösteren tarafın, tanık dinletmek istediği vakıayı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini mahkemeye sunduğu listedir (HMK m.240/2). Bu listede gösterilmemiş olan

mahkemenin ara kararı ile dinlenmesinden vazgeçtiği tanıkların hangi vakıanın ispatı için dinletilmek istendiği davalı taraftan sorularak tespit edilmemiştir [...]” Gaziantep BAM, 1. HD, 13.4.2017, E. 2017/348, K. 2017/355 (Lexpera).

⁴¹ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Kuru, *İstinafa Göre*, s. 327; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 690; Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. bs, On İki Levha, 2017, s. 1050; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, s. 1757; Erdönmez, *Belgelerin İbrazı*, s. 122; Güray Erdönmez, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı”, *İBD*, Eylül-Ekim 2013, C. 87, S. 2013/5, s. 22-23; Bolayır, s. 227-228; Ömer Ulukapı/Taner Emre Yardımcı, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi”, *DEÜHFD*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 486 vd.

⁴² Kuru, *İstinafa Göre*, s. 233; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 320; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 507; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl* s. 1146; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, s. 1892; Tanrıver, s. 890; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 518; Şanal Görgün/Levent Börü/Barış Toraman/Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, 7. bs, Yetkin Yayınları, 2018, s. 542; Karamercan, s. 161.

kimseler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir tanık listesi verilemez (HMK m.240/2)⁴³.

Tanık delilinin sunulmasına ilişkin sistem dikkate alındığında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 196. maddesinin, tanık delili bakımından, ancak tanık listesi verilmesinden sonra uygulanabileceği söylenebilir. Zira tanık deliline dayandığını bildiren ancak tanık listesi sunmayan taraf kural olarak tanık dinletemez (HMK m. 240/2). Dolayısıyla böyle bir durumda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 196. maddesi uygulama alanı bulmaz.

Yargılamada hangi ana kadar delilden vazgeçilebileceği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 196. maddesinde düzenlenmemiştir. Bu mesele, tanık delili açısından ikili bir ayırım yapılarak ele alınabilir. Şöyle ki, tanık duruşmada sözlü olarak dinlenebileceği gibi (HMK m. 259), gerekli görülen durumlarda tanığa soru kâğıdı gönderilerek de tanığın bilgisine başvurulabilir (HMK m. 246). Dolayısıyla her iki durum ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Alman hukukunda tanığın dinlenilmesi sona erinceye kadar tanık delilinden vazgeçilebileceği kabul edilmektedir⁴⁴. Yani tanığın duruşmada dinlenmesi esnasında dahi tanık delilinden vazgeçilebilmesi mümkündür. Hukukumuzda bu süre, tanığın beyanlarını içeren tutanağı imzalaması (HMK m. 261/5) anına kadar olmalıdır. Çünkü tanık, ifadesini tamamlayıp, bu ifadenin geçirildiği tutanağı imzalamadıkça söz konusu beyanlar tanık beyanı olarak kabul edilemez⁴⁵. Dolayısıyla bu imza atılana

⁴³ Bununla birlikte tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hâllerde, liste verilmemiş olsa dahi taraf, o duruşmada hazır bulundursa tanıklar dinlenir (HMK m. 243/1, c. 2).

⁴⁴ *Wieczorek/Schütze/Ahrens*, § 399, Rdnr. 8; *Musielak/Voit/Huber*, § 399, Rdnr. 3; *BeckOK ZPO/Scheuch*, § 399, Rdnr. 3; *PG/Trautwein*, § 399, Rdnr.4; *Hk-ZPO/Siebert*, Rdnr. 2; *Stein/Jonas/Berger*, § 399, Rdnr. 1; *MüKoZPO/Damrau*, § 399, Rdnr. 2.

⁴⁵ Ertanhan, s. 266

kadar her zaman vazgeçmenin mümkün olması gerekir. Tanığın dinlenmesi sona ermiş ve tutanağa imza atılmışsa artık tanık delilinden vazgeçilmesi söz konusu olamaz⁴⁶.

Tanığa soru kâğıdı gönderilmiş olması⁴⁷, tanık delilinden vazgeçilmesine engel değildir. Zira tanığın yazılı cevapları mahkemeye ulaşıncaya kadar ortada bir tanık beyanının varlığından bahsedilemez. Dolayısıyla yazılı cevaplar mahkemeye ulaşmadığı sürece tanık delilinden vazgeçilebilmesi teknik olarak mümkündür.

3. Karşı Tarafın İzni

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 196. maddesine göre, delilden vazgeçme ancak karşı tarafın izniyle mümkündür. Dolayısıyla karşı taraf rıza göstermedikçe, tanık delilinden vazgeçmek mümkün değildir.

Delilden vazgeçmenin sadece karşı tarafın izni ile yapılmasına ilişkin düzenleme isabetlidir. Çünkü bir vakıanın onu ileri süren taraf aleyhine kullanılabilmesinde olduğu gibi⁴⁸, ileri sürülen bir delil de onu ileri süren tarafın aleyhine (karşı tarafın lehine) kullanılabilir. Dolayısıyla ileri sürülen delilinin yargılamaya getirilmesini istemekte karşı tarafın da menfaati bulunabilir. Bu kapsamda tanık delilinden vazgeçmeye ilişkin beyanın yapılmasına rağmen karşı taraf o tanığın dinlenilmesi isteyebilir. Zira tanığın ilgili vakıa hakkında ne yönde bir beyanda bulunacağı mahkemede dinlendiği sırada ortaya çıkacaktır⁴⁹.

⁴⁶ Umar, s. 599.

⁴⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Hâkim gerekli görülen hâllerde, sözlü olarak dinlenmesi yerine, belirlenecek süre içinde cevaplarını yazılı olarak bildirmesi için tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verebilir.". Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Mine Akkan, "Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kağıdı Gönderilmesi", *DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, C.16, Özel Sayı, 2014, s. 555 vd.

⁴⁸ Alangoya, s. 95; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 365; Karlı, *Muhakeme*, s. 249; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 804; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 3. bs., Adalet Yayınevi, 2019, s. 81

⁴⁹ "[...] Tanıkların ne şekilde ve kimin lehine beyanda bulunacakları ancak dinlendikten sonra bilinebileceğinden bu madde hükmüne göre göre mahkemede karşı tarafın açık

Kanun'da karşı tarafın açık izni aranmıştır. Dolayısıyla mahkemenin karşı tarafa vazgeçmeye rızası olup olmadığını sorması gerekir⁵⁰. Vazgeçmeye izin verilmesi nitelik olarak usûl işlemidir. Çünkü bu iznin verilmesi ile vazgeçilen tanığın bilgisine yargılamada başvurulamayacaktır. Vazgeçmeye izin verilmesi usûl işlemi olduğundan, izin verildiğine ilişkin beyanın yazılı veya duruşmada sözlü⁵¹ olarak yapılabilmesi mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 74. maddesinde, delilden vazgeçmeye izin verilmesi, vekâletnamede özel yetki verilmesini gerektiren bir durum olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla vekil, vekâletnamede özel bir yetkiye ihtiyaç duymaksızın tanık delilinden vazgeçmeye rıza gösterildiğini bildirebilir.

Tanık delilinden vazgeçmeye izin verilmemesi, tanığı izin vermeyen tarafın tanığı durumuna getirmez. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 196. maddesi hükmü bu konuda açıktır: *"Delil gösteren taraf, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemez."* Örneğin, davacı (A)'nın göstermiş olduğu tanık (T)'den vazgeçmesine davalı

muvafakatı olmadıkça, resen tanık dinlemekten vazgeçemez [...]" Gaziantep BAM, 1. HD, 13.4.2017, E. 2017/348, K. 2017/355 (Lexpera).

⁵⁰ *" [...] Bununla birlikte davalı işveren tarafından alınan yazılı ifadesinde davacının iş yerinde uyuşturucu madde kullandığını belirten ve tanık olarak bildirilen ... mahkemece dinlenilmemiştir. Yargılama sırasında davacı vekili, anılan tanığın dinlenilmesinden vazgeçtiğini beyan ettiğinden, mahkemece davalı tarafa 6100 sayılı HMK'nın 196'ncı maddesi uyarınca tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmesine açıkça izin verip vermediği sorulmalı, vazgeçmeyi kabul etmediği takdirde 6100 sayılı HMK'nın 243 ve devamı maddeleri uyarınca anılan tanık dinlenildikten sonra tüm dosya içeriği birlikte değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmeli, vazgeçmeyi kabul etmesi hâlinde ise mevcut delil durumuna göre sonuca gidilmelidir [...]" Yarg. HGK, 17.9.2019, E. 2016/325, K. 2019/883 (Lexpera).*

⁵¹ HMK m. 154/3-ç hükmü uyarınca *"Beyanda bulunana okunmak ve imzası alınmak kaydıyla ikrar, yeminin edası, davanın geri alınmasına muvafakat, davadan feragat, davayı kabule ilişkin beyanlar ve sulh müzakereleri ile sonucu"* mutlak olarak tutanağa yazılmalıdır. Burada delilden vazgeçmeye rıza gösterilmesi beyanına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla delilden vazgeçmeye rıza gösterilmesi beyanı HMK m. 154/3-d hükmü kapsamında bir taraf beyanı olarak değerlendirilmeli ve aynı hüküm gereğince tarafın bunu imzalamasına gerek olmamalıdır.

(B)'nin rıza göstermemesi, (T)'nin (B)'nin tanığı olarak değerlendirilmesine neden olmaz. Bu ihtimâlde dahi (T), (A)'nın göstermiş olduğu bir tanıktır. Bu tespitin yargılamada tanık delili için ödenmesi gereken avans (Karş. HMK m. 324) bakımından önemli bir sonucu olacaktır. Tanık delilinden vazgeçilmesine rıza gösterilmemesi durumunda, tanığı dinleyecek olan mahkeme buna ilişkin avansı tanık deliline dayanan taraftan istemelidir⁵². Tanık deliline dayanan taraf, delil avansını (HMK m. 324) yatırarak delilden vazgeçmek isteyebilir. Ancak bu durumda karşı taraf, delil avansını yatırarak tanığın dinlenmesini sağlayabilir. Eğer karşı tarafça da tanığa ilişkin avans yatırılmazsa, tanık delilinin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır (Karş. HMK m. 324/2).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 241. maddesine göre, "*mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir.*". Dolayısıyla 241. maddede belirtilen şartlar mevcutsa, tanık

⁵² "[...] 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 196. maddesi uyarınca; delil gösteren taraf, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemez. Mahkemece, davacı tarafın delil listesinde yer alan ... isimli tanık dinlenmeden hüküm kurulmuştur. Her ne kadar davacı vekili bu tanığı dinletmekten vazgeçmiş ise de, davalı vekili tanığın dinlenmesinden vazgeçme talebini kabul etmemiştir. Bu sebeple, öncelikle davacı tarafa tanık delili için ikame etmesi gereken avansı yatırmak üzere usulüne uygun kesin süre verilmeli, sonrasında tüm deliller birlikte değerlendirilerek davaya konu yapılan alacaklar bakımından sonuca gidilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir [...]" Yarg. 22. HD, 9.3.2017, E. 2017/5702, K. 2017/4893 (Kazancı).

deliline dayanan tarafın talebi üzerine veya mahkemece kendiliğinden diğer tanıkların dinlenilmemesine karar verilebilir^{53, 54}. Söz konusu durumda karşı tarafın rızası aranmaz.

Tanık deliliyle ispatlanmak istenen vakıanın ıslah yoluyla değiştirilmesi durumunda, dolaylı olarak tanık delilinden vazgeçilmiş olur. Bununla birlikte artık karşı taraf o tanığın dinlenilmesini isteyemeyecektir. Çünkü tanığın, ıslahla ileri sürülen yeni vakıa için tanıklık yapabilmesi (eğer bu vakıaya tanıklık etmemişse) mümkün değildir. Örneğin, -a- vakıasına dayanılarak açılan bir davada, -a- vakıası ıslah yoluyla değiştirilerek -b- vakıası ileri sürülürse, -a- vakıasının ispatı için gösterilen tanığın -b- vakıası için tanıklık yapması (eğer bu vakıaya tanıklık etmemişse) mümkün değildir.

⁵³ “[...] Tanıklar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 241. maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmiş olması durumu hariç olmak üzere açıkça vazgeçme ve karşı tarafın açık izni olmadıkça dinlenmek zorundadır. Başka bir anlatımla, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenilen husus hakkında yeter derecede bilgi edinildiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verilebilir. Buna göre, adı geçen tanıkların dinlenilmemeleri için, dinlenen tanıklarla ispat edilmek istenen hususun yeter derecede aydınlanmış olması gerekir. Böyle değilse bu hükme dayanılarak mahkeme tanığı dinlemekten kaçınmaz. Davalı kadın tanıklarının dinlenilmesinden vazgeçmediği gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 241. maddesi koşulları da oluşmamıştır. Davalı kadının diğer tanıkları dinlenilmeden hüküm kurulmuş olması hukuki dinlenilme hakkına aykırı olup, önemli bir usul hatasıdır. Açıklanan sebeple davalı tanıklarının Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 243. vd maddeleri uyarınca usulüne uygun şekilde dinlenip, tüm deliller birlikte değerlendirilerek, gerçekleşecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, davalı kadının tanıkları ve dinlenilmeden, eksik incelemeyle karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir [...]” Yarg. 2. HD, 19.12.2018, E. 2018/2203, K. 2018/14836 (Kazancı).

⁵⁴ “[...] Davacı taraf, tanık listesinde ... isimli tanığı dinletmek istemiş, daha sonra bu tanığının dinlenilmesinden vazgeçmiştir. Delil gösteren taraf, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemez (HMK m. 196). Davalı kadın bu tanığın dinlenilmesini talep etmiştir. Adı geçen tanık dinlenilmeden tahkikata son verilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 241. maddesi koşulları gerçekleşmemiştir. O halde, tanık ...’nin Hukuk Muhakemeleri Kanununun 240 ve devamı maddeleri uyarınca usulünce çağrılıp dinlenilmesi, dinlendiği takdirde toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken [...]” Yarg. 2. HD, 2.5.2016, E. 2015/17211, K. 2016/8875 (karararama.yargitay.gov.tr).

Delilden vazgeçmeye izin verilmemesi durumunda tanığın dinlenilmesi gerekir. Vazgeçmeye izin verilmemesine rağmen tanığın dinlenilmemesi bozma sebebi olarak değerlendirilir^{55, 56}.

C. Tanık Delilinden Vazgeçmenin Sonuçları

Tanık delilinden vazgeçmenin yargılama bakımından çeşitli sonuçları vardır. Vazgeçme ile ortaya çıkan sonuçlar vazgeçme anına göre değişiklik gösterebilir. Vazgeçme, şayet tanığın dinleneceği duruşmadan önce gerçekleşmişse, artık tanık dinlenilemez⁵⁷. Vazgeçme, tanığa davetiye gönderilmesinden sonra ancak tanığın dinlenilmesinden önce gerçekleşmişse, davetiye iptal edilir ve tanık mahkemeye çağrılmaz⁵⁸. Tanığın ifadesine yazılı olarak başvurulmuş olup da, tanığın verdiği cevaplar henüz mahkemeye ulaşmadan önce tanık delilinden vazgeçilmişse, tanığın

⁵⁵ “[...] Somut uyuşmazlıkta davalı vekili 20.03.2015 tarihli celsede davalı tanığı olarak gösterilen [...] dinletmekten vazgeçtiklerini beyan etmiş, davacı vekili vazgeçmeye muvafakatleri olmadığını bu tanığın dinlenmesini talep ettiklerini belirtmiştir. Davalı tanığı olarak dinletileceği açıklandıktan sonra tanığın dinlenmesinden vazgeçilmesi ancak HMK’nın 196. maddesine göre davacının açık izni ile mümkün olup, davacı vekili ilgili celsede muvafakatlarının olmadığını beyan ettiğinden, davalı tanığı [...] dinlenmesi gerekirken bu tanık dinlenilmeden karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir [...]” Yarg. 9. HD, 13.5.2019, E. 2016/1556, K. 2019/10601 (Kazancı).

⁵⁶ “[...] Öte yandan HMK.’nin 196. maddesinde, delil gösteren taraf, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemez, düzenlemesine yer verilmiştir. Somut olaya gelince, hem davacı taraf hem de davalı taraf tanık deliline dayanmışlar, isimlerini bildirmişler, son oturumda davacı vekili tanık dinlenmesine gerek olmadığını ifade etmiş, mahkemece de ismi bildirilen tanıklar dinlenmeden sonuca gidilmiştir. Hal böyle olunca, tarafların bildirdikleri tanıklar usulünce dinlenerek, yukarıdaki ilkeler uyarınca temlikin vekalet görevinin kötüye kullanılması suretiyle yapıp yapılmadığının açıklığa kavuşturulması gerekirken HMK.’nin 196. maddesi gözardı edilerek ve muris muvazaasının dayanağını teşkil eden 1.4.1974 gün, ½ sayılı İnançları Birleştirme Kararı gerekçe yapılarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir [...]” Yarg. 1. HD, 12.4.2018, E. 2015/9601, K. 2018/9079 (Kazancı); benzer şekilde bkz. Yarg. 13. HD, 4.4.2018, E. 2015/41180, K. 2018/4140 (Kazancı); Yarg. 2. HD, 18.4.2017, E. 2015/26593, K. 2017/4524 (Kazancı).

⁵⁷ MüKoZPO/Damrau, § 399, Rdnr. 5.

⁵⁸ MüKoZPO/Damrau, § 399, Rdnr. 5; Musielak/Voit/Huber, § 399, Rdnr. 3.

mahkemeye ulaşan cevaplarının da dikkate alınmaması gerekir. Vazgeçmeye rağmen tanığın dinlenilmesi, taraflarca getirilme ilkesine aykırı olup⁵⁹, vazgeçilen tanığın dinlenilerek beyanlarının hükme esas alınması bozma sebebidir⁶⁰.

Vazgeçme, tanığın duruşmada dinlenilmesi devam ederken gerçekleşmişse, vazgeçmenin gerçekleştiği ana kadar tanık tarafından yapılan açıklamalar mahkemece dikkate alınabilir mi? Alman hukukunda, söz konusu beyanların mahkemece dikkate alınmaması gerektiği kabul edilmektedir⁶¹. Hukukumuz bakımından da aynı sonuca varılmalıdır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 261. maddesinin beşinci fıkrasına göre, tanığın sözleri tutanağa yazılarak önünde okunur ve tutanağın altı kendisine imza ettirilir. Söz konusu tutanak imzalanmadıkça tanığın mahkemede söyledikleri tanık beyanı olarak kabul edilemez⁶². Tanık beyanı olarak kabul edilemeyen şeylerin mahkemece dikkate alınması ise mümkün değildir.

Tanık delilinden vazgeçilmesi ile o delilden "feragat" edilmeyip, sadece o tanığın dinlenilmesi talebi, karşı tarafın rızasıyla "geri alınmış"

⁵⁹ Karş. *Wieczorek/Schütze/Ahrens*, § 399, Rdnr. 9; karş. *BeckOK ZPO/Scheuch*, § 399, Rdnr. 1; karş. *PG/Trautwein*, § 399, Rdnr. 1.

⁶⁰ "[...] Somut olayda, davacı vekilinin 18.10.2012 tarihli celsede tanıklar ... ve ... 'ın dinlenilmesinden vazgeçilmesine dair talepte bulunduğu, davalı vekilinin 15.12.2016 havale tarihli dilekçesi ile davacının tanık delilinden vazgeçme talebine muvafakat ettiği beyanda bulunduğu anlaşılmıştır. Mahkemece bozma ilamından önce yapılan yargılamada dinlenilmesinden vazgeçilen tanıkların, bozma ilamından sonra yapılan yargılamada çağrılıp beyanları alınarak, bu beyanlara itibarla fazla mesai alacağı yönünden davanın kısmen kabulüne dair karar verilmesi usul kurallarına aykırıdır. Yapılan işin niteliğine, işyerinin kamu kurumu olmasına ve başka delillerle desteklenmeyen, davalı ile husumeti olan tek davacı tanığının beyanına dayanılarak işyerinin çalışma düzenine uymayan fazla çalışma alacağı reddi gerekirken kabulü hatalıdır [...]" Yarg. 22. HD, 7.2.2018, E. 2017/45381, K. 2018/1957 (Kazancı).

⁶¹ *MüKoZPO/Damrau*, § 399, Rdnr. 2; *BeckOK ZPO/Scheuch*, § 399, Rdnr. 4; *Musielak/Voit/Huber*, § 399, Rdnr. 3; *PG/Trautwein*, § 399, Rdnr. 4.

⁶² Ertanhan, s. 266.

olur⁶³. Dolayısıyla vazgeçilen tanığa aynı konuda tekrar dayanılması kural olarak mümkündür⁶⁴. Ne var ki, söz konusu ihtimâlde sonradan delil gösterilmesine ilişkin düzenlemelerin (HMK m. 145) ayrıca dikkate alınması gerekir⁶⁵.

Alman hukukunda, tanık deliline dayanmaktan vazgeçmenin sadece yargılamanın yürütüldüğü aşamayla sınırlı olduğu ifade edilmektedir⁶⁶. Buna göre, vazgeçilen tanığın muhtemel ifadesinin istinaf yargılaması için önemli olduğu kanaatine varan istinaf mahkemesi, ilk derece yargılamasında yapılan vazgeçme beyanının istinaf yargılaması için de yapılmış yapılmadığını ayrıca sormalıdır⁶⁷. Türk hukukunda böyle bir sonuca varılmasını haklı kılacak bir düzenleme bulunmamaktadır. Bilâkis istinaf yargılaması, yeni bir yargılama olmayıp, ilk derece yargılamasının devamı olduğuna⁶⁸ ve HMK m. 357/1 uyarınca yeni delil gösterilmesi kural olarak⁶⁹ mümkün olmadığına göre, ilk derece yargılamasında vazgeçilen tanık deliline istinaf yargılamasında tekrar dayanılması mümkün değildir.

⁶³ Karş. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 111, Rdnr. 34; ayrıca bkz. Wolfgang Brehm, "Beweisrecht in Deutschland", *Das Beweisrecht in Europäischen Union*, José Lebre de Freitas (Ed.), Kluwer Law International, 2004, s.194.

⁶⁴ *Wieczorek/Schütze/Ahrens*, § 399, Rdnr. 9; *BeckOK ZPO/Scheuch*, § 399, Rdnr. 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 111, Rdnr. 34.

⁶⁵ Karş. *Wieczorek/Schütze/Ahrens*, § 399, Rdnr. 9; *Stein/Jonas/Berger*, § 399, Rdnr. 1; *BeckOK ZPO/Scheuch*, § 399, Rdnr. 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 111, Rdnr. 34.

⁶⁶ *BeckOK ZPO/Scheuch*, § 399, Rdnr. 3; *Hk-ZPO/Siebert*, § 399 Rdnr. 2.

⁶⁷ *Wieczorek/Schütze/Ahrens*, § 399, Rdnr. 9; *BeckOK ZPO/Scheuch*, § 399, Rdnr. 3; *Hk-ZPO/Siebert*, § 399, Rdnr. 2; BGH NJW-RR 02, 1500.

⁶⁸ Muhammet Özekes, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. bs, On İki Levha, 2017, s. 2246.

⁶⁹ İstisna için bkz. HMK m. 357/3.

SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 196. maddesinde düzenlenen delilden vazgeçme esasen taraflarca getirilme ilkesinin bir uzantısıdır. Tarafların delilleri yargılamaya getirmekteki hâkimiyetleri, getirilen delilleri yargılamadan çıkarmak istemeleri durumunda da devam eder.

Delilden vazgeçmeye ilişkin hükümler taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda uygulanır. Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda delilden vazgeçmenin bir önemi bulunmaz. Zira mahkeme gerekli delilleri re'sen araştıracağından vazgeçilmek istenen delillere de kendiliğinden başvurabilir.

Tanık delilinden vazgeçilmesi nitelik olarak bir usûl işlemidir. Zira bu işlem sonucunda ikâme edilmiş olan tanık artık dinlenmez. Usûl işlemi olması sebebiyle vazgeçme işlemi yazılı veya tutanağa geçirilmek şartıyla duruşmada sözlü olarak yapılabilir. Tanık delilinden vazgeçilmesine ilişkin yasak ancak tanık listesinin verilmesinden sonra başlar. Zira tanık deliline dayandığını bildiren ancak tanık listesi sunmayan taraf kural olarak tanık dinletemez (HMK m. 240/2). Tanık, kendi beyanlarını içeren tutanağı imzalayana kadar tanık delilinden vazgeçilebilir. Zira söz konusu tutanak imzalanmadıkça tanığın beyanları dikkate alınmaz. Tanık delilinden vazgeçilmesi için karşı tarafın açık izni gerekir. İzin verilmemesine rağmen tanığın dinlenmemesi hükmün bozulması sebebi olabilir. Tanık delilinden vazgeçilmesi ile o delilden "*feragat*" edilmeyip, sadece o tanığın dinlenilmesi talebi, karşı tarafın rızasıyla "*geri alınmış*" olur. Dolayısıyla vazgeçilen tanığa aynı konuda tekrar dayanılması kural olarak mümkündür. Vazgeçmeye rağmen tanığın dinlenilmesi, taraflarca getirilme ilkesine aykırı olup, vazgeçilen tanığın dinlenilerek beyanlarının hükme esas alınması bozma sebebi teşkil eder.

ZUSAMMENFASSUNG

Im türkischen Zivilprozessrecht herrscht der Beibringungsgrundsatz vor. In Verfahren, in denen dieser Grundsatz gilt, müsste der Prozessstoff (d.h. Tatsache und Beweismittel) in der Regel von den Parteien vorgebracht werden. Gemäß Art. 196 Abs. 1 der türkischen Zivilprozessordnung ist der Verzicht auf Beweismittel zulässig. Jedoch darf der Beweisführer gem. diesem Artikel nach Vorbringung eines Beweismittels darauf nur mit Zustimmung des Gegners verzichten. Der Anwendungsbereich dieser Norm umfasst auch die Zeugenaussage. Dieser Aufsatz setzt sich mit dem Thema „Verzicht auf Zeugenaussage“ auseinander. Im Zusammenhang mit Art. 196 der türkischen Zivilprozessordnung wird auch auf die Besonderheiten des Zeugenbeweises eingegangen. Es sind folgende Schlussfolgerungen zu konstatieren:

Die Vorschriften über Verzicht auf Beweismittel finden nur in Verfahren Anwendung, in denen der Beibringungsgrundsatz vorherrscht. In einem Verfahren, in dem Inquisitionsmaxime gilt, verliert es an Bedeutung, auf Beweismittel zu verzichten, da das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen ermittelt und dementsprechend alle notwendigen Beweismittel ex officio sammelt.

Der Verzicht auf Zeugenvernehmung ist eine einseitige Prozesshandlung. Die neue türkische Zivilprozessordnung sieht für Verzicht auf Zeugenbeweis kein Formerfordernis vor. Weil der Verzicht eine Prozesshandlung ist, unterliegt er allgemeinen Regeln für Prozesshandlungen. Er kann schriftlich eingereicht oder (gem. Art. 154 Abs. 3 tZPO) mündlich zu Protokoll angebracht werden. Ein ausdrücklicher Verzicht muss nicht vorliegen, sondern auch ein konkludenter Verzicht ist möglich.

Sobald die Zeugenliste beim Gericht eingereicht wird, ist ein Verzicht auf Zeugenbeweis nur gem. Art. 196 der türkischen Zivilprozessordnung möglich. Wird die Zeugenliste dem Gericht nicht rechtzeitig vorgelegt, kann das Gericht den Zeugen i.d.R. nicht anhören (Art. 240, Abs. 2 tZPO). Bis wann der Verzicht möglich ist, ist in der türkischen Zivilprozessordnung nicht geregelt. Solange die Vernehmung des Zeugen durch das Gericht nicht abgeschlossen ist, ist ein Verzicht auf Zeugenbeweis noch zulässig. Deshalb kann der Verzicht noch während der Vernehmung bis zu ihrem Abschluss erklärt werden. Ein nach der Vernehmung erklärter Verzicht entfaltet keine Rechtswirkungen. Gem. Art. 246 der tür-

kischen Zivilprozessordnung kann das Gericht, statt den Zeugen zur Vernehmung vorzuladen, schriftliche Beantwortung einer Beweisfrage anordnen, wenn es dies für ausreichend erachtet. In diesem Fall kann der Verzicht rechtsgültig erklärt werden, bis die schriftliche Antwort des Zeugen beim Gericht eintrifft.

Nach Art. 196 der türkischen Zivilprozessordnung ist der Verzicht nur mit Zustimmung des Gegners zulässig. Die Zustimmung des Gegners ist eine einseitige Prozesshandlung. Die Zustimmung kann schriftlich eingereicht oder (gem. Art. 154 Abs. 3 tZPO) mündlich zu Protokoll angebracht werden. Das Gericht hat den Zeugen anzuhören, wenn der Gegner dem Verzicht nicht zustimmt.

Der Verzicht von Zeugenvernehmung hat verschiedene Konsequenzen für das Verfahren. Wird auf Anhörung des Zeugen vor der Verhandlung verzichtet, wird der Zeuge nicht vorgeladen. Gem. Art. 261 Abs. 5 der türkischen Zivilprozessordnung muss der Zeuge seine protokollierte Aussage unterschreiben. Von einer gültigen „Zeugenaussage“ kann deshalb nicht gesprochen werden, wenn der Zeuge das Gerichtsprotokoll nicht unterschreibt. Wenn der Verzicht während der Vernehmung erfolgt, darf das Gericht den schon protokollierten Teil der Zeugenaussage nicht verwerten. Die Anhörung des Zeugen trotz des Verzichts würde gegen den Beibringungsgrundsatz verstoßen und aufgrund dieses Verstoßes kann das Urteil angefochten werden. Im ersten Rechtszug kann die Partei, die auf Zeugenvernehmung verzichtet hat, unter Vorbehalt des Art. 145 der türkischen Zivilprozessordnung wieder den Zeugenbeweis antreten. Eine erneute Zeugenbeweisantretung ist jedoch im Berufungsverfahren gem. Art. 357 der türkischen Zivilprozessordnung unzulässig.

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Abs.	: Absatz
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
B.	: Band
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BeckOK	: Beck Online Kommentar
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
dn.	: Dipnot
C	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeber
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
i.d.R.	: in der Regel
K	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
Kazancı	: www.kazanci.com.tr
Lexpera	: www.lexpera.com.tr
m.	: Madde
MüKO	: Münchener Kommentar

- NJW-RR : Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
Zivilrecht
- Rdnr. : Randnummer
- RG : Resmi Gazete
- S : Sayı
- s. : sayfa
- SDÜHFD : Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- tZPO : türkische Zivilprozessordnung
- vd. : ve devamı
- Yarg. : Yargıtay
- ZPO : Zivilprozessordnung

KAYNAKÇA

- AKKAN, Mine, "Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kağıdı Gönderilmesi", *DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, C.16, Özel Sayı, 2014, s.555-609.
- AKKAYA, Tolga, "Medenî Usul Hukukunda Delillerin Hasredilmesi", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003.
- ALANGOYA, Yavuz, *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, 1979.
- ALANGOYA, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, Tıpkı 8. bs, Beta, 2011.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, *Medenî Usul Hukuku*, 4.bs., Yetkin Yayınları, 2018.
- ATALAY, Oğuz, "Delil Kavramı Üzerine", *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C.I, Yetkin Yayınları, 2009, s.129-138.
- ATALAY, Oğuz, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. bs, On İki Levha, 2017 [Pekcanitez Usûl].
- ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin, *Medenî Usul Hukuku*, 2. bs, Yetkin Yayınları, 2019.
- BAUMBACH, Adolf/ LAUTERBACH, Wolfgang/ ALBERS, Jan/ HARTMANN, Peter, *Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen*, 74. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2016.
- BİLGE, Necip/ ÖNEN, Ergun *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. bs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- BOLAYIR, Nur, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü*, Vedat Kitapçılık, 2014.
- BOMSDORF, Falk, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- u. Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess. Vom gemeinen Recht bis zur ZPO*, Duncker & Humblot, 1971.
- BREHM, Wolfgang, "Beweisrecht in Deutschland", *Das Beweisrecht in Europäischen Union*, (Ed.) José Lebre de Freitas, Kluwer Law International, 2004, s.179-210.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, *Medenî Usul Hukuku*, 3. bs., Adalet Yayınevi, 2019, s. 81.

- ERDÖNMEZ, Güray, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", *İBD*, Eylül-Ekim 2013, C.87, S.2013/5, s.15-53 [*Delillerin Gösterilmesi*].
- ERDÖNMEZ, Güray, *Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti*, On İki Levha, 2014 [*Belgelerin İbrazı*].
- ERDÖNMEZ, Güray, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. bs, On İki Levha, 2017 [*Pekcanitez Usûl*].
- ERTANHAN, Mesut, *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Seçkin, 2005.
- GÖRGÜN, Şanal/ BÖRÜ, Levent/ TORAMAN, Barış/ KODAKOĞLU, Mehmet, *Medenî Usûl Hukuku*, 7. bs, Yetkin Yayınları, 2018.
- KARAMERCAN, Fatih, "Medenî Usûl Hukukunda Tanık ve Tanıklık", *ABD*, 2018/3, s. 151-191.
- KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler*, 2001 [*Usulî İşlemler*].
- KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4.Baskı, Alternatif, 2014 [*Muhakeme*].
- KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 6. bs., 2001 [*Usul*, C. II].
- KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, 6. bs., 2001 [*Usul*, C. III].
- KURU, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, Legal, Ekim, 2016 [*İstinafa Göre*].
- KRÜGER, Wolfgang/ RAUSCHER, Thomas (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, B. 2 §§ 355-945b, 5. Aufl., C.H. Beck, 2016 [*MüKo-ZPO/Damrau*].
- MUSIELAK, Hans-Joachim/ VOIT, Wolfgang (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 16. Aufl, Verlag Franz Vahlen, 2019 [*Musielak/Voit/Huber*].
- ÖZEKES, Muhammet, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. bs, On İki Levha, 2017.
- ÖZMUMCU, Seda, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *SDÜHFD*, Mihbir Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, s. 145-171.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. bs., Yetkin Yayınları, 2013.
- PEKCANITEZ, Hakan, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. bs, On İki Levha, 2017.
- PRÜTTING, Hanns/ GEHRLEIN, Markus (Hrsg.), *Zivilprozessordnung Kommentar*, 8. Aufl., Luchterhand Verlag, 2016 [*PG/Trautwein*].

- ROSENBERG, Leo/ SCHWAB, Karl Heinz/ GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2018.
- SAENGER, Ingo (Hrsg.), *Zivilprozessordnung Handkommentar*, 8. Aufl., Nomos, 2019 [*Hk-ZPO/Siebert*].
- STEIN, Friedrich/JONAS, Martin, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, B. 5 §§ 328-510c, 22. Aufl., Mohr Siebeck, 2015 [*Stein/Jonas/Berger*].
- TANRIVER, Süha, *Medenî Usul Hukuku*, C.I, 2. bs., Yetkin Yayınları, 2018.
- THOMAS, Heinz/ PUTZO, Hans, *Zivilprozessordnung*, 36. Aufl., Verlag C.H.Beck, 2015 [*Thomas/Putzo/Reichold*].
- TUTUMLU, Mehmet Akif, "Tanığın Dinlenilmesinden Vazgeçme Karşı Tarafın İznine Bağlı Mıdır?", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 147, Kasım 2018, s. 140-145.
- ULUKAPI, Ömer *Medenî Usûl Hukuku*, 3. bs., Mimoza Yayınları, 2015.
- ULUKAPI, Ömer / YARDIMCI, Taner Emre, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi", *DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağın*, C.16, Özel Sayı, 2014, s. 483-507.
- UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, 2014.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, C.I-II, 7. bs, 2000.
- VORWERK, Volkert/ WOLF, Christian, *BeckOK ZPO*, 34. Edition Verlag C. H. Beck, 2019 [*BeckOK ZPO/Scheuch*].
- WIECZOREK, Bernhard/SCHÜTZE, Rolf A., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, §§ 128-252, 4. Aufl, De Gruyter, 2013 [*Wieczorek/Schütze/Gerken*].
- WIECZOREK, Bernhard/SCHÜTZE, Rolf A., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, §§ 355-510c, 4. Aufl, De Gruyter, 2014 [*Wieczorek/Schütze/Ahrens*].
- YAVAŞ, Murat, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları*, Turhan Kitabevi, 2009.
- ZIMMERMANN, Walter, *Zivilprozessordnung*, 10. Aufl., ZAP Verlag, 2016.
- ZÖLLER, Richard, *Zöller Zivilprozessordnung*, 30. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt 2014 [*Zöller/Greger*].

ZINSEN ALS MASSSTAB FÜR DEN
MINDESTVERZUGSSCHADEN DES GLÄUBIGERS EINER
NICHTENTGELTFORDERUNG – EIN DENKANSTOSS NACH
DEUTSCHEM RECHT

BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNDE PARA HARİCİ EDİM
ALACAKLISININ ASGARİ TAZMİNAT ALACAĞININ
ÖLÇÜSÜ OLARAK TEMERRÜT FAİZİ – ALMAN
HUKUKUNA GÖRE BİR DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Zafer ZEYTİN*

ÖZ

Edimin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olduğu borç ilişkilerinde borç vadesinde ifa edilmezse, sözleşmesel veya kanuni temerrüt faizinin ödenmesi söz konusu olmaktadır. Buna karşın edim konusunun para borcundan başka bir borç olduğu hallerde borçlunun temerrüde düşmesinde, alacaklı uğra-

* Der Autor war Gastprofessor an der SRH-Hochschule Heidelberg -gefördert von DAAD- (2018) und ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht an der Türkisch-Deutschen Universität, Istanbul. Der Aufsatz basiert auf einem Vorfall in Deutschland. Die Ausführungen können aber ohne weiteres auf Länder wie u.a. die Türkei und die Schweiz übertragen werden, welche die gleichen oder ähnlichen rechtliche Regelungen für Verzugszinsen und Verzugsschaden bei Geld- und Nichtgeldschulden vorsehen.

Çalışma SRH Hochschule Heidelberg Hukuk ve Sosyal Bilimler Fakültesinde DAAD tarafından desteklenen misafir öğretim üyesi statüsünde bulunulduğum dönemde yaşanan ve örnek olarak verilen olay nedeniyle hazırlanmıştır. Makalede yer alan görüşler temerrüt faizi ve gecikme tazminatına ilişkin aynı veya benzer düzenlemelere sahip olan, örneğin Türk ve İsviçre ülke hukukları için de ileri sürülebilir. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesidir. zeytin@tau.edu.tr. 0090 216 333 34 22. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3316-4453>

dığı zararı, ancak bunu ispat etmek kaydı ile tazminat olarak talep edebilmektedir. Alacaklının peşin veya kısmi ön ödeme yaptığı ve borçlunun temerrüdü nedeniyle karşı edime sahip olmadığı hallerde, para borcu dışında edim alacaklısı tarafın nihayetinde finansal kayba uğradığı hallerde dahi, alacaklı için bir asgari tazminat öngörülmemiştir. Temerrüt faizi gibi asgari zararının tazmine yönelik bir alacak hakkı tanınmamıştır. İşte bu durum bu çalışmada eleştirilmektedir. Bu halde kanımızca para dışı edim alacaklısının kaybettiği finansal avantaj ile temerrüde düşen borçlunun kendisine yapılan kısmi ön ödeme veya peşin ödeme nedeniyle haksız olarak sahip olduğu finansal avantajın denkleştirilmesi gereklidir. Borçlunun temerrüdüne bağlanan bu farklı hukuki sonuçların neden olduğu eşitsizliğin giderilmesi için sinallagmatik sözleşme ilişkilerinde konusu para olmayan edim alacaklısının kısmen veya tamamen peşin ödeme yaptığı hallerde temerrüt faizi esas alınarak hesaplanacak bir kalemin asgari zarar kabul edilip tazmin edilmesi veya alacaklının tazminat talebinde hesaplanacak bu miktara kadar alacaklının ispat yükünden kurtarılması, tüketicinin korunması hukuk politikasının, sözleşmelerdeki eşitlik ve genel adalet duygusunun bir gereğidir.

Anahtar Kelimeler: *Borçlunun temerrüdü, para alacağı, para dışı alacak, temerrüt faizi, asgari temerrüt tazminatı*

**INTEREST AS A STANDARD FOR THE MINIMUM DEFAULT
DAMAGE TO THE CREDITOR OF A NON-REQUIREMENT - A
THOUGHT-INITIATION UNDER GERMAN LAW**

ABSTRACT

Whether from a contract or a legal provision, when a pecuniary obligation has not been fulfilled, the moratory and contractual interest that is determined by the contract or by legal provisions will arise. On the contrary, where the non-performed obligation is a debt other than money the creditor only has a claim against the debtor on the basis of "damages" in which case the creditor carries the burden of proof. If the creditor party has paid in cash or made a prepayment, yet the debtor did not fulfill his performance on time; even in the cases that the creditor is subjected to financial loss due to default of the debtor, there is no such claim for a minimum loss. In this scenario, the law does not set forth a claim in the manner of the aforementioned moratory interest. Hereby, our study aims to criticize this issue. From our standpoint, it is a necessary to create equalization between the deprived financial advantage of the creditor party and the unjust financial advantage of the debtor, when the creditor has a claim for a debt other than money and he has made prepayment or paid in cash to the debtor who did not fulfill his part on time. In order to resolve this imbalance, in synallagmatic contracts where the creditor has a claim for a debt other than money and fulfilled his pecuniary debt in cash or made a prepayment and the debtor did not fulfill his obligation on time; a type of compensation based on moratory interest shall be formed in favor of the creditor. This compensation should be calculated as if the minimum loss is an amount that is in the ratio of moratory interest or the burden to prove the loss shall be lifted from the creditor sum of this amount. This amendment is essential to preserve fundamental principles such as equality, justice and consumer protection and will benefit the current legal policy.

Keywords: *Default of the debtor, pecuniary claim, claims other than pecuniary debt, moratory interest, minimum delay damage compensation*

Handelt es sich bei der zu erbringenden Leistung um eine Geldschuld aus einer vertraglichen oder gesetzlichen Anspruchsgrundlage und bleibt diese aus, wird ein Fälligkeits- oder Verzugszins nach einer vereinbarten oder gesetzlichen Höhe fällig und gilt somit als objektiver Mindestschaden. Ist der Gegenstand der Leistung jedoch ein anderer als eine Geldschuld und bleibt diese Leistung aus, wird nach den gesetzlichen Regelungen kein Mindestschaden fällig, auch dann nicht, wenn der Gläubiger Vorauszahlungen geleistet hat. Der Gläubiger einer Entgeltforderung, dem wegen der Vorenthaltung der Geldzahlung durch den Schuldner die finanziellen Vorteile entgehen, darf einen Mindestschaden in Höhe der gesetzlichen oder vereinbarten Verzugszinsen geltend machen. Im Gegensatz dazu darf der Gläubiger einer Nichtentgeltforderung, dem wegen der Vorauszahlung ohne entsprechende Gegenleistung letztlich aber auch finanzielle Vorteile entgehen, keinen Mindestschaden in Höhe der gesetzlichen oder vereinbarten Verzugszinsen geltend machen, was in unverhältnismäßiger Weise gegen das Gleichheitsgebot und das Gerechtigkeitsgefühl im Leistungsstörungenrecht sowie den Gedanken des Verbraucherschutzes verstößt.

Gleichheit sowie Gerechtigkeit sollten auch in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis vorhanden sein. Ein Mindestschadenersatzanspruch oder eine Abschaffung der Beweispflicht sollte bei Verzug bzw. Fälligkeit der Nichtentgeltforderung eingeführt werden, um das Gleichgewicht und die Gerechtigkeit zwischen den Vertragsparteien in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis sowie den Zweck des Verbraucherschutzes zu gewährleisten, wenn der Gläubiger der Nichtentgeltforderung eine Vorauszahlung geleistet hat.

I. Einleitung

In der freien Marktwirtschaft der kapitalistischen Grundordnung ist es nicht zu übersehen, dass Erstere für die Gesellschaft in all ihren Belangen etwa im wirtschaftlichen Zuwachs, bei sozialrechtlichen Zuwendungen, bei Rechtsstaatlichkeit, bei Freiheiten und der Demokratiekultur von großer Bedeutung ist. Um dieser gerecht zu werden, werden auch rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen. Die allgemeine Handlungsfreiheit, die Privatautonomie oder die Vertragsfreiheit sind nur einige

Grundprinzipien, die der freien Marktwirtschaft zugutekommen. Jedoch gilt sie nicht unbegrenzt. Etwa steuerrechtlichen Vorschriften, Verbraucherschutzregelungen, anderen zwingenden Rechtsvorschriften und den Generalklauseln zur Nichtigkeit und Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte kann man eine Korrektur der freien Marktwirtschaft entnehmen. Solche Korrekturen dienen den anderen grundgesetzlichen und menschenrechtlichen Belangen der Gesellschaft und gewährleisten Gleichheit sowie Gerechtigkeit im weiteren Sinne und somit Rechtsstaatlichkeit.

Gleichheit sowie Gerechtigkeit sollten auch in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis vorhanden sein und sich verwirklichen. Die Vertragsparteien sind im Grunde genommen rechtlich gesehen gleichwertig und haben grundsätzlich gleiche Interessen, nämlich die Erfüllung der vertraglich oder gesetzlich einem Vertragspartner zustehenden Leistungen. Bleibt die Erfüllung einer Leistung aus, treten dann dazugehörige vertragliche oder gesetzliche Rechtsfolgen bzw. Ansprüche des jeweiligen Gläubigers gegen den Schuldner ein, der die zu erfüllende Leistung gemäß Vertrag oder Gesetz zu erbringen hat. Die Rechte stehen im Leistungsstörungsrecht grundsätzlich jedem Gläubiger zu und zwar unabhängig davon, ob er oder der Schuldner eine natürliche beziehungsweise juristische Person ist, oder ob er vermögend oder arm ist. Ein Unterschied zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten wird in manchen Belangen entsprechend den Erfordernissen des Geschäftslebens hingenommen und grundsätzlich nicht beanstandet.¹ So ist es etwa bei dem Fälligkeitszins unter Kaufleuten nach § 353 HGB.² Verbraucherrechte werden auch anerkannt und inzwischen weitgehend zugunsten der Verbraucher durchgesetzt.³

¹ Für Kritik wegen einer Ungleichbehandlung von Kaufleuten und Nichtkaufleuten in Bezug auf das Zinsrecht siehe *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 59, 164 ff.; *Kindler*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), HGB, 3. Aufl., München 2015, § 353 Rn. 5; *Canaris*, in: Staub HGB Bd. 4, 4. Aufl. Berlin 2004, § 353 Rn. 6 f.

² vgl. *Pamp*, in: *Oetker* (Hrsg.) HGB 5. Aufl. München 2017, § 353 Rn. 1; *Kindler* (Fn.1), 1996, S. 34 u. 167; *Kindler*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.) HGB (Fn. 1), § 353 Rn. 1 ff.; *Canaris*, in: *Staub HGB (Fn. 1)*, § 353 Rn. 3, 5; *Klappstein*, in: *Heidel/Schall (Hrsg.)*, HGB 2. Aufl. Baden-Baden 2015, § 353 Rn. 1.

³ Vgl. *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, GRUR 2018, 1004 f.

Handelt es sich bei der zu erbringenden Leistung aber um eine Geldschuld aus einer vertraglichen oder gesetzlichen Anspruchsgrundlage und bleibt diese aus, wird ein Fälligkeits- oder Verzugszins nach einer vereinbarten oder gesetzlichen Höhe fällig und gilt somit als objektiver Mindestschaden. Die Erbringung eines Gegenbeweises ist ausgeschlossen. Ist der Gegenstand der Leistung jedoch ein anderer als eine Geldschuld, etwa bei einer Sachleistung durch Eigentumsübertragung oder Nutzungsüberlassung und bleibt diese aus, wird nach den gesetzlichen Regelungen kein Mindestschaden fällig. Gegebenenfalls muss der Gläubiger bei einer Nichtentgeltforderung seinen konkreten Verzugsschaden zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs beweisen. Eine Unterscheidung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten sowie Verbrauchern wird in Bezug auf den materiellrechtlichen Anspruch auf Verzugszinsen nicht vorgenommen.

Ein Beispiel⁴ dazu: Vor Ende der Fertigstellung eines Familienhauses wurde eine Einbauküche in Höhe von 15.000 Euro bestellt und eine Vorauszahlung von 10.000 Euro geleistet. Die Lieferzeit beträgt 8 Wochen. Die Einbauküche wurde nicht termingerecht geliefert. Das Familienhaus war fertig, wurde ohne Einbauküche bezogen und die Familie behalf sich in Ermangelung der Küche in dieser Zeit entgeltlich oder unentgeltlich vielfältig. Die Nachlieferung verzögerte sich um 5 Wochen. Der Besteller fragte sich, ob er einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Schuldner habe, weil der Lieferungstermin um 5 Wochen überschritten wurde. Diese Frage ist zu bejahen, wenn der Besteller durch den Verzug einen materiellen, in Geld messbaren Schaden erlitten hat und diesen beweisen kann. Wäre der Schuldner mit einer Geldzahlung um 5 Wochen in Verzug, dann hätte sein Gläubiger gegen ihn zumindest einen gesetzlichen Zinsanspruch, ohne dass er einen tatsächlichen Schaden hätte erleiden müssen und ohne, dass er diesen beweisen muss.

Diese unterschiedlichen Rechtsfolgen des Verzugs werden hier beanstandet. Bei dem derzeitigen niedrigeren Basiszinssatz (0,88%) wirkt das Thema vielleicht nicht interessant. Jedoch ist nicht zu übersehen, dass es, wenn es sich um gesetzliche Verzugszinsen mit 4,12% und 8,12% bzw.

⁴ Der Vorfall geschah in Deutschland.

einen vereinbarten höheren Verzugszins handelt, zu nicht unerheblichen Beträgen führen kann.⁵ Es ist auch eine dogmatische Rechtsproblematik. Es kann hier, im vorliegenden Fall und auch in ähnlichen Fällen, dahingestellt bleiben, dass dem Gläubiger andere Rechtsbehelfe als die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs zustehen und den Gläubiger zudem eine Schadensvermeidungspflicht trifft, die abgesehen von gesetzlichen Konkretisierungen in Spezialgebieten wie dem Versicherungsrecht allgemein unter Berufung auf Treu und Glauben von der Rechtsprechung als Richterrecht von Fall zu Fall entwickelt wurde.⁶ Danach soll der Geschädigte im Rahmen des von einem vernünftigen und sorgfältigen Menschen zu Erwartenden dazu beitragen, dass der Schaden nicht unnötig groß wird. Um den Gedanken der Beanstandung zu untermauern, werden unten die betroffenen gesetzlichen Regelungen und Grundsätze entsprechend dem Untersuchungszweck kurz dargestellt und anschließend wird eine Bewertung im Fazit abgegeben.

II. Begünstigungen der Gläubiger einer Entgeltforderung anhand von Zinsregelungen

a. Allgemeines

Obwohl eine Vielzahl zinsbezogener Normen vorhanden ist, fehlt es an einem gesetzlich definierten Zinsbegriff und somit an einem einheitlichen Zinsbegriff.⁷ Nach der heute gebräuchlichen Definition, die von *Canaris*⁸ in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung mitentwickelt wurde, sind Zinsen eine gewinn- und umsatzunabhängige, laufzeitabhängige, in Geld oder anderen vertretbaren Sachen zu entrichtende Vergütung für die Möglichkeit des Gebrauchs von Kapital.⁹ Der Zins wird

⁵ *Ernst*, MünchKommBGB, Bd. 2, 7. Aufl. München 2016, § 288 Rn. 3a.

⁶ *Lorenz*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 01.08.2018/47. Edt., § 254, Rn. 30.

⁷ *Heermann*, in: Gernhuber (Hrsg.) Handbuch des Schuldrechts, Geld und Geldgeschäfte, Bd. 10, Tübingen 2003, § 4 Rn. 11 ff.; *Toussaint*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.), jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 246 Nr. 7.

⁸ *Canaris*, NJW 1978, 1891, 1892.

⁹ *Omlor*, in: SatudingerBGB Geldrecht, Buch 2, Berlin 2016, § 246 Rn. 23;

aber generell als eine laufzeitabhängige Vergütung¹⁰ für die zeitweilige Überlassung von Geldbeträgen verstanden.¹¹ Hauptmerkmale sind dabei die Laufzeitabhängigkeit und die prozentuale Berechnung aus einem zeitweilig überlassenen Kapital aus Geld oder anderen vertretbaren Sachen.¹² Auch einmalige Zahlungen oder Abzüge vom ausgezahlten Kapital können Zinsen sein.¹³ Unumstritten ist, dass die Zinsschuld in vielen Fällen nur eine sich zeitabhängig erneuernde Nebenpflicht und in der Entstehung, im Fortbestand und in der Beendigung grundsätzlich von der Hauptpflicht abhängig ist. Jedoch ist die Zinsschuld nach der Entstehung selbstständig, so dass sie allein abtretbar und pfändbar ist und gesondert eingeklagt werden kann.¹⁴

Einen allgemeinen Zinsanspruch gibt es nicht, obwohl §§ 246 und 247 BGB die Zinshöhe bei gesetzlichen oder vertraglichen Zinsansprüchen regeln.¹⁵ Die Normen begründen keinen Zinsanspruch, sondern bestimmen nur die Höhe des Zinsanspruchs, der nach anderen Normen oder kraft

Toussaint, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.) (Fn. 6), § 246 Nr. 12; *Grundmann*, in: MünchKommBGB, Bd. 2, 7. Aufl. München 2015, § 246 Rn. 4; *Grothe*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 01.08.2018/47. Edition, § 246 Rn. 1; *BGH NJW* 2014, 2420, 2424.

¹⁰ Versteht man den Zins als den Preis für die Überlassung von Vermögenswerten, können dann auch Mieten und Pacht gelegentlich als Zinsen in diesem Sinne angesehen werden, die auch fortlaufend entrichtet werden.

¹¹ *Schulze*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Baden-Baden 9. Auflage, 2017, § 246 Rn. 3; *Berger*, in: Jauernig Kommentar zum BGB 17. Aufl. München 2018, § 246 Rn. 2; *Canaris*, NJW 78, 1892; *BGH NJW* 79, 806; *BGH NJW-RR* 92, 592.

¹² *Heermann*, in: Gernhuber (Hrsg.) (Fn. 6), § 19 Rn. 3; *Grundmann*, in: MünchKommBGB (Fn. 8), § 246 Rn. 4; *Grothe*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.) (Fn. 8), § 246 Rn. 1; *BGH NJW* 2014, 2420 (2424).

¹³ *Schulze* (Fn. 10), § 246 Rn. 3; *Omlor*, in: StaudingerBGB (Fn. 8), § 246 Rn. 32; *Grothe*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.) (Fn.8), § 246 Rn. 1; *Canaris NJW* 1978, 1891 (1893).

¹⁴ *Grothe*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.) (Fn. 8), § 246 Rn. 5; *Berger*, in: Jauernig BGB (Fn. 10), § 246 Rn. 5.

¹⁵ *Toussaint*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.) (Fn. 6), § 246 Rn. 1 u. 23 m. w. Hinw. in Fn. 48; *Grundmann*, in: MünchKommBGB (Fn.8), § 246, Rn. 1.

Vereinbarung begründet ist, und auch nur dann, soweit keine abweichende Norm oder Vereinbarung zur Zinshöhe eingreift.¹⁶ § 246 BGB verlangt das Bestehen einer grundsätzlich verzinslichen Schuld, bei der es sich nicht unbedingt um eine Geldschuld handeln muss.¹⁷

Als allgemeiner Zinsanspruch kann zum einen derjenige auf Fälligkeit zins unter Kaufleuten nach § 353 HGB angesehen werden, der außer der Fälligkeit keine weiteren Anforderungen zur Anspruchsbegründung voraussetzt.¹⁸ Gesetzliche Zinsen werden nach dem Bürgerlichen Recht erst vom Zeitpunkt des Verzugseintritts (§§ 286, 288 Abs. 1 BGB) oder der Rechtshängigkeit (§ 291 BGB) an geschuldet. Sie stellen somit keine allgemeine Zinsregel dar, obwohl sie alle Geschäfte nach BGB und HGB erfassen.¹⁹ Sie setzen nämlich zur Anspruchsbegründung weitere Anforderungen voraus, etwa bei Nichtzahlung innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung (§ 286 Abs. 3 BGB). Abgesehen von gesetzlichen Anforderungen zum Verzug, insbesondere der Mahnung (§§ 286, 288 BGB) kann man in der Verzugszinsregelung auch einen allgemeinen Zinsanspruch sehen, wenn ein Verzugszins bei Fälligkeit der Forderung entsteht (§ 286 Abs. 2 BGB).²⁰ So ist es etwa bei den genannten Ausnahmefällen nach § 286 Abs. 2 BGB,²¹ wonach es für den Verzug und somit den Verzugszins außer der Fälligkeit keiner Mahnung bedarf. Der Anspruch auf Verzugszinsen steht dem Gläubiger der Entgeltforderung neben dem darüberhinausgehenden Verzugsschadenanspruch zu. Dem Gläubiger einer Nichtentgeltforderung steht hingegen kein Anspruch auf Verzugszinsen zu, sondern nur ein Anspruch auf Verzugsschaden, der grundsätzlich entstanden und bewiesen werden muss.

¹⁶ Omlor, in: StaudingerBGB (Fn. 8), § 246 Rn. 1, 12 ff. Berger, in: Jauernig BGB (Fn. 10), § 246 Rn. 1; Grundmann, in: MünchKommBGB (Fn. 8), § 246, Rn. 1.

¹⁷ Omlor, in: StaudingerBGB (Fn. 8), § 246 Rn. 74.

¹⁸ Grundmann, in: MünchKommBGB (Fn. 8), § 246, Rn. 15; vgl. BGH, NJW 2018, 2197 (2198).

¹⁹ Grundmann, in: MünchKommBGB (Fn. 8), § 246, Rn. 15.

²⁰ Grundmann, in: MünchKommBGB (Fn. 8), § 246, Rn. 20.

²¹ Grundmann, in: MünchKommBGB (Fn. 8), § 246, Rn. 22; Grundmann, AcP 204 (2004), 569.

b. Zinshöhe und Verzugszinsen

Die Regelung des gesetzlichen Zinssatzes nach § 246 BGB, der nur subsidiär eingreift, hat als Bezugsgröße für die Zinshöhe erheblich an Bedeutung eingebüßt, weil die eigenständige Regelung des Verzugszinses (§§ 288, 291, 497 BGB) mit dem periodisch anzupassenden Basiszinssatz (§ 247 BGB) vorrangig zur Geltung kommt.²² Der Basiszinssatz (3,62% nach 247 Abs. 1 BGB) passt sich seit Inkrafttreten des SchRModG zum 1.1.2002 halbjährlich jeweils zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres an. Den Maßstab für den Basiszinssatz liefert der Zinssatz der Europäischen Zentralbank für Hauptfinanzierungsgeschäfte. Die Deutsche Bundesbank gibt den geltenden Basiszinssatz unverzüglich im Bundesanzeiger bekannt, was nur deklaratorische Bedeutung hat.²³ Die Höhe des Zinssatzes richtet sich entweder nach der Vereinbarung der Parteien oder nach dem Gesetz. Der Basiszinssatz nach § 247 BGB liegt derzeit (seit 1.7.2018 geltend) bei 0,88% per anno. Verzugszinssätze nach § 288 Abs. 1 und Abs. 2 BGB liegen aktuell somit bei 4,12% und 8,12%.

Ist der Schuldner einer Geldschuld²⁴ im Verzug, hat der Gläubiger als Verzugsfolge einen Anspruch auf Verzugszinsen nach § 288 BGB.²⁵ Gegebenenfalls dient der Zinsanspruch als Präventionsgedanke, dass der Schuldner zur alsbaldigen Erfüllung angehalten wird und ihm die aus der Zahlungsverzögerung oder Verweigerung typischerweise entstehenden finanziellen Vorteile entzogen werden.²⁶ Gemäß dem gesetzlichen Zinssatz nach § 288 BGB i.V.m. § 247 Abs. 1, 2 BGB steht dem Gläubiger ein objektiver pauschalierter Mindestschaden²⁷ als Ersatz zu, unabhängig davon, ob ihm tatsächlich ein entsprechender Schaden durch Verzug zugefügt wurde.²⁸ § 288 Abs. 1 BGB stellt somit eine eigenständige Anspruchs-

²² Omlor, StaudingerBGB (Fn. 8), § 246 Rn. 12 ff.; Berger, in: Jauernig BGB (Fn. 10), § 246 Rn. 1.

²³ Berger, in: Jauernig BGB (Fn. 10), § 246 Rn. 1.

²⁴ Löwisch/Feldmann, in: StaudingerBGB, Buch 2, 2009, § 288 Rn. 6.

²⁵ Löwisch/Feldmann, in: StaudingerBGB (Fn. 23), § 288 Rn. 1.

²⁶ BT-Drucks. 14/1246 S. 5 zu Art. 1 Nr. 1, S. 10 f.; BGHZ 94, 333.

²⁷ Huber, Handbuch des Schuldrechts Leistungsstörungen Bd. 2 1999, S. 45.

²⁸ Seichter, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.), jurisPK-

grundlage zur Verfügung unabhängig von den allgemeinen Voraussetzungen für den Schadenersatzanspruch wegen der Leistungsverzögerung.²⁹ Der maßgebliche Schaden liegt in der Vorenthaltung des Geldwertes. Die Regelung lässt keinen Gegenbeweis dahingehend zu, dass dem Gläubiger tatsächlich kein oder ein niedriger Schaden entstanden ist, abgesehen von den Ausnahmen nach § 497 Abs. 1 S. 2 BGB für den Verbraucherdarlehensvertrag.³⁰ Im Weiteren ist der Gläubiger nach Art. 288 Abs. 4 BGB jedenfalls berechtigt, Ersatz für einen über die Verzugszinsen hinausgehenden Zinsschaden geltend zu machen. Der Anspruch auf Verzugszinsen fällt darüber hinaus sogar auch dann nicht weg, wenn der Gläubiger aufgrund eines Mehrerlöses aus einem Deckungsverkauf im Ergebnis sogar einen Vermögensvorteil durch den Verzug erzielt hat.³¹

Durch das Gesetz vom 22.7.2014 (BGBl. Jahr 2014, I 1218)³² wurde eine neue Regelung in § 288 Abs. 6 BGB eingeführt, wonach eine im Voraus getroffene Vereinbarung, die den Anspruch des Gläubigers einer Entgeltforderung auf Verzugszinsen ausschließt, unwirksam ist, es sei denn, dass der Schuldner der Entgeltforderung Verbraucher ist.³³ Ein nachträglicher Verzicht auf Verzugszinsen ist nach wie vor zum Zweck der gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits zugelassen.³⁴

c. Zinspauschale

Durch dasselbe Gesetz vom 22.7.2014 wurde eine neue Regelung über

BGB, 8. Aufl. 2017, § 288 Rn. 4; *Ernst*, MünchKommBGB (Fn. 3), § 288 Rn. 4; *BAG (GS)*, NZA 2001, 1195 ff.; *BGH NJW-RR* 2012, 373, 374.

²⁹ *Schulte-Nölke*, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), *NomosKommBGB*, 2. Aufl. Baden-Baden 2012, § 288 Rn. 3.

³⁰ *Stadler*, in: Jauernig BGB 17. Aufl. München 2018, § 288, Rn. 2.

³¹ *Seichter*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.) (Fn. 27), § 288 Rn. 4.1.

³² Diese Neuregelungen dienen der Umsetzung der RL 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Neufassung), ABl. 2011 L 48, ABLEU Jahr 2011 L Seite 1 (Zahlungsverzugs-RL).

³³ *Ernst*, MünchKommBGB (Fn. 3), § 288, Rn. 35, 36; *Schulze* (Fn. 10), § 288 Rn. 7b; *Stadler*, in: Jauernig BGB (Fn. 29), § 288, Rn. 11.

³⁴ *Lorenz*, BeckOK BGB (Fn. 5), § 288, Rn. 14.

den Anspruch des Gläubigers auf eine Kostenpauschale eingeführt. Nach § 288 Abs. 5 BGB steht dem Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners - wenn dieser kein Verbraucher ist - ferner auch ein Anspruch auf Zahlung einer Pauschale in Höhe von 40 Euro zu. Der Anspruch besteht auch, wenn es sich bei der Entgeltforderung um eine Abschlagszahlung oder sonstige Ratenzahlung handelt.³⁵ Die Pauschale stellt neben den Verzugszinsen eine weitere gesetzliche Form des Verzugschadens dar.³⁶ Der Zahlungsverzug soll dadurch bekämpft werden, dass der Schaden des Gläubigers, der sich durch eine kostenträchtige Rechtsverfolgung ergibt, ausgeglichen wird. Die Pauschale nach Satz 1 ist auf einen geschuldeten Schadenersatz anzurechnen, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung³⁷ begründet ist. Auf einen Anspruch auf Ersatz von Verzugschaden, der nicht die Rechtsverfolgungskosten betrifft, ist die Pauschale aber nicht anzurechnen. Somit scheint es richtig, den Anspruch auf die Pauschale als Strafschadenersatz/Privatstrafe einzuordnen.³⁸ In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird aber teilweise angenommen, dass durch den Verzug erzielte Vorteile (etwa im Falle eines Mehrerlöses aus einem Deckungsverkauf) anzurechnen sind.³⁹ Vereinbarungen, welche den Anspruch auf Zahlung der Kostenpauschale oder auf Ersatz von als Verzugschaden ersetzbaren Rechtsverfolgungskosten ausschließen oder beschränken, sind nach § 288 Abs. 6 S. 2 BGB ebenfalls unwirksam, wenn sie grob unbillig sind. Nach S. 3 wird allerdings bei einem vollständigen Ausschluss die grobe Unbilligkeit widerlegbar vermutet. Diese die Privatautonomie beschränkende Regelung,

³⁵ Diese Vorschrift dient zum Teil auch der Umsetzung der Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. EG Nr. L 200 S. 35).

³⁶ *Seichter*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.) (Fn. 27), § 288 Rn. 4

³⁷ Der *BGH* (III. Zivilsenat), Beschl. v. 18.1.2018 – III ZR 174/17 (EuZW 2018, 252) hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob ein Pauschalbetrag auf vorgegerichtliche Rechtsanwaltskosten anzurechnen sei. Dem EuGH wird gem. Art. 267 AEUV diese Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt.

³⁸ *Ernst*, MünchKommBGB (Fn. 3), § 288, Rn. 29.

³⁹ *KG Berlin* v. 26.09.2017 - 21 U 73/17; a.A. *Seichter*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.) (Fn. 27), § 288 Rn. 22.1.

welche die Abbedingung einer Kostenpauschale nicht zulässt, gilt nicht, wenn der Schuldner der Entgeltforderung ein Verbraucher ist.⁴⁰

III. Gleichheitsgebot, Rechtsstaatlichkeit und Recht auf ein faires Verfahren

Natürlich ist es dem Gesetzgeber überlassen, wie er die Interessen der Betroffenen rechtlich ausgestaltet. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, Menschenrechte und das Grundgesetz sowie die subjektiven und öffentlichen wirtschaftlichen Interessen sind dabei zu beachten. Auf diese oder andere ist hier nicht näher einzugehen. Lediglich die Ausführungen des Verfassungsgerichts sollen wiedergegeben werden, soweit es sich verpflichtet sieht, seine Korrekturfunktion einzusetzen: Die Auslegung und Anwendung des Bürgerlichen Rechts obliegt grundsätzlich den Fachgerichten. Regelmäßig ist es nicht Sache des BVerfG, den Zivilgerichten vorzugeben, wie sie im Ergebnis zu entscheiden haben.⁴¹ Die Schwelle eines Verstoßes gegen das Verfassungsrecht, den das BVerfG zu korrigieren hat, ist erst erreicht, wenn die Auslegung der Zivilgerichte Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der betroffenen Grundrechte beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind, insbesondere weil darunter die Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen im Rahmen der privatrechtlichen Regelung leidet.⁴²

Wie bereits in der Einleitung dargestellt, sind die Rechtspositionen der Gläubiger einer Entgeltforderung und Nichtentgeltforderung in Bezug Verzugsfolgen materiell- und verfahrensrechtlich nicht gleichwertig geregelt, was in unverhältnismäßiger Weise gegen das Gleichheitsgebot und das Gerechtigkeitsgefühl im Leistungsstörungenrecht verstößt. Betrachtet man auch den Zweck der Verbraucherschutzregelungen, die Vertragsparteien in ihrer Rolle als Verbraucher beziehungsweise Konsumenten von Gütern oder Dienstleistungen gegenüber Unternehmen schützen sollen, stellt die Forderung, das Unrecht in Verzugsfolgen zu beseitigen,

⁴⁰ Lorenz, BeckOK BGB (Fn. 5), § 288, Rn. 13, 16; Stadler, in: Jauernig BGB (Fn. 29), § 288, Rn. 12.

⁴¹ vgl. BVerfGE 129, 78 = NJW 2011, 3428.

⁴² BVerfGE 134, 204 = NJW 2014, 46.

nicht nur einen rechtspolitischen Korrekturwunsch, sondern eine rechtspolitisch berechnete Verpflichtung dar.

Art. 6 EMRK regelt das Recht auf ein faires Verfahren als selbständiges Menschenrecht.⁴³ Die Norm sieht eine positive Handlungspflicht der Konventionsstaaten vor, die darin besteht, dass die Konventionsstaaten ihre Justiz so einzurichten haben, dass die Gerichte allen Anforderungen von Art. 6 EMRK entsprechen können.⁴⁴ Die Vorschrift enthält wichtige Verfahrensgrundsätze insbesondere für strafrechtliche Streitigkeiten, so dass sie im Strafrecht von erheblicher Bedeutung ist. Sie gilt aber auch - wie ausdrücklich geregelt - für zivilrechtliche Streitigkeiten. Das Recht auf ein faires Verfahren wird als allgemeines Prozessgrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet.⁴⁵ Als Teil des Rechts auf ein faires Verfahren wird es als Prinzip der Waffengleichheit angesehen.⁴⁶ Der Grundsatz der Waffengleichheit ist zentraler Bestandteil des Fairnessgebots des Art. 6 Abs. 1 EMRK und bildet gleichzeitig eine besondere Ausprägung des Gleichheitssatzes.⁴⁷ Danach müssen die im Verfahren sich gegenüberstehenden Beteiligten gleichwertige Möglichkeiten haben, auf die Entscheidungsfindung einzuwirken.⁴⁸ Ein wirksamer Schutz materieller Rechte ist nämlich nur dann möglich, wenn über ihre Reichweite und ihre Verletzung die unparteiische Entscheidung eines unabhängigen Gerichts aufgrund eines fairen

⁴³ Valerius, BeckOK StPO, 01.06.2018/30. Edt., EMRK Art. 6, Rn. 1.

⁴⁴ Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, EMRK 4. Aufl. Baden-Baden 2017, EMRK Art. 6, Rn. 1-3.

⁴⁵ BVerfGE 57, 250 (274) = NJW 1981, 1719 (1722); BVerfGE 110, 339 (342) = NJW 2004, 2887; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, EMRK (Fn. 43) EMRK 6. Rn. 89; Valerius, BeckOK StPO (Fn. 42) EMRK Art. 6 Rn. 1.1.

⁴⁶ BVerfGE 38, 105 (111) = NJW 1975, 103; BVerfGE 110, 226 (253) = NJW 2004, 1305 (1308).

⁴⁷ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. München 2016, § 24. Rn. 67.

⁴⁸ Esser, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz/EMRK/IPBPR, Bd. 11, 26. Aufl. Berlin 2012, EMRK Art. 6 Rn. 204; Paeffgen, in: Wolter (Hrsg.) SK-StPO Art. 1-8 EMRK, Bd. X, 5. Aufl. Köln 2017, Art. 6 Rn. 79; Pache, EuGRZ 2000, 601 (604).

Verfahrens herbeigeführt werden kann.⁴⁹ Von einem fairen Verfahren bei Streitigkeiten in Bezug auf Rechtsfolgen beim Verzug eines Schuldners einer Entgeltforderung einerseits und einer Nichtentgeltforderung andererseits kann nicht gesprochen werden, wenn der Gläubiger einer Entgeltforderung, dem wegen der Vorenthaltung der Geldzahlung vom Schuldner die finanziellen Vorteile entgehen, einen Mindestschaden in Höhe der gesetzlichen oder vereinbarten Verzugszinsen geltend machen darf, während der Gläubiger einer Nichtentgeltforderung, dem wegen der Vorauszahlung ohne entsprechende Gegenleistung auch finanzielle Vorteile entgehen, keinen Mindestschaden in Höhe der gesetzlichen oder vereinbarten Verzugszinsen geltend machen darf.

Es wird hier nicht die Vereinbarung zwischen Privatpersonen als Grundrechtsträger in Frage gestellt, was die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte bzw. Menschenrechte im Privatrecht zu diskutieren rechtfertigen würde.⁵⁰ Es handelt sich hier vielmehr um die Frage nach der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte unter Privatpersonen im Privatrecht.⁵¹ Die Auswirkungen der Verzugsregelung haben nämlich im Privatrecht unter Privatpersonen und vor allem im Verbraucherrecht verfassungsrechtlich zu beanstandende unterschiedliche Folgen.⁵²

⁴⁹ Valerius, BeckOK StPO (Fn. 42), EMRK Art. 6 Rn. 1.1.

⁵⁰ Vgl. Armbrüster, MünchKommBGB, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, München 8. Aufl. 2018, BGB § 134 Rn. 33,34; Kainer, Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung aus Luxemburg?, NZA 2018, 894 ff.

⁵¹ Vgl. Jarras, Jarass GrCh EU-Grundrechte-Charta, München 3. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 31, 33, 37.

⁵² EuGH, C-236/09 – Test-Achats, Slg.2011, I-773 Rn.32 f.; Herresthal, ZEuP 2014, 270 f.; Die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung der Grundrechte unter Privatpersonen ist nur von didaktischer Bedeutung. Der von Canaris entwickelten Integration der Drittwirkungslehre in das Konzept staatlicher Schutzpflichten sei zu folgen. Danach sei der Zivilrichter wegen seiner Grundrechtsbindung verpflichtet, im Rahmen seiner Kompetenzen durch eine grundrechtskonforme Auslegung und ggf. Fortbildung des einfachen Rechts Schutz zu gewähren. Dies bedeute z.B., dass nicht der Arbeitgeber, der einem Bhagwan-Jünger kündigt, gegen Art. 4 GG verstöße, sondern unter Umständen der Richter, der im Prozess verkenne, dass eine derart begründete Kündigung dem Grundrechtsschutz zuwiderliefe. Diese

IV. Fazit

Es mag sein, dass bei dem derzeitigen niedrigen Basiszinssatz (0,88%) das Thema nicht interessant wirkt.⁵³ Jedoch ist nicht zu übersehen, dass es zu nicht unerheblichen Beträgen führen kann, wenn es sich um gesetzliche Verzugszinsen mit 4,12% und 8,12% bzw. einen vereinbarten höheren Verzugszins handelt. Insbesondere für die Länder der globalisierten Welt, in denen Basiszinsen und somit auch Verzugszinsen hoch sind, ist die Problematik von großer Bedeutung.

Ferner handelt es sich meines Erachtens auch um eine dogmatische Rechtsproblematik. Dem Schuldner einer Entgeltforderung können durch die Zinsregelung unwiderlegbar vermutete finanzielle Vorteile im Falle des Schuldnerverzugs durch Verzugszinsregelung als Mindestschaden entzogen werden. Im Gegensatz dazu können unwiderlegbar vermutete finanzielle Vorteile, die durch eine volle oder teilweise Vorauszahlung des Entgelts bei dem Schuldner der Nichtentgeltforderung (Gläubiger) im Falle seines Verzugs entstehen, durch eine entsprechende Regelung nicht entzogen werden. Dem Gläubiger der Nichtentgeltforderung muss Schaden entstehen und er muss ihn auch beweisen. Diese Ungleichbehandlung steht auch dem Grundsatz "nemo auditur turpitudine suam allegans" (niemand darf zu seinen Gunsten auf eigenes unrechtmäßiges Vorverhalten berufen) entgegen. Im letzten Fall genießt der Gläubiger der Nichtentgeltforderung materiellrechtlich oder verfahrensrechtlich keine Sonderstellung wie der Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzugsfolgen im Leistungsstörungenrecht. Das Leistungsstörungenrecht sollte einen gerechten Ausgleich zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Parteien und deren Interessen im Hinblick auf die eingetretene Störung herstellen.⁵⁴ Es handelt sich dabei auch nicht etwa um einen Ersatz der fiktiven Mangelbeseitigungskosten, deren Ersatz bisher nach

somit begründete Ansicht kann aber die Frage nicht beantworten, welcher Grundrechtsverpflichtete gegen Grundgesetz bzw. Menschenrechte verstößt, wenn der Zivilrichter als Grundrechtsverpflichteter den Grundrechtsverstoß nicht erkennt.

⁵³ Zum Thema des negativen Basiszinssatzes nach § 247 BGB siehe *Coen*, NJW 2012, 3329 ff; *Ernst*, MünchKommBGB (Fn. 3), § 288, Rn. 3a.

⁵⁴ *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, Berlin 2008, § 1 Rn. 6; *Huber*,

ständiger Rechtsprechung im Rahmen des Anspruchs auf Schadenersatz statt der Leistung bei Werkverträgen⁵⁵ und Kaufverträgen⁵⁶ unabhängig davon verlangt werden kann, ob sie tatsächlich durch die Mangelbeseitigung entstanden sind oder nicht.⁵⁷ Vielmehr geht es hier um eine Vorteilsabschöpfung durch den Mindestschadenersatzanspruch des Gläubigers der Nichtentgeltforderung im Leistungsstörungenrecht. § 288 Abs. 1 BGB will ausnahmsweise dem Gläubiger einer Geldschuld Verzugszinsen ohne Nachweis eines Schadens gewähren. Eine Übertragung dieser Ausnahmeregelung auf andere Verpflichtungen, die mittelbar die Verschaffung von Geld zum Gegenstand haben, sei nicht begründet,⁵⁸ stellt keinen Grund dar, dem Gläubiger einer Nichtentgeltforderung vergleichsweise Erleichterungen bei der Geltendmachung seines Schadenersatzanspruchs im Falle des Verzugs des Schuldners der Nichtentgeltforderung nicht zuerkennen. Der Zweck der Verzugsregelung und des Präventionsgedankens gebieten es nämlich im Blick auf Gleichheit und Gerechtigkeit im synallagmatischen Vertragsverhältnis und zum Zweck des Verbraucherschutzes. Was ersetzbarer Schaden ist, ist auch ein wandelbarer und normativer Begriff, der sich nach dem zivilrechtlichen Regelungszweck orientiert.⁵⁹

Handbuch des Schuldrechts, Leistungsstörungen Bd. 1 Tübingen 1999, S. 29; Lobinger, Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, Tübingen 2004, S. 192.

⁵⁵ *BGH*, NJW 2013, 370; NJW 2007, 2697; NJW 1987, 645.

⁵⁶ *BGH*, NJOZ 2016, 1793; NJW 2015, 468 mit Hinw. auf *BGH*, NJW 2012, 2793.

⁵⁷ Der *BGH* hat mit Urteil vom 22.2.2018 seine Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit von fiktiven Mängelbeseitigungskosten im Wege des Schadenersatzes statt der Leistung (sog. kleiner Schadenersatz) für Werkverträge aufgegeben und selbst darauf hingewiesen, dass sich diese neue Rechtsprechung auf das Kaufrecht nicht übertragen lässt, weil es sich um eine genuin werkvertragliche Argumentation handele, aus der sich nichts für die Anwendbarkeit auf kaufrechtliche Fallkonstellationen ableiten lasse. Siehe dazu *Heinemeyer*, NJW 2018, 2441 ff.

⁵⁸ *Löwisch/Feldmann*, in: *StaudingerBGB* (Fn. 23), § 288 Rn. 11.

⁵⁹ *Lange*, Handbuch des Schuldrechts, Schadenersatz Bd.1, 2. Aufl. Tübingen 1990, S. 39 f.

Das Recht auf ein faires Verfahren ist ein selbstständiges *Menschenrecht*, weil ein wirksamer Schutz materieller Rechte nur möglich ist, wenn über ihre Reichweite und ihre Verletzung die unparteiische Entscheidung eines unabhängigen Gerichts aufgrund eines fairen Verfahrens herbeigeführt werden kann.⁶⁰ Von einem fairen Verfahren im Zivilrecht kann nicht gesprochen werden, wenn der Verzug des Schuldners je nach Art der geschuldeten Leistung (Geld-, Sach- oder Dienstleistung) unterschiedliche Rechtsfolgen hat, zumal der Wert der nicht geleisteten Sach- bzw. Dienstleistung in Geld messbar ist und deren Schuldner eine Geldzahlung als Gegenleistung erhalten hat. Für einen entstandenen Verzugsschaden eine unbegründete Beweispflicht für den Anspruch des Gläubigers der Nichtentgeltforderung gegebenenfalls zu fordern, verstößt gegen das Recht auf ein faires Verfahren, zumal der Gläubiger als Verbraucher die vereinbarte Zahlung als Gegenleistung im Voraus teilweise oder komplett erbracht hat und der Schuldner der Nichtentgeltforderung mögliche Vorteile daraus erzielen kann.

Der Zinsanspruch und die Zinspauschale dienen dem Präventionsgedanken, wonach der Schuldner zur alsbaldigen Erfüllung angehalten ist und ihm die aus der Zahlungsverzögerung oder der Zahlungsverweigerung typischerweise entstehenden finanziellen Vorteile entzogen werden. Warum sollte dieser Präventionsgedanke nicht auch bei Leistungsstörungen der Nichtentgeltforderung zur Anwendung kommen? Es kann sein, dass ein derartiger Mindestschadenanspruch des Gläubigers einer Nichtentgeltforderung bei Fälligkeit und Verzug in Höhe von einer gesetzlichen Zinspflicht bei Schuldner bzw. Verkäufern und meist gewerblichen Verkäufern zu einer höheren finanziellen Belastung führt. Dies ist aber gerecht und hinnehmbar, insbesondere dann, wenn im konkreten Fall eine Vorauszahlung vorgenommen wurde. Gegebenenfalls verfügt der Schuldner der Nichtentgeltforderung ja bereits über das Entgelt und damit auch über mögliche finanzielle Vorteile, obwohl dieser selbst seine Leistungspflicht nicht erfüllt hat.

Es mag sein, dass die unterschiedliche Regelung zwischen Geldschuld und Nichtgeldschuld damit zu rechtfertigen ist, dass die Geldschuld und

⁶⁰ Esser, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 47), EMKR Art. 6, Rn. 2.

die Sachleistung mit Eigentumsübertragung oder Nutzungsüberlassung nicht gleiche Größen sind und Geld als eine Austauschwährung allgemein einsetzbar und gegenwärtig ist. Jedoch ist der Wert der zu erbringenden Sachleistung mit Eigentumsübertragung oder Nutzungsüberlassung in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis auch in Geld messbar und entspricht konkret der Höhe des vereinbarten Entgelts. Insbesondere führt der Verzug des Schuldners einer Nichtentgeltforderung in Fällen, in denen der Käufer Vorauszahlungen geleistet hat, zu einer nicht vertretbaren Ungleichbehandlung im Leistungsstörungenrecht. Somit stellt er einen Verstoß gegen Grundsätze des Gleichheitsgebots – und wenn man die Beweispflicht in Betracht zieht – eines fairen Verfahrens und der Waffengleichheit im Zivil- und Zivilprozessrecht dar, was in meisten Fällen den Verbrauchern benachteiligt.

Betrachtet man auch die rechtspolitische Forderungen des Verbraucherschutzes, welche die Benachteiligungen des Verbrauchers als Konsumenten von Gütern oder Dienstleistungen gegenüber den Unternehmen als Waren und Dienstleistungsanbietern zu beseitigen sind, stellt die Beseitigung dieser unterschiedlichen Verzugsfolgen nicht nur eine allgemeine berechnete rechtspolitische Forderung gegenüber Gesetzgeber, sondern auch gegenüber Rechtsanwendern dar.

Meines Erachtens ist hier vertretbar, dass Gläubiger einer Nichtentgeltforderung einen Mindestschadenersatzanspruch gegen den Schuldner bei dessen Verzug geltend machen können, ohne dass sie tatsächlich einen Schaden erlitten haben oder ihn beweisen müssen. Der Umfang des Mindestschadenersatzanspruchs richtet sich nach der geleisteten Vorauszahlung und der gesetzlichen Verzugszinshöhe. Voraussetzung sollte dafür sein, dass der Gläubiger der Sach- und Dienstleistung bereits eine teilweise oder komplette Vorauszahlung geleistet hat. Dies würde auch dazu dienen, das Gleichgewicht und die Gerechtigkeit zwischen den Vertragsparteien in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis zu schaffen und dem Schutz des Verbrauchers gegenüber den Waren- und Dienstleistungsanbieter zu gewährleisten. Dies kann durch eine Änderung oder Ergänzung der Regelungen der Verzugsfolgen oder der Verfahrensvorschriften der Zivilprozessordnung erreicht werden, was in ers-

ter Linie eine berechtigte rechtspolitische Forderung gegenüber dem Gesetzgeber scheint. Wie dies aber im konkreten Fall geschehen sollte, ist dem Gesetzgeber überlassen. Eine höchstrichterliche Lösung zu dem Problem ist ebenso zum Zweck des Verbraucherschutzes denkbar, ob und wie sie materiellrechtlich oder verfahrensrechtlich ausfiele, bleibt abzuwarten.

ZUSAMMENFASSUNG

In der freien Marktwirtschaft der kapitalistischen Grundordnung ist es nicht zu übersehen, dass Erstere für die Gesellschaft in all ihren Belangen etwa im wirtschaftlichen Zuwachs, bei sozialrechtlichen Zuwendungen, bei Rechtsstaatlichkeit, bei Freiheiten und der Demokratiekultur von großer Bedeutung ist. Um dieser gerecht zu werden, werden auch rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen. Die allgemeine Handlungsfreiheit, die Privatautonomie oder die Vertragsfreiheit sind nur einige Grundprinzipien, die der freien Marktwirtschaft zugutekommen. Jedoch gilt sie nicht unbegrenzt. Etwa steuerrechtlichen Vorschriften, Verbraucherschutzregelungen, anderen zwingenden Rechtsvorschriften und den Generalklauseln zur Nichtigkeit und Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte kann man eine Korrektur der freien Marktwirtschaft entnehmen. Gleichheit sowie Gerechtigkeit sollten auch in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis vorhanden sein

Der Gläubiger einer Entgeltforderung, dem wegen der Vorenthaltung der Geldzahlung durch den Schuldner die finanziellen Vorteile entgehen, darf einen Mindestschaden in Höhe der gesetzlichen oder vereinbarten Verzugszinsen geltend machen. Der Anspruch auf Verzugszinsen steht dem Gläubiger der Entgeltforderung neben dem darüberhinausgehenden Verzugsschadenanspruch zu. Ist der Schuldner einer Geldschuld im Verzug, hat der Gläubiger als Verzugsfolge einen Anspruch auf Verzugszinsen als ein objektiver pauschalierter Mindestsatzschaden zu, unabhängig davon, ob ihm tatsächlich ein entsprechender Schaden durch Verzug zugefügt wurde und er dies beweisen muss. Verzugszinsanspruch dient dem Präventionsgedanke, dass der Schuldner zur alsbaldigen Erfüllung angehalten wird und ihm die aus der Zahlungsverzögerung oder Verweigerung typischerweise entstehenden finanziellen Vorteile entzogen werden.

Im Gegensatz dazu darf der Gläubiger einer Nichtentgeltforderung, der eine Teilzahlung oder Vollzahlung ohne entsprechende Gegenleistung durch den Schuldnerverzug vorgeleistet hat und ihm dadurch letztlich auch finanzielle Vorteile entgehen, keinen Mindestschaden geltend machen. Er kann dann einen Anspruch auf den Verzugsschaden geltend machen, falls ihm ein konkreten Verzugsschaden entstanden ist und bewiesen wird.

Diese unterschiedliche Regelung zwischen den Verzugszinsen bei Geldschulden und den Verzugsschaden bei Nichtentgeltforderung mit teilweisen oder vollen Vorauszahlungen des Entgelts verstößt nicht nur gegen das Gleichheitsprinzip im Vertragsrecht, sondern verbraucherrechtlich und beweisrechtlich insbesondere in Bezug auf Waffengleichheit zu beanstanden. Dies Unrecht kann durch eine Änderung oder Ergänzung der Regelungen der Verzugsfolgen oder der Verfahrensvorschriften der Zivilprozessordnung beseitigt werden, was in erster Linie eine berechtigte rechtspolitische Forderung gegenüber dem Gesetzgeber scheint. Wie dies aber im konkreten Fall geschehen sollte, ist dem Gesetzgeber überlassen. Eine höchstrichterliche Lösung zu dem Problem ist ebenso zum Zweck des Verbraucherschutzes denkbar, ob und wie sie materiellrechtlich oder verfahrensrechtlich ausfiele, bleibt abzuwarten.

ÖZET

Liberal bir sistemde serbest piyasa ekonomisinin toplumun gelişmesine yönelik olarak her alanda önemli rol oynadığı yadsınmaz: Serbest piyasa ekonomisinin ekonomik büyümede, sosyal yardım faaliyetlerinde, hukuk devletinde, özgürlükler konusunda ve demokrasi kültürünün gelişmesinde bu rolünü oynayabilmesi için de gerekli olan hukuki altyapı sağlanmıştır. İrade özerkliği, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, sözleşme özgürlüğü, seyahat özgürlüğü, çalışma özgürlüğü gibi temel hak ve ilkeler serbest piyasa ekonomisine hizmet etmektedir. Ancak serbest piyasa ekonomisi de sınırsız değildir, toplumsal diğer ihtiyaçların temini, kişisel menfaat çatışmalarının düzenlenmesi amacıyla getirilen vergisel düzenlemeler, emredici hükümler ve hukuka ve ahlâka aykırılık gibi genel hukuk ilkeleri ile ve tüketici hukukunda olduğu gibi getirilen özel yasal düzenlemelerle serbest piyasa ekonomisi sınırlandırılmıştır. Amaç toplumun anayasal ve temel hak ve özgürlükler kapsamındaki menfaatlerini sağlamak, eşitliği ve genel adaleti gerçekleştirmek ve hukuk devletini tesis etmektir. Eşitlik ve adalet borçlar hukukunda özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de tesis edilmelidir.

Almanya'da yaşanmış bir olaydan yola çıkılarak Alman hukukuna göre ela alınan konu iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarına ilişkindir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmeye aykırılık hallerinden biri olan temerrütte temerrüt faizi ile gecikme tazminatı değerlendirilmiş, bu iki yaptırımın farklı uygulama şartlarının bazı durumlarda sözleşmeler hukukunda da aranması gereken eşitlik, usul hukukundaki silahların eşitliği ilkelerine ve genel adalet duygusuna aykırı olduğu, özellikle tüketici hukuku politikası açısından vurgulanmıştır.

Edimin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olduğu borç ilişkilerinde borç vadesinde ifa edilmezse, sözleşmesel veya kanuni temerrüt faizinin ödenmesi söz konusu olmaktadır. Bu yaptırımın doğması için, diğer bir ifadeyle alacaklının temerrüt faizi talep edebilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması yeterlidir. Kanun veya kanunun izin verdiği sınırlarda sözleşme ile kararlaştırılan temerrüt faizine alacaklı hak kazanır. Temerrüt faizi alacağı asıl para borcunun fer'i olarak doğumunda ve belirli hallerde sona ermede asıl borca bağlı olsa da, temerrüt faiz alacağı doğduktan sonra bağımsız bir alacak gibi ayrı talep edilebilir, devredilir ve üzerinde tasarruf edilebilir. Hak sahibinin, temerrüt sebebiyle sahip olacağı temerrüt faizi için, herhangi bir zararını, parayı muhtemel olarak

nasıl değerlendireceğini ispat etmesine gerek yoktur. Çok olsa sözleşme ile kararlaştırılan bir oran varsa onu ispat etmelidir. Sözleşme ile kararlaştırılan temerrüt faiz oranı yoksa veya ispat edilemezse, kanuni temerrüt faizine hak kazanılacaktır. Temerrüt faizi, para borçlarında alacaklının para alacağından mahrum kalması nedeniyle farazi olarak mahrum kaldığı kullanım zararının, haksız olarak parayı elinde tutan borçlunun farazi olarak sahip olduğu kullanım menfaatinin ondan alınarak para alacaklısına ödenmesiyle tazmin edilmesi için kabul edilmiş bir kurumdur.

Buna karşın edim konusunun para dışında başka (malın mülkiyetini devretme, iş görme vb.) bir şeyin olduğu hallerde borçlunun temerrüde düşmesinde, para dışı edim alacaklısı bir zarara uğrarsa, ancak bunu ispat etmek kaydı ile tazminat talep edebilecektir. Alacaklının peşin veya kısmi ön ödeme yaptığı ve borçlunun temerrüdü nedeniyle karşı edime sahip olmadığı hallerde, para borcu dışında edim alacaklısı tarafın nihayetinde finansal kayba uğradığı hallerde dahi, alacaklı için bir asgari tazminat öngörülmemiştir. Temerrüt faizi gibi asgari zararının tazmine yönelik bir kurum da tanınmamıştır. İşte bu durum bu çalışmada eleştirilmektedir.

Kanımızca para dışı edim alacaklısının kaybettiği finansal menfaat ile temerrüde düşen borçlunun kendisine yapılan kısmi veya tam ön ödeme nedeniyle haksız olarak sahip olduğu finansal menfaatin denkleştirilmesi gereklidir. Borçlunun temerrüdüne bağlanan bu farklı hukuki sonuçların neden olduğu eşitsizliğin giderilmesi için sinallağmatik sözleşme ilişkilerinde konusu para olmayan edim alacaklısının kısmen veya tamamen peşin ödeme yaptığı hallerde temerrüt faizi esas alınarak hesaplanacak bir kalemin asgari zarar kabul edilip tazmin edilmesi veya alacaklının tazminat talebinde hesaplanacak bu miktara kadar zararı ispat yükünden kurtarılması yerinde olacaktır. Bunun bir kanun değişikliği ile mi yoksa hâkim hukukuyla geliştirilen bir içtihatla mı olacağını beklemek, kanımızca tüketicinin korunmasının, sözleşmelerdeki eşitlik ve genel adalet duygusunun bir gereğidir.

KAYNAKÇA

- ARMBRÜSTER C., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Aufl., München 2018
- BERGER C., *Jauernig Kommentar zum BGB*, 17. Aufl., München 2018
- CANARIS C.W., *Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung*, NJW 1978, 1891-1898. (Anlış: Der Zinsbegriff)
- CANARIS C.W., *Staub HGB*, Bd. 4, 4. Aufl., Berlin 2004 (Anlış: HGB)
- COEN C., *Der Negative Basiszinssatz nach §247 BGB*, NJW 2012, 3329 vd.
- ERNST W., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, 7. Aufl. München 2015
- ESSER R., *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, ed. Löwe/Rosenberg, Bd. 11, 26. Aufl., Berlin 2012
- GRABENWARTER C./PABEL K., *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl. München 2016
- GROTHER H., *BeckOK BGB*, ed. Bamberger/Roth/Hau/Poseck, 47. Aufl., München 2018
- GRUNDMANN S., *Der Schadenersatzanspruch aus Vertrag*, AcP 204, 2004, H. 5, s.569-605.
- GRUNDMANN S., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, 7. Aufl. München 2015 (Anlış: MünchKomm BGB)
- HEERMANN P.W., *Handbuch des Schuldrechts, Geld und Geldgeschäfte*, ed. Gernhuber, Handbuch des Schuldrechts Bd. 10, Tübingen 2003
- HEINEMEYER S., *Ende der fiktiven Mängelbeseitigungskosten auch im Kaufrecht*, NJW 2018, 2441 vd.
- HERRESTHAL C., *Grundrechtecharta und Privatrecht*, ZEuP 2014, 238 vd.
- HUBER U., *Handbuch des Schuldrechts: Leistungsstörungen*, Bd. 9/1, Tübingen 1999
- JARRAS H.D., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)*, 3. Aufl., München 2016
- KAINER F., *Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung aus Luxemburg?*, NZA, Bd.35, H.14, München 2018, 894-900.
- KINDLER P., *Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht*, Tübingen 1996 (Anlış: Gesetzliche Zinsansprüche)

- KINDLER P., *Handelsgesetzbuch*, Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (ed.), 3. Aufl., München 2015 (Anl. HGB)
- KLAPPSTEIN V., *Handelsgesetzbuch*, Heidel/Schall (ed.), 2. Aufl., Baden-Baden 2015
- LANGE H., *Handbuch des Schuldrechts: Schadenersatz*, Bd.1, 2. Aufl., Tübingen 1990
- LOBINGER T., *Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, Tübingen 2004
- LORENZ S., *BeckOK BGB*, ed. Bamberger/Roth/Hau/Poseck, 47. Aufl., München 2018
- LÖWISCH M./FELDMANN C., *StaudingerBGB*, Bd. 2, Berlin 2009
- MEYER-LADEWIG J./HARRENDORF S./KÖNIG S., *Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 4. Aufl. Baden-Baden 2017
- OMLOR S., *StaudingerBGB: Geldrecht*, Bd. 2, Berlin 2016
- PACHE E., *Der Grundsatz des fairen gerichtlichen Verfahrens auf europäischer Ebene*, EuGRZ 2000, 601
- PAEFFGEN H.U., *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Mit GVG und EMRK*, Jürgen Wolter (ed.) Bd. 10, 5. Aufl. Köln 2017
- PAMP R., *Handelsgesetzbuch*, Hartmut Oetker (ed.), 5. Aufl. München 2017
- PODSZUN R./BUSCH C./HENNING-BODEWIG F., *Die Durchsetzung des Verbraucherrechts: Das BKartA als UWG-Behörde?*, GRUR 2018, 1004 f.
- SCHULTE-NÖLKE H., *Nomos Kommentar BGB*, Dauner-Lieb/Langen (ed.), 2. Aufl., Baden-Baden 2012
- SCHULZE R., *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, 9. Aufl., Baden-Baden 2017
- SCHWARZE R., *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin 2008
- SEICHTER D., *Juris Praxiskommentar BGB Gesamtausgabe*, Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (ed.), 8. Aufl., 2017
- STADLER O., *Jauernig Kommentar zum BGB*, 17. Aufl., München 2018
- TOUSSAINT G., *Juris Praxiskommentar BGB Gesamtausgabe*, Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (ed.), 8. Aufl., 2017
- VALERIUS B., *BeckOK StPO: EMRK*, 30. Aufl., München 2018

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN

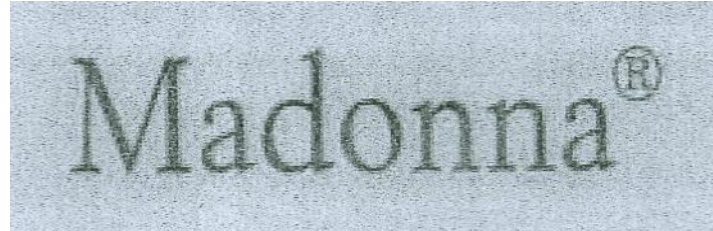
**İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN "MADONNA"
KARARI:
DİNİ SEMBOL VE KELİMELERİN MARKA OLARAK TESCİL
EDİLEBİLİRLİĞİ ÜZERİNE**

Çev. / Übersetzt von

Araş. Gör. Mehmet Hamza Arslan**

Vakıalar

A. 22 Nisan 2004 tarihli bir Alman temel tesciline dayanarak, 123 456 tescil numaralı "Madonna" sözcüğü/figüratif işareti (fig.) 15 Aralık 2004'te İsviçre için koruma talepleri ile birlikte uluslararası kayıtlara kaydedilmiştir. Başvuru 25 Ağustos 2005'te, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü¹ ("WIPO") tarafından İsviçre Federal Fikri Mülkiyet Enstitüsü'ne (IGE) iletilmiştir. Marka, koyu kırmızı ve gümüş grisi renk talebi ile aşağıdaki görünüme sahiptir.



(...)

IGE 24 Ağustos 2006'da, X. Ticari Markaları Koruma Derneği'ne (davacı) geçici ret kararı (mutlak red sebeplerine dayalı olarak) vermiştir. Bunun gerekçesi ise İtalyanca bir kelime olan "Madonna" işaretinin Bakire Meryem ve İsa'nın Annesi anlamına gelmesi ve bu nedenle bir Hristiyan

* BGE 136 III 474.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Araştırma Görevlisi, (m.arslan@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-7661-0062.

¹ Çevirenin Notu: Metnin devamında "WIPO" olarak geçmektedir.

inanç topluluğuna mensup tüketicilerin dini duygularını ihlal etme ihtimalinin bulunmasıdır. Bu nedenle işaret genel ahlaka aykırı olarak sınıflandırılmalı ve tescil başvurusu reddedilmelidir.

B. Bunu, davacının çeşitli argümanlar ortaya koyduğu kapsamlı bir dilekçeler teatisi izlemiştir yani; "Madonna" kelimesinin çeşitli başka anlamlarının bulunduğu (örneğin, ilk isim olarak veya sahne ve görsel sanatlarda Maria ile Bebek İsa için bir isim olarak) İsviçre ticari marka kayıtlarında "Madonna", "Christ", "Maria" veya "Mönch" kelimelerini içeren benzer mallara ilişkin çeşitli tesciller içerdiğini ve İsviçre tüketicilerinin "Madonna" kelimesiyle modayı bağdaştırmaya alışkın olduğu yönünde iddialar ileri sürülmüştür.

13 Mart 2008 tarihli bir kararla² IGE, "Madonna" kelimesinin ticari marka olarak kullanılmasının İsviçre Hristiyan nüfusunun bir kısmının dini duygularını ihlal edebileceği gerekçesiyle geçici reddini tamamen teyit etmiştir.

Federal İdare Mahkemesi, davacı tarafından açılan davayı³ 12 Nisan 2010 tarihli kararla reddetmiştir.

C. Hukuki konularda dava açan eden davacı, 12 Nisan 2010 tarihli Federal İdare Mahkemesi kararının bozulmasını ve IGE'ye İsviçre'de talep edilen tüm mallar nezdinde 123 456 uluslararası kayıt numaralı marka için marka koruması vermesinin ve uluslararası otorite WIPO'ya gönderilen Koruma reddi bildirimini iptaline karar vermesinin emredilmesini talep etmiştir. Federal mahkeme başvuruyu reddetmiştir.

Değerlendirmeler

2. (...)

2.2 14 Temmuz 1967'de Stockholm'de revize edilen Sınai Mülkiyetin Korunması Hakkında Paris Anlaşması'na ("PVUe") (PVUe; SR 0.232.04) göre, markanın ortak ahlaki veya kamu düzenini ihlal etmesi durumunda korumaya izin verilmemesi mümkündür. Böyle bir hükmün kendisi kamu düzenini ilgilendirmediği, sadece marka kanunu hükümlerine

² Çevirenin Notu: "Verfügung"

³ Çevirenin Notu: "Beschwerde"

uymadığı için kamu düzenine aykırı olarak kabul edilemez. [PVUe md. 6^{quinquies}/B(3)]. MSchG⁴ (SR 232.11) md. 2/d hükmüne göre kamu düzenini, genel ahlakı ya da ilgili mevzuatı ihlal eden işaretler marka koruması dışındadır.

3. OR⁵ md. 20'ye ilişkin içtihatlarla göre ahlaka aykırılık, mevcut ahlakın, yani genel ahlak duygusunun veya genel hukuk sisteminde bulunan etik ilke ve standartların ihlal edilmesi durumunda gündeme gelir (BGE 132 III 455).

Nüfusun geniş bir kesiminin sosyal-etik, ahlaki, dini veya kültürel duygularını ihlal etmesi muhtemel işaretler ahlaka aykırı kabul edilmekle birlikte İsviçre'de yaşayan azınlıklar da göz önünde bulundurulmalıdır. Ahlaka aykırı işaretler, örneğin; ırkçı, din karşıtı ya da dini duygular ihlal eden veyahut cinsel olarak rahatsız edici içerikli işaretlerdir. (bkz. MICHAEL NOTH, Markenschutzgesetz, Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], 2009, N. 24 zu Art. 2 lit. d MSchG; bkz. EUGEN MARBACH, Markenrecht, SIWR Bd. III/1, 2. Aufl. 2009, Rz. 666 vd.; LUCAS DAVID, bkz. Basler Kommentar, Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2. Aufl. 1999, N. 73 zu Art. 2 MSchG; MATHIS BERGER, Ahlaka aykırı işaretler korunmaz, bkz. Sic. Sondernummer 2005, 125 Jahre Markenhinterlegung, s. 41 vd., 43; CHRISTOPH WILLI, MSchG, Kommentar [...] 2002, N. 262 zu Art. 2 MSchG).

Rahatsız edicilik sadece işaretin içeriğinde bulunmayabilir. (Ayrıca bkz. BERGER, a.g.e., s. 43). Özellikle dini anlamı olan işaretler için, işaretin anlamı kendi başına ihlal teşkil etmez. Aksine, dini isimler ve semboller genel olarak etik olarak değerlidir. Ahlaka aykırı olan içerik değil, işaretin ticari kullanım için seçilmesidir. (bkz. MARBACH, a.g.e., Rz. 663 ve Fn. 869; NOTH, a.g.e., N. 24 zu Art. 2 lit. d MSchG). Bu tür işaretlerin marka korumasından dışlanması nedeni, marka olarak ticarileştirmelerinin ilgili dinin üyelerinin dini hislerinin ihlaline neden olabilmesidir. Bu bağlamda davacının dini duyguların ihlalden soyutlanamayacağı yö-

⁴ Çevirenin Notu: Markaların ve Menşe İşaretlerinin Korunması Hakkında Federal Kanun

⁵ Çevirenin Notu: Borçlar Kanunu

nündeki görüşünde haklılık payı bulunmaktadır. Ancak davacının iddiasının aksine alt mahkeme bunu tespit etmekte yanılmamış, çünkü ilgili dinle ilgili kimselerin dini duygularının ihlal edilip edilmediğinin önemli olduğunu belirtmiş ve takiben söz konusu uyuşmazlıktan etkilenen "Madonna" isminin marka olarak kullanılması durumunda dini inançları ihlal edip etmeyeceğini incelemiştir.

4. Alt mahkeme ilk olarak **MSchG md. 2/d'**ye göre mutlak ret nedeninin varlığının değerlendirilmesi açısından hangi ilgili muhatap grubunun esas alınması gerektiği yönünden inceleme yapmıştır. Bunu yaparken, **MSchG md. 2/d** bağlamında, odak noktasının müşterilerin bir hizmet grubu anlamında değil, genel halk veya "daha geniş etnik grupların" algısına odaklanması gerektiğini düşünmüştür. Azınlıklar da dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte, aşırı duyarlı marjinal grupların, örneğin dini fanatiklerin hisleri belirleyici değildir. Durum, daha ziyade, ilgili nüfus grubunun (veya azınlığın) ortalama üyesinin perspektifine bağlıdır.

4.1. Davacı, ilgili halk kesiminin talep edilen mal ve hizmetler temeline belirlenmesi gerekliliğini ileri sürmektedir. Davacıya göre bir işaretin "daha geniş halk grupları" açısından değerlendirilmesi kabul edilemez, çünkü marka kanunu, herhangi bir ürüne atıf yapmayan soyut işaretleri değil, sadece belirli mal ve hizmetlerle bağlantılı olarak ahlaka aykırı işaretleri yasaklar. Ayrıca davacıya göre **MSchG md. 2/d** ürüne özgü bir biçimde yorumlanmalıdır ki bu da alkollü içecekler ile hatta kişisel ve güzellik bakım ürünleri gibi bazı ürünlerin, işaretler ahlaka aykırı olarak nitelendirilmeksizin kutsal isimler ile adlandırılabilceğini göstermektedir. Davacı ayrıca, mutlak bir ret nedeninin, kendisini ilgili halk kesiminin "önemli bir bölümünde" göstermesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ona göre tescil, ancak "Madonna"yı İsa'nın annesi anlamında dini bir sembol olarak gören halkın önemli bir bölümüne göre işaretin onların dini duygularını ihlal etmesi ahlaka aykırı olarak kabul edilirse reddedilmelidir. Ancak bu somut olayda söz konusu değildir. Davacıya göre "Madonna"nın anlamını bilen Katoliklerin sayısı, İsviçre nüfusunun "önemli kısımlarına" karşılık gelmemektedir.

4.2 Bu görüş, kabul edilemez. Söz konusu görüş **MSchG m. 2/a ve MSchG md. 2/d'**deki ret nedenlerinin farklı amaçlarını göz ardı etmektedir. Ortak mal karakterli işaretlerin korunmaması, yeterli derecede ayırt

edici olmayan ve ayırt edici karaktere sahip olmayan işaretlerin tescilini önlemeyi ve ayrıca ticari işlemler için gerekli olan işaretlerin tekelleşmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Bu amaçla, **MSchG md. 2/a** kapsamındaki ret sebebi, talep edilen mal ve hizmetler açısından değerlendirilmelidir. (**BGE 134 III 314 E. 2.3.3 s. 321**, **BGE 131 III 547 E. 2.3 s. 551**; **BGE 131 III 121 E. 4.4 s. 130**, **BGE 131 III 495 E. 5 s. 503**). Bunun aksine, **MSchG md. 2/d** hukuk sistemini ihlal eden, yani kamu düzenine, ahlaka ve kanuna aykırı işaretleri tescilden hariç tutarak siyasi ve sosyal barışı garanti altına alır (NOTH, a.g.e., N. 1 zu **Art. 2 lit. d MSchG**; BERGER, a.g.e., s. 42).

Ahlaka aykırılığı önlemek için uyulması gereken etik değerlerden biri (**BGE 132 III 455 E. 4.1 s. 458**), **BV ("İsviçre Federal Anayasası") m. 15'e** göre inanç ve vicdan hürriyetidir. Bu sadece Batı Hristiyan kiliselerinin ve dini cemaatlerinin geleneksel inançlarını değil, İsviçre'deki sayısal dağılımlarına bakılmaksızın tüm dinleri korumaktadır (**BGE 134 I 49 E. 2.3 s. 51**). Sonuç olarak, davacının görüşünün aksine, nüfusun "önemli bir kısmının" etkilenmesi gerekmez, aksi takdirde azınlıkların dini duygularına saygı azalmış olur. Diğer taraftan, alt mahkeme, ilgili muhatap grubunu, ilgili dinin cemaatinin ortalama üyesi açısından doğru bir şekilde sınırlamıştır, bu da aşırı hassasiyetlerin dikkate alınmadığı anlamına gelmektedir (NOTH, a.g.e., N. 7 vd. zu **Art. 2 lit. d MSchG**; WILLI, a.g.e., N. 263 zu **Art. 2 MSchG**; kısmen farklı yönde BERGER, a.g.e., s. 44 vd.).

Davacının ahlaka aykırılığının her zaman ilgili mal ve hizmetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşü de doğru değildir. **MSchG md. 2/d'nin** koruma amacı, ilgili dini cemaatin anlayışına göre önemli bir dini anlam taşıyan işaretlerin, marka koruması kapsamındaki mal ve hizmetlerden bağımsız olarak korumadan hariç tutulması ya da tüm mal ve hizmetler kapsamında ahlaka aykırı olarak değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir. Çünkü salt markanın ticari kullanımı için münhasır bir hak tanınması dahi ilgili dini cemaat üyelerinin dini duygularını ihlal etmek ve sosyal barışı tehlikeye atmak için yeterlidir (ayrıca bkz. NOTH, a.g.e., N. 13 zu **Art. 2 lit. d MSchG**). İstisnai olarak, korunması için talepte bulunulan mallar ve hizmetler, davacının kutsal isimlerin (tarihsel bazlı olarak) alkollü içecekler için kullanımı yönünde verdiği örnekte olduğu gibi, işaretin ticari kullanımının genel itibariyle alışkanlık yoluyla kabul edildiği iddia edilirse dikkate alınabilir (ayrıca bkz. NOTH,

a.g.e., N. 13 zu **Art. 2 lit. d MSchG**). Bir başka olası istisna olarak, IGE, işaretin sadece açık bir dini bağlantısı olan mallar veya hizmetler için kullanılması durumundan bahsetmektedir (1 Ocak 2010 tarihli, IGE'nin Ticari Marka Konularında Kılavuz İlkeleri, No. 6 s. 102). Her iki istisnai durum da mevcut davada bulunmamaktadır.

4.3. Buradan alt mahkemenin Katolik Hristiyanların belirleyici hedef grup olduğunu ve yine haklı olarak koruma talep edilen mal ve hizmetlerden bağımsız biçimde, "Madonna" işaretinin onlar için marka korumasından hariç tutulacak kadar önemli bir dini anlamının bulunup bulunmadığını doğru bir şekilde tespit ettiği anlaşılmaktadır. Böylece alt mahkemenin kendisini İsviçre'nin İtalyanca konuşulan kısmındaki Katoliklerle sınırlanmasına izin verilmiştir, çünkü İsviçre'nin bir dil alanındaki bir işaretin ortak ahlaka aykırı olarak algılanıp algılanmaması yeterlidir (DAVID, a.g.e., N. 76 zu **Art. 2 MSchG**; BERGER, a.g.e., s. 44; işaretin açıklayıcı karakterine ilişkin olarak: **BGE 131 III 495 E. 5 s. 503**).

5. Alt mahkeme ayrıca "Madonna" işaretinin ulusal diller İtalyanca, Fransızca ve Almanca anlamı ile de ilgilenmiştir. Alt mahkeme çeşitli sözlükler ve kaynaklar kullanarak, İtalyanca'daki "Madonna" kelimesinin öncelikle İsa'nın annesi anlamına gelen Nazaretli Meryem'i ifade ettiğini belirtmiştir. Benzer şekilde Almanca'da da "Madonna", İsa'nın annesi Maria'yı temsil etmektedir. İkinci olarak anılan kelime sanatsal bir "Bakire" temsilidir. Fransızca konuşan tüketiciler "madone" kelimesini, Bakire Meryem'i sanatta temsil eden bir kelime olarak anlarlar. "La sainte Vierge" terimi Fransızca'da Meryem'i ifade etmek veya Meryem'i çağırmaq için kullanılmaktadır. Her halükarda, İtalyan anadiline sahip İsviçreli tüketiciler, "Madonna" kelimesini öncelikle dini bir isim olarak, yani İsa'nın Annesi'ne bir niyaz olarak kullanırlar.

Alt mahkeme ayrıca Meryem Ana'ya bağlılığın Roma Katolik Kilisesi üyeleri için özellikle önemli olduğunu tespit etmiştir. 2000 yılı nüfus sayımına göre İsviçre'nin İtalyanca konuşan bölgesinin % 75'i Katolik mezhebine mensuptur. Ayrıca İsviçre'nin Almanca konuşan bölümlerinde Meryem Ana'ya "Madonna" şeklinde ibadet edilen yerler de vardır. (...)

Maria'nın Hristiyanlıktaki Kutsal Üçleme'nin bir parçası olmaması, korumanın değerini değiştirmez. Madonna'ya günlük olarak binlerce kişi

dua eder, bu yüzden ona Katolik kiliselerindeki sunaklarda özel bir yer verilir. Bazı azizlere yapılanların çok ötesine geçen Madonna'ya yapılan yoğun ibadet, Madonna'nın Katolik Kilisesi'ne mensup Hristiyanların çoğunluğu için önemli bir rol oynadığını göstermektedir.

Katoliklerin dini uygulamalarındaki önemli rolü göz önüne alındığında, "Madonna" teriminin bir marka gibi ticarileştirilmesi Katolik Hristiyanların dini duygularını muhtemelen ihlal edecektir. Bu nedenle marka siciline tescil edilmesi ahlaka aykırılık gerekçesiyle reddedilmelidir.

6. Alt mahkemenin bu değerlendirmesinin onaylanması gerekmektedir. Davacının buna karşı iddiaları doğru değildir:

6.1 Her şeyden önce, davacının reddettiği, "Madonna"nın bir sembol olup olmadığı meselesi önemli değildir. Çünkü sadece dini bir sembolün markasal olarak ticarileştirilmesi değil, aynı zamanda dini olarak saygı gören bir kişilik ya da Tanrı'nın markalaştırılması da ahlaka aykırıdır. Alt mahkeme, İsa'nın annesi Meryem'e Katolik Kilisesi'nin İtalyanca konuşan üyeleri tarafından "Madonna" adı altında yoğun bir şekilde ibadet edildiğini ve günlük ibadette adının anıldığını doğru bir şekilde belirtmiştir. "Madonna" kelimesi bu nedenle İtalyanca konuşan İsviçre'deki Katolik Hristiyanların çoğunluğu tarafından İsa'nın annesinin niyaz edilmesi (saygılı bir dini çağrı) için kullanılmaktadır. Alt mahkeme haklı olarak önde gelen dini figürlerin bu şekilde niyaz eden ifadelerinin marka korumasının dışında bırakılacağına karar vermiştir. "Madonna" kelimesinin İncil'de görünmemesi ve Katolik doktrininin bir kavramı olmaması, dini hayatta kullanılan bu terimin korunmasının değerini değiştirmez.

6.2 Madonna kelimesinin ayrıca dini olmayan bir bağlamda ve sanatta bakire tasviri ya da bir isim olarak, özellikle dünyaca ünlü bir Amerikan pop şarkıcısının adı olarak kullanılması farklı bir değerlendirmeyi gerektirmez. Ahlaka aykırılığa dayanan ret sebebi için işaretin, birkaç anlamından birinin, özellikle geri planda kalmayan anlamının, dini olması yeterlidir ve bu anlamıyla marka olarak ticarileştirilmesi durumunda ilgili dinin üyelerin dini hislerini ihlal etmeye elverişli olmalıdır. "Madonna" kelimesinin diğer anlamları, İsa'nın Annesini niyaz etmenin birincil anlamı-

nın yerini alamayacak kadar zayıftır. Alt mahkemede doğru olarak belirtildiği üzere, "Madonna" İsviçre'de nadir bir isimdir. Sanattaki anlamı din ile yakından bağlantılıdır, bu nedenle İtalyan dilinde bağımsız bir anlamda algılanması oldukça güçtür. Kelimenin tanınmış pop şarkıcısı Madonna'yı isimlendiren anlamı -günümüzde- çok sayıda insan için nispeten yakın görünebilir, fakat özellikle İtalyanca konuşan İsviçre'de dini bir anlam ifade etmesi dikkate alındığında, bu durum o kadar önemli değildir.

6.3 Davacı, dini duyguların ihlali nedeniyle ahlaka aykırılık değerlendirilirken, ilgili dini cemaat ve algısının bir bütün olarak ele alınması gerektiği ve sadece izole bir İsviçre perspektifinin ele alınmaması gerektiği görüşündedir. Davacıya göre anılan marka, İtalya, İspanya ve Portekiz gibi İsviçre'ye kıyasla, nüfusun önemli bir oranının Katolik olduğu diğer ülkelerde tescil edilmiştir. Dahası bu ülkelerdeki Katolikler İsviçre Katoliklerinden daha dindardır. Davacıya göre "Madonna" işaretinin ahlaka aykırılığının açıkça orada hissedilmemesi, MSchG kapsamındaki değerlendirmede bir gösterge olarak dikkate alınmalıdır. Davacı Alt mahkemenin ilgili halk kesimi, diğer ülkelerdeki kayıtlar ve kullanımlara ilişkin hukuki sorunu yanlış bir şekilde ele aldığı görüşündedir.

Bu görüş kabul edilemez. Federal Mahkemenin içtihadına göre, yabancı bir tescil nedeniyle İsviçre'ye tescil mecburiyeti bulunmamaktadır ve yabancı kararların davaya etkisi bulunmamaktadır. Buna rağmen bir işaretin yurtdışında tescil edilmiş olması da dikkate alınabilir (örneğin, bir işaretin kamuya açıklık [*“harcîâlem”*] karakterinin değerlendirilmesi ile ilgili olarak). Her ülke, bir markanın koruma kabiliyetini kendi mevzuatına, içtihadına ve hâkim uygulamaya göre test eder. Münferit ülkelerin geniş takdir yetkileri vardır ve bu nedenle değerlendirmeleri değişebilir (**BGE 135 III 416 E. 2.1; BGE 130 III 113 E. 3.2 S. 118 vd.; BGE 129 III 225 E. 5.5 S. 229**). Sonuncusu, ayrıca özellikle bir işaretin ahlaka aykırılığını değerlendirmek için de geçerlidir.

Davacı, MICHAEL NOTH'un, eğer yabancı toplulukların ahlaka aykırılığı benzer biçimde veyahut daha güçlü bir biçimde hissedeceği bekleniyorsa, söz konusu işaretin başka bir ülkedeki tescili ve kullanımı MSchG nezdindeki değerlendirmede yol gösterici olabilir şeklindeki gö-

rüşüne dayanmaktadır. (NOTH, a.g.e., N. 16 zu **Art. 2 lit. d MSchG**). Ancak bu yazar da yurtdışındaki özel koşulların da dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. Farklı koşullar göz önüne alındığında, İsviçre'de yaşayan belirli bir dini grubun bir kısmının dini duyguları, diğer ülkelerde yaşayan kısmın dini duygularına uymak zorunda değildir. Dil anlayışındaki farklılık da kelime markalarında önemli bir rol oynar. Yabancı marka otoritelerinin değerlendirme uygulamaları her bir ülkeye tanınan geniş takdir yetkisi kapsamında da önemli ölçüde farklılık gösterebilir. Bu nedenle yabancı din mensuplarının sözde hoşgörülü olduğu iddiasıyla, ilgili yabancı tescillerden sonuçlar çıkarmak ve bundan İsviçre'deki dini duygular ile ilgili sonuçlar çıkarmaya çalışmak son derece hassastır. Bu nedenle ahlaka aykırılık değerlendirmesinde yabancı tescillere gösterge niteliğinde bir etki verilemez. (DAVID, a.g.e., N. 76 zu **Art. 2 MSchG**; ayrıca karşılaştırınız 1 Ocak 2010 tarihli, IGE'nin Ticari Marka Konularında Kılavuz İlkeleri, No. 3.9 s. 64, buna göre, genel ahlakın ihlali karşı koruyucu bir engel olarak, yabancı tesciller tamamen önemsiz olup gösterge de değildir.) Aksine, odak noktası yalnızca İsviçre'deki etkilenen grupların algısı üzerinedir. Bu arada, İtalya, İspanya ve Portekiz'deki Katoliklerin İsviçre Katoliklerinden daha dindar oldukları sadece kanıtlanmamış bir iddiadır.

Bu nedenle alt mahkeme, başvuranın daha önceki yabancı tescillerden lehine bir şey elde edemeyeceğine karar vererek herhangi bir yasayı ihlal etmemiştir.

6.4 Davacı daha sonra alt mahkemeyi, dini duyguları değerlendirmek için değil, eşit muamele ilkesinin ihlalinin inceleyerek İsviçre'de kayıtlı "Hristiyan" markalar hakkındaki görüşlerini yanlış değerlendirmekle itham etmiştir. Ancak, davacı böyle bir iddiada bulunmamıştır. Ayrıca 573 405 numaralı İsviçre tescili "Madonna" kelime/şekil markası ile ilgili olarak, eşit muameleye dayanmamış, sadece dini duyguların değerlendirilmesinde bir gösterge olarak dikkate alınması için bu ticari marka kaydına atıfta bulunmuştur.

Davacının yukarıda belirtilen İsviçre ticari marka kayıtlarından sadece dini algının değerlendirilmesi için bir gösterge olarak mı bahsettiği yoksa eşit muamele için mi istediği önem arz etmez. Her halükarda, alt mahkeme söz konusu işarete ilişkin tesciller arasındaki belirleyici -ve

temyiz eden tarafından tartışılmayan- farklılıkları detaylandırmış, böylece anılan tescillerin söz konusu işaretin ahlaka aykırılığı konusunda başka bir değerlendirme gerektirmediğini açıklığa kavuşturmuştur. Bu bağlamda, davacının dini hassasiyet değerlendirilirken bu tescillerin dikkate alınması gerektiği yönündeki endişesi karşılanmıştır. Alt mahkeme temyiz edenle aynı sonuçlara varmasa da bu tescilleri değerlendirmiştir.

6.5 Son olarak, davacı, alt mahkemenin, şüphe vakıalarının kamu yararına -yanıltıcılık ya da ahlaka aykırılık gibi- uygulanamayacağı yönündeki kuralın (notlarıyla birlikte karşılaştırınız **BGE 135 III 359 E. 2.5.3**) uygulanamaz olduğuna karar vermesinden yakınmaktadır.

Bu itiraz asılsızdır. Alt mahkemenin görüşü, Federal Yüksek Mahkemenin içtihadına dayanmaktadır; buna göre, medeni yargılama, kamunun aldanmadan korunması gibi kamu menfaatleri iddiaları için uygun değildir; bu nedenle, bu tür durumlar tescil sürecinde sınır vakıalarında dahi dikkate alınmalıdır. (Karar No: 4A.5/1994, 2.08.1994 E. 5, PMMBI 1994 I S. 76). Bu sadece karıştırılma ihtimali için değil, aynı zamanda bir işaretin hukuka, ahlaka veya idari düzenlemelere aykırılığı söz konusu olduğunda da geçerlidir, çünkü bu aynı zamanda kamu menfaatleriyle ilgilidir. Şüphe kuralı bu durumlarda geçerli değildir (1 Ocak 2010 tarihli IGE'nin Ticari Marka Konularında Kılavuz İlkeleri'ne göre, Ziff. 3.7 s. 62; benzer biçimde MARBACH, a.g.e., Rz. 240; a.M. NOTH, a.g.e., N. 17 zu **Art. 2 lit. d MSchG**).

Federal Yüksek Mahkeme, alt mahkemenin sınır vakıasının söz konusu olmadığı yönündeki kararını paylaşmaktadır, bu nedenle herhangi bir şüphe durumunun uygulanmasına yer yoktur.

6.6 Özetle alt mahkeme 123 456 tescil numaralı "Maddona" kelime/şekil markasının ahlaka aykırı olduğu kanaatine varmakla ve bu şekilde İsviçre'deki marka korumasını reddederdek **MSchG md. 2/a** hükmünü ihlal etmiş değildir.

**ALMAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ 8. HUKUK
DAİRESİ'NİN 225/17 NO'LU VE 8 OCAK 2019 TARİHLİ
KARARI:**

**ÜRETİMDEN KALDIRILAN AYIPLI DİZEL ARACIN AYIPSIZ
BENZERİ İLE DEĞİŞTİRİLMESİ TALEBİ HAKKINDA**

Çev. / Übersetzt von

Araş. Gör. Burak ÇELİK**

BGB'nin 434. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi 2 nolu düzenlemesi; Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 3. maddesi 10 nolu düzenlemesi, 5. maddesi 2. fıkrası; Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrası

- a) Bir otomobilde, alıcıya teslimi sırasında Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 3. maddesi, 10. bendi çerçevesinde egzoz gazı salınımını kısıtlayan -havaya salınan nitrojen oksit miktarını denetim esnasında normal kullanıma göre daha düşük gösteren- donanım bulunduğu takdirde, otomobil aynı yönetmeliğin 5. maddesi, 2. fıkrasının 1. cümlesine uygun olmaması gerekçesiyle ayıplı olacaktır.
- b) Bu durum, trafiğe çıkış izni vermeye yetkili otorite (Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. Maddesinin 1. fıkrasına göre) tarafından otomobillerin işletilmesinin yasaklanması tehlikesini doğurduğundan ve tehlikenin gerçekleşmesi halinde otomobilin kalan (zarar görmemiş kısımlarının) tehlikeyi atlattırmasının da kamuya açık trafikte mümkün olmamasından dolayı, BGB'nin 434. maddesinin 1. Fıkrasının 2. cümlesi kapsamında alışlageldik kullanım özelliklerini taşımasını engellemektedir.

* BGH VIII ZR 225/17.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (bcelik@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-9994-5439.

BGB 275. maddesinin 1. fıkrası, 439. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi

- a) BGB'nin 439. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinden doğan malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi talebinin, BGB'nin 275. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre imkânsız olması, parça borcu/cins borcu değerlendirmesine değil, satıcının sözleşmede üstlendiği borcun içeriğine ve kapsamına bağlıdır.
- b) Satım sözleşmesinin (BGB'nin 133. ve 157. maddeleri) menfaat dengesini gözetir şekilde yorumlanması suretiyle satıcının satılan şeyi tedarik etme yükümlülüğünün içeriğinin ve genişliğinin tespitinde, eşyanın benzer özelliklerde ve değerde olanı ile değiştirilmesi yükümlülüğü de bulunmaktadır. BGB'nin 439. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendine göre alıcının malı ayıpsız misliyle değiştirme talebi, başta teslim edilen ayıplı satım konusu eşyanın yerine ayıpsız, fakat ayrıca aynı türden – fonksiyon açısından da sözleşmeye uygun - ve eşdeğerde bir eşya ile değiştirilmesine yöneliktir.
Birebir aynı eşyanın tedariki zaruri değildir. Daha önemlisi, ifa konusu edimin benzer özelliklerdeki başka bir edimle değiştirilebilir olarak kabul edilip edilmediği, tarafların iradelerinden ve sözleşmenin amacından anlaşılmalıdır.
- c) Edimin değiştirilebilir olup olmadığının değerlendirilmesinde, önceki model ile güncel model arasında satıcı tarafından yapılan değişikliklerin küçük ya da büyük çaplı olması, bu konuda satıcının menfaatine göre bir değerlendirilme yapılması aslında konu ile ilgili değildir. Bu durumda esasen –alıcı tarafından edinilen aracın aynı modelinin halen temin ve teslim edilebilir olduğu hallerde de farklı değildir– ürün değiştirme bedellerinin değerlendirilmesi önemlidir. BGB'nin 275. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde aynen ifaya yönelik edim yükümlülüğü ortadan kalkmakta, yalnızca satıcı tarafından somut olayın şartları çerçevesinde ayıplı malın yenisi ile değiştirilmesinin çok yüksek ve orantısız masraflar doğurması halinde BGB'nin 439. maddesinin 4. fıkrasına dayanarak hakime bu talebi reddedebilmesi imkânını sağlamaktadır.

Heyet başkanı Hakim Dr. Milger ve heyet üyeleri Hakime Dr. Hessel, Hakime Dr. Fetzner, Hakim Dr. Bünger ve Hakim Kosziol'dan oluşan Federal Yüksek Mahkeme'nin 8. Hukuk Dairesi 8 Ocak 2019 tarihinde karar verdi:

Heyet öncül hukuki değerlendirmelerden sonra, sözlü duruşmalara hazırlık olması amacıyla, uyuşmazlığın çözülmesine ilişkin olabilecek fakat bazıları temyiz sürecinde yeteri kadar incelenmemiş hukuki sorular hakkında aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur.

I.

- 1 Davacı, 2015 yılının başında davalıdan 31.350 € bedel karşılığında VW Tiguan 2.0 TDI marka ve EA 189 motor kodlu Dizel, sıfır kilometre bir otomobil satın almıştır. Yerel mahkemelerin gerçekleştirmiş olduğu –istinaf aşamasında dikkate alınmayan– tespitlerde otomobilde, denetim aşamasında normal kullanıma oranla daha düşük nitrojen oksit salınmasını sağlayan bir yazılım yüklü olduğu anlaşılmıştır. Eyalet mahkemesi –buna ilişkin daha fazla hukuki değerlendirme yapmaksızın– “izin verilmeyen bir salınım kısıtlama mekanizması”ndan hareketle, otomobilin, alıcının kendisinden bekleyebileceği mahiyeti taşımaması sonucuna gidebilecek (bkz. BGB m.434 f.1 c.2 b.2) duruma geldiğini ve bu nedenle ayıplı olduğunu belirtmiştir.
- 2 İstinaf mahkemesi (OLG Bamberg, 2 Ağustos 2017 tarihli, DAR 2018, 143, ve 20 Eylül 2017 tarihli - 6 U 5/17, juris kararları), ayıba ilişkin bu değerlendirme ile aynı kanaatte olup olmadığını belirtmemiştir. Fakat Davacının somut uyuşmazlıkta ayıplı otomobilin ayıpsız benzeri ile değiştirilmesine yönelik geçerli talebine ilişkin olarak, ilgili dönemde üretilmekte olan halef model (“VW Tiguan ikinci nesil”) motorlarının (103 kW yerine 110 ve 182-192 km/s maksimum hız yerine 201-204 km/s) ve ölçütlerinin (6 cm daha fazla uzunluk 8 cm daha geniş teker izi) farklı olmasına dayanarak, değişimi talep edilen otomobilin “benzer nitelikte ve değerde eşya” olarak kabul edilemeyeceğini, bu sebeple de ayıpsız benzeri

ile değiştirilmesinin imkansız olduğunu, Satıcı'nın böyle bir borcu olmadığını kabul etmiştir.

II.

- 3 İstinaf mahkemesinin gerekçelendirmesi çerçevesinde –Kurulun ön değerlendirmesine göre- Davacı tarafından ileri sürülen ayıpsız benzerinin temin edilmesi talebinin (BGB m. 437 b.1, m.434 f.1, m.439 f.1 b.2) reddedilmemesi gerekirdi.
- 4 1. Bir ayıbın varlığından –İstinaf mahkemesi böyle bir değerlendirme yapmamıştır- yola çıkılmalıdır. BGB m.434 f.1 c.2 b.2'ye göre bir eşya (ancak), alışlageldik kullanıma uygun olması, benzer cinsteki eşyalarda bulunan ve alıcının eşyanın cinsine göre kendisinden bekleyebileceği özellikleri taşıması halinde ayıpsız olarak kabul edilecektir. Davacının satın almış olduğu otomobilin ayıplı olarak değerlendirilmesi için hasarın geçtiği anda, yani aracın teslim tarihi olan Temmuz 2015'in sonunda bu beklentilerin karşılanmamış olması gereklidir.
- 5 a) Kural olarak bir otomobil ancak, trafiğe çıkış iznini engelleyen ya da kullanılabilirliğini ortadan kaldıran veya zedeleyen mahiyeti haiz olmaması halinde, alışlageldik kullanıma uygun olacaktır (bkz. 29 Haziran 2016 tarihli, VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 Kn. 40; 26 Ekim 2016 tarihli VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Kn. 15; 24 Ekim 2018 tarihli VIII ZR 66/17, ZIP 2018, 2272 Kn. 29 [BGHZ'de yayınlanması planlanmıştır] kurur kararları). Davacı tarafından teslim alınan araç bu özellikleri hasarın geçtiği anda taşımamaktadır. İstinaf mahkemesinin bulgularına göre, araç fabrikadaki test sürüşü sırasında, normal sürüş sırasındaki emisyonlara kıyasla azot oksit emisyonlarını azaltan bir yazılımla donatılmıştır. Bu durumun arada geçen zamanda –benzer başka bir yazılım ile değiştirilme şeklinde- değiştirildiğine dair bilgi mevcut değildir. Bu durumda otomobil hukuka aykırı olarak, işletilmesinin trafiğe çıkışa izni veren otorite tarafından yasaklanmasına sebep olabilecek bir kapatma mekanizması ile donatılmıştır.
- 6 aa) Davacının aracında kurulu olan, denetim anında egzoz gazının geri dönüşümünü güçlendiren yazılım, Avrupa Parlamentosu

ve Konseyi'nin yayınlamış olduğu, hafif hususi ve ticari araçların emisyonlarına (Euro 5 ve Euro 6) ilişkin tip onaylarının ve tamirat, bakım süreçlerine ilişkin 715/2007 No'lu Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesine göre hukuka aykırı kapatma mekanizması olarak değerlendirilmelidir.

- 7 (1) Davacı'nın aracının da tabii olduğu 715/2007 nolu Avrupa Parlamentosu Yönetmeliği, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin hususi araçlarda atık gazlara ilişkin tip onaylarında dikkate alınması gereken teknik şartları düzenlemektedir (Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 1. Maddesi, 1. Fıkrası). İlgili yönetmelik aynı zamanda, otomobil üreticilerinin Avrupa Birliği içerisinde tip onayı alabilmeleri için yerine getirmesi gereken şartları da düzenlemektedir (Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. Maddesi). Anılan Yönetmelik Komisyon'un 682/2008 nolu yönetmeliğin uygulanması ve değiştirilmesine ilişkin 18 Temmuz 2008 tarihli ve 715/2007 nolu Yönetmeliği altında düzenlenmiştir (ABl. L 199 28 Temmuz 2008 tarihli). "Uygulama Yönetmeliği"nin 3. maddesinin 1. fıkrasında, üreticilerin, Avrupa Birliği tip onayı alabilmeleri için, eklerde belirtilen ve detaylı olarak açıklanan test koşullarına uygun olduklarını ispat etmeleri ve dizel araçlar için Yönetmeliğin 3. maddesinin 9. fıkrasının 3. alt-fıkrasında düzenlenen, nitrojen oksit salınımına ilişkin, "egzoz gazının çalışması ve geri dönüşüm sistemlerine" yönelik şartların da sağlanması gerektiği düzenlenmiştir.
- 8 Avrupa Birliği tip onayından ne anlaşılması gerektiği, anılan yönetmeliklerde kararlaştırılmamıştır; bu hususlar daha ziyade Avrupa Parlamentosu'nun 2007/46 no'lu ve Konseyin 5 Eylül 2007 tarihli bu tip araçlara ilişkin tip onaylarının verilmesine, bu araçların treylerlerinin, ilgili sistemlerin ve tedarik edilen parçalar ile teknik detaylarının belirlenmesine yönelik bir çerçevesinin oluşturulmasını amaçlayan yönergesinin 3. maddesinin 5. bendinden anlaşılmaktadır (ABl, L 263, 9 Ekim 2007 tarihli – Çerçeve Yönerge). Buna göre Avrupa Birliği tip onayı, Avrupa Birliği üyesi devletin bir üreticiye, bir araç tipinin, ilgili sistemlerin ya da tedarik edilen parçalarının veya bağımsız teknik detaylarının ilgili

idari düzenlemelere, Çerçeve Yönerge’de belirlenen teknik gereksinimlere ve Ek IV ve XI’da düzenlenen hukuki işlemlere uygun olduğunu gösteren sertifikasyon sürecidir. Bu tanım Alman kanun koyucu tarafından Araçların Trafiğe Çıkışına İlişkin Yönetmelik’in 2. maddesinin 4 No’lu ve a harfli bendinde de kabul edilmiştir.

- 9 (2) Davacı’nın aracındaki ilgili yazılımın kullanımı Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 5. Maddesinin 2. fıkrasına göre hukuka aykırıdır.
- 10 (a) Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, üretici, kendisi tarafından üretilen yeni bir otomobildeki emisyon hareketlerini etkileme olasılığı bulunan parçaları, aracın normal çalışma koşullarında yönetmelik ve uygulama önlemlerine uyacak şekilde tamamlanmış ve monte edilmiş olarak araç donanımına eklemelidir. Bu şekilde aracın kullanımı sırasındaki olağan hareketleri ile emisyon sınır değerleri arasındaki ilişki (bkz. Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 12 nolu gerekçesi) ve hava kalitesinin iyileştirilmesi ile dizel araçların izin verilen nitrojen oksit salınımı ile havanın kirletilmesine yönelik belirlenen sınır değerlerin tutturulması (bkz. Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 6 nolu gerekçesi) garanti altına alınmalıdır.
- 11 Sonuç olarak, Yönetmelik’e göre emisyon kontrol sistemlerinin etkisini kısıtlayan kapatma donanımlarının kullanılması, istisnai olarak düzenlenen hallerden biri değilse (Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi) kesin olarak hukuka aykırıdır (Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi) (Ayrıca bkz. Alman Parlamentosu, Bilimsel Hizmetler, 7-3000-031/16, s.12vd.). Buradaki “kapatma donanımları” Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 3. maddesinin 10. bendinde, ısı, araç hızı, motor devri, vites göstergesi, emme manifoldundaki alt basınç vb. parametreleri; emisyon kontrol sisteminin herhangi bir parçasının fonksiyonunu çalıştırma, değiştirme, yavaşlatma ya da fonksiyonun sonlandırılması

amacıyla paylaşan ve bu şekilde emisyon kontrol sistemlerinin etkinliğini aracın normal işletimi sırasında beklenene göre oldukça kısıtlayan her türlü yapı parçası olarak tanımlanmıştır.

- 12 (b) Bu kapsamlı düzenlemeye göre Davacı'nın aracında kurulu olan yazılım Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. Fıkrası çerçevesinde hukuka aykırı kapatma donanımı olarak değerlendirilmelidir (bkz. OLG Köln, 28 Mayıs 2018 tarihli - 27 U 13/17, juris Kn.2 kararı; OLG Koblenz, NJW-RR 2018, 376 Kn.20; OVG Münster, 17 Ağustos 2018 tarihli - 8 B 548/18 numaralı kararı, juris Kn.1; Führ, NVwZ 2017, 265, 266; Legner, VuR 2018, 251, 253; Harriehausen, NJW 2018, 3137, 3140). Zira bu tip bir yazılım aracın emisyon değerlerinin denetimi aşamasında olup olmadığını tespit etmekte ve bu durumda motora geri dönen atık gazları çoğaltıp salınan nitrojen oksit miktarını azaltmaktadır. Aracın normal işletimi sırasında bu program başka bir şekilde çalışmakta ve sadece kısıtlı bir çerçevede atık gazların motora geri dönmesini sağlamaktadır; teknik parametrelerden yola çıkarak aracın işletim şeklini -denetim aşaması ya da gerçek işletim- tespit etmekte ve buna göre atık gazların geri dönüşümünü aktif ya da pasif hale getirmektedir. Bu da açık bir şekilde emisyon kontrol sistemlerinin etkinliğine zarar vermektedir.
- 13 (c) Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde düzenlenen ve kapatma donanımlarının kullanımına müsaade eden hallerden biri burada söz konusu olsaydı bile, bu duruma ilişkin şartların da somut olayda gerçekleşmiş olması gerekirdi. İstinaf mahkemesi bu soruna ilişkin detaylı bir değerlendirme yapmamıştır. Düzenlenen istisnaların, olaydaki kapatma donanımının, aracın denetim işletiminde gerçek işletimden daha zayıf emisyon değerleri vermesini sağlaması ve (başka türlü erişilemeyen) emisyon sınır değerlerini korumasını amaçlaması halinde - Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesi 1. fıkrası hükmünün düzenleme amacı da dikkate alındığında- bu ihtimalin baştan itibaren dikkate alınmaması gerekecekti.

- 14 Yazılımın betimlenen etki şekli dolayısıyla kapatma donanımı, ne motorun bir zarara ya da kazaya sebebiyet vermesini engellemeye veya aracın güvenli sürüşünü sağlamaya yönelik bir parça olmalı (Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi a bendi), ne de motorun çalıştırılması sonrasında ihtiyaç duyulan bir donanım olmalıdır (Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi b bendi).
- 15 Temel olarak "Buharlaştırma emisyonlarının ve ortalama egzoz emisyonlarının doğrulanması prosedürlerine ilişkin şartların (Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi c bendi)" mevcut olup olmadığı da anlaşılmamaktadır. Yönetmelik tasarisının eski bir versiyonunun da gösterdiği gibi -lafzın zor anlamlandırılan halinden yola çıkarak-, aslında bu tip istisnalar sadece, istisnaya ilişkin şartların emisyon denetim süreçlerinde mevcut olmaları halinde geçerlidir. Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi c bendinde öngörülen ayrıcalık yalnızca kapatma donanımının, emisyon ölçümüne ilişkin denetim safhasında açıkça belirtilmiş olmasına yöneliktir. Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin değişen ifadesinden farklı bir amaç güttüğü anlaşılmamaktadır (Bu anlamda daha anlaşılır bir düzenleme 1 Ocak 2016 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 168/2013 sayılı ve 15 Ocak 2013 tarihli, iki, üç ve dört tekerlekli otomobillerin izinlerine ve pazar denetimlerine ilişkin Yönetmeliği'nin 19. maddesinin 2. cümlesinin c bendinde [Kapatma Donanımlarının Yasaklanması] bulunmaktadır; 2 Mart 2013 tarihli, L60 versiyonu, S.52).
- 16 Bununla birlikte, istinaf mahkemesinin tespitlerine göre, Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi c bendinde düzenlenen emisyon denetim süreçlerine ilişkin istisna hükmü, Davacı'nın otomobilinde kurulu olan kapatma donanımının, önceden bildirilmemiş olması ve tam aksine tespit edilemeyecek şekilde emisyon denetim süreçlerini etkilemeyi amaçlaması dolayısıyla, uygulanmayacaktır.

- 17 bb) Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrası hükmünün sonucu olarak Davacı'nın otomobiline hukuka aykırı şekilde kurulan kapatma donanımı, otomobilin Davacı tarafından kamuya açık trafikte (kesintisiz olarak) işletilmesini garanti edilemez hale getirmektedir ve otomobil bu nedenle BGB'nin 434. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin 2. numaralı düzenlemesi çerçevesinde alışlageldik kullanım şartlarını sağlamamaktadır. Denetim sırasında özel bir moda geçen ve günlük işletim sırasında kullandığından daha hafif bir kullanım sergileyerek iyileştirilmiş nitrojen oksit değerleri sağlayan bir yazılım, aracın donanımından kaynaklı olarak bir hususi araçta bulunuyorsa, bu durumda ayıptan bahsedilmelidir (bkz. OLG München, 23 Mart 2017 tarihli kararı - 3 U 4316/16, juris Kn. 13; OLG Köln, 27 Mart 2018 tarihli kararı- 18 U 134/17, juris Kn. 11 mwN; OLG Nürnberg, NZV 2018, 315 Kn. 38; ferner OLG Frankfurt am Main, 31 Ağustos 2018 tarihli kararı- 25 U 17/18, juris Kn. 53; Witt, NJW 2017, 3681, 3682; Harriehausen, aaO S. 3138).
- 18 (1) Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, otomobillerin trafiğe çıkışına izin vermeye yetkili kurum, otomobilin trafiğe çıkmaya ilişkin yönetmelik şartlarını taşımaması halinde, otomobilin sahibine ya da işleticisine ayıbı gidermesi için ölçülü bir süre verebilir, otomobilin kamuya açık trafikte işletilmesini kısıtlayabilir ya da tamamen yasaklayabilir.
- 19 İdare mahkemesinin içtihatlarına göre, Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde hukuka aykırı kapatma yazılımı kurulu olan araçlar işleticileri tarafından, otomobillerin trafiğe çıkışına izin vermeye yetkili kurumca onaylanan yazılım güncellemesi ile güncellenmedikleri takdirde, Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde belirlenen şartları taşımayacak ve tip uygunluğunu sağlamayacak olmaları sebebiyle Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasına göre "düzenlemelere aykırı" olacaklardır (bkz. OVG Münster, 17 Ağustos 2018 tarihli kararı - 8 B 548/18,

aaO Kn. 24 vd.; VG Düsseldorf, 24 Ocak 2018 tarihli kararı • 6 K 12341/17, juris Kn. 269 vd., 347 vd.; VG Karlsruhe, 26 Şubat 2018 tarihli kararı - 12 K 16702/17, juris Kn. 22; VG Sigmaringen, 4 Nisan 2018 tarihli kararı - 5 K 1476/18, juris Kn. 20; VG Stuttgart, 27 Nisan 2018 tarihli kararı • 8 K 1962/18, juris Kn. 10 vd.; VG Köln, 29 Mayıs 2018 tarihli kararı • 18 L 854/18, juris Kn. 15; VG Magdeburg, 2 Temmuz 2018 tarihli kararı • 1 B 268/18, juris Kn. 7 vd.).

- 20 (2) Bu nedenle, zorunlu AB düzenlemelerine aykırı olarak kapatma donanımı monte edilmiş motorlu taşıtlar, yönetmeliklere uygunluklarının sağlanması için bir yenilemeye ihtiyaç duyduklarından, bu tip bir aracın işleticisi, uygun iyileştirmeyi (henüz) gerçekleştirmemiş olması halinde, Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasına göre işletmesinin kısıtlanması ya da tamamen yasaklanması yasağına tabi olacaktır. Bu tehlike yalnızca tip onayına yetkili kurumun bir yenileme düzeneği talep etmesi halinde değil -her ne kadar burada aracın trafiğe çıkış izni ile birlikte 14 Ekim 2015 tarihinde üreticiyle paylaşılmış olsa da-, aynı zamanda kurumun iyileştirmeye ilişkin ölçütleri üreticiye henüz iletmediği durumda da mevcuttur. Zira daha başlangıç anında dahi, -gerekli olması halinde diğer koşullarla birlikte (öncelikle ilgili tip onayına yetkili kurumun kararını ya da fikrini gösteren)- Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde, Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasına aykırı ve uygun tipte olmayan (Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 3. maddesinin 1. cümlesinin 2. Bendi) kapatma donanımı yüklü araçların trafiğe çıkmasının yasaklanmasını ya da kısıtlanmasını sağlayacak bir olay ("Ayıplı Tesisat"/Temel Ayıp) mevcuttur.
- 21 (3) Yenilemenin (henüz) gerçekleştirilmemesi halinde -gizli dahi olsa- aracın işletilmesinin yetkili kurum tarafından yasaklanmasını ya da sınırlanmasını sağlayan bir tehlike mevcuttur ve bu tehlike satım açısından, ilgili otomobillerin BGB'nin 434. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin 2 nolu düzenlemesi çerçevesinde alış-

lageldik kullanım özelliklerini taşımadıklarını göstermektedir. Satım konusu eşyanın gerekli nitelikleri taşınamaması sadece elverişliliğinin tamamen ortadan kalktığı hallerde değil, aynı zamanda bu elverişliliğin azaldığı hallerde de söz konusu olacaktır (bkz. Federal Yüksek Mahkeme Kararları, 26 Nisan 2017 tarihli - VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817 Kn. 18 mwN; 26 Ekim 2016 tarihli - VIII ZR 240/15, aaO Kn. 15).

- 22 Henüz yenilemeleri gerçekleştirilmemiş ve EA 189 tipi motor taşıyan otomobiller hususunda da elverişliliğin azalmasından hareket edilmelidir. Zira böyle bir otomobilin alıcısı her zaman, idari kararlar -bazı şartlarda ivedi uygulamaya yönelik kararlar da söz konusu olabilir (bkz. OVG Münster, 17 Ağustos 2018 tarihli kararı – 8 B 548/18, aaO Kn. 1) nedeniyle otomobilini kamuya açık trafiğe çıkartamayacağını dikkate almak zorundadır. Bu durum, her somut olayda yetkili kurumun Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde işletmenin yasaklanmasına karar verip vermemesine bağlı olarak söz konusu olacaktır.

Alıcının malı olağan kullanımını kısıtlayan nitelik, işletmenin yetkili kurum tarafından yasaklanmasında değil, aksine daha önce hukuka aykırı olarak kurulan kapatma donanımının ilgili kurumun müdahalede bulunma olasılığını gündeme getirmesindedir (bkz. BGH, 18 Ocak 2017 karar tarihli - VIII ZR 234/15, NJW 2017, 1666 Kn. 21, 28; 11 Aralık 1992 karar tarihli- V ZR 204/91, NJW-RR 1993, 396, II 2 altında [Hukuki ayıba ilişkin]).

- 23 b) Davacının aracının, hem hasarın geçtiği an olan Temmuz 2015 sonunda hem de ek ifa talebinde bulunulan Ekim 2015 tarihinde (gizli) işletmenin yasaklanması tehlikesi dolayısıyla olağan kullanım özelliklerini taşıyor olması sebebiyle, BGB'nin 434. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi 2 nolu düzenlemesi çerçevesinde, otomobilin benzer eşyalarda bulunan mahiyeti ya da alıcı tarafından otomobilden beklenebilecek özellikleri taşımadığı nitelendirmesi gerçekleştirilmelidir. Zira ilgili hükümde bahsedilen özelliklerin (olağan kullanıma ilişkin ve beklenen mahiyet) kümülatif olarak

(birlikte) eşyada bulunması halinde eşya ayıpsız olarak değerlendirilebilir (BGH, 30 Kasım 2012 tarihli kararı • V ZR 25/12, NJW 2013, 1671 Kn. 13).

- 24 2. Kurulun ön değerlendirmesine göre, Davacının ayıpsız benzeri ile değiştirme talep etme hakkının mevcut olmadığı yönündeki (BGB'nin 437. maddesinin 1 nolu düzenlemesi, 434. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin 2 nolu düzenlemesi, 439. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi), birinci nesil VW Tiguan'ın artık üretilmiyor olmasına, bu nedenle Davalı'dan beklenen edimin imkansız hale gelmiş olmasına ve Davalı'nın 2016 yılından beri üretilen ikinci nesil VW Tiguan'ın temin edilmesine yönelik talebi bulunmamasına dayanan İstinaf mahkemesi kararı (ZPO'nun 308. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi), hukuki hatalardan etkilenmiş olabilir.
- 25 a) İstinaf mahkemesi, yeni ve ayıpsız benzeri ile değişime yönelik talebi, talep edilen edimin gerçekleştirilmesinin imkânsız olması (BGB'nin 275. maddesinin 1. fıkrası) sebebiyle reddetmiştir. Bu kararda belirleyici olan, Satıcının benzer nitelikte ve değerinde bir eşyayı temin edip edemeyeceği olmuştur. Buradaki durum ise farklıdır. Zira Davacı, birinci nesil VW Tiguan'ın temini için başvuruda bulunmuştur, fakat bu tip otomobil 2016 yılından beri üretilmemektedir. Üretilmekte olan ikinci nesil VW Tiguan -istinaf mahkemesine göre- benzer nitelikte ve değerinde eşya teşkil etmeyecektir. Zira bu araç 103 kW (140 PS) yerine 110 kW (150 PS) gücünde motor ile donatılmıştır. Maksimum hızı da 182-193 km/s yerine 202-204 km/s'tir. Ayrıca ikinci neslin araçları 6 cm daha uzundur ve 8 cm daha geniş teker izine sahiptir.
- 26 aa) İstinaf mahkemesinin kararını takiben diğer eyalet mahkemeleri de daha güçlü motora sahip ya da daha yüksek egzoz salınım normlarına uygun olarak sertifikalandırılmış araçları konu alan yeni ve güncel nesil araç ile değişim taleplerine ilişkin değerlendirmeler yapmış, bu şartların mevcut olması halinde Alıcının talebinin yerine getirilmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir (OLG Köln, 6 Mart 2018 tarihli kararı • 16 U 110/07, juris Kn. 9; OLG München, 2 Temmuz 2018 tarihli kararı • 8 U 1710/17, juris Kn. 27; OLG Jena, NZV 2018, 571 f.; OLG Düsseldorf, 9 Kasım 2018

tarifli kararı - 22 U 2/18, BeckRS 2018, 29177 Kn. 55; OLG Hamburg, 21 Aralık 2018 tarihli kararı - 11 U 55/18, juris Kn. 46 ff.; ayrıca bkz. OLG Karlsruhe, 6 Aralık 2018 tarihli kararı - 17 U 4/18, juris Kn. 30 .

- 27 Temyiz mahkemeleri tarafından kabul edilen bir başka görüşe göre, Alıcı'nın Satıcı'ya karşı ileri sürmüş olduğu ayıpsız, yeni üretim ve aynı tipteki bir araçla değişime yönelik davalar, ilgili aracın üreticinin güncel seri üretiminden olması halinde, BGB'nin 275. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olmayacaktır (bkz. LG Hamburg, 20 Nisan 2018 tarihli kararı - 313 O 31/17, juris Kn. 29 ff.; LG Hamburg, DAR 2018, 273, 274, 276 f.; LG Ravensburg, 6 Mart 2018 tarihli kararı - 2 O 96/17, juris Kn. 49; LG Offenburg, VuR 2017, 269, 271).
- 28 bb) Kurul son anılan görüşe eğilimlidir.
- 29 İstinaf mahkemesi gerekçesinde, alıcının, BGB'nin 439. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen 2. ihtimale dayanan ayıpsız yeni bir otomobilin teminine yönelik talebinin, sözleşmenin kurulduğu sırada kararlaştırılan modelin artık üretilmiyor olması ve bu modelin üçüncü bir satıcıdan da temin edilemeyecek olması halinde, güncel seri üretimdeki bir otomobili de kapsayıp kapsamayacağına yönelik belirleyici soruyu incelerken, satış sözleşmesine taraf kişilere ait irade beyanlarının, tarafların menfaatleri çerçevesinde yorumlanmasıyla elde edilecek anlamını (BGB'nin 133. ve 157. maddeleri) yeteri kadar dikkate almamıştır.
- 30 Kurulun daha önce karar vermiş olduğu gibi, yeni bir aracın temininin söz konusu olup olamayacağı sözleşme taraflarının sözleşmenin kurulması esnasındaki tespit edilen iradelerinin yorumlanması ile anlaşılacaktır ((BGB'nin 133. ve 157. maddeleri; Federal Yüksek Mahkeme'nin 7 Haziran 2006 tarihli kararı - VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Kn.23). İstinaf mahkemesi tarafından sözleşmeye taraf olanların bu husustaki iradelerinin tespit edilmesi ve yorumlanması ihmal edilmiştir. Kurulun ön değerlendirmelerde

konuya ilişkin belirleyici şartları tespit etmiş olması ve kendisinden başkaca tespitlerin yapılması beklenemeyeceğinden bu eksik de Kurul tarafından giderilmelidir.

- 31 (1) İlk olarak, yeni bir otomobilin satımı sırasında –aksi yönde tarafların anlaşması olmadığı sürece- bir cins borcunun söz konusu olduğu dikkate alınmalıdır (BGB'nin 243. maddesinin 1. fıkrası) (Federal Yüksek Mahkeme Kararı, 17 Ekim 2018 tarihli - VIII ZR 212/17, NJW 2019, 80 Kn. 20 [BGHZ'de yayınlanması kararlaştırılmıştır]). Burada, alıcının BGB'nin 439. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen 2. ihtimaldeki şartlara göre malın yenisi ile değiştirilmesi talebinin imkânsız olup olmaması bakımından cins satımı ile parça satımı arasındaki fark önemli değildir. Zira Kanun Koyucu 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun modernizasyonuna ilişkin 26 Kasım 2001 tarihli kanunda (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BGBl. I S. 3138), bu ayırımı açıkça vazgeçilebilir, göz ardı edilebilir olarak değerlendirmiştir (BT-Drucks. 14/6040, s.230 [BGB'nin 439. maddesine ilişkin olarak]; ayrıca bkz. s.94). Buna göre BGB'nin 439. maddesinin lafzından ayıplı eşyada ayıbın giderilmesi ya da yenisi ile değiştirilmesi hususunda parça satımı ya da cins satımı olmasına ilişkin bir farklılık anlaşılmamaktadır (Federal Yüksek Mahkeme Kararı, 7 Haziran 2006 tarihli kararı – VIII ZR 209/05, aaO Kn.20). Bundan daha ziyade borçlunun sözleşme ile üstlenmiş olduğu yükümlülüğün değerlendirilmesi (bkz. BT-Drucks. 14/6040, s.132; Kurul Kararı, 17 Ekim 2018 tarihli kararı - VIII ZR 212/17, aaO) ve içeriğinin taraf menfaatleri çerçevesinde tespit edilmesi noktasında bu husus dikkate alınmalıdır (BGB'nin 133. ve 157. maddeleri).
- 32 (2) Satıcının sözleşmeden doğan tedarik etme yükümlülüklerinin içeriği ve kapsamı belirlenirken, BGB'nin 437. maddesi ve devamındaki hükümlere göre ayıbın giderilmesine yönelik talebin öncelikli olduğu dikkate alınmalıdır. Bu şekilde bir yandan alıcının sözleşme ile kendisine vaat edilen şeyi elde etmesi sağlanmaya çalışılmakta, diğer yandan satıcıya sözleşmenin feshi ile yaşayacağı ekonomik zararlardan kaçınması için son bir şans verilmesi amaçlanmaktadır (bkz. BT-Drucks. 14/6040, s.93 vd., 220 f., 230; Federal

Yüksek Mahkeme Kararları, 23 Şubat 2005 tarihli kararı - VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 226 f.; 7 Haziran 2006 tarihli kararı • VIII ZR 209/05, aaO Kn.19).

Bu değerlendirme istinaf mahkemesi tarafından ek ifa talebine ilişkin olarak yeteri kadar dikkate alınmamış ve hızlı bir şekilde BGB'nin 275. maddesinin 1. fıkrası düzenlemesine başvurulmuştur.

- 33 (3) Göz önünde bulundurulması gereken bir diğer unsur, istinaf mahkemesinin de kabul ettiği şekilde, BGB'nin 439. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen 2. ihtimal çerçevesinde satıcının ayıpsız benzerini temin etme yükümlülüğü, benzer cinsten ve değerde eşyayı kapsar. Zira Alıcı'nın ayıpsız benzerin temin edilmesine yönelik talebi, esasen temin edilen ayıplı eşya yerine ayıpsız olan, fakat kalan özellikler itibarıyla benzer cinsten ve değerde olan -sözleşmeye uygun fonksiyonları haiz- eşyanın teminini amaçlamaktadır (Bkz. Federal Yüksek Mahkeme Kararları 7 Haziran 2006 karar tarihli - VIII ZR 209/05, aaO Kn. 17 f.,23; 15 Temmuz 2008 karar tarihli - VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Kn. 18; 17 Ekim 2012 karar tarihli - VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Kn. 24; 24 Ekim 2018 karar tarihli • VIII ZR 66/17, aaO Kn.41.). Ayıpsız benzerin temini, ayıp içermeyen, fakat kalan özellikler itibarıyla satım konusu eşyanın birebir aynısı olan ürünün temini ile sınırlı değildir.
- 34 Ayıbın benzer cinsten ve benzer değerde bir edimin ifası ile ortadan kalkıp kalkmayacağı sorununun çözümü için, sözleşmeye katılan tarafların, sözleşme konusu somut edimi değiştirilebilir olarak kabul edip etmeyeceklerinin anlaşılması gereklidir (Federal Yüksek Mahkeme, 21 Kasım 2017 tarihli kararı- X ZR 111/16, NJW 2018, 789 Kn. 8, 7 Haziran 2006 tarihli Kurul kararına atıfla - VIII ZR 209/05, aaO.)
- 35 (a) Bu hususta, yeni bir otomobil satın alınırken, aracın benzer şekilde devam modellerinin üretilceğinin ve pazara gireceğinin de genel kabul olduğu dikkate alınmalıdır. Satım sözleşmesinin ku-

rulduğu sırada, tarafların, özellikle otomobil satıcısının, sözleşmeye konu modelin üretici tarafından belirli bir süre sonra değiştirileceğini ve üretimden kaldırılacağını bilmesi gerekir.

Halef model pazara artık güncel olmayan selef model yerine girecektir. Halef modeller bu sebeple kural olarak, yeni Avrupa egzoz gazı salınımı normlarına uygunluk ve motor tekniğindeki gelişmeler; güvenlik ve yardımcı sistemlerdeki ve bununla ilgili kullanım, yönetim yazılımlarındaki yenilikler; boyutlarda, ağırlıklarda, yakıt kullanımında ve dış görünüşte gerçekleşen ya da artırılan konfor gibi bazı unsurlar açısından geliştirilmişlerdir. Bu özellikler açısından halef model selefini takiben pazara girmiştir ve onun yerini almıştır.

- 36 (b) Bu nitelikler, esas sözleşmeye konu edimden daha yeni bir modelin üretimine başlanması sonrası, edimin yenisi ile değiştirilebilir olup olmamasının değerlendirilmesinde ağırlık kazanmalıdır. Küçük ya da büyük çerçevede gerçekleştirilen bu değişiklikler sözleşme taraflarının menfaatleri dengelenirken, özellikle satıcı açısından, kural olarak önem arz etmemelidir. Otomobil üreticisi teknik ya da farklı nitelikte olan değişiklikleri, anlaşılabilir model değişikliği yapmaksızın da gerçekleştirebilir. Temyiz incelemesinde (bkz. OLG Jena, aaO s.572) karara kısmen esas olan, “facelift” ile model değişikliği arasındaki fark, bu hususta karar verilmesi için yeterli olmamalıdır. Alıcının, satıcıya karşı ileri sürdüğü model değişikliği sonrası yeni aracın temini hususunda -sözleşmeye konu eski seri otomobilin yenisinin artık temin edilemeyeceği ihtimalde- dikkate alınması gereken, yeni aracın temini sırasında satıcının katlanması gereken masraflardır. Satıcının bu husustaki menfaati, satım sözleşmesinin kurulduğu sırada üretilen modelin temin edilebilir olması ihtimalinde de daha farklı değerlendirilemezdi.
- 37 İkame mala ilişkin masrafların somut olayda orantılı olup olmadığı -Davalı'nın sunduğu ve temyiz incelemesinde dikkate alınan değere göre Davacı tarafından satın alınan aracın değeri 19.330 € iken yeni aracın satış bedeli 28.000 €'dur- ve bu sebeple ikame malın verilmesi bakımından bir engel bulunup bulunmadığına ilişkin

sorun BGB'nin 275. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak çözümlenemeyecektir. Zira kanun koyucu bu soruyu bilhassa BGB'nin 439. maddesinin 4. fıkrası (zaman itibarıyla burada kullanımı mümkün olan BGB'nin 439. maddesinin 3. fıkrası hükmü ile birlikte) kapsamı noktasında öncelikli olarak dikkate almıştır (BT-Drucks. 14/6040, s.232). Bu açıdan istinaf mahkemesi –kendi görüşü ile tutarlı olarak– herhangi bir değerlendirme yapmamıştır.

- 38 (c) Kurulun bu husustaki görüşlerinden yola çıkarak, İstinaf Mahkemesinin Davacı'nın yeni aracın teminine ilişkin talebi ile çelişmeyen, sonradan ifa ile ilgili hususları yeteri kadar dikkate almadığı ve yalnızca halef modelin sağlanmasının teknik açıdan, anılan motor ve diğer değişikliklere dayanarak değerlendirildiği açıktır.
- 39 b) Betimlenen (maddi hukuka ilişkin) arka plan dikkate alındığında, istinaf mahkemesinin, davacı tarafından ikinci nesil VW Tiguan aracın temininin talep edilmemiş olması sebebiyle bu yönde bir karar verilemeyeceğine ilişkin görüşünün sorgulanabilir olduğu anlaşılmaktadır (ZPO'nun 308. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi). Zira usul hukuku maddi hukukun uygulanmasını sağlamalı, uygulanmamasının önüne geçmelidir. Davacının talebinin içeriği ve sınırları sadece taleplerin lafzından yola çıkılarak belirlenemez; içeriğin ve sınırların belirlenmesinde Davacı'nın gerekçeleri yorumlanmalıdır (Federal Yüksek Mahkeme kararları 21 Mart 2018 tarihli kararı, VIII ZR 68/17, NJW 2018, 3448 Kn.31 [BGHZ'de yayınlanması kararlaştırılmıştır]; VIII ZR 84/17, WuM 2018, 278 Kn 36; jewells mwN).
- 40 Bu hükme göre istinaf mahkemesi burada belirtilen koşullarda, ZPO'nun 253. maddesinin 2. fıkrasının 2 nolu düzenlemesine göre davada ileri sürülen talebin kesinliğine ilişkin çok katı şartlar getirmiştir ve bu sebeple kendi takdir yetkisini (ZPO'nun 308. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi) hukuka aykırı şekilde daraltmıştır.
- 41 Davacı tarafından ileri sürülen talep "103 kW (140 PS)" gücünde motora sahip bir otomobile ilişkin iken, ikinci nesil VW Tiguan

istinaf mahkemesinin tespitlerine göre 110 kW (150 PS) gücündedir. Bununla birlikte Davacı'nın talebi, istinaf mahkemesi tarafından da nihayet görüldüğü üzere, eski model -bu modelin temin edilmesinin mümkün olmadığı halde- ya da güncel üretilen model olmasından bağımsız olarak, ayıpsız bir VW Tiguan'ın kendisine temin edilmesine yöneliktir. Bu sebeple -ilk nesil modelin ayıplı olması ve yenilenmesinin mümkün olmaması halinde- ikinci nesil otomobilin bu nitelikte olmasının muhtemel olduğu kabul edilmelidir.

Dr. Milger - Dr. Hessel - Dr. Fetzner - Dr. Bünger - Kosziol

Uyuşmazlık hakkında alt derece mahkemelerde verilen kararlar:

LG Bayreuth, 20.12.2016 tarihli kararı- 21 O 34/16

OLG Bamberg, 20.09.2017 tarihli kararı - 6 U 5/17

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları

A. Yayın İlkeleri

1. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TA-ÜHFD)/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR), "Hakemli Dergi" statüsünde, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) basılı olarak yayımlanır. Ayrıca çalışmaların PDF biçimli tam metinleri <http://hfd.tau.edu.tr> adresinde yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Derginin yayın dili Türkçe ve Almanca'dır, fakat niteliği dikkate alınarak İngilizce metinler de kabul edilecektir.

4. Dergide kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında yazılmış makale ve çeviri çalışmalarına yer verilir. Ayrıca dergide, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, sempozyum bildirimleri ve bilgilendirici notlara da yer verilebilecektir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, dergi yayın kurulu tarafından yapılacaktır.

5. Çalışmanın yazarı adını, soyadını, iş adresini, telefon numaralarını ve e-posta adresini dergi sorumlusuna bildirmelidir.

6. Dergi yayın kurulu tarafından ilk değerlendirmede dergi yayın ilkelerine uygun bulunan makale çalışmaları, yazar adları metinden çıkarılarak, iki hakeme gönderilir. Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda çalışma, üçüncü bir hakeme gönderilir. Çalışmanın yayımlanabilmesi için en az iki hakemin olumlu görüş bildirmesi gerekir. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan çalışmalar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir ve yazarları tarafından

en geç 15 gün içinde teslimi gereklidir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

7. Çeviri çalışmaları bakımından, çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Ayrıca asıl metnin tam bibliyografik künyesinin (asıl metnin yayımlandığı eserin adı, yazarı, baskı yeri, baskı yılı, cildi, sayısı ve sayfaları) bildirilmesi gerekir. Çeviri çalışmaları da makale çalışmaları için geçerli olan hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen çalışmanın çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Dergi yayın kurulu, çalışmaların yayımlanması konusunda yetkili kılınır.

9. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen çalışmaların tauhfd@tau.edu.tr veya ztdr@tau.edu.tr e-posta adresine "Microsoft Word" yazılımı formatında (.doc, .docx) gönderilmesi gerekmektedir.

10. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların içeriği ile ilgili tüm sorumluluk yazarlarına aittir.

B. Yazım Kuralları

1. İmlâ ve noktalama açısından (özel kullanımlar dışında) Türk Dil Kurumu'nun İmlâ Kılavuzu esas alınmalıdır. Gönderilen yazılar dil ve anlatım açısından bilimsel ölçülere uygun olarak açık ve anlaşılır olmalıdır.

2. **Başlık:** Çalışmanın Türkçe başlığı, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe başlıktan sonra, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır.

3. Yazar/Yazarlar: Yazar/yazarların isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın/yazarların unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Ayrıca yazar/yazarların "ORCID" bilgilerinin de sisteme girilmesi gerekmektedir.

4. Öz ve Özet: Türkçe "Öz", 10 punto yatık (italik) olarak koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile 1 satır aralığıyla yazılmalı ve 500 kelimeyi geçmemelidir. Öz'ü takiben aynı şekilde "Abstract" başlığıyla İngilizce Öz de yer almalıdır. Ayrıca çalışmalarının sonunda, çalışma Türkçe dilinde kaleme alınmışsa, 'Zusammenfassung' başlığıyla Almanca bir özetin; Almanca dilinde kaleme alınmışsa, Türkçe bir "Özet" in yer alması gerekir. Bu özet, en az 500, en fazla 1000 kelime kullanılarak hazırlanmalı ve çalışmanın temel çerçevesini, sorunsalını ve sonucunu ortaya koyan bir içerikte olmalıdır.

5. Anahtar Kelimeler: Öz kısımlarının altında Türkçe "Anahtar Kelimeler" e ve İngilizce "Keywords" e yer verilmelidir. Anahtar kelime sayısı, makalenin erişimine olanak verecek alanları içerecek şekilde en az 4, en fazla 8 kelimedenden oluşmalıdır.

6. Çalışma Metni: Metin, 12 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle 1,5 satır aralığında yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve yatık (italik) karakter kullanılarak belirtilir. Yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde yatık (italik) yazı kullanılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır. Virgöl, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

7. Çalışma Metnindeki Başlıklar: Konunun işlenişine göre rakam/harf sistemi esas alınarak yine 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle ana, ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Başlıklardaki her bir kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır.

8. Kısaltmalar: Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez

içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

9. Metin içinde kullanılacak tablo ve şekillere sıra numarası ve başlık verilmelidir.

10. **Dipnot Gösterimi:** Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıfta yer alan bilgiler ile kaynakçada yer verilen eserin bilgileri aynı olacak şekilde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir:

a) Kitaplar İçin:

Dipnotta kitaplara atıf yapmak için ilk olarak yazarın adı ve soyadı olmak üzere, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Sadece kitap başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

Birden fazla yazarlı kitaplara “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı kitaplar için sonraki dipnotlarda ise, “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Çekin, s. 71. – Akkanat/Çekin/Sarıkaya, s. 80.) Eğer aynı yazarın birden fazla kitabına atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, kitabın başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Kitap başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, s. 73.)

b) Makaleler İçin:

Dipnotta makalelere atıf yapmak için yazarın adı ve soyadı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak), makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: Meltem Deniz Güner-Özbek, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227, s. 1200.

Birden fazla yazarlı makalelere “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı makaleler için sonraki dipnotlarda ise “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Güner-Özbek, s. 1190. – Göçmen/Keskin, s. 450.) Eğer aynı yazarın birden fazla makalesine atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, makalenin başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Makale başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Güner-Özbek, Yolcu Hakları, s. 1205.)

11. Kaynakça Gösterimi: Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada, sadece metin içinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlenme yapılabilir.

a) Kitaplar İçin:

Kaynakçada kitaplar için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatkı (italik) verilmelidir.

Örnek: ÇEKİN Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

b) Birden Fazla Yazarlı Kitaplar İçin:

Kaynakçada birden fazla yazarlı eserler için büyük harflerle sadece yazarların soyadı olmak üzere, yazarların önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatkı (italik) verilmelidir.

Örnek: AKKANAT Halil/ÇEKİN Mesut Serdar/SARIKAYA Murat, *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği (Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku Çözümü Pratik Çalışmalar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

c) Makaleler İçin:

Kaynakçada makaleler için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak) ve makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı gösterilir. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227.

Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben

A. Publikationsrichtlinien

1. Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint nach Durchführung eines Begutachtungsverfahrens von Werken in zwei Ausgaben pro Jahr (Juni, Dezember). Darüber hinaus werden Volltexte der Werke in PDF-Format unter <http://hfd.tau.edu.tr> veröffentlicht.

2. Die eingereichten Werke dürfen nicht anderweitig veröffentlicht sein oder werden.

3. Die Publikationssprache ist Türkisch und Deutsch; auch englische Texte werden ausnahmsweise aufgenommen.

4. In der Zeitschrift sind Aufsätze und Übersetzungen enthalten, die die Bereiche öffentliches Recht oder Privatrecht betreffen. Außerdem können Entscheidungs- und Buchrezensionen, Gesetzgebungsbewertungen, Symposiumsmeldungen und informative Notizen in der Zeitschrift veröffentlicht werden. Die Annahme oder Ablehnung der Beiträge erfolgt durch die Redaktion der Zeitschrift.

5. Der Beiträger muss den Vor- und Nachnamen, die Geschäftsadresse, eine Telefonnummer und E-Mail-Adresse angeben.

6. Die eingereichten Aufsätze werden von der Redaktion überprüft und Aufsätze, die den Richtlinien der Zeitschrift entsprechen, werden in anonymisierter Form zu zwei Begutachtern weitergeleitet. Im Fall eines Dissenses wird der Aufsatz einem dritten Begutachter gegeben. Mindestens zwei Begutachter müssen die Annahme vorschlagen, damit der Aufsatz veröffentlicht wird. Wenn nach redaktioneller Überprüfung festgestellt wird, dass der Aufsatz den Publikationsrichtlinien nicht entspricht, wird er zur Überarbeitung zurückgegeben.

7. Bei Übersetzungen sollen der Originaltext und die Zustimmung des Rechteinhabers übermittelt werden. Außerdem ist das vollständige bibliographische Impressum des Originaltextes (der Name des Werks, in dem der Originaltext veröffentlicht worden ist, Autor, Ort des Druckes, Jahr des Druckes, Band, Anzahl und Seiten) anzugeben. Übersetzungen unterliegen der Bewertung der Begutachter wie Aufsätze.

8. Die finanziellen Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Verarbeitung und Übersetzung der zur Veröffentlichung angenommenen Werke werden an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität für alle Formen und Medien im In- und Ausland übertragen. Der Autor akzeptiert, dass ihm keine Urheberrechtsgebühr bezahlt wird.

9. Die Werke, die in der Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien veröffentlicht werden sollen, sind an die E-Mail-Adresse tauhfd@tau.edu.tr oder ztdr@tau.edu.tr im Software-Format "Microsoft Word" (.doc, .docx) zu senden.

10. Die Haftung für den Inhalt der zur Veröffentlichung in der Zeitschrift eingereichten Studien liegt bei den Autoren.

B. Redaktionsvorgaben

1. Titel: Der türkische Titel des Werkes soll in Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben fett und zentriert geschrieben werden. Der englische und deutsche Titel soll nach dem türkischen Titel mit Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben zentriert und fett geschrieben sein.

2. Autor/Autoren: Der Titel, die Institution, die Arbeitsgebiete und die E-Mail-Adresse von Autor / Autoren sind anzugeben. Außerdem sollen "ORCID" -Informationen von Autor / Autoren in das System eingegeben werden.

3. Kurzfassung und Zusammenfassung: Türkische "Öz" soll in 10 pt (kursiv) fett und in Times New Roman mit 1 Zeilenabstand geschrieben werden und 500 Wörter nicht überschreiten. Nach der Kurzfassung soll auch eine englische Kurzfassung mit dem Titel "Abstract" in der gleichen Art und Weise gegeben werden. Am Ende des Werkes, wenn das Werk in

türkischer Sprache eingereicht wurde, befindet sich eine Zusammenfassung in deutscher Sprache mit der Überschrift "Zusammenfassung"; wenn das Werk in deutscher Sprache eingereicht wurde, soll ein türkischer "Özet" eingefügt werden. Diese Zusammenfassung soll mit einem Minimum von 500 Wörtern und einem Maximum von 1000 Wörtern erstellt werden und den grundlegenden Rahmen, die Problematik und den Endergebnis skizzieren.

4. Schlüsselwörter: Unter dem Kurzfassungsteil sollen türkische "Anahtar Kelimeler" und englische "Keywords" stehen. Die Anzahl der Schlüsselwörter soll mindestens 4, höchstens 8 Wörter umfassen, um die Bereiche einzuschließen, die den Zugriff auf den Aufsatz erleichtern.

5. Text: Der Text wird in 12-pt geschrieben, wobei die Schriftart Times New Roman mit 1,5 Zeilenabstand ist und vertikale und normale Buchstaben verwendet werden. Die Fußnoten werden in 10 pt, mit Times New Roman, mit vertikalen und normalen Buchstaben geschrieben. Fußnoten sollen am Ende der Seite stehen. Zitate werden in Anführungszeichen und Kursivschrift dargestellt. Für ausländische Idiome und Eigennamen wird kursiver Typ verwendet. Fremdwörter im Text sollen kursiv geschrieben sein. Nach dem Komma, Punkt und anderen Satzzeichen steht ein Leerzeichen.

6. Fußnotenanzeige: Die beim ersten Zitat angegebenen Informationen über die Werke sollen in Fußnoten genauso geschrieben sein wie die Informationen über die Werke in der Bibliographie. Fußnotengestaltung ist wie folgt:

a) Für Bücher:

Um auf die Bücher in der Fußnote zu verweisen, werden zuerst Name und Nachname des Autors, der Verlag, der Ort der Veröffentlichung, das Jahr der Veröffentlichung, die Seiten- (s.) oder die Absatz-/Randnummer (n.) angezeigt und es steht am Ende ein Punkt. Nur der Titel des Buches soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, 1986, s. 23.

Die Bücher, die sowohl von einem Einzelautor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als "Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer" zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, s. 71.) Wenn mehr als ein Buch desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Buches und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Buchs kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, s. 73.)

b) Für Aufsätze:

Um Aufsätze zu zitieren, sollen Vor- und Nachname des Autors, Titel des Artikels (in Anführungszeichen), Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, Anzahl der Bände, Anzahl der Ausgabe, Verlag, Erscheinungsdatum (in Monaten und Jahren), Seitenbereich, in dem der Aufsatz sich befindet, Seitennummer (s.) oder Absatz-/Randnummer (n.) im Fußnot angezeigt werden und am Ende steht ein Punkt. Nur der Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Matthias Mahlmann, "Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität?", in: F. Salinger, Y. Kim, S. Liu, C. Mylonopoulos, J. Tavares, K. Yamanaka, Y. Zheng, *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, s. 267 – 281

Die Aufsätze, die sowohl von einem Autor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als "Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer" zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, s. 270.) Wenn mehr als ein Aufsatz desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Artikels und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Aufsatzes kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, Menschenwürde, s. 270.)

ISSN 2687-3923



2687 3923