

**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: 2 • Aralık/Dezember 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, Zürich Üniversitesi

Prof. Dr. Yeşim Atamer, Zürich 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 Atal, 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, English

Yayın Periyodu/Veröffentlichungszeitraum

Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır/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: 48596

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

Aralık/Dezember 2020

İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

MAKALELER/AUFSÄTZE1

Civil Law v. Common Law: Neue Ansätze in Schiedsordnungen zur Steigerung der Verfahrenseffizienz vor dem Hintergrund der verschiedenen Rechtstraditionen

Kara Avrupası Hukuku v. Anglo Amerikan Hukuku: Farklı Hukuk Gelenekleri Işığında Usûlî Verimliliği Arttırmak İçin Tahkim Kurallarında Yeni Yaklaşımlar.....3
Prof. Dr. Siegfried H. Elsing

Blablacar Platformu Aracılığıyla Yapılan Taşımaların Hukuki Niteliği (Hatır Taşınması ve Otostop Karşılaştırması)

Die Rechtsnatur der Transporte über die Blablacar-Plattform (Gefälligkeitsfahrt und Trampenvergleich) 25
Prof. Dr. Vural Seven / Av. Hilal Tuğba Öksüzoğlu

Grundzüge der deutschen Gewerbesteuer

Alman Ticaret Vergisinin Temel Özellikleri 77
Prof. Dr. Hans-Joachim Driehaus

1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim

Schiedsgerichtsbarkeit im Zusammenhang mit dem Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen Gericht nach der Verfassung von 1982 und der europäischen Menschenrechtskonvention..... 97
Araş. Gör. Lütfullah Yasin Akbulut

Avrupa Birliği, Alman, Türk Hukuklarında Tüketici Modelleri

Verbraucherleitbilder im europäischen, deutschen, türkischen Recht 145
Dr. Ayşegül Küçükdağlı

Der Haakjöringsköd-Fall und der Grundsatz Falsa Demonstratio Non Nocet

Haakjöringsköd Davası ve Falsa Demonstratio Non Nocet İlkesi 179
Dr. Karen Klein

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bir Analiz: Kamulaştırma Bedelinin Tespiti

Die Höhe der Enteignungsentschädigung- Eine Analyse anhand der Rechtsprechung des EGMR und des türkischen Verfassungsgericht 205
Araş. Gör. Didem Birbir Efendioğlu

Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md.280)

Nichtanzeige von Straftaten durch medizinisches Fachpersonal (T.StGB § 280) 235
Araş. Gör. Aslı Ekin Yılmaz

İmar Planlarında Kamusal Kullanıma Ayrılan Yerlerin Uzun Süre Kamulaştırılmaması Karşısında Alman Hukukundan Bir Çözüm Önerisi: Yükümlülük Davası

Langandauerndes Unterbleiben des Vollzugs bauplanungsrechtlich Vorgesehener Enteignungen- Rechtsschutz durch Verpflichtungsklagen? 283
Araş. Gör. Ahmet Çağrı Yıldız

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN 307

The Radicalism of Legal Positivism

Hukuki Pozitivizmin Radikalliği 309
Prof. Dr. Brian Leiter
Çev. / Übersetzt von: Dr. Engin Arıkan

Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus: Gedanken zu einer "naturrechtlichen" Apologie des Rechtspositivismus

Hukuki Pozitivizm ve Kanuni Pozitivizm: Hukuki Pozitivizmin Doğal Hukuksal Savunması Üzerine Düşünceler 321
Prof. Dr. Alessandro Baratta
Çev. / Übersetzt von: Dr. Melike Belkıs Aydın

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları 343

Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben 349

MAKALELER/AUFSÄTZE

**CIVIL LAW V. COMMON LAW: NEUE ANSÄTZE
IN SCHIEDSORDNUNGEN ZUR STEIGERUNG DER
VERFAHRENEFFIZIENZ VOR DEM HINTERGRUND DER
VERSCHIEDENEN RECHTSTRADITIONEN**

**KARA AVRUPASI HUKUKU V. ANGLO AMERİKAN HUKUKU:
FARKLI HUKUK GELENEKLERİ İŞİĞİNDA USÛLÎ VERİMLİLİĞİ
ARTTIRMAK İÇİN TAHKİM KURALLARINDA YENİ
YAKLAŞIMLAR**

Prof. Dr. Siegfried H. ELSING*

ÖZ

Milletlerarası tahkim, yargılama sürelerinin ve maliyetlerinin artmasıyla mücadele etmektedir. Bu nedenle, yargılamanın verimliliğini arttırmak, Prag Kuralları gibi çok sayıda yeni tahkim kuralının ve Milletlerarası Tahkimde Delil Toplanmasına İlişkin IBA Kuralları gibi hâlihazırda oluşturulmuş tahkim kurallarının temel amacı olmuştur. Daha yeni tarihli tahkim kuralları, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde uygulanan yargılama usûllerini benimseme eğilimindedir. Bununla birlikte bu yeni yaklaşımlar, en nihayetinde milletlerarası tahkimin tüm problemlerini çözebilecek nitelikte değildir. Tahkim yargılamasında yeterli verimliliğe ulaşılması, tahkim mahkemesinin yargılama sürecini sağlam bir şekilde yönetmesine bağlıdır.

Anahtar kelimeler: *Milletlerarası tahkim, Prag Kuralları, IBA, usûli verimlilik, dava yönetimi*

* Prof. Dr. Siegfried H. Elsing, LL.M. (Yale), Rechtsanwalt and Attorney-at-law, Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP Düsseldorf und Honorarprofessor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität in Düsseldorf. Der Artikel basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser auf der 8th Asia Pacific ADR Conference in Seoul, Südkorea, am 20. September 2019 gehalten hat. Der Autor dankt Herrn Rechtsanwalt Manuel Walkenhorst für seine wertvolle Unterstützung bei der Bearbeitung dieses Beitrags auf der Grundlage der englischsprachigen Vortragsnotizen.

**CIVIL LAW V. COMMON LAW: NEW APPROACHES IN
ARBITRATION RULES TO INCREASE PROCEDURAL EFFICIENCY
IN THE LIGHT OF DIFFERENT LEGAL TRADITIONS**

ABSTRACT

International Arbitration is struggling with an increase of the duration of proceedings and costs. Therefore, increasing the efficiency of proceedings has been the leitmotif of numerous new arbitration rules such as the Prague Rules and of already established arbitration rules like the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Newer arbitration rules show a tendency to adopt procedural methods from the legal tradition of the Civil Law. However, these new approaches are eventually also no panacea against the problems of international arbitration. Decisive for sufficient efficiency is rather a robust management of the proceeding by the arbitral tribunal.

Keywords: *International Arbitration, Prague Rules, IBA, procedural efficiency, management of the proceedings*

1. Einleitung

Der Siegeszug der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in den letzten Jahrzehnten hat zur Entstehung zahlreicher Schiedsordnungen geführt. Schiedsordnungen sind sowohl von nationalen Schiedsinstitutionen und Handelskammern als auch auf internationaler Ebene geschaffen worden. Viele davon mit dem ausdrücklichen Ziel, die Effizienz von Schiedsverfahren zu steigern. Beispiele für solche, der Effizienzsteigerung dienenden internationalen Schiedsordnungen sind die *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (nachfolgend „**IBA Rules**“), d.h. die von der internationalen Rechtsanwaltskammer geschaffenen Regeln für die Beweisaufnahme in Schiedsverfahren, sowie die *Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules)* (nachfolgend „**Prague Rules**“). Die IBA Rules sind im Jahr 2010 als Neufassung einer früheren Version aus dem Jahr 1999, die wiederum auf den Vorgängerregeln von 1983 beruhte, vom sogenannten *IBA Council* beschlossen worden.¹ Die Prague Rules sind im Jahr 2018 von einer internationalen Arbeitsgruppe, deren Mitglieder hauptsächlich aus sogenannten *Civil Law*-Jurisdiktionen stammen, erarbeitet worden, um ein Instrument zur Steigerung der Verfahrenseffizienz in Schiedsverfahren zu schaffen.² Insbesondere letztere sind stark von der Rechtstradition des *Civil Law* geprägt und stehen damit in einer Reihe mit weiteren neuen Schiedsordnungen, die einen Tendenz hin zu einer Verfahrensgestaltung im Geiste des *Civil Law* verdeutlichen.

Im Folgenden sollen das Bedürfnis nach Verfahrenseffizienz in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, die in diesem Zusammenhang relevanten Besonderheiten des *Common Law* und *Civil Law* in der Verfahrensgestaltung, und die Tendenz zum *Civil Law* in neuen Schiedsordnungen dargestellt werden.

¹ *International Bar Association, IBA Rules on the Taking on Evidence in International Arbitration*, 29. Mai 2010, Seite 2 (Vorwort).

² *Prague Rules Working Group, Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules)*, 14. Dezember 2018, Seite 2 (Note from the Working Group).

2. Verfahrenseffizienz: Eine *conditio sine qua non*

Die übliche Verfahrensdauer von Schiedsverfahren und damit auch die Kosten sind in der Vergangenheit stark gestiegen. Ein besonderes Negativbeispiel aus Deutschland ist das Schiedsverfahren zwischen der Bundesrepublik und dem LKW-Maut-Betreiberkonsortium Toll Collect gewesen, das als größtes, langwierigstes und „am schlimmsten verkorkste[s] Schiedsverfahren in der Geschichte der Bundesrepublik“ bezeichnet wurde.³ Doch auch abgesehen von derartigen Extremfällen sind Schiedsverfahren häufig langwierig. So werden Schiedsverfahren mit mittelgroßer Komplexität selten in weniger als zwei Jahren abgeschlossen, wobei eine bedeutende Anzahl dieser Schiedsverfahren sogar mehr als vier Jahre andauern.⁴

a. Ursachen mangelnder Verfahrenseffizienz

Die mangelnde Verfahrenseffizienz wird nicht selten entweder als Resultat einer zunehmenden Formalisierung von Schiedsverfahren mit der Übernahme von Prozessmitteln gesehen, die traditionell im *Common Law* verankert sind, wie insbesondere exzessiven *Document Requests*, d.h. parteibetriebenen Sachverhaltsermittlungen, bei denen von der Gegenseite (häufig tausende) Dokumente angefordert werden, oder als Folge von zu vielen Anträgen, oftmals überflüssigen Beweisen und zu schwachen Schiedsrichtern, die jedwedem Parteiverlangen nachkommen.⁵ Gerade in frühen Verfahrensphasen können exzessive *Document*

³ Juve, Nach 14 Jahren: Latham, Hengeler, Beiten und Linklaters beenden Albtraum Toll Collect, 17. Mai 2018, <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2018/05/nach-14-jahren-latham-hengeler-beiten-und-linklaters-beenden-albtraum-toll-collect> (abgerufen am 31. Juli 2020).

⁴ Jörg Risse, Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings, *Arbitration International*, Volume 29, No. 3, 2013, Seite 453 (453), unter Verweis auf *Queen Mary University of London*, *International Arbitration Study: Corporate Attitudes and Practices*, 2006, Seite 7; *Queen Mary University of London*, *International Arbitration: Corporate attitudes and practices 2008*, Seite 12; *Chartered Institute of Arbitrators*, *Costs of International Arbitration Survey 2011*, Seite 12.

⁵ Duarte Gorjão Henriques, The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration?, in:

Requests zu möglichen Offenlegungen von vertraulichen Dokumenten führen – selbst wenn der Anspruch sich als letztlich unbegründet herausstellt – und damit ernsthaft die Fairness des Verfahrens bedrohen.⁶

Ein zu nachsichtiger Umgang von Schiedsgerichten mit exzessiven *Document Requests* oder sogar Verfahrensverzögerungen aus Angst vor einem Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* wird als „*Due Process Paranoia*“ bezeichnet.⁷ Es soll unter Schiedsrichtern eine weitverbreitete Tendenz geben, derartige Verzögerungstaktiken zu akzeptieren, um sich insbesondere keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorwerfen lassen zu müssen.⁸ Diese Tendenz ist vor dem Hintergrund der nicht immer unumstrittenen Legitimität von Schiedsgerichten zu sehen. In der breiten Öffentlichkeit gelten private Schiedsgerichte häufig als Sondergerichte für diejenigen, die es sich leisten können staatliche Gerichtsverfahren – und die damit einhergehende Transparenz – zu umgehen. Sie stellen mithin eine Art „*Offshore Litigation*“ dar.⁹ Deshalb sind in Investitionsstreitigkeiten ein Gespür für öffentliche Interessen und Transparenz besonders kritisch, um den Eindruck der Parteilichkeit von Schiedsgerichten zugunsten der Investoren zu vermeiden.¹⁰ Außerdem besteht ein

Matthias Scherer (Herausgeber), *ASA Bulletin*, Kluwer Law International 2018, Volume 36, Issue 2, Seite 351 (351); Ramón Mullerat, *Arbitration: Back to the Future* (Arbitraje: Revista des Arbitraje Comercial y de Inversiones), *IproLex* 2013, Volume 6, Issue 3, Seite 675 (694).

⁶ Jalal El Ahdab, Amal Bouchenaki, *Discovery in International Arbitration: A Foreign Creature for Civil Lawyers?*, ICCA Congress Series, Volume 15, Seite 65 (102).

⁷ Jalal El Ahdab, Amal Bouchenaki, *Discovery in International Arbitration: A Foreign Creature for Civil Lawyers?*, ICCA Congress Series, Volume 15, Seite 65 (101); vgl. Dietmar Czernich, Tagungsbericht „*Due Process in International Arbitration*“, *SchiedsVZ* 2020, Seite 89 (90).

⁸ Daniel Busse, in: *The DIS Arbitration Rules, 2020*, Art. 21 Rn. 33.

⁹ Catherine Rogers, *Fit and Functional in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration*, 24 *Mich. J. Int'l L.* (2002), Seite 341 (353); Klaus Peter Berger, *Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?*, in: Maxi Scherer (Herausgeber), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2019, Volume 36, Issue 3, Seite 295 (296).

¹⁰ Vgl. Stephan W. Schill, *Investitionsschutzrecht als Entwicklungsvölkerrecht*, *ZaöRV* 2012, Seite 261 (295 ff.).

Anschein von Misstrauen wirtschaftlich schwächerer Parteien gegenüber der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und auch gegenüber Schiedsrichtern, die üblicherweise zu einer besonderen – wohl als privilegiert anzusehenden – sozialen Klasse gehören.¹¹ Aufgrund dieser Legitimitätskritik, die sowohl *Common Law* als auch *Civil Law* betrifft, müssen Schiedsgerichte besonders auf die Wahrung des *ordre public* achten, zu dem auch ein faires Verfahren und insbesondere die Gewährung rechtlichen Gehörs gehört.¹² Denn ein faires Verfahren gehört neben der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Schiedsrichter zu den konstituierenden Elementen der dringend notwendigen Legitimität von Schiedsgerichten. In Deutschland werden diese Voraussetzungen in der Zivilprozessordnung im 10. Buch zum schiedsrichterlichen Verfahren in den §§ 1036 Abs. 2 Satz 1, 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) ZPO adressiert, wonach ein Schiedsrichter mangels Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit abgelehnt werden kann bzw. ein Schiedsspruch bei Verstößen gegen den *ordre public* aufgehoben werden kann.

b. Reformbemühungen

Der ausufernde Zeit- und Kostenaufwand internationaler Schiedsverfahren hat schon oft zu Reformvorschlägen geführt.¹³ Häufig diskutierte Reformvorschläge sind beispielsweise Seitenzahlbegrenzungen für die Schriftsätze der Parteien, richterliche Hinweise zum Parteivortrag, einen Verzicht auf schriftliche Zeugenaussagen und auf *Document Requests* sowie konsequente Schlüssigkeitsprüfungen durch das Schiedsgericht¹⁴ – Vorschläge, mit denen das Schiedsverfahren den

¹¹ *Rizwan Hussain*, International Arbitration – Culture and Practices, Kluwer Law International 2013, Volume 9, Issue 1, Seite 1 (15). Fraglich ist zudem die Legitimität von beisitzenden Schiedsrichtern, die von den Parteien bestellt werden.

¹² Vgl. Oberlandesgericht München, SchiedsVZ 2012, Seite 107 (11).

¹³ Vgl. bspw. *David W. Rivkin*, Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited, *Arbitration International*, Volume 24, No. 3, 2008, Seite 375; *Jörg Risse*, Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings, *Arbitration International*, Volume 29, No. 3, 2013, Seite 453.

¹⁴ *Jörg Risse*, Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings, *Arbitration International*, Volume 29, No. 3, 2013, Seite 453.

Verfahren vor staatlichen Gerichten aus *Civil Law*-Jurisdiktionen wie Deutschland angeglichen werden würde (abgesehen von Seitenzahlbegrenzungen). Eine Steigerung der Verfahrenseffizienz und Kostenreduzierungen waren auch das Leitmotiv für Reformen zahlreicher nationaler Schiedsordnungen sowie auf internationaler Ebene auch für die Revisionen der UNCITRAL-Regeln und der IBA Rules im Jahr 2010, sowie die Reform der ICC Rules for Arbitration im Jahr 2011¹⁵ und letztlich die Einführung der Prague Rules im Jahr 2018¹⁶.

Angesichts der zahlreichen Neubearbeitungen bereits bestehender Schiedsordnungen könnte man meinen, dass es keiner weiteren neuen Schiedsordnung zur Steigerung der Verfahrenseffizienz wie den Prague Rules bedurft hätte. Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass angesichts der oftmals überlangen Verfahrensdauern in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit offensichtlich noch ausreichend Raum für Verbesserungen der Verfahrenseffizienz besteht. Ob mit neuen Schiedsordnungen dann tatsächlich noch weitere Verfahrenseffizienz erreicht werden kann, ist vor dem Hintergrund der immensen Komplexität zahlreicher Schiedsverfahren zwar fraglich. Dementsprechend haben auch nicht alle neuen oder reformierten Schiedsordnungen zu mehr Effizienz geführt. Die Einführung der IBA Rules beispielsweise hat nicht vor weiteren Kostensteigerungen und Verfahrensverlängerungen geschützt.¹⁷ Jedenfalls aber gilt: Konkurrenz ist gut für das Geschäft. Die Prague Rules haben deshalb zumindest frischen Wind in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit gebracht.

3. *Common Law* und *Civil Law* im (Schieds-)Verfahrensrecht

Es ist durchaus zweifelhaft, ob das traditionelle Paradigma von

¹⁵ Ramón Mullerat, *Arbitration: Back to the Future* (Arbitraje: Revista des Arbitraje Comercial y de Inversiones), IproLex 2013, Volume 6, Issue 3, Seite 675 (693 f.).

¹⁶ *Prague Rules Working Group*, *Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules)*, 14. Dezember 2018, Seite 3 (Präambel).

¹⁷ Annett Rombach, *Hanna Shalbanava*, *The Prague Rules: A New Era of Procedure in Arbitration or Much Ado about Nothing?*, *SchiedsVZ* 2019, Seite 53 (59).

den Gegensätzen des *Common Law* und des *Civil Law* im Schiedsverfahrensrecht Bestand haben kann. Die verschiedenen Rechtstraditionen werden in internationalen Schiedsverfahren zunehmend aufgrund der Gesetze der Märkte vermengt.¹⁸ Internationale Schiedsverfahren lassen sich weder vollständig dem *Common Law* noch dem *Civil Law* zuordnen¹⁹, sondern sind vielmehr als ein transnationales hybrides Verfahren zu bezeichnen, das Elemente beider Rechtstraditionen vereint sowie zu großen Teilen durch nicht-kodifizierte, aus der Schiedsverfahrenspraxis entstandene Regeln beherrscht wird²⁰. Es wird angenommen, dass die Schere zwischen *Common Law* und *Civil Law*-Jurisdiktionen zwar für nationale Schiedsverfahren nach wie vor praxisrelevant ist, in internationalen Schiedsverfahren jedoch immer häufiger eine Kombination aus Beweiserhebungsverfahren der *Common Law* und der *Civil Law*-Traditionen vereinbart wird.²¹

Trotz dieser zunehmenden Vermengung bestehen aber gleichwohl zwischen dem *Common Law* und dem *Civil Law* unverkennliche Unterschiede in der Verfahrensgestaltung und -philosophie (sogenannter „*Common Law – Civil Law Divide*“), die nachfolgend dargestellt werden.

¹⁸ Ramón Mullerat, *Arbitration: Back to the Future* (Arbitraje: Revista des Arbitraje Comercial y de Inversiones), IproLex 2013, Volume 6, Issue 3, Seite 675 (689).

¹⁹ Klaus Peter Berger, *Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?*, in: Maxi Scherer (Herausgeber), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2019, Volume 36, Issue 3, Seite 295 (296), unter Verweis auf Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Nr. 22-12 (Kluwer 2003).

²⁰ Klaus Peter Berger, *Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?*, in: Maxi Scherer (Herausgeber), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2019, Volume 36, Issue 3, Seite 295 (296).

²¹ Karl-Heinz Böckstiegel, *Assumptions regarding Common Law versus Civil Law in the Practice of International Commercial Arbitration*, Edited version for publication of an Introduction presented at the Conference of the German Institution of Arbitration (DIS) with The Chartered Institute of Arbitrators (European Branch) Frankfurt (Germany) 21./22. Oktober 2010, *SchiedsVZ* 2011, Seite 113 (113 f.).

a. Die Unterschiede zwischen Common Law und Civil Law in der Verfahrensgestaltung

Der grundsätzliche Unterschied zwischen *Common Law* und *Civil Law* ist das einerseits induktive Denken des *Common Law*, bei dem von der Empirie, d.h. dem Speziellen – hier das *Case Law*, auf die Theorie, d.h. das Allgemeine, geschlossen wird, sowie das andererseits deduktive Denken des *Civil Law*, bei dem vom allgemeinen Gesetzesrecht ausgegangen wird, und unter dieses dann der spezielle Sachverhalt subsumiert wird.²²

In der Verfahrensgestaltung steht das *Common Law* für den „*accusatorial*“-Ansatz und das *Civil Law* für den inquisitorischen Ansatz.²³ Der „*accusatorial*“-Ansatz geht von einer starken Parteiautonomie aus und sieht für das Schiedsgericht nur eine überwachende Rolle vor, während im inquisitorischen System der *Civil Law*-Jurisdiktionen für das Schiedsgericht eine aktivere Rolle vorgesehen ist.²⁴ Diese aktivere Rolle kann das Schiedsgericht ausfüllen, indem es lenkend in die Verhandlung eingreift, Hinweise erteilt, Fragen stellt und Zeugen vorlädt.²⁵ Durch die Betonung der Parteiautonomie in der Tradition des *Common Law* wird das Schiedsverfahren kontroverser und konfrontativer – im Gegensatz zur durch eine investigative und inquisitorische Kompetenz des Schiedsgerichts geprägten Verfahrensleitung im *Civil Law*-Ansatz.²⁶ Diese unterschiedlichen Rollen der Beteiligten in den verschiedenen Rechtstraditionen zeigen sich beispielsweise daran, dass im *Common Law* ein Schiedsgericht keinen Ver-

²² Vgl. *Luc Demeyere*, An essay on differing approaches to procedures under common law and civil law, *SchiedsVZ* 2008, Seite 279 (282 f.).

²³ *Luc Demeyere*, An essay on differing approaches to procedures under common law and civil law, *SchiedsVZ* 2008, Seite 279 (283).

²⁴ *Carsten Kern*, Internationale Schiedsverfahren zwischen Civil Law and Common Law, *ZVglRWiss* 2010, Seite 78 (79 f.).

²⁵ *Carsten Kern*, Internationale Schiedsverfahren zwischen Civil Law and Common Law, *ZVglRWiss* 2010, Seite 78 (79 f.).

²⁶ *Duarte Gorjão Henriques*, The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration?, in: *Matthias Scherer* (Herausgeber), *ASA Bulletin*, Kluwer Law International 2018, Volume 36, Issue 2, Seite 351 (353, 354).

gleichsvorschlag unterbreiten würde.²⁷ Der oftmals beschriebene Kontrast zwischen „*accusatorial*“ und inquisitorischem Ansatz dürfte jedoch übertrieben sein²⁸, da die tatsächlichen Unterschiede überschaubar sind²⁹. So gilt schließlich auch in einigen *Civil Law*-Jurisdiktionen, wie im deutschen Zivilverfahrensrecht, kein Amtsermittlungsgrundsatz. Außerdem kann auch im *Civil Law* ein Verfahren durchaus kontrovers geführt werden.

Unterschiede der Rechtstraditionen gibt es aber auch im Hinblick auf die Beweiserhebung. Im *Common Law* ist ein sehr kurzes *Statement of Claim* üblich, wobei mitunter erst durch die parteibetriebene Sachverhaltsermittlung die Schiedsklage schlüssig gemacht wird.³⁰ Eine solche Vorgehensweise wäre beispielsweise vor einem deutschen staatlichen Gericht nicht möglich, da das Gericht die Klage schlicht als unschlüssig abzuweisen hätte. Im *Civil Law* müssen dementsprechend im *Statement of Claim* bereits in ausreichendem Umfang die anspruchsbegründenden Tatsachen dargelegt werden.³¹ Der Grund für die teils exzessiven, parteibetriebenen Sachverhaltsermittlung im *Common Law* ist dessen Maxime, wonach das Verfahren die volle Wahrheit („*Ultimate Truth*“) ans Licht bringen soll, während im *Civil Law* die Erledigung des Rechtsstreits im Vordergrund steht.³²

²⁷ Duarte Gorjão Henriques, The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration?, in: Matthias Scherer (Herausgeber), ASA Bulletin, Kluwer Law International 2018, Volume 36, Issue 2, Seite 351 (354).

²⁸ Robert Hunter, Arbitration in Germany – A Common Law Perspective, SchiedsVZ 2003, Seite 155 (160).

²⁹ Rizwan Hussain, International Arbitration – Culture and Practices, Kluwer Law International 2013, Volume 9, Issue 1, Seite 1 (25).

³⁰ Carsten Kern, Internationale Schiedsverfahren zwischen Civil Law and Common Law, ZVgIRWiss 2010, Seite 78 (80 f., 83).

³¹ Carsten Kern, Internationale Schiedsverfahren zwischen Civil Law and Common Law, ZVgIRWiss 2010, Seite 78 (80 f.).

³² Markus Wirth, Ihr Zeuge, Herr Rechtsanwalt! Weshalb Civil-Law-Schiedsrichter Common-Law-Verfahrensrecht anwenden, SchiedsVZ 2003, Seite 9 (10).

Im *Common Law* kommt zudem der Beweiserhebung durch mündliche Aussagen in der Schiedsverhandlung eine besondere Bedeutung zu. Die Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen zu lang vergangenen Sachverhalten würde im *Common Law* mit extensiven Kreuzverhören auf die Probe gestellt werden, während im *Civil Law* ein (Schieds-)Richter einer solchen Zeugenaussage schlicht einen geringeren Beweiswert zusprechen würde.³³ Der Urkundenbeweis hat hingegen sowohl im *Common Law* als auch im *Civil Law* einen bedeutenden Beweiswert.³⁴

b. Unterschiedliche Verfahrensphilosophien

Dem *Common Law* und dem auf dem römischen Recht basierenden *Civil Law* dürfte zudem eine unterschiedliche Verfahrensphilosophie zugrunde liegen.

Im römischen Recht gilt der Grundsatz „*du gibst mir die Fakten und ich gebe dir das Recht*“ (*Da mihi facta dabo tibi ius*).³⁵ Den Parteien obliegt somit lediglich die Sachverhaltsdarlegung. Selbst Rechtsansichten müssen beispielsweise vor einem deutschen staatlichen Gericht nicht zwingend vorgetragen werden. Vielmehr liegt nach der Sachverhaltsdarlegung durch die Parteien der gesamte Umgang mit dem Fall im Verfahrensermessen des Gerichts, das sodann etwaige Beweisbeschlüsse erlässt, Zeugen sowie Sachverständige lädt und befragt, und letztlich den Fall unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme unter das Recht subsumiert.

Das *Common Law* folgt hingegen der „*Sporting Theory of Justice*“³⁶.

³³ *Jalal El Ahdab, Amal Bouchenaki, Discovery in International Arbitration: A Foreign Creature for Civil Lawyers?*, ICCA Congress Series, Volume 15, Seite 65 (89).

³⁴ *Jalal El Ahdab, Amal Bouchenaki, Discovery in International Arbitration: A Foreign Creature for Civil Lawyers?*, ICCA Congress Series, Volume 15, Seite 65 (89).

³⁵ *Clémence Prevot, The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration: A Compromise between Common Law and Civil Law*, *Dispute Resolution Journal*, Volume 71, No. 2, Seite 80.

³⁶ *Roscoe Pound, The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration*

Die Parteivertreter sind hierbei die Hauptakteure des Verfahrens. Sie betreiben *Document Production*, bringen Zeugen und Sachverständige bei, und tragen für das Gericht zudem die Rechtslage vor. Das Gericht nimmt dabei bis zur Urteilsfällung nur eine passive Rolle wahr.³⁷

4. Die Tendenz zum *Civil Law* in neuen Schiedsordnungen

Zahlreiche Schiedsordnungen haben sich die Steigerung der Verfahrenseffizienz zum Ziel gemacht. Neben den altbewährten IBA Rules sind in jüngerer Zeit Schiedsordnungen wie die Prague Rules und auch einige ostasiatische Schiedsordnungen³⁸ geschaffen worden, die einige Ansätze zur Steigerung der Verfahrenseffizienz aus dem *Civil Law* übernommen haben. Insgesamt zeigt sich, dass Schiedsordnungen als *Best Practice Standards* für die früher stark vom *Common Law* geprägte internationale Schiedsgerichtsbarkeit eine Harmonisierung der Rechtstraditionen des *Common Law* und des *Civil Law* erreichen können.

a. Schiedsordnungen als *Best Practice Standards*

Eine gewisse Harmonisierung der verschiedenen Rechtstraditionen und Standardisierung zur Schaffung von Legitimität und Verfahrenseffizienz kann durch *Soft Law*-Regeln in Form von internationalen *Best Practice Standards* erzielt werden, zu denen auch die IBA Rules und andere internationale Schiedsordnungen, die New York Convention oder das UNCITRAL Modellgesetz gehören.³⁹ Solche internationalen *Best Practice*

of Justice, Vortrag anlässlich der Jahresversammlung der American Bar Association im Jahr 1906.

³⁷ Vgl. *Roscoe Pound*, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, Vortrag anlässlich der Jahresversammlung der American Bar Association im Jahr 1906.

³⁸ Beispiele sind die JCAA Commercial Arbitration Rules aus Japan und das *Gangnam Arbitration Model* des Korean Commercial Arbitration Board aus Südkorea.

³⁹ *Nathalie Voser*, *Harmonization by Promulgating Rules of Best International Practice in International Arbitration*, *SchiedsVZ* 2005, Seite 113 (116).

Standards können die Vorhersehbarkeit von Schiedsverfahren verbessern, ohne dass deren Flexibilität verloren geht.⁴⁰

Allerdings bergen *Best Practice Standards* auch Gefahren, wie beispielsweise eine zunehmende sogenannte *Soft Normativity*.⁴¹ Gemeint ist damit, dass die nicht-bindenden Regeln und Guidelines, durch deren Ausarbeitung das internationale Schiedsverfahrensrecht geschaffen wird, ein gewisses Level an Normativität erlangen können, da sie einen generellen Konsens erzielen und daraus folgend bei Schiedsrichtern und Parteien das Gefühl einer moralischen Verpflichtung zur Anwendung vermitteln können.⁴² Hierdurch entsteht die Gefahr, dass Schiedsrichter vom unabhängigen rechtlichen Denken abgehalten werden.⁴³ Insoweit wird sogar auf die Gefahr einer „Zwangsjacke vorformulierter *Best-Practices*“ hingewiesen.⁴⁴ Es kann mithin zu einer Verrechtlichung von Schiedsverfahren kommen, die eine zunehmende Tendenz für Schiedsverfahren impliziert, Formalismen anzunehmen oder zu befolgen und technische Einzelheiten von nationalen Gerichtsprozessen zu übernehmen.⁴⁵

⁴⁰ *Nathalie Voser*, Harmonization by Promulgating Rules of Best International Practice in International Arbitration, *SchiedsVZ* 2005, Seite 113 (116).

⁴¹ *Klaus Peter Berger*, Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?, in: *Maxi Scherer* (Herausgeber), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2019, Volume 36, Issue 3, Seite 295 (304).

⁴² *Klaus Peter Berger*, Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?, in: *Maxi Scherer* (Herausgeber), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2019, Volume 36, Issue 3, Seite 295 (296), unter Verweis auf *Alexis Mourre*, La Soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional, *Conferencia Hugo Grotius* 2017, Seite 28.

⁴³ *Klaus Peter Berger*, Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?, in: *Maxi Scherer* (Herausgeber), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2019, Volume 36, Issue 3, Seite 295 (306).

⁴⁴ *Klaus Peter Berger*, Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?, in: *Maxi Scherer* (Herausgeber), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2019, Volume 36, Issue 3, Seite 295 (306), Original in Englisch, Übersetzung durch den Verfasser.

⁴⁵ *Nathalie Voser*, Harmonization by Promulgating Rules of Best International Practice in International Arbitration, *SchiedsVZ* 2005, Seite 113 (117).

b. IBA Rules

Die IBA Rules gelten grundsätzlich als der erste Schritt zur Harmonisierung von *Common Law* und *Civil Law* in der internationalen Schiedsgerichtbarkeit.⁴⁶ Sie sollen ein fairer Balanceakt sein, der die verschiedenen Rechtstraditionen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zusammenführt⁴⁷, und insbesondere auch den *Civil Law*-Ansatz für den Dokumentenbeweis übernehmen.⁴⁸ So ist etwa nach Art. 3 Ziff. 10 IBA Rules eine Dokumentenvorlage auf Verlangen des Schiedsgerichts möglich. Außerdem ist dem Schiedsgericht unter den IBA Rules nichts verboten, was nach den Prague Rules zur Sachverhaltsaufklärung gestattet ist.⁴⁹ Das Schiedsgericht kann etwa anordnen, dass die Parteien für die Erscheinung eines Zeugen Sorge tragen müssen, auch wenn es sich um eine Person handelt, die bisher nicht als Zeuge angeboten worden ist, Art. 4 Ziff. 10 IBA Rules. Ferner ist eine Sachverständigenbestellung durch das Schiedsgericht möglich, Art. 6 Ziff. 1 IBA Rules, und das Schiedsgericht kann auch eigenständig eine Inaugenscheinnahme anordnen, Art. 7 IBA Rules.

Auch wenn die IBA Rules eigentlich eine Brücke zwischen *Common Law* und *Civil Law*-Traditionen bauen sollen, werden sie jedoch verdächtig, den „*accusatorial*“-Ansatz des *Common Law* zu bevorteilen und werden zudem häufiger in einer „*Common Law Fashion*“ angewandt, auch wenn ihr ursprünglicher Geist deutlich neutraler war.⁵⁰ Für eine Nähe der

⁴⁶ *Clémence Prevot*, The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration: A Compromise between Common Law and Civil Law, *Dispute Resolution Journal*, Volume 71, No. 2, Seite 93.

⁴⁷ *Ramón Mullerat*, Arbitration: Back to the Future (Arbitraje: Revista des Arbitraje Comercial y de Inversiones), *IproLex* 2013, Volume 6, Issue 3, Seite 675 (689); *Duarte Gorjão Henriques*, The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration?, in: *Matthias Scherer* (Herausgeber), *ASA Bulletin*, Kluwer Law International 2018, Volume 36, Issue 2, Seite 351 (352).

⁴⁸ *Jalal El Ahdab*, *Amal Bouchenaki*, Discovery in International Arbitration: A Foreign Creature for Civil Lawyers?, *ICCA Congress Series*, Volume 15, Seite 65 (90).

⁴⁹ *Annett Rombach*, *Hanna Shalbanava*, The Prague Rules: A New Era of Procedure in Arbitration or Much Ado about Nothing?, *SchiedsVZ* 2019, Seite 53 (56).

⁵⁰ *Annett Rombach*, *Hanna Shalbanava*, The Prague Rules: A New Era of Procedure in Arbitration or Much Ado about Nothing?, *SchiedsVZ* 2019, Seite 53 (54, 56).

IBA Rules zum Common Law sprechen zudem die nach den IBA Rules zulässigen schriftlichen Zeugenaussagen, Kreuzverhöre (vgl. Art. 8 Ziff. 3 lit. (a) und (b) IBA Rules) und *Document Production Requests*, sowie das nahezu unbeschränkte Recht der Parteien, Zeugen und Sachverständige zu benennen.⁵¹ Somit sind nach den IBA Rules die Verfahrensleitungs-kompetenzen des Schiedsgerichts beschränkter und das Schiedsverfahren kontroverser ausgestaltet.⁵²

c. Prague Rules

Während die IBA Rules also eher dem *Common Law* zuzuordnen sind, verfolgen die Prague Rules einen mehr inquisitorischen Ansatz und sind daher der *Civil Law*-Tradition zuzuordnen.⁵³ Sie sind sogar als „*Manifest für die Civil Law-Tradition*“ bezeichnet worden.⁵⁴ Die Prague Rules zeichnen sich insbesondere durch die folgenden Besonderheiten aus:

i. Proaktives Mandat

Eine Kernbotschaft bzw. Leitmotiv der Prague Rules ist das dem Schiedsgericht gewährte „breite“ Mandat, das dem Schiedsgericht eine einzigartig proaktive Rolle ermöglicht.⁵⁵ In den Prague Rules wird in der

⁵¹ *Vladimir Khvalei*, THE PRAGUE RULES – SPIRIT AND SCOPE OF APPLICATION, Arbitration.ru, Seite 22 (22).

⁵² *Duarte Gorjão Henriques*, The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration?, in: *Matthias Scherer* (Herausgeber), ASA Bulletin, Kluwer Law International 2018, Volume 36, Issue 2, Seite 351 (354).

⁵³ *Sol Argerich*, A Comparison of the IBA and Prague Rules: Comparing Two of the Same, Kluwer Arbitration Blog, 2. März 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/02/a-comparison-of-the-iba-and-prague-rules-comparing-two-of-the-same/> (abgerufen am 6. August 2020).

⁵⁴ *Guilherme Rizzo Amaral*, Prague Rules v. IBA Rules and the Taking of Evidence in International Arbitration: Tilting at Windmills – Part I, Kluwer Arbitration Blog, 5. Juli 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/05/prague-rules-v-iba-rules-taking-evidence-international-arbitration-tilting-wind-mills-part/>, Original in Englisch, Übersetzung durch den Verfasser.

⁵⁵ *Duarte G. Henriques*, The Prague Rules: A Regression or a Step Towards More Efficiency?, New York Dispute Resolution Lawyer, Volume 12 No. 1 (Frühling

Vorbemerkung der Arbeitsgruppe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein proaktives Verfahrensmanagement in vielen *Civil Law*-Ländern üblich sei.⁵⁶ Mit diesem Statement schafft die Arbeitsgruppe eine direkte Verbindung zwischen den Vorteilen von durch *Civil Law* geprägten Verfahren und der Präferenz der Nutzer von Schiedsverfahren.⁵⁷ Die Wahl der Prague Rules für ein Schiedsverfahren bedeutet mithin eine Grundentscheidung zugunsten des inquisitorischen Ansatzes der Verfahrensgestaltung.⁵⁸

Die proaktive Rolle des Schiedsgerichts ist in den Prague Rules ausdrücklich in Ziff. 2, 3.1 PR geregelt. Die Prague Rules sehen in Ziff. 2.2 lit. b. PR vor, dass das Schiedsgericht bereits während der Verfahrensmanagementkonferenz mit den Parteien deren jeweilige Positionen klärt. Außerdem darf das Schiedsgericht nach Ziff. 2.4 PR schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt, etwa in der Verfahrensmanagementkonferenz, seine vorläufige (Rechts-)Auffassung preisgeben und Hinweise erteilen. Im Hinblick auf diese beiden Punkte haben die Prague Rules anderen Schiedsordnungen einiges voraus, etwa den ICC Arbitration Rules, die dies nicht vorsehen (vgl. deren Art. 24 Abs. 1, Appendix IV). Zudem wird auch ausdrücklich die proaktive Rolle des Schiedsgerichts bei der Sachverhaltsermittlung hervorgehoben (Ziff. 3.1 PR). Das Schiedsgericht kann nach Ziff. 3.2 Prague Rules nach Anhörung der Parteien in jedem Verfahrensstadium die Vorlage von Dokumenten fordern oder das Erscheinen von Zeugen in der Beweisverhandlung sicherstellen sowie, auch auf eigene Initiative hin, Sachverständige bestellen, Inaugenscheinnahmen anordnen oder sonstige Maßnahmen ergreifen.

2019); Annett Rombach, Hanna Shalbanava, *The Prague Rules: A New Era of Procedure in Arbitration or Much Ado about Nothing?*, SchiedsVZ 2019, Seite 53 (59).

⁵⁶ *Prague Rules Working Group*, *Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules)*, 14. Dezember 2018, Seite 2 (Note from the Working Group).

⁵⁷ Klaus Peter Berger, *Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?*, in: Maxi Scherer (Herausgeber), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2019, Volume 36, Issue 3, Seite 295 (299).

⁵⁸ Annett Rombach, Hanna Shalbanava, *The Prague Rules: A New Era of Procedure in Arbitration or Much Ado about Nothing?*, SchiedsVZ 2019, Seite 53 (59).

ii. Keine extensive *Document Production*

Außerdem sehen die Prague Rules keine extensive *Document Production* vor, insbesondere nicht auf Basis von zwischenparteilicher Korrespondenz und sogenannten *Redfern Schedules*, sondern gestatten lediglich die Anforderung bestimmter, identifizierbarer Dokumente, Ziff. 4.5 PR.⁵⁹ Die Prague Rules enthalten zudem in Ziff. 4.2 PR die Anforderung an das Schiedsgericht, jede Form von Dokumentenvorlage, einschließlich *e-discovery*, möglichst zu vermeiden.

iii. *Iura Novit Curia*

Ziff. 7 PR enthält den *Iura Novit Curia*-Grundsatz. *Iura Novit Curia* ist eine Maxime, nach der ein Schiedsrichter selbst das anwendbare Recht bestimmen kann und demnach auf Vorschriften – nach vorheriger Gewährung rechtlichen Gehörs – anwenden kann, die nicht von den Parteien dargelegt worden sind.⁶⁰ Hierbei handelt es sich um einen klassischen *Civil Law*-Grundsatz.

iv. Zeugenvernehmung

Im Gegensatz zu den IBA Rules (dort Art. 8 Ziff. 3 lit. (a) und (b)) sehen die Prague Rules außerdem nicht ausdrücklich das Kreuzverhör für die Zeugenbefragungen vor. Mit der Wahl der Prague Rules können die Parteien daher nicht mehr erwarten, dass das Schiedsgericht exzessive Zeugen- und Sachverständigen-Kreuzverhöre gewähren wird.⁶¹

Das Schiedsgericht kann außerdem nach Ziff. 5.6 PR die mündliche Vernehmung eines Zeugen nach Anhörung der Parteien ausschließen. Ferner ermuntern die Prague Rules in Ziff. 8.1 PR sogar zu einem Urkundenverfahren ohne mündliche Verhandlung.

⁵⁹ Vgl. *Vladimir Khvalei*, THE PRAGUE RULES – SPIRIT AND SCOPE OF APPLICATION, Arbitration.ru, Seite 22 (24, 25).

⁶⁰ *Sol Argerich*, A Comparison of the IBA and Prague Rules: Comparing Two of the Same, Kluwer Arbitration Blog, 2. März 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/02/a-comparison-of-the-iba-and-prague-rules-comparing-two-of-the-same/> (abgerufen am 6. August 2020).

⁶¹ *Annett Rombach, Hanna Shalbanava*, The Prague Rules: A New Era of Procedure in Arbitration or Much Ado about Nothing?, SchiedsVZ 2019, Seite 53 (59).

v. Unterstützung für eine gütliche Streitbeilegung

Außerdem kann das Schiedsgericht nach Ziff. 9.1 PR die Parteien bei einer gütlichen Streitbeilegung unterstützen. Insoweit weichen die Prague Rules deutlich von Schiedsordnungen ab, die vom *Common Law* geprägt sind. Denn in der Rechtstradition des *Common Law* würde ein Schiedsgericht, das einen Vorschlag für eine gütliche Streitbeilegung unterbreitet, sich dem Vorwurf der Befangenheit aussetzen.

d. Weitere den Prague Rules vergleichbare Initiativen

Neben Prague Rules verfolgen auch weitere Schiedsregeln und sonstige *Best Practice Standards* einen stark vom *Civil Law* geprägten Ansatz für die Verfahrensleitung. Hervorzuheben sind beispielsweise die sogenannten *Gangnam Principles* aus Südkorea und die neuen JCAA Commercial Arbitration Rules aus Japan.

Das Korean Commercial Arbitration Board (KCAB) hat einen eigenen Ansatz für die Verwaltung von Schiedsverfahren entwickelt, das sogenannten *Gangnam Arbitration Model*, das zu Schiedsverfahrensdauern von in der Regel unter einem Jahr führen soll, und das unter anderem für mehrere mündliche Verhandlungen in einem Schiedsverfahren, einschließlich eines frühen ersten Termins und *Intermediate Hearings*, eine detaillierte erste Schriftsatzrunde (anders als die üblicherweise kurzen *Initial Submissions* in internationalen Schiedsverfahren) und für eine Reduzierung der schriftlichen Zeugenaussagen votiert.⁶² Ein Schiedsverfahren nach dem *Gangnam Arbitration Model* ähnelt somit den Verfahren vor staatlichen Gerichten in *Civil Law*-Jurisdiktionen wie Deutschland.

Die neuen JCAA Commercial Arbitration Rules der japanischen Schiedsvereinigung sehen in Art. 43 Ziff. 1 JCAA Rules ausdrücklich vor, dass das Schiedsgericht sich bemühen soll, den Schiedsspruch innerhalb von neun Monaten seit der Konstituierung des Schiedsgerichts zu erlassen. Art. 54 Ziff. 2 JCAA Rules gestattet dem Schiedsgericht zudem, auf eigene Initiative hin Beweis zu erheben, auch wenn kein entsprechendes

⁶² Kap-You (Kevin) Kim, *The Gangnam Principles: A Blueprint for Efficiency in Arbitration*, International Chamber of Commerce (ICC), *Essays in Honour of John Beechey*, Seite 1.

Beweisangebot einer Partei vorliegt. Nach Art. 54 Ziff. 3 JCAA Rules ist zudem eine Inaugenscheinnahme möglich und nach Art. 54 Ziff. 4 JCAA Rules kann das Schiedsgericht auf eigene Initiative hin die Vorlage von Dokumenten anordnen. Art. 55 Ziff. 1 JCAA Rules erlaubt es dem Schiedsgericht einen Sachverständigen zu bestellen. Außerdem sieht Teil 2 der JCAA ein beschleunigtes Verfahren für Schiedsverfahren mit einem Streitwert von unter 50 Mio. Yen vor. Das beschleunigte Verfahren soll grundsätzlich als Urkundenprozess, d.h. ohne mündliche Verhandlung stattfinden, Art. 88 Ziff. 1 JCAA Rules, und der Schiedsspruch soll innerhalb von drei Monaten seit der Schiedsrichterbestellung erlassen werden, Art. 89 JCAA Rules.

Sowohl das *Gangnam Arbitration Model* als auch die JCAA Commercial Arbitration Rules adressieren somit die oftmals fehlende Verfahrenseffizienz durch gezielte Maßnahmen zur Verfahrensbeschleunigung. Die JCAA Commercial Arbitration Rules sehen zudem ein proaktives Verfahrensmanagement durch das Schiedsgericht vor, wie es aus den *Civil Law*-Jurisdiktionen bekannt ist.

e. Kein Heilmittel gegen die *Due Process Paranoia*

Trotz der neuen Ansätze zur Steigerung der Verfahrenseffizienz, wurde aber bisher noch kein Heilmittel gegen die *Due Process Paranoia* gefunden. Dabei erfordern die Verfahrensrechte der Parteien es gar nicht, dass Schiedsrichter sämtliche Effizienz aufgeben.⁶³ Es gibt vielmehr eine bedeutende Diskrepanz zwischen den Konsequenzen, die manche Schiedsrichter aus ihrer Verpflichtung, die Verfahrensrechte der Parteien zu wahren ableiten, insbesondere die Gewährung zahlreicher Anträge, und den tatsächlichen Umgang von staatlichen Gerichten mit Aufhebungsanträgen aufgrund vermeintlich fehlerhafter Ausübung des Verfahrensermessens durch Schiedsrichter.⁶⁴ Eine umfassende Analyse von

⁶³ Klaus Peter Berger, J. Ole Jensen, *Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators*, *Arbitration International*, 2016, Issue 32, Seite 415 (422).

⁶⁴ Klaus Peter Berger, J. Ole Jensen, *Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators*, *Arbitration International*, 2016, Issue 32, Seite 415 (421).

Gerichtsentscheidungen zeigt, dass staatliche Gerichte in verschiedensten Jurisdiktionen selten die Verfahrensmanagement-Entscheidungen von Schiedsrichtern in Frage stellen.⁶⁵ Es wird insoweit sogar von einer *Procedural Judgement Rule* ausgegangen, wonach für Schiedsrichter bei der Ausübung von deren verfahrensrechtlichem Ermessen ein sogenannter *Safe Harbour* besteht.⁶⁶

Dennoch können viele Schiedsgerichte die *Due Process Paranoia* nicht ablegen. Den Prague Rules wird zwar nachgesagt, dass sie Schiedsrichter ermutigen, die oftmals unbegründete *Due Process Paranoia* beiseite zu legen und ein robustes Verfahrensmanagement durchzuführen.⁶⁷ Die Prague Rules sind letztlich aber auch kein Allheilmittel gegen die Probleme der internationalen Schiedsverfahrensindustrie (insb. ausufernder Zeit- und Kostenaufwand), sondern teilen alle Vorteile und auch Defizite von *Best Practice*-Regeln.⁶⁸

5. Fazit

Welches Regelwerk letztlich am effizientesten ist, wird nicht pauschal beantwortet werden können. Vielmehr hängt die Effizienz im Schiedsverfahren davon ab, wie Schiedsgerichte von den neuen Ihnen zur Verfügung stehenden *Best Practice Standards* Gebrauch machen. Denn letztlich sind auch Schiedsordnungen immer nur so gut, wie deren Anwender.⁶⁹ Der Mangel an einem robusten Verfahrensmanagement trägt letztlich die Hauptverantwortung für Verfahrensverzögerungen.

⁶⁵ Klaus Peter Berger, J. Ole Jensen, *Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators*, *Arbitration International*, 2016, Issue 32, Seite 415 (423).

⁶⁶ Klaus Peter Berger, J. Ole Jensen, *Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators*, *Arbitration International*, 2016, Issue 32, Seite 415 (428).

⁶⁷ Annett Rombach, Hanna Shalbanava, *The Prague Rules: A New Era of Procedure in Arbitration or Much Ado about Nothing?*, *SchiedsVZ* 2019, Seite 53 (59).

⁶⁸ Klaus Peter Berger, *Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?*, in: *Maxi Scherer* (Herausgeber), *Journal of International Arbitration*, *Kluwer Law International* 2019, Volume 36, Issue 3, Seite 295 (306).

⁶⁹ Annett Rombach, Hanna Shalbanava, *The Prague Rules: A New Era of Procedure*

Zu begrüßen ist jedoch, dass das früher stark vom *Common Law* geprägten internationalen Schiedsrecht nunmehr immer mehr *Best Practice Standards* hervorbringt, die praktische Ansätze aus dem *Civil Law* übernehmen. Diese neuen *Best Practice Standards* sollten aber nicht als Gegenstück zu vorherigen Schiedsordnungen verstanden werden. Denn die Diskussion um die Einführung der Prague Rules hat fälschlich den Eindruck vermittelt, dass *Common Law* und *Civil Law* sich im internationalen Schiedsverfahrensrecht feindlich gegenüberstehen. So war von einer schleichenden Amerikanisierung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit die Rede, worauf die Prague Rule eine Antwort sein sollten.⁷⁰ Von *Common Law*-Praktikern hieß es hingegen: „Die Russen kommen und sie wollen die Art und Weise ändern, wie wir internationale Schiedsverfahren durchführen“⁷¹. Derartige Rhetorik ist jedoch wenig hilfreich. Aufgrund der Internationalität von Schiedsverfahren ist eine Erweiterung der Verfahrensgestaltung mit Einflüssen aus anderen Rechtstraditionen vielmehr zu begrüßen. Außerdem stellen die Prague Rules gegenüber den IBA Rules im Grunde genommen auch keinen radikalen Wechsel, sondern nur einen Perspektivwechsel dar. Beide Regelwerke gewähren dem Schiedsgericht in etwa die gleichen Kompetenzen, haben dabei aber einen klar unterschiedlichen Tonfall. Im Ergebnis bleibt festzustellen, dass die Schiedsordnungen beider Rechtstraditionen sich gegenseitig vervollständigen und Schiedsgerichten die Möglichkeit bieten, das Beste aus zwei Welten für ihr Verfahrensmanagement zu übernehmen.

in *Arbitration or Much Ado about Nothing?*, SchiedsVZ 2019, Seite 53 (60); Klaus Peter Berger, *Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?*, in: Maxi Scherer (Herausgeber), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2019, Volume 36, Issue 3, Seite 295 (310).

⁷⁰ IV. Russian Arbitration Annual Conference, 2017, vgl. Zusammenfassung auf <https://praguerules.com/news/is-it-time-for-a-change/> (abgerufen am 6. August 2020).

⁷¹ Lawrence W. Newman, David Zaslowsky, *New York Law Journal*, 23. Mai 2018.

ÖZET

Hangi kural bütününün en verimli olduğu genel bir cevap vermek mümkün değildir. Aksine, tahkimin verimliliği, tahkim mahkemelerinin kendilerine sunulan yeni Best Practice Standards'ı nasıl kullandıklarına bağlıdır. Sonuçta, tahkim kuralları, yalnızca onları uygulayanlar kadar iyidir. Tahkim yargılamasında gecikmelerin asıl sebebi, tahkim yargılaması sürecinin sağlam bir şekilde yürütülmemesidir.

Bununla birlikte, eskiden ağırlıklı şekilde Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin etkisinde olan milletlerarası tahkim hukukunun, özellikle yeni getirilen Best Practice Standards kapsamında Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin ilkelerini de benimsemesini olumlu karşılamak gerekir. Bu yeni Best Practice Standards, bugüne kadarki tahkim hukukunun karşıtı olarak görülmemelidir. Zira Prag Kuralları'nın yürürlüğe konmasına ilişkin tartışmalar kapsamında Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin milletlerarası tahkim bakımından birbirlerine zıt olduklarına dair yanlış bir kanı oluşturulmuştur. Prag Kuralları'nın, milletlerarası tahkimin yavaş yavaş "Amerikanlaşmasına" karşılık bir cevap niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Öte yandan Anglo-Amerikan hukuk sistemi uygulamacıları ise: "Ruslar geliyor ve milletlerarası tahkim usûl ve yöntemlerimizi değiştirmek istiyorlar" demişlerdir. Ancak bu tarzdaki beyanların pek bir faydası yoktur. Aksine tahkimin uluslararası olmasından kaynaklı olarak farklı hukuk sistemlerinin etkisiyle tahkim yargılaması usûlünün genişletilmesini olumlu karşılamak gerekir.

Ayrıca IBA Kuralları'yla karşılaştırıldığında Prag Kuralları aslında radikal bir değişim içermemekte olup, bu hususta sadece bir perspektif farklılığından bahsedilebilir. Her iki kurallar bütününü de aslında tahkim mahkemesine aynı yetkileri vermekte ve fakat arada net bir ton farklılığı mevcuttur. Sonuç olarak, her iki hukuk sistemi geleneğinin tahkim kurallarının birbirini tamamladığı ve tahkim mahkemelerine yargılamanın yürütülmesi bakımından her iki hukuk dünyasının da en iyi özelliklerinin alınması imkânını sağladığı söylenebilir.

**BLABLACAR PLATFORMU ARACILIĞIYLA YAPILAN
TAŞIMALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ
(HATIR TAŞIMASI VE OTOSTOP KARŞILAŞTIRMASI)**

**DIE RECHTSNATUR DER TRANSPORTE ÜBER
DIE BLABLACAR-PLATTFORM
(GEFÄLLIGKEITSFAHRT UND TRAMPENVERGLEICH)**

Prof. Dr. Vural SEVEN* / Av. Hilal Tuğba ÖKSÜZOĞLU**

ÖZ

BlaBlaCar, çevrimiçi araç paylaşımına dair bir iletişim platformudur ve dünyanın en büyük çevrimiçi platformları arasında gösterilmektedir. Türkiye’de BlaBlaCar platformu aracılığıyla yapılan taşımaların yaygınlaşmasıyla birlikte, meydana gelmesi muhtemel uyumsuzlukların çözümünde uygulanacak hukuk kurallarının belirlenebilmesi için evle�iyetle BlaBlaCar platformu aracılığıyla yapılan taşımaların hukuki niteliğinin belirlenmesi gereği doğmaktadır. Bahsedilen gereklilik, bu çalışmanın amacını oluşturmaktadır. Bu çalışmada öncelikle BlaBlaCar platformu hakkında genel bilgilere yer verilerek sistemin nasıl işlediği anlatılmıştır. Ardından platform aracılığıyla yapılan taşımaların taşıma sözleşmesi veya hatır taşıması teşkil edip etmediği, taşıma sözleşmesi ve hatır taşımasının tanım ve unsurları ile hukuki niteliği incelenerek sorgulanmıştır. Son olarak platform aracılığıyla yapılan taşımaların isimsiz bir sözleşme niteliğinde olup olmadığı irdelenmiş ve bu bağlamda platform aracılığıyla yapılan bir taşıma esnasında Türkiye’de bir trafik kazası meydana gelmesi ihtimalinde hangi sorumluluk hükümlerinin uygulama alanı bulacağı tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *BlaBlaCar, taşıma sözleşmesi, hatır taşıması, otostop, isimsiz sözleşme, karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası teminatı*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı (seven@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-8241-3196

**Türk-Alman Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Avukat, İstanbul Barosu (hilaloksuzoglu@istanbulbarosu.org.tr). ORCID: 0000-0002-4498-860X

**THE LEGAL NATURE OF TRANSPORTS VIA
THE BLABLACAR PLATFORM
(VOLUNTEER TRANSPORTATION AND HITCHHIKING
COMPARISON)**

ABSTRACT

BlaBlaCar is a communication platform for online carpooling, which is ranked among the world's largest online platforms. Travels via the BlaBlaCar platform in Turkey are becoming more and more widespread. In order to determine the rules to be applied in the resolution of possible disputes regarding BlaBlaCar transports, it is a fortiori a necessity to determine the legal nature of these journeys. The mentioned requirement of determining the legal nature of BlaBlaCar transports constitutes the purpose of this study. In this study, general information about the BlaBlaCar platform was first given and the system of BlaBlaCar was explained. Afterward, the legal nature, definition, and elements of the transport contract and volunteer transportation were examined, and it was questioned whether these concepts could define BlaBlaCar transports. Finally, it was examined whether the legal nature of BlaBlaCar transports is an innominate contract. In this context, the applicable liability rules in case of a car accident during a BlaBlaCar transport in Turkey were determined.

Keywords: *BlaBlaCar, transport contract, volunteer transportation, hitchhiking, innominate contract, highway motor vehicles compulsory liability insurance coverage*

I. GENEL OLARAK BLABLACAR PLATFORMU VE SİSTEMİN İŞLEYİŞİ

BlaBlaCar çevrimiçi araç paylaşımına dair bir iletişim platformudur¹. *BlaBlaCar*'ın internet sitesi ve mobil uygulaması aracılığıyla, şehirler arası birlikte seyahat etmek isteyen sürücüler ve yolcular birbirlerini bulur ve yolculuğun masrafını paylaşırlar². *BlaBlaCar*, dünyanın en büyük çevrimiçi platformları arasında gösterilmektedir³.

Platformun ismi, sürücülerin araç içerisinde konuşkanlık seviyelerini belirttikleri tarife dayanmaktadır⁴. Tarife; kendini sessiz biri olarak tanımlayanlar için “*Bla*”, bazen konuşkan olanlar için “*BlaBla*” ve çok konuşkan sürücüler için “*BlaBlaBla*” şeklindedir⁵.

BlaBlaCar platformunun kendi araçları yoktur; platform bir aracı

¹ BlaBlaCar, “Kullanım sözleşmesi ve şartları”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://blog.blablacar.com.tr/about-us/terms-and-conditions>. *BlaBlaCar* Kullanım Sözleşmesi uyarınca platform yalnızca bir iletişim platformu olup ulaşım hizmeti sunmamaktadır: “Gerek *BlaBlaCar* gerekse Site herhangi bir ulaşım hizmeti sunmamaktadır. Site, Üyelerin bir başka üye ile işlem yapmasını sağlayan bir iletişim platformudur. *BlaBlaCar*; Seyahatlere, varış yerlerine veya zamanlamalara müdahale etmemektedir. Araç paylaşımına ilişkin anlaşma, Sürücü ile Yolcu arasında yapılmaktadır. *BlaBlaCar*, Üyeler arasındaki herhangi bir anlaşmanın veya işlemin tarafı değildir ve hatta *BlaBlaCar*, Üyeler arasındaki rezervasyonla ilişkili doğacak herhangi bir hususta sorumlu değildir. *BlaBlaCar*, hiçbir Üyenin temsilcisi konumunda değildir veya bu sıfatla hareket etmeyecektir.”.

² Wikipedia, “*BlaBlaCar*”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://en.wikipedia.org/wiki/BlaBlaCar>.

³ OECD, “An Introduction to Online Platforms and their Role in the Digital Transformation” OECD Publishing, Paris, 2019, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>, s. 84. 2019 yılında *BlaBlaCar*'ın yaklaşık 65 milyon üyesi olduğu belirtilmiştir. Bkz.: OECD, “An Introduction to Online Platforms and their Role in the Digital Transformation”, s. 72.

⁴ Matt Cowan, Wired, “*BlaBlaCar* has turned ride-sharing into a multi-million-euro business”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.wired.co.uk/article/blablacar>.

⁵ BlaBlaCar, “Yolculuk Paylaşım Tercihlerin”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/dashboard/profile/preferences>.

niteliğindedir⁶. Ayrıca platform, kullanıcılarının güvenilirliği konusunda kesin bir güvence vermemektedir⁷. Üyeler sistemde bir hesap oluşturduktan sonra çevrimiçi bir profil düzenlemekte ve diğer üyelerle yaşadıkları tecrübelerle dair yorumlarda bulunarak sistemdeki itibarlarını artırmaktadırlar⁸. Platformdaki puanlama sistemi sayesinde birlikte yolculuk etmiş olan yolcular birbirlerini puanlayabilmekte, böylece diğer üyelerin birlikte yolculuk etmeye yönelik tercihlerini etkileyebilmektedirler⁹. Birlikte yolculuk etmiş olan üyelerin vermiş oldukları puanlar yayımlanmaktadır¹⁰. Bunun dışında birlikte seyahat edilmiş olan sürücünün sürücülük becerilerini değerlendirmek de mümkündür ve bu değerlendirme anonim kalmaktadır¹¹.

⁶ Mark Scott, International Business, “BlaBlaCar, a Ride-Sharing Start-Up in Europe, Looks to Expand Its Map”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.nytimes.com/2014/07/02/business/international/a-service-for-sharing-european-road-trips-looks-to-expand-its-map.html>.

⁷ Rusya Federasyonu’nda *BlaBlaCar* aracılığıyla yapılan bir taşıma esnasında bir kullanıcı, sabıkalı olan seyahat arkadaşı tarafından öldürülmüştür. Haber için bkz.: Crime Russia, “Death from BlaBlaCar. Murderer of Burger King manager plays into hands of Russian transport operators”, E.T.: 31 Ocak 2020, <https://en.crimerrussia.com/gromkie-dela/death-from-blablacar-murderer-of-burger-king-manager-plays-into-hands-of-russian-transport-operators/>.

⁸ Wikipedia, “BlaBlaCar”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://en.wikipedia.org/wiki/BlaBlaCar>. Sistemdeki kimlik doğrulama işlevi, pasaportun kişinin fotoğrafının olduğu sayfasının veya kimlik kartının ön ve arka yüzünün fotoğrafının sisteme yüklenmesi suretiyle gerçekleşmektedir. Bu işlev platformu kullanmak için mecburi olmamakla birlikte, sistemdeki güvenilirliğin artırılması için kimlik doğrulamasının yapılması tavsiye edilmektedir. Kişinin kimliğinin, e-postasının ve telefon numarasının doğrulanmış olup olmadığı ve ayrıca entegre edilmişse Facebook arkadaş sayısının ne olduğunun, kişinin *BlaBlaCar* profilinden görülmesi mümkündür.

⁹ BlaBlaCar, “Puanlamalar”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/member-ratings>.

¹⁰ BlaBlaCar, “Puanlamalar”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/member-ratings>.

¹¹ BlaBlaCar, “Puanlamalar”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/member-ratings>.

BlaBlaCar platformunu kullanan yolcular, sürücülerine maliyet katkı payı ödemektedir¹². Bununla birlikte sürücüler yolculardan tahsil edecekleri maliyet katkı payını tamamen serbest bir şekilde belirleyememektedirler¹³. *BlaBlaCar*, her güzergâh için yolculuk planını ve sürücülerin üstlenmek durumunda olduğu masrafları dikkate alarak bir maliyet katkı payı aralığı belirlemekte ve sürücü talep ettiği maliyet katkı payını bu sınırlar dâhilinde belirleyebilmektedir¹⁴. Aracın konforu veya daha uzun bir rotayı takip etmenin gerekmesi gibi nedenlerle sistemin izin verdiği ölçüde maliyet katkı payının artırılması mümkündür¹⁵. Sürücü tarafından belirlenen maliyet katkı payı, *BlaBlaCar* tarafından sistemde belirlenen azami tutarı hiçbir şekilde aşmamaktadır; zira *BlaBlaCar* yol masraflarının adil bir şekilde paylaşılmasını sağlamayı ve sürücülerin kâr etmesine engel olmayı hedeflemektedir¹⁶. Nitekim Kullanım Sözleşmesi ve Şartları¹⁷ m. 2.2 gereği platform tarafından sunulan hizmetlerin, araç paylaşımını kâr amacıyla teklif etmek veya kabul etmek için ya da başka bir ticari veya profesyonel amaçla kullanılması yasaktır.

¹² BlaBlaCar, “Ücretlendirme ve ödeme sistemi nasıl çalışır?”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/faq/question/ucretlendirme-ve-odeme-sistemi-nasil-calisir>.

¹³ BlaBlaCar, “Ücretlendirme ve ödeme sistemi nasıl çalışır?”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/faq/question/ucretlendirme-ve-odeme-sistemi-nasil-calisir>.

¹⁴ BlaBlaCar, “Ücretlendirme ve ödeme sistemi nasıl çalışır?”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/faq/question/ucretlendirme-ve-odeme-sistemi-nasil-calisir>. *BlaBlaCar* platformu yetkilileri ile yapılan yazışmalardan, ilanı verilen yolculukta koltuk başına düşen maliyet katkı payının, yolculuğun tahmini yakıt masrafının (azami yolcu sayısı olan) dörde bölünmesi suretiyle hesaplandığı öğrenilmiştir.

¹⁵ BlaBlaCar, “Ücretlendirme ve ödeme sistemi nasıl çalışır?”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/faq/question/ucretlendirme-ve-odeme-sistemi-nasil-calisir>.

¹⁶ BlaBlaCar, “Ücretlendirme ve ödeme sistemi nasıl çalışır?”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/faq/question/ucretlendirme-ve-odeme-sistemi-nasil-calisir>.

¹⁷ BlaBlaCar, “Kullanım sözleşmesi ve şartları”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://blog.blablacar.com.tr/about-us/terms-and-conditions>.

BlaBlaCar 2016 yılında Türkiye ofisini kapatma kararı almıştır; dolayısıyla Türkiye içerisindeki operasyonlar artık Fransa'daki merkezden yönetilmektedir¹⁸.

BlaBlaCar'ın izlediği model *Uber* ve diğer araç paylaşımı servislerine benzemekle birlikte *BlaBlaCar* hizmetinin çalışması farklılık göstermektedir¹⁹. Öncelikle *BlaBlaCar* esas olarak uzun yol yolculuklarında hizmet vermektedir²⁰. *Uber* ise araç paylaşımına dair bir iletişim platformu değil, Amerika Birleşik Devletleri merkezli uluslararası bir ulaşım şebekesi şirkettir²¹ ve esasen şehir içerisindeki taşımalarda hizmet vermektedir²². Bunun dışında *BlaBlaCar* platformunda sürücünün taşıma karşılı-

¹⁸ Merve Kara, Webrazzi, "Blablacar Türkiye ofisini neden kapattı?", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://webrazzi.com/2016/12/22/blablacar-turkiye-ofisini-kapatti/>. Başka bir araç paylaşım uygulaması olan *Volt Türkiye*, paylaşımlı yolculuğun şehir içinde istenen büyüklüğe ulaşamaması sonucunda kapanmıştır. Bkz.: Habertürk, "Bu iş şehir içinde çalışmıyor" dedi ve Volt'u kapattı", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.haberturk.com/bu-is-sehir-icinde-calismiyor-dedi-ve-volt-u-kapatti-1699485-ekonomi>.

¹⁹ James Cook, Business Insider, "We figured out how much money new European unicorn BlaBlaCar could be making", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.businessinsider.com/how-much-money-blablacar-could-be-making-2015-9#targetText=x%20%2425%20each,%3D%20%2472%20million%20in%20revenues>.

²⁰ James Cook, Business Insider, "We figured out how much money new European unicorn BlaBlaCar could be making", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.businessinsider.com/how-much-money-blablacar-could-be-making-2015-9#targetText=x%20%2425%20each,%3D%20%2472%20million%20in%20revenues>. Bununla birlikte şehir içi taşımalarda da platformun kullanılabilir olduğu anlaşılmaktadır.

²¹ Habertürk, "Uber nedir? Uber nasıl kullanılır?", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.haberturk.com/uber-nedir-uber-nasil-kullanilir-1871466>.

²² James Cook, Business Insider, "We figured out how much money new European unicorn BlaBlaCar could be making", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.businessinsider.com/how-much-money-blablacar-could-be-making-2015-9#targetText=x%20%2425%20each,%3D%20%2472%20million%20in%20revenues>. Lakin sürücülerin tercihine ve kullanıcıların talep-

ğında maliyet katkı payı adı altında elde edebileceği toplam tutar, sürücülerin kâr elde etmesini engelleme amacıyla sistem tarafından sınırlanırken²³, *Uber* sürücülerine gelir elde etmeyi vadeder²⁴.

Bununla birlikte Birleşik Taksiciler Derneği ve İstanbul Otomobilciler Esnaf Odası'nın *Uber*'e açtığı haksız rekabetin tespiti davasında karar çıkmış ve İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesi, istinaf yolu açık olarak, *Uber* hizmetlerinin haksız rekabet oluşturduğuna ve *uber.com*, *m.uber.com*, *uber.com/tr* siteleri ile *Uber* mobil uygulamalarına erişimin engellenmesine karar vermiştir^{25 26}.

lerine göre *Uber*'in şehirler arası taşımalarında da kullanılabildiği belirtilmektedir. Bkz.: Quora, "Does Uber travel between cities?", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.quora.com/Does-Uber-travel-between-cities>.

²³ BlaBlaCar, "Ücretlendirme ve ödeme sistemi nasıl çalışır?", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/faq/question/ucretlendirme-ve-odeme-sistemi-nasil-calisir>.

²⁴ Stangro, "Uber", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://stangro.com/product/uber>. Taksiyle ulaşımın bir diğer alternatifi olan *Scotty* uygulaması ise motosiklet yolculuklarında kullanılabilmektedir. *Scotty*, "Scotty ile yapabileceklerinden sadece birkaçı", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.scotty.app>. *Uber* ile benzer şekilde *Scotty* de sürücülere gelir elde etmeyi vadetmektedir. Bkz.: *Scotty*, "Scotty ile şehrin kahramanı ol!", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://yolculuk.scotty.app/basvuru/>.

²⁵ Habertürk, "Son dakika! Uber kararı çıktı!", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.haberturk.com/son-dakika-uber-karari-cikti-2531499-teknoloji>.

²⁶ Amerika Birleşik Devletleri'nde ise taksiciler ile *Uber* arasındaki anlaşmazlık tamamen farklı bir şekilde mahkemelere intikal etmiştir. *Uber*, New York Belediyesi'nin *Uber* araç ve sürücü sayısına getirdiği kısıtlamaların haksız rekabete yol açtığını ileri sürerek mahkemeye başvurmuştur. Bu başvurusuyla *Uber*; New York Belediyesi'nin bahsedilen kararının rekabeti ortadan kaldırdığını ve taksilere bir imtiyaz yarattığını iddia ederek New York Belediyesi'nin araç sayısındaki kısıtlamaya dair kararının kaldırılmasını talep etmiştir. Bkz.: Can Kamiloğlu, Amerikanın Sesi, "New York'ta Uber-Taksici Krizi Mahkemelik Oldu", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.amerikaninsesi.com/a/new-yorkta-uber-taksici-krizi-mahkemelik-oldu/4790878.html>. Lakin New York Yüksek Mahkemesi, *Uber*'in davasını reddetmiştir (ZEHN-NY LLC et al v City of New York et al, New York State Supreme Court, New York County, No. 151730/2019). Bkz.: Jonathan Stempel, Reuters, "Judge dismisses Uber lawsuit

Birleşik Taksiciler Derneği ve İstanbul Otomobilciler Esnaf Odası tarafından *BlaBlaCar* faaliyetlerinin durdurulması için ise bir girişimde bulunulmamıştır. Böyle bir girişime ihtiyaç duyulmamasının, *BlaBlaCar*'ın *Uber*'in aksine esasen şehirler arası ulaşımda masraf paylaşımına yönelik bir platform olması nedeniyle taksilere rakip konumunda olması ve platformun henüz *Uber* kadar tanınır olmamasından kaynaklanması muhtemeldir. Bununla birlikte *BlaBlaCar*'ın faaliyetlerinin Rusya Federasyonu'nda yasaklanması için 2017 yılından beri 27 Rus taşıma şirketinin mahkemeye başvurmuş olduğu belirtilmektedir²⁷. *BlaBlaCar*'ın daha çok popülerleşmesi ve bunun sonucunda şehirler arası otobüs ve/veya uçakla yolcu taşıma alanında iştigal eden şirketlerin faaliyetlerinde ciddi bir azalma olması ihtimalinde, *BlaBlaCar* platformunun Türkiye'de de benzer hukuki sorunlarla karşılaşması ihtimal dahilindedir.

BlaBlaCar platformunun sağladığı aracılık hizmeti karşılığında sürücünün elde ettiği maliyet katkı payından bir kesinti olup olmadığı ve bu kesintinin tutarı, hizmet verilen ülkeye göre değişiklik göstermektedir. Örneğin *BlaBlaCar* Birleşik Krallık içerisindeki hizmetlerinde platformun internet sitesinde yayımlanmış olan bir tabloya göre aracılık hizmetinin karşılığında ücret almaktadır²⁸.

BlaBlaCar Türkiye ise an itibariyle ücretsiz aracılık hizmeti vermekte, sürücünün tahsil ettiği maliyet katkı payından bir kesinti yapılmamaktadır. *BlaBlaCar* Türkiye'nin internet sitesinden erişilebilir olan Kullanım Sözleşmesi ve Şartları'nda yer alan bu yöndeki kurallar değişmediği müddetçe platform Türkiye içerisindeki hizmetlerini maliyet katkı paylarından kesinti yapmadan sunmaya devam edecektir²⁹.

opposing New York City vehicle license caps", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.reuters.com/article/us-uber-new-york-idUSKBN1XB51W>.

²⁷ Crime Russia, "Death from BlaBlaCar. Murderer of Burger King manager plays into hands of Russian transport operators", E.T.: 31 Ocak 2020, <https://en.crimerussia.com/gromkie-dela/death-from-blablacar-murderer-of-burger-king-manager-plays-into-hands-of-russian-transport-operators/>.

²⁸ BlaBlaCar, "Service Fees", E.T.: 28 Eylül, <https://blog.blablacar.co.uk/blablalife/lp/service-fees>.

²⁹ BlaBlaCar, "Kullanım sözleşmesi ve şartları", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://blog.blablacar.com.tr/about-us/terms-and-conditions.BlaBlaCar>.

II. BLABLACAR TAŞIMALARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

BlaBlaCar platformu aracılığıyla yapılan taşımalar karşılığında yolcular tarafından “*maliyet katkı payı*” adı altında bir tutarın ödenmesinin gerekmesi, öncelikle ödenmesi beklenen bu tutarın “*ücret*” niteliğinde olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Maliyet katkı payı ücret olarak nitelendirilebilirse, o halde burada 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“*TTK*”)³⁰ m. 850 anlamında bir taşıma sözleşmesi mi mevcuttur? Yoksa maliyet katkı payı, platform aracılığıyla yapılan taşımaların ücretsiz karakterini bozmayan, önemsiz bir karşılık niteliğinde midir ve platform aracılığıyla yapılan taşımalar hatır taşıması niteliğinde midir? Bu ihtimaller dışında, *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımalar ne *TTK* m. 850 anlamında taşıma sözleşmesi ne de hatır taşıması olup, ayrı bir sözleşme türü oluşturabilir mi?

Bahsedilen sorular, bu başlık altında sırasıyla cevaplanmaya ve *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımaların hukuki niteliğinin çeşitli ihtimallere göre ne olabileceği belirlenmeye çalışılacaktır.

A. *BlaBlaCar* Platformu Aracılığıyla Yapılan Taşımalar *TTK* m. 850 Anlamında Taşıma Sözleşmesi Niteliğinde Midir?

BlaBlaCar platformu aracılığıyla yapılan taşımaların *TTK* m. 850 anlamında taşıma sözleşmesi niteliğinde olup olmadığının tespit edilebilmesi için, öncelikle *TTK* m. 850 anlamında taşıma sözleşmesinin tanım ve unsurları, ardından taşıma sözleşmesinin hukuki niteliği incelenmelidir.

1. Taşıma Sözleşmesinin Tanım ve Unsurları

TTK m. 850/2 hükmü uyarınca; “*Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi veya yolcuyla varma yerine ulaştırmayı; buna karşılık, eşya taşımada gönderen ve yolcu taşımada yolcu, taşıyıcıya, taşıma ücretini ödemeyi borçlanır.*”.

Hükümden yola çıkarak kara taşımalarında taşıma sözleşmesinin; “*taşıyıcının ücret karşılığında ve kendi hakimiyet alanında, asli edim olarak yolcu veya eşya taşımayı taahhüt ettiği rızâ bir sözleşme*”³¹ veya “*taşıyıcının*

³⁰ Kabul Tarihi: 13.01.2011; Resmî Gazete: 14.02.2011/27846.

³¹ Vural Seven, *Taşıma Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Yayını, 2. bs., Eskişehir, 2011, s. 25. Taşıma sözleşmesinin rızâ bir sözleşme ol-

bir ücret karşılığında yolcu veya eşya taşımayı üstlendiği sözleşme"³² şeklinde tanımlanması mümkündür.

Taşıma sözleşmesi kavramı birçok ayrıma göre incelenmekle birlikte, sözleşmenin konusuna göre taşıma sözleşmeleri yolcu taşıma sözleşmeleri ve eşya taşıma sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılır³³. Karada icra edilen yolcu taşıma sözleşmesinin tarafları taşıyıcı ve yolcudur³⁴.

Taşıma sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir³⁵. Bu bağlamda taşıyıcının asli edimi, eşyayı varma yerine götürmek ve orada gönderilene teslim etmek veya yolcuyu varma yerine ulaştırmak, gönderenin veya yolcunun asli edimi de taşıma ücretini ödemektir³⁶. Do-

duğu yönünde ayrıca bkz.: Gönen Eriş, *Açıklamalı – Gereççeli – İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıma Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2015, s. 26; Banu Bozkurt Bozabalı, *Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, Seçkin, Ankara, 2013, s. 35; Burak Adıgüzel, *Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç)*, Adalet, Ankara, 2020, s. 28. TTK öncesi dönemde mevcut olan, taşıma sözleşmesinin rızâ sözleşme mi yoksa real sözleşme mi olduğu hususundaki tartışmalar için bkz.: Sabih Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982, s. 16-19; Hüseyin Ülgen, *Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları*, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul, 1988, s. 10; Muharrem Gençtürk, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk)*, Vedat, İstanbul, 2006, s. 20-21. TTK m. 856/2 hükmünün bu tartışmalara son verecek nitelikte olduğu yönünde bkz.: Vural Seven, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK m. 856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen*, Yetkin, Ankara, 2012, s. 27, dn. 16; Bozkurt Bozabalı, s. 35.

³² Ahmet Zeyneloğlu, *Taşıma Hukuku: Kara, Deniz, Hava Taşımacılığı ve Taşıma Sigortası, İlgili Mevzuat, Uluslararası Anlaşmalar, Yargıtay Kararları*, Yetkin, Ankara, 1993, s. 29; Arkan, s. 10; Gençtürk, s. 12.

³³ Arkan, s. 11; Ülgen, s. 6-7; Nisim Franko, *Hatır Nakliyatı ve Hukukî Mahiyeti*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992, s. 15; Seven, *Taşıma Hukukunda Gönderilen*, s. 21.

³⁴ Franko, s. 16; Adıgüzel, s. 40.

³⁵ Ülgen, s. 9; Seven, *Taşıma Hukuku*, s. 27; Seven, *Taşıma Hukukunda Gönderilen*, s. 28; Gençtürk, s. 17; Bozkurt Bozabalı, s. 24; Adıgüzel, s. 28.

³⁶ Seven, *Taşıma Hukukunda Gönderilen*, s. 28.

layısıyla taşıma sözleşmesinin unsurları; taşıma işinin üstlenilmesi ve taşıma ücretini ödeme taahhüdüdür³⁷.

Taşıma ücreti, “*taşıma işinin karşılığında ödenmesi gereken bedel*” şeklinde tanımlanmaktadır³⁸. Taşıma ücreti, taşıma sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olup³⁹ sözleşmede taşıma ücreti ödeme yükümlülüğü bulunmaması halinde kural olarak taşıma sözleşmesinin varlığından söz edilemez⁴⁰. Ücretsiz yapılan taşımalar, taşıma sözleşmelerine ilişkin özel hükümlerin kapsamı dışında olacaktır⁴¹. Nitekim Yargıtay’ın görüşü de

³⁷ Arkan, s. 10, 15; Seven, *Taşıma Hukukunda Gönderilen*, s. 39-40; Süleyman Kıran, *Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıma Ücreti*, Adalet, Ankara, 2018, s. 30; Gençtürk, s. 13; Bozkurt Bozabalı, s. 22; Adıgüzel, s. 28-31.

³⁸ Kıran, s. 9.

³⁹ Franko, s. 11-12; Gençtürk, s. 17; Yasemin Durak/Turan Şahin, “Hatır İçin Taşıma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, C. 73, S. 1, s. 345.

⁴⁰ Zeyneloğlu, s. 82; Franko, s. 14, 22; Seven, *Taşıma Hukuku*, s. 27; Kıran, s. 13; Gençtürk, s. 19; Adıgüzel, s. 30. Doktrindeki hâkim fikrin bu olduğu yönünde bkz.: Franko, s. 14. İstisnai bir durum için aksi yönde bkz.: Bozkurt Bozabalı, s. 26. Yazar, istiklal madalyası sahibi kişilerin devlet ve belediyeye ait olan taşıma araçlarında ücretsiz taşınması ile belirli bir yaşa kadar olan çocukların taşınmasında ücret alınmamasını örnek göstererek, bazı hallerde taşıma ücreti olmasa bile taşıma sözleşmesinin söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Yaza göre, bu kişilerin ücretsiz taşınması kanun veya ticari teamülden doğar ve bu nedenle bu kişiler de yolcu taşıma sözleşmesinin tarafı olarak değerlendirilmelidir. Bozkurt Bozabalı, s. 26 ve s. 26, dn. 27. Aynı yönde, demiryolları taşımalarında belli yaşın altındaki çocukların bedava taşınmalarının aradaki sözleşmeyi ortadan kaldırmayacağı görüşü için bkz.: Franko, s. 55-56. Yine aynı yönde, burada hukuken doğan bir yetkiden dolayı ücretsiz bir taşıma olduğu, hatır taşımalarının söz konusu olmadığı görüşü için bkz.: Durak/Şahin, s. 344, dn. 32; Ramazan Zeybek, *Hatır Taşımacılığı*, Adalet, Ankara, 2018 s. 48. Keza aynı yönde, kendisine istiklal madalyası verilmiş kişilerin ve belirli yaştaki çocukların ücretsiz taşınmalarında bu kişilerin ücretsiz taşınmalarının kanunlardan kaynaklandığı, dolayısıyla bu taşımaların hatır taşımaları olmadığı ve taşıma sözleşmesinin mevcut olduğu görüşü için bkz.: Zeyneloğlu, s. 84.

⁴¹ Ülgen, s. 9; Arkan, s. 15; Gençtürk, s. 17. Bununla birlikte taşıyıcı tacirse sözleşmede ücret ödeneceğinin öngörülmemiş olmasının sözleşmenin taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel olmaması gerektiği; zira TTK m. 20 gereği ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacirin, kararlaştırılmış

ücretsiz yapılan taşımlar bakımından taşıma sözleşmesinin mevcut olmadığı yönündedir⁴².

Bununla birlikte taşıma ücretinin ödenmemiş olması taşıma sözleşmesinin kurulmamış olmasına neden olmaz; ücret unsurunun sağlanması için taşıma ücretinin ödenmesinin taahhüt edilmiş olması yeterlidir⁴³.

Taşıma ücreti genellikle para olarak karşımıza çıkmakla birlikte, doktrin ve içtihatla ücret kavramının geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmekte ve bu bağlamda maddi değeri olan her türlü menfaatin taşıma ücreti olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir⁴⁴.

Bununla birlikte nezaket icabı ismarlanan şeylerin ve katlanılan ufak masrafların ücret kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilir⁴⁵. Dolayısıyla ivaz olarak nitelendirilemeyen, ekonomik önem arz etmeyen bir edimde bulunulması ihtimalinde ücret unsuru sağlanmış olmayacaktır⁴⁶.

olmasa bile uygun bir ücret isteyebileceği yönünde bkz.: Zeyneloğlu, s. 79; Arkan, s. 15; Seven, *Taşıma Hukukunda Gönderilen*, s. 40, dn. 65. Aynı yönde bkz.: Adıgüzel, s. 30; Kıran, s. 36.

⁴² Franko, s. 14; Gençtürk, s. 17. "... TTK. 762.ci maddesi gereğince ücret, taşıma sözleşmesinin unsuru olup ücretsiz olarak Elif'in halası davalı idare hostesi tarafından uçağa bindirildiği ve denize düşerek kaybolan uçakta bulunduğu iddia edildiğine ve olayda yukarıda söylendiği gibi taşıma sözleşmesi niteliği bulunmadığı ve haksız eylem hükümlerine tabi olacağından Dairemizin görevi dışında kalmaktadır." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1979/3583 E., 1979/3817 K., 29.09.1979. Karar için bkz.: Ahmet İyimaya, "Hatır Taşımacılığı", *Yargıtay Dergisi*, 1989, C. 15, Özel Sayı, s. 747, dn. 2; Gençtürk, s. 17, dn. 37. "Davacıların miras bırakanı, davalının hususi otomobiline ücretsiz bindiği anlaşılmasına göre, TTK.nun 762. maddesi gereğince, aralarında bir taşıma akdinin mevcudiyetinden söz edilemez." Yargıtay Ticaret Dairesi, 1974/1260 E., 1974/2992 K., 11.06.1974. Karar için bkz.: Franko, s. 14.

⁴³ Kıran, s. 34.

⁴⁴ Zeyneloğlu, s. 78-79; Arkan, s. 15; Ülgen, s. 9; Franko, s. 12; Kıran, s. 123; Seven, *Taşıma Hukuku*, s. 27; Bozkurt Bozabalı, s. 25; Gençtürk, s. 17-18; Adıgüzel, s. 30. Manevi nitelikteki menfaatlerin ücret kavramına dahil olup olmadığı hakkındaki tartışma için bkz.: Franko, s. 32 vd.; Gençtürk, s. 18.

⁴⁵ Ergun Özsunay, "Araç Sahibinin Hatır İçin Ücretsiz Taşıdığı veya Aracını Hatır İçin Ücretsiz Olarak Kullandığı Şahıslara Karşı Sorumluluğu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1966, C. 32, S. 1, s. 171-172; Kıran, s. 124.

⁴⁶ Franko, s. 23; Kıran, s. 124.

Yolcunun benzin ve yağ masraflarına katılması ihtimalinde ücretin söz konusu olup olmadığı ise tartışmalıdır⁴⁷. Bu tür durumlarda taşımanın ücret karşılığı yapıp yapılmadığının olayın bütünü değerlendirilerek belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁸.

Şayet yolculuk masraflarına katılma sürücünün masraflarını azaltmak amacıyla yapıyorsa, bu durumda taşımanın ücretsiz yapıldığının kabul edilmesinin uygun olacağı savunulur⁴⁹. Nitekim bahsedilen ihtimalde kazanç sağlamaya yönelik bir edimin taahhüdü söz konusu değildir⁵⁰.

BlaBlaCar platformu aracılığıyla yapılan taşımaların TTK m. 850 anlamında taşıma sözleşmesi teşkil edip etmediği, taşıma sözleşmesinin unsurlarından ücretin mevcut olup olmamasına göre değişecektir. Platform hakkındaki genel açıklamalarda belirtildiği üzere, sürücüler yolculardan tahsil edecekleri maliyet katkı payını tamamen serbest bir şekilde belirleyememektedirler⁵¹. Platform tarafından, sürücünün belirttiği yolculuk planına göre otomatik olarak bir yolculuk masrafı hesabı yapılmakta ve sürücünün her bir yolcudan talep edebileceği asgari ve azami maliyet katkı payı tutarı buna göre belirlenmektedir⁵². Sürücü ancak belirtilen sınırlar dahilindeki maliyet katkı payı talebiyle sistemde ilan oluşturabilmektedir⁵³. Platformun amacı, yol masraflarının adil bir şekilde paylaşılmasını sağlamak ve sürücülerin kâr elde etmesine engel olmak

⁴⁷ Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 172.

⁴⁸ Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 172; Kıran, s. 124.

⁴⁹ Kıran, s. 124.

⁵⁰ Kıran, s. 124.

⁵¹ BlaBlaCar, “Ücretlendirme ve ödeme sistemi nasıl çalışır?”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/faq/question/ucretlendirme-ve-odeme-sistemi-nasil-calisir>.

⁵² BlaBlaCar, “Ücretlendirme ve ödeme sistemi nasıl çalışır?”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/faq/question/ucretlendirme-ve-odeme-sistemi-nasil-calisir>.

⁵³ BlaBlaCar, “Ücretlendirme ve ödeme sistemi nasıl çalışır?”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/faq/question/ucretlendirme-ve-odeme-sistemi-nasil-calisir>.

olduğundan, maliyet katkı payı tutarına sistem tarafından bir sınırlama getirilmektedir⁵⁴.

Dolayısıyla *BlaBlaCar* platformunun maliyet katkı payı hesaplama sistemi doğru çalıştıkça, sürücü aracına dört yolcu alsa dahi ancak benzin masraflarını karşılayabilmekte; fakat kâr elde edememektedir. Kanaatimizce sürücünün taşıma karşılığında kâr elde etmemiş olması ihtimalinde ücretten söz edilemeyeceğinden, ortada bir taşıma sözleşmesi de olmayacaktır.

Bununla birlikte her ne kadar platformun amacı sürücülerin kâr elde etmesini engellemek yönünde olsa da platform kâr elde etmek amacıyla kullanılır ve bir şekilde platform aracılığıyla yapılan taşımadan kâr elde edilirse, o halde TTK m. 850 anlamında taşıma sözleşmesi mevcut olur.

2. Taşıma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Taşıma sözleşmesi, iş görme sözleşmelerindedir⁵⁵. Bununla birlikte taşıma sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalı olup, bu hususta üç ayrı görüş bulunmaktadır⁵⁶. İlk görüş, taşıma sözleşmesinin bir tür eser sözleşmesi olduğunu savunur. Bu görüş uyarınca, eser sözleşmesi yalnızca maddi bir sonucun değil, maddi olmayan sonuçların meydana getirilmesinin üstlenildiği hallerde de söz konusudur ve taşıma sözleşmesinin eser sözleşmesinin bir türü olarak değerlendirilmesi mümkündür⁵⁷.

⁵⁴ BlaBlaCar, "Ücretlendirme ve ödeme sistemi nasıl çalışır?", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/faq/question/ucretlendirme-ve-odeme-sistemi-nasil-calisir>.

⁵⁵ Arkan, s. 29; Seven, *Taşıma Hukukunda Gönderilen*, s. 110; Gençtürk, s. 22; Bozkurt Bozabalı, s. 35.

⁵⁶ Kıran, s. 13.

⁵⁷ Arkan, s. 30; Kıran, s. 13-15; Bozkurt Bozabalı, s. 37. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz.: Kıran, s. 13, dn. 27. Taşıma sözleşmesinin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olduğunu savunan bir görüşe göre, yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından aynı sonuca varmak zordur. Bu görüş uyarınca, yolcu taşıma sözleşmeleri açısından taşıma sözleşmesinin hukuki niteliğinin kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğunu söylemek daha doğru olacaktır. Adıgüzel, s. 43-44.

Bu görüş, Türk ve Alman hukukunda doktrinde savunulan çoğunluk görüşünü oluşturur⁵⁸.

Taşıma sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin doktrindeki ikinci görüş, taşıma sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinin bir türü olduğu yönündedir. İkinci görüş kapsamında taşıma işinin eser kavramına dahil edilmesinin, eser kavramının çok genişletilmesi anlamına geleceği savunulmaktadır⁵⁹.

Katılmakta olduğumuz üçüncü görüş uyarınca ise taşıma sözleşmesi eser ve vekalet sözleşmelerine nazaran farklılık arz eder; zira taşıma sözleşmesi TTK'nun dördüncü kitabı olan "*Taşıma İşleri*" (TTK m. 850-930) hükümleriyle bağımsız tür bir sözleşme olarak düzenlenmiştir⁶⁰. Ülgen, kanunda ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmiş olan taşıma sözleşmesini diğer bir sözleşme içinde değerlendirmenin gerekli olmadığı görüşüyle taşıma sözleşmesini bağımsız tür bir sözleşme olarak niteleyen gruba dahil olmakla birlikte, tamamlayıcı olarak uygulanacak hükümler konusunun başka olduğuna işaret ederek, en makul çözüm olarak eşya taşımalarında eser, yolcu taşımalarında vekalet hükümlerinin tamamlayıcı olarak uygulanmasını önermektedir⁶¹.

⁵⁸ Kıran, s. 15. Önceleri Roma hukukunda taşımanın ayrı bir sözleşme olarak kabul edilmediği ve taşıma sözleşmelerinin eser sözleşmesi (*locatio conductio operis*) sayıldığı yönünde bkz.: Zeyneloğlu, s. 22.

⁵⁹ Yazar bu görüşte olmamakla birlikte, bu görüş hakkında bkz.: Kıran, s. 14 ve s. 14, dn. 28. Yazar bu görüşte olmamakla birlikte, İsviçre doktrininde taşıma sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olduğunu savunan yazarlar ve bu görüşün sakinlerini için bkz.: Arkan, s. 30, dn. 98.

⁶⁰ Ülgen, s. 19; Zeyneloğlu, s. 31; Gençtürk, s. 22. İş görme sözleşmelerinin sadece TBK'da düzenlenen sözleşmelerden ibaret olmadığı, nitekim taşıma sözleşmesinin de iş görme edimini içeren bir özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde bkz.: Seven, *Taşıma Hukukunda Gönderilen*, s. 110.

⁶¹ Ülgen, s. 19-20. Aynı yönde bkz.: Gençtürk, s. 22. Bu görüşün, taşıma sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olarak nitelendirildiği varsayımına dayanan eleştirisi için bkz.: Bozkurt Bozabalı, s. 37. Bununla birlikte Ülgen taşıma sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olduğunu ileri sürmüş değildir. Bağımsız bir tür sözleşme ile kast edilmek istenen ile *sui generis* sözleşme tamamen zıt kavramlardır. Zira Ülgen bağımsız bir tür sözleşme kavramıyla isimli bir sözleşmeye işaret ederken, *sui generis* sözleşmeler isimsiz sözleşmeler kapsamındadır.

Zeyneloğlu taşıma sözleşmesinin bağımsız bir akit tipi olarak düzenlenmiş olduğu görüşünde olmakla birlikte, yazara göre “*taşıma aktini mevcut akitlerden herhangi birine benzetmektense ne’i şahsına mahsus ayrı bir akit olarak kabul etmek daha yerinde olur*”⁶².

Borç sözleşmeleri; kanunda düzenlenmiş olup olmamalarına göre isimli sözleşmeler ve isimsiz sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır⁶³. İsimli sözleşmeler (*Nominatverträge*⁶⁴), kanunda düzenlenmiş olan borç sözleşmelerini ifade eder⁶⁵. Bir sözleşmenin kanun tarafından düzenlenmiş sayılması için sözleşmenin birinci derecedeki önemli noktalarının kanun tarafından düzenlenmiş olmasının arandığı belirtilmektedir⁶⁶. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”)⁶⁷ özel hükümlerinde düzenlenmiş olan eser, vekalet, kira vb. sözleşmeler isimli sözleşmelere örnek olduğu gibi, özel kanunlarda düzenlenmiş olan isimli sözleşmeler de mevcuttur⁶⁸. Bu bağlamda TTK hükümlerinde düzenlenmiş olan taşıma sözleşmesi, özel kanunlarla düzenlenmiş olan isimli sözleşmelere örnek gösterilmektedir⁶⁹.

İsimsiz sözleşmeler (*Innominatverträge*⁷⁰) ise, TBK özel hükümler kısmında veya özel bir kanunla düzenlenmemiş olan sözleşmeleri ifade eder⁷¹. *Sui generis* (kendine özgü yapısı olan) sözleşmeler de isimsiz sözleşmelerdendir⁷². Bu tür sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş herhangi bir isimli sözleşmenin unsurunu içermezler ve isimsiz karma sözleşme de değillerdir⁷³. Taşıma sözleşmesinin TTK hükümleriyle açıkça düzenlenmiş

⁶² Zeyneloğlu, s. 31.

⁶³ Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, C. 55, s. 263; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin, 24. bs., Ankara, 2019, s. 218.

⁶⁴ Oktay, s. 263.

⁶⁵ Oktay, s. 264; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 218.

⁶⁶ Oktay, s. 264-265.

⁶⁷ Kabul Tarihi:11.01.2011; Resmî Gazete: 04.02.2011/27836.

⁶⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 218.

⁶⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 219.

⁷⁰ Oktay, s. 263.

⁷¹ Oktay, s. 263; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 219.

⁷² Oktay, s. 272; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 221.

⁷³ Oktay, s. 275; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 221.

olması karşısında *sui generis* bir sözleşme olarak değerlendirilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

Bilindiği üzere TBK m. 646 gereği TBK, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ("TMK")⁷⁴ beşinci kitabı ve onun tamamlayıcısıdır. TTK m. 1 gereği de TTK, TMK'nın ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle de TTK'da bağımsız bir tür sözleşme olarak düzenlenmiş olan taşıma sözleşmesini TBK özel hükümlerde yer alan sözleşme tiplerinden biriyle açıklamaya çalışmak yerinde görünmemektedir.

Kaldı ki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun ("eBK")⁷⁵ özel hükümler kısmının on altıncı babında nakliye mukaveleleri 431-448 maddeleri arasında düzenlenmişti. Bu hükümler yalnızca eşya taşınmasına ilişkindi⁷⁶. Fakat taşıma sözleşmeleri hakkında aynı zamanda 1926 tarihli 865 sayılı Ticaret Kanunu⁷⁷ hükümlerinde düzenleme bulunması ihtilaflara neden olmaktadır⁷⁸. Bu nedenle eTTK'nın yürürlüğe girdiği dönemde mevzuat arasındaki ikiliği kaldırmak amacıyla, konunun ticari oluşu da göz önünde bulundurularak eBK nakliye mukaveleleri hükümleri, 6763 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un⁷⁹ 41. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştı⁸⁰. Böylece taşıma sözleşmesine ilişkin hükümlerin tarihinden de taşıma sözleşmesini bağımsız bir tür sözleşme olarak değerlendirmek gerektiği anlaşılmaktadır.

Özetle taşıma sözleşmesi TTK hükümleriyle açıkça düzenlenmiş olduğundan, taşıma sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığı görüşünderiz ve taşıma sözleşmesinin TTK hükümleriyle bağımsız bir tür sözleşme olarak düzenlenmiş olduğu görüşüne katılıyoruz⁸¹. Taşıma sözleşmesinin TTK hükümleriyle bağımsız-

⁷⁴ Kabul Tarihi: 22.11.2001; Resmî Gazete: 08.12.2001/24607.

⁷⁵ Kabul Tarihi: 22.04.1926; Resmî Gazete: 29.04.1926/359.

⁷⁶ Zeyneloğlu, s. 23.

⁷⁷ Kabul Tarihi: 29.05.1926; Resmî Gazete: 28.06.1926/406.

⁷⁸ Zeyneloğlu, s. 23.

⁷⁹ Kabul Tarihi: 29.06.1956; Resmî Gazete: 09.07.1956/9353.

⁸⁰ Zeyneloğlu, s. 23.

⁸¹ Ülgen, s. 19; Gençtürk, s. 22.

sız bir sözleşme olarak düzenlenmiş olması karşısında, taşıma sözleşmesini diğer bir sözleşme kapsamında değerlendirmek ne gerekli ne de yerinde olacaktır⁸².

Taşıma sözleşmesinin hukuki niteliğine dair bu görüşümüz *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımalara uygulandığında, TTK m. 850 hükmünden çıkan taşıma sözleşmesinin unsurlarının ve bu bağlamda ücret unsurunun somut olayda mevcut olması ihtimalinde, *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımaların taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Bununla birlikte *BlaBlaCar* platformunun amacı sürücülerin kâr elde etmemesi yönünde olduğundan ve sistem de buna göre tasarlanmış olduğundan, platform amacına uygun kullanıldıkça taşıma karşılığı alınan bir ücret söz konusu olmaz ve bu nedenle platform aracılığıyla yapılan taşımalar TTK m. 850 anlamında taşıma sözleşmesi teşkil etmez.

B. BlaBlaCar Platformu Aracılığıyla Yapılan Taşımalar Hatır Taşımaları Niteliğinde Midir?

BlaBlaCar platformu aracılığıyla yapılan taşımaların hatır taşıması niteliğinde olup olmadığının tespiti için öncelikle hatır taşıması kavramının tanım, unsurlar ve hukuki nitelik bağlamında ele alınması gerekir.

1. Hatır Taşımalarının Tanımı

Hatır taşımasının (*Gefälligkeitsfahrt*⁸³, *transport bénévolé* veya *gratuit*⁸⁴), “işletenin bir kimseyi, nezaket gereği veya onu memnun etmek için ücretsiz olarak aracında taşıması” şeklinde tanımlanması mümkündür⁸⁵.

Hatır taşıması kavramının isimlendirilmesinde doktrinde bir bir-

⁸² Ülgen, s. 19-20. Aynı yönde bkz.: Gençtürk, s. 22.

⁸³ Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 165; Demet Çelikleş, *2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda İşletenin Hukuki Sorumluluğu*, Karınca Matbaacılık, İzmir, 1987, s. 104.

⁸⁴ Çelikleş, s. 104.

⁸⁵ Erhan Adal, *Trafik Kazalarında Akit – Dışı Hukukî Sorumluluk*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s. 113; Çelikleş, s. 104; Franko, s. 19; Durak/Şahin, s. 341.

lik yoktur⁸⁶. Aynı kavramı ifade etmek üzere “*hatır seyahati*”⁸⁷, “*hatır için ücretsiz taşıma*”⁸⁸, “*hatır nakliyatı*”⁸⁹, “*hatır taşımacılığı*”⁹⁰, “*gönülden taşıma*”⁹¹, “*hatır için taşıma*”⁹², “*hatır için karşılıksız taşıma*”⁹³ ve “*hatır taşıması*”⁹⁴ tabirleri kullanılmıştır.

⁸⁶ Franko, s. 19; Durak/Şahin, s. 341.

⁸⁷ Adal, s. 113.

⁸⁸ Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 163; Ergun Özsunay, “Trafik Hukukunda Araç Sahibinin Fiil ve Davranışlarından Sorumlu Olduğu Şahıslar”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1967, C. 4, S. 1, s. 23.

⁸⁹ Franko, s. 20.

⁹⁰ İyimaya, s. 752; Zeybek, s. 31; Yıldırım Keser, “Hatır Taşımacılığında Doğan Zararlardan Hakkaniyet İndirimi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 2019, C. 21, Özel Sayı s. 2397.

⁹¹ Çetin Aşçıoğlu, *Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları*, Yazarın Kendi Yayını, Sözkese Matbaacılık, 2. bs., Ankara, 2008, s. 102.

⁹² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 803; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Seçkin, 11. bs., Ankara, 2016, s. 306; Ayşe Havutçu/K. Emre Gökayla, *Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Hukukî Sorumluluk*, Seçkin, Ankara, 1999, s. 85; Kıran, s. 126; Hüseyin Ateş, “Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğunun Azaltılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, C. 24, S. 97, s. 305; Durak/Şahin, s. 341; Alptekin Burak Boydak, “Karayolları Trafik Kanunu Kaynaklı Kusursuz Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, C. 5, S. 17, s. 308; Mustafa Tiftik, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Yetkin, Ankara, 1994, s. 148.

⁹³ O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, C. V/1, 2, Seçkin, 2. bs., Ankara, 2019, s. 496.

⁹⁴ Fikret Eren, “Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1987, C. 39, S. 1, s. 165; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat, 3. bs., İstanbul, 2015, s. 20; Hasan Tahsin Gökcan, *Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları*, Seçkin, 9. bs., Ankara, 2018, s. 192; Hamdi Yılmaz, *Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuksal Sorumluluğu*, ed. Özge Uzun Kazmacı, Vedat, İstanbul, 2014, s. 35; Çelik Ahmet Çelik, *Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu*, Seçkin, Ankara, 2017, s. 88; Aziz Serkan Arslan, “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (“KTK”)⁹⁵ m. 87/1 hükmüyle işletenin, taşıma esnasında meydana gelen bir trafik kazası sonucunda hatır için taşınanın uğradığı zararlardan sorumluluğu genel hükümlere tabi kılınmıştır. Hüküm uyarınca, “Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ve motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca gelen zararlardan dolayı sorumluluk, genel hükümlere tabidir.”.

2. Hatır Taşımalarının Unsurları

Doktrinde hatır taşımalarının unsurlarının neler olduğu hususunda görüş birliği yoktur. Yazarlar hatır taşımalarının unsurlarını çeşitli şekillerde belirlemişlerdir. *İyimaya* hatır taşımalarının unsurlarını; taşıyanın taşımada

Davaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, İstanbul 2010, C. 23, S. 88, s. 206; Aslıhan Yalçinkaya, “Genel Hatları ile Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2019, C. 77, S. 1, s. 444; Eriş, s. 27.

⁹⁵ Kabul Tarihi: 13.10.1983; Resmî Gazete: 18.10.1983/18195. KTK’nın hazırlanması aşamasında, 1958 yılında yayımlanmış olan İsviçre Karayolları Trafikine İlişkin Federal Kanun (*Loi fédérale sur la circulation routière, Strassenverkehrsgesetz “SVG”*) temel alınmıştır (Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 336). Bununla birlikte KTK’nın 87. maddesinin ilk fıkrasının kaynağını oluşturan SVG’nin 59. maddesinin 3. fıkrası, 20.03.1975 tarihli Federal Kanun’la yürürlükten kaldırılmıştı (Karl Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Band: Allgemeiner Teil*, Schulthess Polygraphischer, 4. bs., Zürich, 1975, s. 275-276; Karl Oftinger/Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil*, Schulthess Polygraphischer, 4. bs., Zürich, 1989, s. 263; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 338, Henri Deschenaux/Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, Çev.: Salim Özdemir, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983, s. 128-129, 208; Tiftik, s. 148, dn. 388). Dolayısıyla KTK’nın hazırlık aşamalarında SVG m. 59/3 halihazırda 1975 değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen, benzer bir hükmün KTK’da yer alması tercih edilerek SVG’nin hukuki sorumluluğa ilişkin kurullarından farklılığa gidilmiştir (Ahmet Sivri, “Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 15, S. 2, s. 587). İsviçre öğretisinde 1975 değişikliğinden sonra İsviçre Borçlar Kanunu m. 43 (TBK m. 51) kapsamında aynı sonuca varılıp varılmayacağı ise tartışmalıdır (Oftinger/Stark, s. 264; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 338, s. 338 dn. 456; Yılmaz, s. 235, dn. 1090).

önemli bir yararı olmaması, hatır ilişkisinin serbest irade ile kurulması ve taşımanın taşınanın yararına olması şeklinde açıklamaktadır⁹⁶. *Durak* ve *Şahin*'in görüşü uyarınca KTK m. 87/1'den yararlanabilmek anlamında hatır taşımasının unsurlarını; şahsın araçla taşınması, taşımanın ücretsiz olması ve taşınan kişinin ölmesi ya da yaralanması şeklinde belirlemek mümkündür⁹⁷. *Çelik*, hatır taşımasının unsurlarının, araca bindirilen kişiden bir ücret alınmamış olması ve taşıyanın taşıdığı kişiden bir beklentisi olmaması olduğu görüşündedir⁹⁸. *Eren*'e göre hatır taşımasının söz konusu olabilmesi için, taşımak için araca alınan yolcudan hiçbir karşı edim alınmamış olması ya da karşı edim alınmış olsa bile bunun önemsiz olması ve hatır taşımasının başkasına kolaylık gösterme, iyilik etme düşüncesine dayanması gerekir⁹⁹. *Franko*, ücret ödememe durumu ile taşımanın karşılıksız yapılmasının, hatır taşımasının vasıfları olduğu görüşündedir¹⁰⁰.

Kanaatimizce gerek KTK m. 87/1 hükmünde açıkça "*hatır için karşılıksız taşınmakta ise*" ifadelerinin kullanılmış olmasından, gerekse "*karşılık*" kavramının "*ücret*" kavramını da kapsayan daha geniş bir anlamı olmasından dolayı, hatır taşımasının unsurları bahsinde taşımanın ücretsiz olmasındansa, karşılıksız olmasının bir unsur olarak değerlendirilmesi daha yerindedir. Nitekim doktrindeki hâkim görüş uyarınca, hatır taşımasında yalnızca "*ücretsizlik*" değil, aynı zamanda "*karşılıksızlık*" durumunun da mevcut olması gerekir¹⁰¹.

Dolayısıyla kanaatimizce hatır taşımasının unsurlarını; şahsın araçla taşınması¹⁰², önemli bir karşılığın olmaması¹⁰³, başkasına iyilik etme

⁹⁶ İyimaya, s. 749-751.

⁹⁷ Durak/Şahin, s. 341-344.

⁹⁸ Çelik, s. 447.

⁹⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 803.

¹⁰⁰ Franko, s. 20, 24.

¹⁰¹ Franko, s. 20; Durak/Şahin, s. 344; Çelikleş, s. 105.

¹⁰² Özsunay, "*Hatır İçin Ücretsiz Taşıma*", s. 169; Durak/Şahin, s. 341. Hatır taşımalarında taşımanın mutlaka aracın sahibi olan kişi tarafından gerçekleştirilmesinin şart olmadığı yönünde bkz.: Özsunay, "*Hatır İçin Ücretsiz Taşıma*", s. 171.

¹⁰³ Franko, s. 23.

düşüncesine dayanma¹⁰⁴ ve ilişkinin serbest irade ile kurulması¹⁰⁵ şeklinde sıralamak mümkündür.

BlaBlaCar aracılığıyla yapılan taşımaların hatır taşıması niteliğinde olup olmadığı hususunda, hatır taşımasının unsurlarından “*önemli bir karşılığın olmaması*” unsurunun bu platform aracılığıyla yapılan taşımalarda mevcut olup olmadığı irdelenmelidir. Zira platform aracılığıyla yapılan taşımalar için yolcuların her biri tarafından sürücüye ödenen “*maliyet katkı payı*”nın önemli bir karşılık niteliğinde olup olmadığı, platform aracılığıyla yapılan taşımaların hatır taşıması niteliğinde olup olmadığı hususunda belirleyici olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki bir ücret karşılığında gerçekleştirilen taşımaların hatır taşıması olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁰⁶. Bununla birlikte taşıma dolayısıyla sürücünün sağladığı ekonomik menfaat, yolcunun ödeyeceği belirli bir tutardaki para (ücret) dışında bir hizmet edimi veya başka bir ekonomik menfaat de olabilir¹⁰⁷. Hatır taşıması bu durumlarda da söz konusu değildir¹⁰⁸.

Hatır taşımalarında mutlak bir karşılıksızlığın aranıp aranma-

¹⁰⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 803.

¹⁰⁵ Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 169; İyimaya, s. 751; Havutçu/Gökayla, s. 86; Ateş, s. 305; Durak/Şahin, s. 341; Gökcan, s. 192, 424.

¹⁰⁶ Franko, s. 20; Kıran, s. 126; Çelik, s. 447; Zeybek, s. 31; Boydak, s. 308. Bununla birlikte ücretsiz her taşımanın da hatır taşıması olarak nitelendirilmemesi gerektiği, özellikle kişinin aile bireylerini ücretsiz taşıması durumlarında konunun hatır değil, ailevi ilişkiler ve yükümlülükler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilir. Durak/Şahin, s. 342.

¹⁰⁷ Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 170; Franko, s. 23; Aşçıoğlu, s. 106; Keser, s. 2398-2399. Örneğin bir otomobil satış temsilcisinin, satış sözleşmesi akdetme konusunda ikna edici olması amacıyla, potansiyel bir alıcıyı deneme sürüşüne çıkarması ihtimalinde, taşımada ekonomik bir menfaat söz konusudur ve böyle bir taşıma hatır taşıması olmaz. Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 170-171. Doktrindeki hâkim görüş uyarınca, taşımada maddi değil fakat manevi bir menfaatin söz konusu olması ihtimalinde de hatır taşımasından söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Bkz.: Franko, s. 74; Durak/Şahin, s. 344; Aşçıoğlu, s. 105.

¹⁰⁸ Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 170; Franko, s. 23.

dığı konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bu husustaki bir görüş uyarınca, taşıma dolayısıyla sürücüye temin edilecek en küçük bir menfaat bile, taşımanın hatır taşıması olmasına engel teşkil etmeye yeterlidir¹⁰⁹. Kanaatimizce de yerinde olan diğer görüş uyarınca ise, hatır taşımasının söz konusu olabilmesi için yolcudan ya hiçbir karşı edim alınmamış olması ya da bir karşı edim alınmış olsa bile bu karşı edimin önemsiz olması gerekir¹¹⁰. Diğer bir deyişle yolcudan önemli addedilemeyecek bir

¹⁰⁹ Yazar bu görüşte olmamakla birlikte, Fransız içtihadının bahsedilen görüş paralelinde olduğu ve bu konuda çok katı bir tutum sergilendiği yönünde bkz.: Franko, s. 30. Nitekim Fransız Yargıtayı, yakıt masraflarının yolcu tarafından ödendiği fakat bunun yarısının sürücü tarafından karşılandığı bir taşıma hakkında, taşımanın karşılıksız olduğunu iddia etmenin mümkün olmadığına karar vermiştir. Karar için bkz.: Franko, s. 24.

¹¹⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 803; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, Vedat, 14. bs., İstanbul, 2018, s. 227, dn. 284; İyimaya, s. 749; Kemal Tahir Gürsoy, *İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukukî Sorumluluğun Anahatları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1974, s. 95; Adal, s. 115; Çeliktaş, s. 106; Franko, s. 31; Yılmaz, s. 36; Durak/Şahin, s. 343; Zeybek, s. 63; Ateş, s. 305; Gökcan, s. 192, 194. Fransız doktrininde, içtihadı nazaran daha ılıman bir görüşle, elde edilen menfaatin önemli olmaması durumunda taşımanın yine hatır taşıması olacağına kabul edildiği yönünde bkz.: Franko, s. 30.

Yargıtay içtihadı genellikle doktrindeki hâkim görüşle aynı yönde olup, hatır taşımasının söz konusu olması için mutlak bir karşılıksızlık aranmamaktadır: *“Hatır taşıması bir kimseyi ücretsiz olarak ve bir karşılık almadan ve bir yararı bulunmadan taşıma halidir. Yani hatır için taşımada taşımanın karşılıksız olması veya alınan karşılığın önemsiz olması gerekir.”* ifadelerinin kullanıldığı kararlar için bkz.: Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2014/18502 E., 2017/1889 K., 23.02.2017 (Zeybek, s. 66); Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2016/20252 E., 2019/8455 K., 24.09.2019; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2017/2730 E., 2019/10126 K., 04.11.2019; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2016/10906 E., 2019/4820 K., 16.04.2019; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 2017/791 E., 2019/9855 K., 23.10.2019; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2017/1898 E., 2019/9631 K., 18.10.2019; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2016/20246 E., 2019/8164 K., 17.09.2019; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2016/11783 E., 2019/4686 K., 15.04.2019. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2012 tarihli bir kararında da aynı görüş benimsenmiştir: *“Böylece, hatır için taşıma ya da vermenin söz konusu olabilmesi için, işletenin taşımak üzere araca aldığı yolcudan veya*

karşılık alınmış olması ihtimalinde, bunun taşımanın hatır taşıması niteliğini etkilemeyeceğini söylemek mümkündür¹¹¹. Yolcunun sürücüyeye yemek veya içki ısmarlaması; nezaket gereği verilen ve ekonomik önem arz etmeyen, dolayısıyla taşımanın hatır taşıması niteliğini bozmayan edimlere örnek gösterilmektedir¹¹².

Yolcunun yolculuğun benzin ve yağ masraflarına katılması ha-

aracını verdiği kişiden ya hiç karşı edim almamış ya da olsa bile bunun önemsiz olması gerekir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2011/824 E., 2012/134 K., 14.03.2012.

Bununla birlikte Yargıtay’ın özellikle daha eski tarihli bazı kararlarında, hatır taşımalarının söz konusu olması bağlamında alınan karşılığın önemli olup olmadığı değerlendirilmediği de görülmektedir: *“Hatır taşımaları bir menfaat karşılığı olmadığı cihetle, ...”* ifadelerinin kullanıldığı kararlar için bkz.: Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2009/8556 E., 2010/2269 K., 15.03.2010; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2011/7422 E., 2012/6339 K., 17.05.2012; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2009/7575 E., 2010/650 K., 01.02.2010. Aynı yönde bkz.: *“Hatır taşımacılığında yalnız yolcunun yararı söz konusu olduğu ve araç sahibi ivazsız bir şekilde hareket ettiği cihetle ...”* Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2013/15439 E., 2014/8404 K., 11.04.2014; *“Hatır taşımaları bir menfaat karşılığı olmadığı cihetle, ... Hatır taşımasından ya da kullanmadan söz edebilmek için yaralanan ya da ölen karşılıksız taşınmış olmalıdır. ... Ancak taşıma ve kullanmada işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin bir çıkarı veya yararının bulunması halinde hatır taşımasından söz edilemeyecektir.”* Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2016/5830 E., 2019/2309 K., 28.02.2019; *“Hatır taşıması bir kimseyi ücretsiz veya bir karşılık almadan ve bir yararı bulunmadan taşıma halidir. ... taşıma için yakıt gideri verildiği, karşılık alındığı gözetilmeden, mahkemece araç hasarı ile ilgili olarak tespit edilen bedelden hatır taşıması indirimi yapılması doğru değildir.”* Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2015/10377 E., 2018/5564 K., 28.05.2018. Kararlar için bkz.: Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı.

¹¹¹ Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 171-172; Çeliktaş, s. 106; Durak/Şahin, s. 343. Paralel bir şekilde, sembolik bir ödemenin taşımanın hatır taşıması niteliğini bozmayacağı yönünde bkz.: Anton K. Schnyder, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR*, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (ed.), Helbing Lichtenhahn, 4. bs., Basel, 2007, Art. 43, Rn. 15.

¹¹² Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 171-172; Franko, s. 23, 31; Aşçıoğlu, s. 106; Haluk N. Nomer, “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 1992, C. 66, S. 1-2-3, s. 47; Oğuzman/Öz, s. 227, dn. 284; Gökcan, s. 194; İyimaya, s. 749.

linde hatır taşımasının söz konusu olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır¹¹³. Bu husustaki ilk görüşe göre, bu gibi durumlarda taşımanın ücretli mi yoksa hatır amacıyla ve ücretsiz mi olduğunun, olayların tümü değerlendirilerek belirlenmesi gerekir¹¹⁴. Diğer bir görüşe göre, aracın kullanılması için bir meblağın ödenmesi veya yakıt masraflarına katılma halinde artık ekonomik bir menfaat söz konusudur ve aracın kiralanması gibi bir sonuç doğar¹¹⁵.

Kanaatimizce haklı olan, önemlilik kıstasını gözeten üçüncü görüş uyarınca ise, hatır için taşınan ya da kendisine araç verilen kimsenin, yakıt masraflarına katkıda bulunma örneğindeki gibi bazı önemsiz katkılarda bulunması, hatır taşımasının bedava niteliğini bozmaz¹¹⁶. Dolayısıyla yakıt masraflarına düşük bir katılım halinde “önemli bir karşılık” söz konusu değildir ve bu durum taşımanın hatır taşıması olmasına engel teşkil etmeyecektir¹¹⁷. Buna karşılık, sürücünün yolculuğu masrafsız hale getirmek amacıyla, arabasına davet ettiği kişilerden para alması halinde, hatır niyetinin değil sürücünün menfaatinin ön planda olması nedeniyle artık hatır taşımasından bahsedilemeyeceği savunulmaktadır¹¹⁸.

Yakıt masraflarına yarı yarıya katlanma, bu kapsamda değerlendiril-

¹¹³ Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 172; Franko, s. 23; Aşçıoğlu, s. 106; Ateş, s. 305.

¹¹⁴ Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 172.

¹¹⁵ Yazar bu görüşte olmamakla birlikte, bahsedilen görüş için bkz.: Franko, s. 24. Bu görüşte aracın kullanılması için bir meblağ ödenmesi veya yakıt masraflarına katılmaktan bahsedildiğinden, esasen hatır taşıması değil, hatır için aracı kullandırmanın unsurlarının mevcut olup olmadığı değerlendirilmektedir.

¹¹⁶ Çelikleş, s. 106; Gökcan, s. 194.

¹¹⁷ Durak/Şahin, s. 343. Paralel bir şekilde, nezaket icabı aracın yakıt masrafına katılmanın taşımanın hatır taşıması niteliğini bozmayacağı yönünde bkz.: Nomer, s. 47; Oğuzman/Öz, s. 227, dn. 284.

¹¹⁸ Durak/Şahin, s. 343. Aynı yönde bkz.: Yılmaz, s. 36. Doktrindeki diğer bir görüş kapsamında, araçtaki yolcunun benzin ve benzeri masraflara katılması durumunda taşımanın karşılıksız olmaktan çıkacağı kabul edilmektedir. Masraflara katılmanın önemli bir karşılık oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmediği bu görüş için bkz.: Havutçu/Gökyayla, s. 86.

dirilmekte ve bu tür taşımalar hatır taşıması olarak görülmemektedir¹¹⁹. Gerçekten de yakıt masraflarına ortak olma halinde ortada yolculuk için alınan önemli bir karşılık söz konusudur ve hatır taşımasının unsurları oluşmaz. Ayrıca bu gibi durumlarda yine hatır taşımasının unsurlarından olan başkasına iyilik etme düşüncesine dayanma¹²⁰ unsuru da sağlanmamaktadır.

“Genel Olarak BlaBlaCar Platformu ve Sistemin İşleyişi” başlığı altında detaylıca açıklandığı üzere, sistemde sürücünün belirttiği yolculuk planına göre otomatik olarak bir yolculuk masrafı hesabı yapılmakta ve sürücünün her bir yolcudan talep edebileceği asgari ve azami maliyet katkı payı tutarı yolculuğa göre belirlenmektedir¹²¹. Sistem tarafından, ilanı verilen yolculukta koltuk başına düşen maliyet katkı payı hesaplanırken, yolculuğun tahmini yakıt masrafı tutarı, azami yolcu sayısı olan dörde bölünmektedir¹²². Dolayısıyla sürücünün aracına dört yolcu alması halinde, tüm yakıt masraflarının yolcular tarafından karşılanmış olması mümkündür. Böyle bir ihtimalde hatır taşımasının “önemli bir karşılığın olmaması” unsurunun sağlanmış olmayacağından ve taşımanın hatır taşıması niteliğinde olmayacağından şüphe yoktur.

Keza BlaBlaCar platformu aracılığıyla yapılan taşımaların taşıma sözleşmesi teşkil edip etmediğinin sorgulandığı “BlaBlaCar Platformu Aracılığıyla Yapılan Taşımalar TTK m. 850 Anlamında Taşıma Sözleşmesi Niteliğinde Midir?” başlığı altındaki açıklamalarda belirtilmiş olduğu üzere, her ne kadar platform sürücülerin kâr elde etmesini engellemeyi amaçlasa da, yolculuktan işletim masraflarını aşan tutarda bir karşılık elde

¹¹⁹ Durak/Şahin, s. 343-344. Taşıyanlar ve taşıyanın taşımada eşit derecede ortak yararlarının bulunduğu hallerde hatır taşımasının söz konusu olmadığı yönünde bkz.: İyimaya, s. 749.

¹²⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 803.

¹²¹ BlaBlaCar, “Ücretlendirme ve ödeme sistemi nasıl çalışır?”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/faq/question/ucretlendirme-ve-odeme-sistemi-nasil-calisir>.

¹²² İlanı verilen yolculukta koltuk başına düşen maliyet katkı payının, yolculuğun tahmini yakıt masrafının (azami yolcu sayısı olan) dörde bölünmesi suretiyle hesaplandığı, BlaBlaCar platformu yetkilileri ile yapılan yazışmalar vesilesiyle öğrenilmiştir.

edilmesi ve buna bağlı olarak taşıma sebebiyle kâr elde edilmesi ihtimalinde, artık ücretli bir taşıma söz konusudur ve bir taşıma sözleşmesi vardır. Taşıma sözleşmesinin mevcut olduğu durumlarda hatır taşımasının varlığından söz edilemez.

Bununla birlikte sistem tarafından tanınan marj kapsamında sürücü tarafından sembolik bir tutarın talep edilmiş olması ve yalnızca bir yolcunun birlikte seyahat etmeyi kabul etmiş olması ihtimalinde ise sürücü yolcuyu önemli olmayan bir tutar karşılığında taşımış olur. Keza somut olayda sürücünün başkasına iyilik etme düşüncesinde olması ve taşımanın daha çok yolcunun yararına olması da söz konusu olabilir ve hatır taşımasının unsurları sağlanıyor olabilir.

Sonuç olarak, *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımalarda her bir taşımanın hatır taşımasının unsurlarını taşıyıp taşımadığının somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gerekir. Somut olayda taşıma karşılığında önemli olmayan bir karşılık alınmış olabileceği gibi, kâr oluşturmaması nedeniyle ücret olarak nitelendirilmeyeceğimiz fakat önemli olan bir karşılığın alınması veya kâr elde edilen ücretli bir taşımanın söz konusu olması da mümkündür.

Lakin platform aracılığıyla gerçekleştirilen yolculuk vesilesiyle sürücü önemli bir karşılık elde etmemiş olsa ve taşıma başkasına iyilik etme düşüncesine dayansa bile bu durum *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımaların hatır taşıması niteliğinde olduğunu söyleyebilmek için yeterli değildir. Zira bunun için ayrıca hatır taşımalarının hukuki niteliğinin de irdelenmesi ve *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımaların bu bakımından değerlendirilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, somut olayda hatır taşımasının unsurlarının tamamı sağlanmış olsa dahi, hatır taşımasının hukuki niteliği tespit edilmeden, *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan somut taşımanın hatır taşıması teşkil edip etmediği belirlenemez.

3. Hatır Taşımasının Hukuki Niteliği

Hatır taşımasının hukuki niteliğinin ne olduğu doktrinde tartış-

malıdır. Bu husustaki görüşleri temel olarak, hatır taşımasının sözleşmesel ilişki niteliğinde olduğu görüşü, hatır taşımasının sözleşme dışı ilişki niteliğinde olduğu görüşü ve hukuki işlem benzeri ilişki niteliğinde olduğu görüşü şeklinde üçe ayırmak mümkündür¹²³.

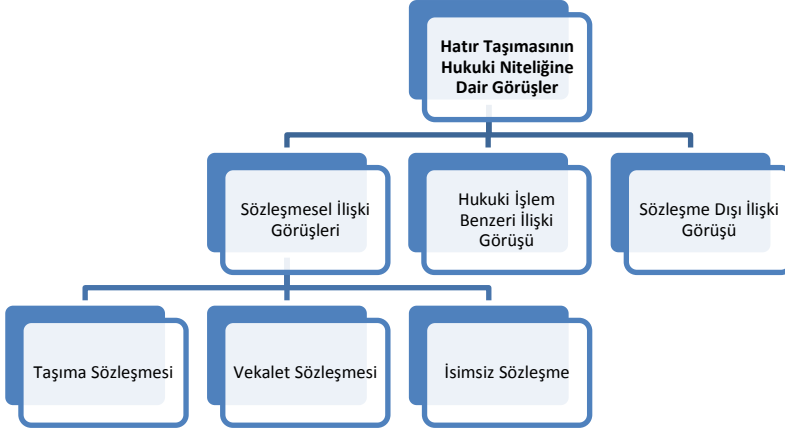
Hatır taşımasının hukuki niteliğinin sözleşme olduğu görüşündeki yazarlar, hatır taşımasının hukuki niteliğinin hangi sözleşme olduğu hususunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Sözleşme görüşünü kabul eden yazarlardan bazıları bu sözleşmenin taşıma sözleşmesi¹²⁴, bazıları

¹²³ İyimaya, s. 752; Gökcan, s. 192. Fransız doktrininde görüldüğü belirtilen bir görüş uyarınca, hatır taşımasının hukuki niteliğinin ne sözleşme ne de haksız fiil esaslarıyla açıklamak mümkündür; bu görüşe göre hatır taşımasının hukuki niteliği hakkaniyet esasına dayanır (yazar bu görüşte olmamakla birlikte, bu görüşteki yazar için bkz.: Franko, s. 70, dn. 278.). Bahsedilen görüşü benimseyen yazarlara Türk doktrininde hiç rastlanmamakta olduğundan, bu görüş hatır taşımasının hukuki niteliğine dair görüşlere ilişkin temel tasnifte dikkate alınmamıştır. Hatır taşımasının hukuki niteliğini hakkaniyet düşüncesiyle açıklamak yerinde görülmemektedir; zira hakkaniyet düşüncesi, hatır taşımasının hukuki niteliğinin belirlenmesinde değil, hatır taşımalarından doğan zararlardan sorumluluk bakımından önem arz eder. Franko, s. 72. Doktrindeki diğer bir görüş, hatır ilişkisi kavramının daha çok ücretsiz vekalet türünden iş görme sözleşmeleri ve özellikle hatır taşımalarında ortaya çıktığını belirterek, bu gibi durumlarda bağlanma iradesi bulunan isimsiz bir sözleşme mi yoksa sadece bir hatır ilişkisinin mi bulunduğu, somut olayın özellikleri dikkate alınarak incelenmesi gerektiğine dikkat çeker. Bkz.: Hatemi/Gökyayla, s. 20.

¹²⁴ Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Ankara, 1981, s. 258-259 (Franko, s. 53'ten naklen). Aksi yönde, hatır taşımalarında ücret unsuru mevcut olmadığından hatır taşımalarının taşıma sözleşmesi niteliğinde olmadığı hakkında bkz.: Aşçıoğlu, s. 103; Durak/Şahin, s. 345. TTK m. 850 kanun gerekçesinde, hatır taşımalarının temelinde taşıma sözleşmesi bulunmadığından, hatır taşımasının taşıyıcısının bu madde anlamında taşıyıcı olmadığı ve TTK m. 850 vd. hükümlerinin kural olarak hatır taşımaları bakımından uygulama alanı bulmayacağı belirtilmiştir.

vekalet sözleşmesi olduğunu¹²⁵, diğerleri ise isimsiz bir sözleşme olduğunu¹²⁶ savunmuşlardır¹²⁷.

Dolayısıyla doktrindeki hatır taşımalarının hukuki niteliğini açıklayan farklı görüşleri temel olarak aşağıdaki gibi bir şema ile göstermek mümkündür:



Tablo 1: Hatır Taşımalarının Hukuki Niteliğine Dair Görüşler

¹²⁵ Tarık Başbuğoğlu, *Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu Açıklamalar-İçtihatlar I. Cilt: Ticarî İşletme – Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak Hukuku Madde 1-815*, Ankara, 1988, s. 987-988 (Franko, s. 58’den naklen).

¹²⁶ Keser, s. 2403. Yazar bu görüşte olmamakla birlikte, bu görüşteki diğer yazarlar için bkz.: Franko, s. 59, dn. 240. Hatır taşımalarının hukuki niteliğinin isimsiz bir sözleşme olduğunu savunan görüşe göre, ücret taşıma sözleşmesinin esaslı bir unsuru olduğundan, ücretsiz taşımalar teknik anlamda taşıma sözleşmesi niteliğinde değildir. Bununla birlikte ortada taşıma sözleşmesinin olmaması, hiçbir sözleşme olmadığı anlamına da gelmez; zira taraflar sözleşme serbestisi uyarınca diledikleri anlaşmayı yapabilirler. Bu görüş uyarınca, hatır taşımaları da tarafların sözleşme serbestisi esasına istinaden yapmış oldukları *sui generis* bir sözleşmedir. Yazar bu görüşte olmamakla birlikte bkz.: Franko, s. 59.

¹²⁷ Yazarlar bu görüşte olmamakla birlikte, bkz.: Durak/Şahin, s. 344. Yazar sözleşme görüşünü kabul etmemekle birlikte, sözleşme görüşü ve bunun altında yer alan diğer görüşler için bkz.: Franko, s. 53-59. Çelik, hatır taşımaları da olsa taraflar arasında yolcu taşıma ilişkisinin kurulduğu görüşündedir (Çelik, s. 449).

Fransız içtihadında kabul edilen görüş uyarınca, hatır taşımalarında taşımanın maddiyatını oluşturan yer değiştirmenin, taşıyıcı ve yolcunun rızalarına dayandığı ve bu ilişkinin sözleşmesel bir niteliği olduğu belirtilmektedir¹²⁸.

Hatır taşımalarının hukuki niteliğinin sözleşme olduğunu savunan görüş kapsamında, bir akdin ücretsiz olmasının, onun sözleşme niteliğini ortadan kaldırmayacağı ileri sürülmüştür¹²⁹; zira bir hukuki ilişkide bedelin bulunmamasının onun sözleşmesel niteliğini ortadan kaldıracağını iddia etmek, ivazsız sözleşmelerin ret ve inkarına varır¹³⁰. Bu bağlamda, hatır taşımalarıyla ücretli taşıma arasındaki farkın, satış sözleşmesiyle bağışlama sözleşmesi arasındaki fark gibi olduğu ve hatır taşımaları halinde de sözleşmenin bulunmadığının iddia edilemeyeceği savunulmuştur¹³¹.

İyimaya, hatır taşımalarının hukuki işlem benzeri ilişki olduğu görüşünü ortaya atmıştır¹³². Yazara göre, hatır taşımalarında taahhüt altına girme, sonucu sağlama ve bağlanma iradesinin olmadığı kabul edilse dahi, karşılıklı ve birbirine uygun irade bileşimi sözleşme unsuru mevcut olduğundan, bu durum hukuk dışı ilişkisinden çok hukuki işleme benzer¹³³.

Hatır taşımalarının hukuki niteliği hakkındaki baskın görüş, sözleşme görüşününün tam zıttı bir şekilde, bu tür taşımaların hukuki niteliğini sözleşme dışı esasa dayandırır¹³⁴. Kanaatimizce de yerinde olan bu görüş,

¹²⁸ Franko, s. 53.

¹²⁹ Yazar bu görüşte olmamakla birlikte, bu görüşteki yazarlar için bkz.: Franko, s. 54, dn. 219.

¹³⁰ Yazar bu görüşte olmamakla birlikte, bu görüşteki yazarlar için bkz.: Franko, s. 54, dn. 220.

¹³¹ H. Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 3. bs., Paris, 1943, s. 316 (Franko, s. 54-55'ten naklen).

¹³² İyimaya, s. 752.

¹³³ İyimaya, s. 758-759.

¹³⁴ Franko, s. 60, 72; Durak/Şahin, s. 345-346; Nomer, s. 46. Hatır ilişkilerinin sözleşmesel bir ilişkinin mevcut olmamasıyla karakterize olduğu yönünde bkz.: Heribert Hirte/Marco Heber, "Haftung bei Gefälligkeitsfahrten im Straßenverkehr", *JuS*, 2002, s. 243.

hukuki bir ilişkinin sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için yalnızca tarafların iradelerinin bir konuda birleşmelerinin yeterli olmadığı, bunun dışında tarafların kendilerini borç altına sokma niyetinin de bulunması gerektiğine dikkat çeker¹³⁵. Oysa hatır taşımalarında taşıyıcının taşınan yolcuya karşı bir taahhüt altına girme niyeti yoktur¹³⁶. Dolayısıyla hatır taşımaları bakımından sözleşme dışı sorumluluk esasları uygulama alanı bulur¹³⁷. Hatır taşımalarının hukuki niteliğini sözleşme dışı esasa dayandıran görüş uyarınca, bu tür taşımalar sebebiyle doğacak sorumluluk, haksız fiil sorumluluğudur¹³⁸.

Yargıtay'ın hatır taşımalarında bir sözleşmenin söz konusu olup olmadığı konusunda her iki yönde kararları da mevcuttur. Yargıtay 1986 tarihli bir kararında hatır için taşınan ile taşıyan arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olduğunu kabul etmiştir¹³⁹. Keza 2001 tarihli bir kararda, hatır taşımalarında taraflar arasında yolcu taşıma ilişkisi bulunduğu görüşüyle, taşıma sırasında meydana gelen kaza nedeniyle açılan davada 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹⁴⁰ ("eTTK) m. 767/5 ve eBK m. 125 gereği 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir: "... taraflar arasında yolcu taşıma ilişkisi bulunmasına göre dava zamanaşımı süresi yönünden KTK.nun 109 uncu maddesine tabi olmayıp TTK.nun 767/5 nci maddesi hükmü uyarınca BK.nun 125 nci maddesindeki 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi bulunmasına göre ..." ¹⁴¹.

Bununla birlikte artık Yargıtay içtihadının daha çok hatır taşımalarının sözleşme dışı niteliği bulunduğu yönünde olduğunu söylemek

¹³⁵ Franko, s. 60; Durak/Şahin, s. 346; Zeybek, s. 31-32. Aynı yönde ayrıca bkz.: Andrea Schmidt, "Gefälligkeitfahrt", *Creifelds Rechtswörterbuch*, Klaus Weber (ed.), C. H. Beck, München, 2019.

¹³⁶ Franko, s. 61; Durak/Şahin, s. 346. Aksi yönde bkz.: İyimaya, s. 769.

¹³⁷ Franko, s. 62.

¹³⁸ Franko, s. 65-66.

¹³⁹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1986/765, 1986/1694 K., 25.02.1986. Karar için bkz.: Çelik, s. 449, dn. 248.

¹⁴⁰ Kabul Tarihi: 29.06.1956; Resmî Gazete: 09.07.1956/9353.

¹⁴¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2001/3468 E., 2001/5708 K., 25.06.2001, Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İctihat Programı. Karar için ayrıca bkz.: Çelik, s. 449, dn. 248.

mümkündür¹⁴². Yargıtay'ın güncel içtihadı uyarınca, "... *hatır taşımada araç sahibini borç altına sokmaya matuf bir irade mevcut olmadığı için bu taşımalarda ne bir taşıma sözleşmesi ne de başka bir akit vücut bulur.*"¹⁴³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2019 tarihli bir kararında hatır taşımalarının taşıma hukuku mevzuatı bakımından taşıma sözleşmesi teşkil etmediği görüşüne yer vermiştir: "*Hatır taşımada ise taşıma hukuku mevzuatı açısından taşıma sözleşmesi olarak değerlendirilemez.*"¹⁴⁴.

Hatır taşımada ilişkisi kanaatimizce sözleşme dışı bir ilişki olduğundan, *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan bir taşıma, somut olayda hatır taşımada "*önemli bir karşılığın olmaması*" ve "*başkasına iyilik etme düşüncesine dayanma*" gibi tüm unsurlarını haiz olsa bile, aşağıda detaylıca açıklanacağı üzere *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımalarda sürücü ve yolcular arasında açıkça bir sözleşme söz konusu olduğundan, *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımalar hiçbir zaman hatır taşımada niteliğinde olamaz¹⁴⁵.

BlaBlaCar platformu aracılığıyla yapılan taşımaların hatır taşımada niteliğinde olmaması sebebiyle, doktrinde yer alan hatır taşımaları

¹⁴² İyimaya, s. 752; Franko, s. 62-63.

¹⁴³ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2015/14347 E., 2015/19497 K., 16.11.2015 (Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı; Zeybek, s. 32, dn. 53). Aynı ifadeleri içeren birçok karar mevcuttur: Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2013/5808 E., 2014/385 K., 16.01.2014; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2013/15439 E., 2014/8404 K., 11.04.2014; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2015/9016 E., 2015/9837 K., 25.05.2015; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2009/4474 E., 2010/4296 K., 21.04.2010; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2015/23311 E., 2016/6691 K., 26.04.2016. Kararlar için bkz.: Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı.

¹⁴⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/123 E., 2019/404 K., 04.04.2019 (Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı).

¹⁴⁵ Nitekim Alman hukuku kapsamında, *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımalarda sürücü ve yolcu arasında bir sözleşme mevcut olduğundan, bu taşımalar bakımından hatır ilişkisinin mevcut olup olmadığını değerlendirmenin gerekli olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz.: Irina Domurath, "Verbraucher und Sachmängelgewährleistung in der Plattformökonomie", *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, S. 5, 2016, E.T.: 28 Eylül 2020, https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP05_Verbraucher_Plattformökonomie.pdf, s. 11.

esnasında meydana gelen zararların KTK m. 91 uyarınca yaptırılması zorunlu olan karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası teminatı kapsamında olup olmadığına dair tartışmalara¹⁴⁶ girmeye gerek olmaksızın, *BlaBlaCar* taşımalarının KTK hükümlerine tabi olduğunu ve bu bakımdan motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası teminatı kapsamında olduğunu söylemek mümkündür.

4. BlaBlaCar Platformu Aracılığıyla Yapılan Taşımlar ile Otostop Taşımalarının Karşılaştırılması

Otostop, Türk Dil Kurumu tarafından “*Bir yayanın yoldan geçen bir otomobili durdurarak binmesi ve gideceği yere para vermeden gitmesi.*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴⁷. Otostop taşımalarının hatır taşımasının unsurlarını içerip içermediği incelendiğinde, şahsın araçla taşınması unsurunun¹⁴⁸, önemli bir karşılığın olmaması unsurunun¹⁴⁹, ilişkinin serbest irade ile kurulması unsurunun¹⁵⁰ ve nihayet başkasına iyilik etme düşüncesine dayanma unsurunun¹⁵¹ sağlandığı görülür.

Sürücülerin araçlarına otostopçu alma davranışları, özgeci davranışın getirileri arasında sayılmakta ve sürücülerin özgeciler düzeyinin aldıkları otostopçu sayısı ile doğru orantılı olduğu belirtilmektedir¹⁵². Otostopa yönelik tutumların özgeci bir perspektiften incelenmesine ilişkin bir araştırma kapsamında yapılan içerik analizi neticesinde, sürücülerin araçlarına otostopçu almayı kabul etmelerindeki en güçlü nedenin,

¹⁴⁶ Bu husustaki tartışmalar ve görüşler için bkz.: Çelik, s. 567; Durak/Şahin, s. 354-356; Yılmaz, s. 39; Zeybek, s. 239; Havutçu/Gökyayla, s. 219, 221; Arslan, s. 206; Ateş, s. 315; Gökcan, s. 196, 545; Keser, s. 2406, 2411; Yalçınkaya, s. 445.

¹⁴⁷ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://sozluk.gov.tr>.

¹⁴⁸ Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 169; Durak/Şahin, s. 341.

¹⁴⁹ Franko, s. 23.

¹⁵⁰ Özsunay, “Hatır İçin Ücretsiz Taşıma”, s. 169; İyimaya, s. 751; Havutçu/Gökyayla, s. 86; Ateş, s. 305; Durak/Şahin, s. 341; Gökcan, s. 192, 424.

¹⁵¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 803.

¹⁵² İrem Ece Temel/Burcu Tekeş, “Özgeci Bir Perspektiften Otostopa Yönelik Tutumların İncelenmesi”, *Trafik ve Ulaşım Araştırmaları Dergisi*, 2020, C. 3, S. 1, s. 39.

araçlarına aldıkları otostopçunun kendilerinin yardımına ihtiyaç duyduğu düşüncesi olduğu tespit edilmiştir¹⁵³. Bu bulgu, hatır taşımalarının başkasına iyilik etme düşüncesine dayanma unsurunun otostop taşımalarında açık bir şekilde mevcut olduğunu gösterir.

Nitekim otostop taşımaları, doktrinde hatır taşımalarına örnek gösterilmektedir¹⁵⁴. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir¹⁵⁵. Bu nedenle *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımalarının hatır taşımaları niteliğinde olup olmadığına yönelik yukarıda yapılan açıklamalar, otostop taşımaları bakımından da aynen geçerlidir.

BlaBlaCar platformu aracılığıyla yapılan taşımalarda sürücü ile yolcu arasında bir sözleşmenin mevcut olması nedeniyle bu taşımaların otostop niteliğinde olamayacağını peşinen söylemek mümkündür. Bunun dışında otostop taşımalarında kişi karşılıksız taşınmakta iken *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımalarda sürücüye masraf katkı payı ödenmesi ve otostop taşımaları özgeci bir saikle yapılırken *BlaBlaCar*

¹⁵³ Temel/Tekeş, s. 39.

¹⁵⁴ Özsunay, "Hatır İçin Ücretsiz Taşıma", s. 162; Nomer, s. 46; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 803-804; Yılmaz, s. 35; Durak/Şahin, s. 339.

Bununla birlikte, İsviçre doktrinindeki bir görüş, hatır taşımalarının taşınan kişi yararına olması gereğini Türk doktrinine kıyasla oldukça sert yorumlamakta ve hatır taşımalarının söz konusu olabilmesi için sürücünün zarar gören yolcuya bir hizmet sağlamasını ve bu hizmetin de kendi menfaati olmaksızın sürücüye dikkate değer bir şekilde yük olmasını aramaktadır. Bu yükün ekonomik olabileceği veya belirli bir zaman harcama şeklinde kendini gösterebileceği gibi diğer şekillerde de gerçekleşebileceği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, örneğin sürücünün zaten bir gezi yapacak ya da şehre gidecek olduğu durumlarda veya bir otostopçuyu aracına alması halinde hatır taşımaları söz konusu olmaz. Bkz.: Oftinger/Stark, s. 266-267. Yılmaz, bahsedilen görüşte hatır taşımalarının koşullarına değişik bir anlam verildiği ve bu görüşü benimsemenin çok güç olduğu kanaatindedir. Yılmaz, s. 37.

¹⁵⁵ "... Ancak, davalı tarafça murisin öğrenci olduğu ve otostop yaparak davalıların aracına bindiği olayda hatır taşımalarının söz konusu olduğu, ..." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2001/3468 E., 2001/5708 K., 25.06.2001. Karar için bkz.: Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İhtihat Programı ve ayrıca Çelik, s. 453.

platformu aracılığıyla yapılan taşımalarda yolculuk masraflarının azaltılmasının amaçlanması nedenleriyle *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımaların otostop niteliğinde olmadığı sonucuna varılmaktadır.

C. BlaBlaCar Platformu Aracılığıyla Yapılan Taşımalar İsimsiz Bir Sözleşme Niteliğinde Midir?

BlaBlaCar platformunu kullanabilmek için, öncelikle platforma üye olmak gerekmektedir. Platforma üye olunmasıyla da platformun internet sitesinde yayımlanmış olan Kullanım Sözleşmesi ve Şartları kabul edilmiş olmaktadır¹⁵⁶.

Kullanım Sözleşmesi ve Şartları m. 2.2’de, *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan yolculuklarda sürücü ve yolcu arasında araç paylaşımına ilişkin bir anlaşma yapılmış olacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla sürücü ve yolcular *BlaBlaCar* platformunun Kullanım Sözleşmesi ve Şartları’nı sisteme üye olma aşamasında onaylamakla birlikte, platformu kullanmaları halinde ilgili yolculuk için araç paylaşımı konulu bir sözleşme yapmış olacaklarını ve bu sözleşme dolayısıyla bazı yükümlülükler altına gireceklerini önceden kabul etmiş olurlar.

Yolcu ve sürücü arasındaki sözleşmenin ne zaman kurulacağı, Kullanım Sözleşmesi ve Şartları m. 2.3 ile belirlenmiştir. Buna göre sürücünün yolculuğa ilişkin ilanı oluşturmasından sonra, yolcunun rezerve et butonuna tıklamasıyla birlikte rezervasyon yapılmış olur. Rezervasyonun yapılmasının ardından, platform tarafından sürücü ve yolcuya rezervasyonu onaylayan bir e-posta gönderilir veya böylece sürücü ile yolcu arasında ilgili yolculukta araç paylaşımını konu edinen bir sözleşme kurulmuş olur.

Kullanım Sözleşmesi ve Şartları m. 2.4.1 ve 2.4.2 ile sürücü ve yolcuların yükümlülükleri düzenlenmiş durumdadır. Buna göre;

“2.4.1. Sürücünün yükümlülükleri

¹⁵⁶ BlaBlaCar, “Nasıl Kaydolmak İstiyorsun?”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/register>. Kullanım Sözleşmesi ve Şartları m. 1.2 uyarınca, koşullar tamamen kabul edilmedikçe platformun hizmetlerine erişilmesine izin verilmeyecektir ve hiçbir üyenin koşulları kısmen kabul etme hakkı yoktur.

Sürücüler;

- *Kanun çerçevesinde ve kasko poliçeleri kapsamında aracı sürmeye ve araç paylaşımına başvurmak dâhil olmak üzere Yolcu almaya yetkili olduklarını,*
- *Belirtilen araçla kararlaştırılan yerde kararlaştırılan zamanda bulunuyor olacaklarını,*
- *Seyahatte olabilecek tüm değişikliklere ilişkin olarak derhal tüm Yolculara bilgi vereceklerini kabul etmektedir. Bir veya birden fazla Yolcunun rezervasyon yapması ve Sürücünün Seyahatin herhangi bir hususu değiştirmeye karar vermesi halinde; Sürücü, ilgili Seyahate ilişkin olarak rezervasyon yapmış olan tüm Yolcularla irtibata geçeceğini ve değişiklik ile ilgili olarak tüm Yolcuların onayını alacağını taahhüt etmektedir. Bir Yolcunun değişikliği kabul etmemesi halinde; Yolcu Sürücüye Maliyet Katkı Payı ya da tazminat ödemeyecektir ya da ödediye bu meblağın tamamını Sürücüden iade alma hakkına sahiptir.*
- *Sürücü, her zaman Davranış Yönetmeliği Tüzüğüne uymak zorundadır.*
- *Sürücünün, Yolcuyu buluşma noktasında kararlaştırılan saatten itibaren en az 30 dakika boyunca beklemesi gerekmektedir (ancak Yolcunun dakik olması beklenmektedir).*

2.4.2. Yolcunun yükümlülükleri*Yolcu;*

- *Sürücüyle birlikte kararlaştırılan yerde ve zamanda bulunacağını,*
- *Bir Seyahati iptal etmekte mecbur kalırsa derhal Sürücüyü veya BlaBlaCar'ı bilgilendireceğini,*
- *Her zaman Davranış Yönetmeliği Tüzüğüne uyacağını,*
- *Buluşma noktasında kararlaştırılan saatten itibaren en az 30 dakika boyunca Sürücünün gelmesini bekleyeceğini ve*
- *Maliyet Katkı Payını Sürücüye ödeyeceğini kabul etmektedir.”.*

Dolayısıyla BlaBlaCar platformu aracılığıyla yapılan yolculuklarda, sürücü ve yolcu arasında araç paylaşımına ilişkin olarak her iki tarafın da bazı yükümlülükler altına girdiği bir sözleşme kurulmaktadır.

Bu sözleşme uyarınca temel olarak sürücü yolcuyu belirlenen noktaya kadar aracında taşımakla¹⁵⁷, yolcu ise buna karşılık maliyet katkı payını sürücüye ödemekle yükümlüdür. Kullanım Sözleşmesi ve Şartları m. 2.2 gereği platformun kâr elde etmek amacıyla kullanılması yasak olduğundan, sistem tarafından hesaplanan tavan ve taban tutar arasında belirlenebilen maliyet katkı payı kural olarak ücret niteliğinde değildir.

Taşımanın ücret karşılığında yapılmaması sebebiyle, platformun amacına uygun olarak kullanıldığı taşımalar TTK m. 850 anlamında taşıma sözleşmesi teşkil etmeyecektir¹⁵⁸. Bu bağlamda sürücü ve yolcu arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğini belirleme gereği doğmaktadır.

Doktrindeki hakim görüş uyarınca, ücretsiz yapılan taşımalarda bir taşıma sözleşmesi söz konusu değildir; zira ücret taşıma sözleşmesinin zorunlu bir unsurudur¹⁵⁹. Belirtildiği üzere Yargıtay içtihadı da bu yöndedir¹⁶⁰. Taşımanın ücretsiz yapıldığı durumlarda TBK'nın vekalet sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin geçerli olacağı ileri sürülmüştür¹⁶¹.

¹⁵⁷ Kullanım Sözleşmesi ve Şartları m. 2.4 ile sürücünün taşıma yükümlülüğü açık bir şekilde düzenlenmiş olmamakla birlikte, gerek sürücünün sayılmış olan diğer yükümlülüklerinden gerekse platformun temel amacından, sürücünün yolcuyu taşıma yükümlülüğü altına girdiğini söylemek mümkündür.

¹⁵⁸ Bununla birlikte TTK m. 850 hükmünden çıkan taşıma sözleşmesinin unsurlarının ve bu bağlamda ücret unsurunun istisnai olarak somut olayda mevcut olması ihtimalinde, *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımaların taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün olacaktır. Bu hususta bkz.: "A. *BlaBlaCar* Platformu Aracılığıyla Yapılan Taşımalar TTK m. 850 Anlamında Taşıma Sözleşmesi Niteliğinde Midir?" başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁵⁹ Franko, s. 14; Gençtürk, s. 17.

¹⁶⁰ Franko, s. 14; Gençtürk, s. 17. "... TTK. 762.ci maddesi gereğince ücret, taşıma sözleşmesinin unsuru olup ücretsiz olarak Elif'in halası davalı idare hostesi tarafından uçağa bindirildiği ve denize düşerek kaybolan uçakta bulunduğu iddia edildiğine ve olayda yukarıda söylendiği gibi taşıma sözleşmesi niteliği bulunmadığı ve haksız eylem hükümlerine tabi olacağından Dairemizin görevi dışında kalmaktadır." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1979/3583 E., 1979/3817 K., 29.09.1979. Karar için bkz.: İyimaya, s. 747, dn. 2; Gençtürk, s. 17, dn. 37. "Davacıların miras bırakkanı, davalının hususi otomobiline ücretsiz bindiği anlaşılmasına göre, TTK.nun 762. maddesi gereğince, aralarında bir taşıma akdinin mevcudiyetinden sözedilemez." Yargıtay Ticaret Dairesi, 1974/1260 E., 1974/2992 K., 11.06.1974. Karar için bkz.: Franko, s. 14.

¹⁶¹ Arkan, s. 15; Ülgen, s. 9; Franko, s. 14.

Franko da ücretin bulunmamasının taşıma sözleşmesinin mevcudiyetini bertaraf edeceği görüşündedir ve bu tür durumlarda vekalet sözleşmesinin veya en azından isimsiz bir sözleşmenin bulunduğu sonucuna varmıştır¹⁶². Kanaatimizce, *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan sözleşmelerin de ücretsiz bir taşımayı konu edinmeleri sebebiyle isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilmeleri mümkündür.

Almanya’da geçerli olan *BlaBlaCar* Kullanım Sözleşmesi ve Şartları’ndan yola çıkılarak, sürücü ve yolcular arasında kurulan sözleşme “*Mitfahrvertrag*” şeklinde adlandırılmıştır¹⁶³. *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımalarda tarafların üstlendikleri edimler ve taraflar arasındaki sözleşmenin “*Mitfahrvertrag*” olarak adlandırılması dikkate alındığında, kanaatimizce platform aracılığıyla yapılan taşımalarda akdedilmiş olan isimsiz sözleşmeyi “*Birlikte Yolculuk Sözleşmesi*” şeklinde adlandırmak uygun olacaktır.

Bir zarar verici olayla hem sözleşme sorumluluğunun hem de sözleşme dışı sorumluluğun şartlarının oluşması mümkündür¹⁶⁴. Bu tür durumlarda sözleşmeden doğan sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğun yarışması söz konusudur¹⁶⁵. TBK m. 60 hükmüyle¹⁶⁶, Türk sorumluluk hukukunda taleplerin yarışması ilkesi kabul edilmiştir¹⁶⁷. Taleplerin yarışması ilkesine göre, zarar gören kişinin tazminat alacağını haksız fiil

¹⁶² Franko, s. 14.

¹⁶³ Domurath, “Verbraucher und Sachmängelgewährleistung in der Plattformökonomie”, s. 11. Bununla birlikte *BlaBlaCar*’ın güncel Alman Kullanım Sözleşmesi ve Şartları’nda yolcu ve sürücüler arasındaki sözleşmeyi nitelendirirken “*Mitfahrvertrag*” kelimesi kullanılmamaktadır. Bkz.: *BlaBlaCar*, “Rechtliches (AGB)”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://blog.blablacar.de/about-us/terms-and-conditions>.

¹⁶⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1275; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 596.

¹⁶⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1276.

¹⁶⁶ Hükümde yer alan “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ibaresinin sonradan ilave edilmiş olduğu hakkında ve bu ilavenin yorumu ile eleştirisi için bkz.: Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 597 vd.

¹⁶⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1275-1276.

hükümlerine veya sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre talep etmesi mümkündür¹⁶⁸. Bununla birlikte özel kanunlarda düzenlenmiş olan tehlike sorumluluklarından doğan tazminat talepleri ile sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat taleplerinin birbiriyle yarışmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1276. Bununla birlikte zarar gören kişinin, borçlunun kusurunu ispat etmesinin gerekmemesi, zamanaşımı süresinin daha avantajlı olması ve borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme imkânının olmaması nedenleriyle sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine dayanması genellikle daha avantajlı olmaktadır. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1276; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, s. 603. Bahsedilen hususlar dışında, iki sorumluluk türü arasında önemli bir fark olmadığı belirtilmektedir; zira TBK m. 114/2 ile haksız fiil hükümlerine yollama yapılmaktadır. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1276. TBK m. 114/2 gereği, sözleşmeye aykırılık hakkında özel bir düzenlemenin bulunmadığı hususlarda, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, sözleşmeye aykırılığının kapsamının belirlenmesinde de uygulama alanı bulmaktadır. Bkz.: Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 281.

¹⁶⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1277 ve s. 1277, dn. 487. Eren, böyle bir durumda sebeplerin yarışmasının söz konusu olmayacağı görüşündedir; zira tehlike sorumluluklarından doğan tazminat talepleri özel hükme dayanır ve genel hükme dayanan sözleşmesel talebi dışlar (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1277). Aynı yönde bkz.: Çeliktaş, s. 28-30. Çeliktaş, aynı olayın iki ayrı hukuk kaidesine bağlı olduğu ve bunlardan birinin daha özel olması nedeniyle diğerinden önce uygulanması gerektiği durumlarda hakların yarışmasının değil, kanun hükümlerinin yarışmasının söz konusu olduğu görüşündedir; zira böyle bir durumda çeşitli talepler değil, yalnız bir talep vardır (Çeliktaş, s. 30). Keza *Deschenaux* ve *Tercier* de işletici ile araçtaki yolcu arasındaki özel ilişkiye bağlı sözleşmesel sorumluluğun, işleticinin SVG'den doğan sorumluluğunu etkilemeyeceği görüşündedir. Yazarlara göre iki sorumluluk arasında bir yarışmanın kabul edilmemiş olması, *lex specialis derogat generalis* (özel hüküm genel hükmü ilga eder) kuralının uygulanmasının doğal bir sonucudur (*Deschenaux/Tercier*, s. 114). Aynı yönde bkz.: Gürsoy, s. 16; Nomer, s. 47; Yılmaz, s. 21-22, 35.

BlaBlaCar platformu aracılığıyla yapılan taşımalar isimsiz bir sözleşme niteliğinde olduğundan, taşıma esnasında sürücünün kusuruyla bir trafik kazası meydana gelmesi halinde bu durum hem borca aykırılık hem de haksız fiil teşkil eder. Bununla birlikte trafik kazalarından ileri gelen sorumluluk KTK hükümleriyle özel olarak düzenlenmiş olduğundan, kanaatimizce borca aykırılık hükümleri değil, KTK hükümleri uygulama alanı bulmalıdır¹⁷⁰. Dolayısıyla *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımalar esnasında Türkiye’de bir trafik kazasının meydana gelmesi ihtimalinde zarar görenin taleplerinin yarışması gündeme gelmeyecek, KTK’nın sorumluluğa ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

SONUÇ

Şehirler arası birlikte seyahat etmek isteyen sürücü ve yolcuların, çevrimiçi araç paylaşımına dair bir platform olan *BlaBlaCar* aracılığıyla birbirlerini bulup yolculuğun masrafını paylaşmaları mümkündür. Sistem uyarınca platformu kullanan yolcuların her biri, birlikte seyahat ettikleri sürücüye maliyet katkı payı adı altında bir tutar öderler. Bununla birlikte sürücünün yalnızca sistem tarafından belirlenmiş olan asgari ve azami tutarlar dahilinde maliyet katkı payını belirlemesi mümkündür. *BlaBlaCar* platformu sürücülerin tahsil ettikleri maliyet katkı payı tutarına bir sınır getirmektedir; zira *BlaBlaCar* yol masraflarının adil bir şekilde paylaşılmasını sağlamayı ve sürücülerin kâr etmesine engel olmayı amaçlar. *BlaBlaCar*, sürücülerin kâr elde etmesini engelleme amacı taşıması ve esas olarak uzun yol yolculuklarında hizmet vermesiyle *Uber*’den farklılık göstermektedir.

Taşıma sözleşmesinin “*taşıyıcının bir ücret karşılığında yolcu veya eşya taşımayı üstlendiği sözleşme*” şeklinde tanımlanması mümkündür. Taşıma ücreti, taşıma sözleşmesinin zorunlu bir unsurudur; dolayısıyla sözleşmede taşıma ücreti ödeme yükümlülüğü bulunmaması halinde kural olarak taşıma sözleşmesinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

¹⁷⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1277; Çeliktaş, s. 28-30. Manevi tazminat talepleri veya işleten olmayan sürücünün hukuki sorumluluğu gibi KTK kapsamında olmayan durumlar elbette bunun dışındadır.

Yolcunun benzin ve yağ masraflarına katılması ihtimalinde ücretin söz konusu olup olmadığı ise doktrinde tartışma konusu olmuştur. Şayet yolculuk masraflarına katılma sürücünün masraflarını azaltmak amacıyla yapıyorsa, bu durumda taşımanın ücretsiz yapıldığının kabul edilmesinin uygun olacağı ileri sürülmüştür. Gerçekten de bahsedilen ihtimalde kazanç sağlamaya yönelik bir edimin taahhüdü söz konusu değildir.

BlaBlaCar platformunun maliyet katkı payı hesaplama sistemi doğru çalıştığı sürece, sürücü aracına dört yolcu alsa dahi ancak benzin masraflarını karşılayabilmekte; lakin yolculuk sayesinde kâr elde edememektedir. Dolayısıyla sürücünün taşıma karşılığında kâr elde etmemiş olması ihtimalinde ücretten söz edilemeyeceğinden, ortada bir taşıma sözleşmesi de olmayacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte platformun amacı sürücülerin kâr elde etmesini engellemek yönünde olsa da platform kâr elde etmek amacıyla kullanılır ve bir şekilde platform aracılığıyla yapılan taşımadan kâr elde edilirse, o halde TTK m. 850 anlamında taşıma sözleşmesi mevcut olacaktır.

Hatır taşımamı *“işletenin bir kimseyi, nezaket gereği veya onu memnun etmek için ücretsiz olarak aracında taşımamı”* şeklinde tanımlamak mümkündür. Doktrindeki hâkim görüş uyarınca, hatır taşımamın söz konusu olabilmesi için yolcudan ya hiçbir karşı edim alınmamış olması, ya da bir karşı edim alınmış olsa bile bu karşı edimin önemsiz olması gerekir.

Yolcunun yolculuğun benzin ve yağ masraflarına katılması halinde de hatır taşımamından bahsedilip bahsedilemeyeceği doktrinde tartışma konusu olmuştur. Kanaatimizce, yakıt masraflarına düşük bir katılım halinde *“önemli bir karşılık”* söz konusu değildir ve bu durum taşımanın hatır taşımamı olmasına engel teşkil etmeyecektir. Bununla birlikte sürücünün yolculuğu masrafsız hale getirmek amacıyla arabasına davet ettiği kişilerden para alması halinde, hatır niyeti değil sürücünün menfaati ön plandadır ve artık hatır taşımamından bahsedilemez. Örneğin yakıt masraflarına ortak olunması ihtimalinde yolculuk için alınan önemli bir karşılık mevcuttur ve böyle bir taşıma hatır taşımamı niteliğinde olmaz. Keza yakıt masraflarına ortak olma halinde, taşımanın hatır taşımamının başkasına iyilik etme düşüncesine dayanma unsuru da sağlanmamış olacaktır.

Hatır taşımasının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Hatır taşımasının hukuki niteliğini açıklayan görüşleri temel olarak, hatır taşımasının sözleşmesel ilişki niteliğinde olduğu görüşü, hatır taşımasının sözleşme dışı ilişki niteliğinde olduğu görüşü ve hukuki işlem benzeri ilişki niteliğinde olduğu görüşü şeklinde üçlü bir ayrımla incelemek mümkündür.

Hatır taşıması ilişkisi kanaatimizce sözleşme dışı bir ilişkidir; dolayısıyla *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan bir taşıma, somut olayda hatır taşımasının “önemli bir karşılığın olmaması” ve “başkasına iyilik etme düşüncesine dayanma” gibi tüm unsurlarını haiz olsa bile, *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımalarda sürücü ve yolcular arasında açıkça bir sözleşme söz konusu olduğundan, *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımaların hiçbir zaman hatır taşıması niteliğinde olamayacağı görüşündeyiz.

Nitekim *BlaBlaCar* platformunun kullanımının öncesinde sisteme üye olma aşamasında kabul edilmesi gereken Kullanım Sözleşmesi ve Şartları uyarınca platform aracılığıyla yapılan taşımalarda sürücü ve yolcular arasında *BlaBlaCar* platformunun taraf olmadığı bir sözleşme kurulmaktadır. Bu sözleşme uyarınca temel olarak sürücü yolcuyu belirleyen noktaya kadar aracıda taşımakla, yolcu da buna karşılık maliyet katkı payını sürücüye ödemekle yükümlüdür.

Platformun amacına uygun olarak kullanıldığı taşımalar, sürücülerin kâr elde etmemesi sebebiyle TTK m. 850 anlamında taşıma sözleşmesi teşkil etmeyecektir. Doktrinde ücretsiz yapılan taşımaların vekalet sözleşmesi veya isimsiz bir sözleşme teşkil edilebileceği ileri sürülmüştür. Kanaatimizce, *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan sözleşmelerin de ücretsiz bir taşımayı konu edinmeleri sebebiyle isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir.

BlaBlaCar platformu aracılığıyla yapılan taşımalarda tarafların üstlendikleri edimler ve taraflar arasındaki sözleşmenin “*Mitfahrvertrag*” olarak adlandırılması dikkate alındığında, platform aracılığıyla yapılan taşımalarda akdedilmiş olan isimsiz sözleşmeyi “*Birlikte Yolculuk Sözleşmesi*” şeklinde adlandırmak kanaatimizce yerinde olacaktır.

BlaBlaCar platformu aracılığıyla yapılan taşımalar esnasında Türkiye’de bir trafik kazasının meydana gelmesi halinde kanaatimizce zarar görenin taleplerinin yarışması gündeme gelmeyecek, KTK’nın sorumluluğına ilişkin hükümleri uygulanacaktır; zira trafik kazalarından ileri gelen sorumluluk KTK hükümleriyle özel olarak düzenlenmiş durumdadır.

Son olarak *BlaBlaCar* platformu aracılığıyla yapılan taşımalar hatır taşımaları teşkil etmediğinden, platform aracılığıyla yapılan taşımalar KTK hükümlerine tabidir ve karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası teminatı kapsamındadır.

ZUSAMMENFASSUNG

BlaBlaCar ist eine Kommunikationsplattform für Online-Fahrgemeinschaften, die zu den weltweit größten Online-Plattformen zählt. Reisen über die BlaBlaCar-Plattform in der Türkei werden immer weiter verbreitet. Um die Regeln festzulegen, die bei der Beilegung möglicher Streitigkeiten in Bezug auf BlaBlaCar-Beförderungen anzuwenden sind, ist es zunächst erforderlich, die Rechtsnatur dieser Fahrten zu bestimmen.

Gemäß dem System von BlaBlaCar zahlt jeder Mitfahrer einen Betrag unter dem Namen des Kostenbeitrags an den Fahrer, mit welchem er reist. Der Fahrer kann den Kostenbeitrag jedoch nur innerhalb der vom System festgelegten Mindest- und Höchstbeträge ermitteln. Die BlaBlaCar-Plattform begrenzt den Betrag des Kostenbeitrags, den die Fahrer sammeln. BlaBlaCar zielt nämlich darauf ab, eine faire Aufteilung der Betriebskosten sicherzustellen und zu verhindern, dass Fahrer Gewinne erzielen.

BlaBlaCar unterscheidet sich von Uber dadurch, dass es verhindern soll, dass Fahrer Gewinne erzielen, und dient hauptsächlich für Fernreisen.

Der Personenbeförderungsvertrag kann als "Der Vertrag, in dem der Beförderer den Fahrgast gegen eine Gebühr zu befördern verpflichtet ist." definiert werden. Die Beförderungsgebühr ist ein obligatorischer Bestandteil des Personenbeförderungsvertrags. Wenn deshalb im Vertrag keine Verpflichtung zur Zahlung der Beförderungsgebühr besteht, kann grundsätzlich nicht über das Bestehen eines Personenbeförderungsvertrags gesprochen werden.

In der Lehre ist es umstritten, ob die Beteiligung der Passagiere an den Benzin- und Ölkosten als Gebühr angesehen werden kann. Es wurde behauptet, dass es angemessen wäre zu akzeptieren, dass die Beförderung kostenlos ist, wenn die Beteiligung an den Betriebskosten bezweckt, dass die Kosten des Fahrers sinken. Tatsächlich erzielt der Fahrer in diesem Fall keinen Gewinn.

Solange das Kostenbeitragsberechnungssystem der BlaBlaCar-Plattform ordnungsgemäß funktioniert, kann der Fahrer nur die Benzinkosten decken. Dies gilt auch, wenn er vier Passagiere zu seinem Fahrzeug bringt. Der Fahrer kann jedoch keinen Gewinn durch die Reise erzielen. Wir sind daher der Meinung, dass es keinen Beförderungsvertrag gibt, in den Fällen, in denen der Fahrer im Gegenzug für die Beförderung keinen Gewinn erzielt hat, weil dann der Bestandteil "Gebühr" nicht vorliegend ist. Doch obwohl die Plattform die

Gewinnerzielung des Fahrers zu verhindern bezweckt, kann in manchen Fällen BlaBlaCar mit einem Gewinnmotiv verwendet werden. Falls in solchen Fällen einen Gewinn erzielt ist, dann ist das Element "Gebühr" des Beförderungsvertrages vorliegend und es gibt einen Beförderungsvertrag zwischen dem Fahrer und Mitfahrer gemäß Artikel 850 des türkischen Handelsgesetzbuches.

Die Gefälligkeitsfahrt kann als "Die kostenlose Beförderung einer Person von dem Halter aus Höflichkeit oder um ihn zu erfreuen." definiert werden. Laut der vorherrschenden Meinung in der Lehre muss in Gefälligkeitsfahrten entweder keine Gegenleistung ergriffen werden oder es muss die ergriffene Gegenleistung unerheblich sein.

Es ist in der Lehre umstritten, ob es eine Gefälligkeitsfahrt gibt, wenn der Fahrgast zu den Benzin- und Ölkosten der Reise beiträgt. Unserer Meinung nach, gibt es kein erhebliches Entgelt bei geringer Beteiligung an den Kraftstoffkosten und deshalb verhindert es nicht, dass die Beförderung eine Gefälligkeitsfahrt ist. Ergreift aber der Fahrer von den Passagieren Geld, um die Reise kostenlos zu machen, ist es nicht mehr möglich, über eine Gefälligkeitsfahrt zu sprechen. Es gibt zum Beispiel ein erhebliches Entgelt für die Reise, wenn die Kraftstoffkosten beteiligt werden, und eine solche Beförderung wird keine Gefälligkeitsfahrt sein. Ebenso im Falle einer Kostenbeteiligung, basiert die Beförderung nicht auf dem Gedanken, jemand anderem Gutes zu tun. Deswegen ist in diesem Fall ein weiteres Element der Gefälligkeitsfahrt nicht vorgesehen.

Die Rechtsnatur der Gefälligkeitsfahrt ist in der Lehre umstritten. Nach einer Meinung in der Lehre ist die Gefälligkeitsfahrt ein Vertragsverhältnis. Eine zweite Meinung behauptet, dass es in Gefälligkeitsfahrten eine nicht vertragliche Beziehung gibt. Nach einer dritten Meinung in der Lehre ist die Gefälligkeitsfahrt ein Beispiel für die geschäftsähnliche Handlungen.

Unserer Meinung nach gibt es bei den Gefälligkeitsfahrten eine nicht vertragliche Beziehung. Dagegen besteht bei Beförderungen über die BlaBlaCar-Plattform immer einen Vertrag zwischen dem Fahrer und Mitfahrer. Deswegen kann eine Beförderung über die BlaBlaCar-Plattform niemals als eine Gefälligkeitsfahrt bezeichnet werden.

In der Lehre wurde argumentiert, dass die kostenlosen Beförderungen einen Vertretungsvertrag oder einen Innominantvertrag darstellen kann. Unse-

rer Meinung nach sollten Verträge, die über die BlaBlaCar-Plattform abgeschlossen werden, auch als Innominantvertrag betrachtet werden, da der Vertragsgegenstand eine kostenlose Beförderung ist. Wir sind der Meinung, dass es angebracht wäre, diesen Innominantvertrag als "Birlikte Yolculuk Sözleşmesi" zu bezeichnen.

Wenn während einer Beförderung über die BlaBlaCar-Plattform ein Unfall auftritt, entstehen keine konkurrierenden Ansprüche. Wir sind dieser Meinung, weil die Haftung von Verkehrsunfällen durch die besonderen Bestimmungen des Straßenverkehrsgesetzes geregelt ist.

Schließlich werden die Beförderungen über die BlaBlaCar-Plattform niemals als Gefälligkeitsfahrt angesehen. In dieser Hinsicht unterliegen die Beförderungen über die BlaBlaCar-Plattform den Bestimmungen des Straßenverkehrsgesetzes und diese Beförderungen sind durch die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung abgedeckt.

KAYNAKÇA

ADAL Erhan, *Trafik Kazalarında Akit – Dışı Hukukî Sorumluluk*, Fakülte-ler Matbaası, İstanbul, 1963.

ADIGÜZEL Burak, *Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç)*, Adalet, An-kara, 2020.

ANTALYA O. Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, C. V/1, 2, Seçkin, 2. bs., Ankara, 2019.

ARKAN Sabih, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumlu-luğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982.

ARSLAN Aziz Serkan, “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Do-ğan Rücu Davaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, İstanbul 2010, C. 23, S. 88, s. 195-224.

AŞÇIOĞLU Çetin, *Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumluluk-ları*, Yazarın Kendi Yayını, Sözkese Matbaacılık, 2. bs., Ankara, 2008.

ATEŞ Hüseyin, “Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğunun Azaltıl-ması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, C. 24, S. 97, s. 301-320.

AYAN Mehmet, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Seçkin, 11. bs., An-kara, 2016.

BAYSAL Başak, *Haksız Fiil Hukuku*, On İki Levha, İstanbul, 2019.

BAYSAL Başak, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, On İki Levha, İstanbul, 2012.

BOYDAK Alptekin Burak, “Karayolları Trafik Kanunu Kaynaklı Ku-sursuz Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, C. 5, S. 17, s. 303-330.

BOZKURT BOZABALI Banu, *Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, Seçkin, Ankara, 2013.

ÇELİK Ahmet, *Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza So-rumluluğu*, Seçkin, Ankara, 2017.

ÇELİKTAŞ Demet, *2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda İşletenin Hukuki Sorumluluğu*, Karınca Matbaacılık, İzmir, 1987.

DESCHENAUX Henri / TERCIER Pierre, *Sorumluluk Hukuku*, Çev.: Sa-lim Özdemir, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983.

DURAK Yasemin / ŞAHİN Turan, "Hatır İçin Taşıma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, C. 73, S. 1, s. 339-362.

EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin, 24. bs., Ankara, 2019.

EREN Fikret, "Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve UNSURLARI", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1987, C. 39, S. 1, s. 159-212.

ERİŞ Gönen, *Açıklamalı – Gereççeli – İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıma Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2015.

FRANKO Nisim, *Hatır Nakliyatı ve Hukukî Mahiyeti*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992.

GENÇTÜRK Muharrem, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk)*, Vedat, İstanbul, 2006.

GÖKCAN Hasan Tahsin, *Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları*, Seçkin, 9. bs., Ankara, 2018.

GÜRSOY Kemal Tahir, *İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukukî Sorumluluğunun Anahatları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1974.

HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat, 3. bs., İstanbul, 2015.

HAVUTÇU Ayşe / GÖKYAYLA K. Emre, *Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukukî Sorumluluk*, Seçkin, Ankara, 1999.

HIRTE Heribert / HEBER Marco, "Haftung bei Gefälligkeitfahrten im Straßenverkehr", *JuS*, 2002, s. 241-245.

HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang (ed.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR*, Helbing Lichtenhahn, 4. bs., Basel, 2007.

İYİMAYA Ahmet, "Hatır Taşımacılığı", *Yargıtay Dergisi*, 1989, C. 15, Özel Sayı, s. 747-771.

KESER Yıldırım, "Hatır Taşımacılığında Doğan Zararlardan Hakkeniyet İndirimi", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 2395-2413.

KIRAN Süleyman, *Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıma Ücreti*, Adalet, Ankara, 2018.

NOMER Haluk N., "2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 1992, C. 66, S. 1-2-3, s. 44-89.

OFTINGER Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Band: Allgemeiner Teil*, Schulthess Polygraphischer, 4. bs., Zürich, 1975.

OFTINGER Karl / STARK Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil*, Schulthess Polygraphischer, 4. bs., Zürich, 1989.

OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, Vedat, 14. bs., İstanbul, 2018.

OKTAY Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, C. 55, s. 263-296.

ÖZSUNAY Ergun, "Araç Sahibinin Hatır İçin Ücretsiz Taşdığı veya Aracını Hatır İçin Ücretsiz Olarak Kullandığı Şahıslara Karşı Sorumluluğu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1966, C. 32, S. 1, s. 161-180.

ÖZSUNAY Ergun, "Trafik Hukukunda Araç Sahibinin Fiil ve Davranışlarından Sorumlu Olduğu Şahıslar", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1967, C. 4, S. 1, s. 1-64.

SEVEN Vural, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK m. 856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen, Yetkin*, Ankara, 2012.

SEVEN Vural, *Taşıma Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Yayını, 2. bs., Eskişehir, 2011.

SİVRİ Ahmet, "Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 15, S. 2, s. 585-634.

TEMEL İrem Ece / TEKEŞ Burcu, "Özgeci Bir Perspektiften Otostopa Yönelik Tutumların İncelenmesi", *Trafik ve Ulaşım Araştırmaları Dergisi*, 2020, C. 3, S. 1, s. 39-52.

TİFTİK Mustafa, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Yetkin, Ankara, 1994.

ÜLGEN Hüseyin, *Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları*, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul, 1988.

WEBER Klaus (ed.), *Creifelds Rechtswörterbuch*, C. H. Beck, München, 2019.

YALÇINKAYA Aslıhan, "Genel Hatları ile Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası", *Ankara Barosu Dergisi*, 2019, C. 77, S. 1, s. 399-458.

YILMAZ Hamdi, *Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletiminin Hukuksal Sorumluluğu*, ed. Özge Uzun Kazmacı, Vedat, İstanbul, 2014.

ZEYBEK Ramazan, *Hatır Taşımacılığı*, Adalet, Ankara, 2018.

ZEYNELOĞLU Ahmet, *Taşıma Hukuku: Kara, Deniz, Hava Taşımacılığı ve Taşıma Sigortası, İlgili Mevzuat, Uluslararası Anlaşmalar, Yargıtay Kararları, Yetkin*, Ankara, 1993.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

BlaBlaCar, "Kullanım sözleşmesi ve şartları", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://blog.blablacar.com.tr/about-us/terms-and-conditions>

BlaBlaCar, "Nasıl Kaydolmak İstiyorsun?", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/register>

BlaBlaCar, "Puanlamalar", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/member-ratings>

BlaBlaCar, "Rechtliches (AGB)", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://blog.blablacar.de/about-us/terms-and-conditions>

BlaBlaCar, "Service Fees", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://blog.blablacar.co.uk/blablalife/lp/service-fees>

BlaBlaCar, "Ücretlendirme ve ödeme sistemi nasıl çalışır?", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/faq/question/ucretlendirme-ve-odeme-sistemi-nasil-calisir>

BlaBlaCar, "Yolculuk Paylaşım Tercihlerin", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.blablacar.com.tr/dashboard/profile/preferences>

COOK James, Business Insider, "We figured out how much money new European unicorn BlaBlaCar could be making", E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.businessinsider.com/how-much-money-blablacar-could-be-making-2015-9#targetText=x%20%2425%20each,%3D%20%2472%20million%20in%20revenues>

COWAN Matt, Wired, “BlaBlaCar has turned ride-sharing into a multi-million-euro business”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.wired.co.uk/article/blablacar>

Crime Russia, “Death from BlaBlaCar. Murderer of Burger King manager plays into hands of Russian transport operators”, E.T.: 31 Ocak 2020, <https://en.crimerrussia.com/gromkie-dela/death-from-blablacar-murderer-of-burger-king-manager-plays-into-hands-of-russian-transport-operators/>

DOMURATH Irina, “Verbraucher und Sachmängelgewährleistung in der Plattformökonomie”, *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, S. 5, 2016, E.T.: 28 Eylül 2020, https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP05_Verbraucher_Plattformökonomie.pdf

Habertürk, “‘Bu iş şehir içinde çalışmıyor’ dedi ve Volt’u kapattı”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.haberturk.com/bu-is-sehir-icinde-calismiyor-dedi-ve-volt-u-kapatti-1699485-ekonomi>

Habertürk, “Son dakika! Uber kararı çıktı!”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.haberturk.com/son-dakika-uber-karari-cikti-2531499-teknoloji>

Habertürk, “Uber nedir? Uber nasıl kullanılır?”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.haberturk.com/uber-nedir-uber-nasil-kullanilir-1871466>

KAMİLOĞLU Can, Amerikanın Sesi, “New York’ta Uber-Taksici Krizi Mahkemelik Oldu”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.amerikaninsesi.com/a/new-yorkta-uber-taksici-krizi-mahkemelik-oldu/4790878.html>

KARA Merve, Webrazzi, “Blablacar Türkiye ofisini neden kapattı?”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://webrazzi.com/2016/12/22/blablacar-turkiye-ofisini-kapatti/>

OECD, “An Introduction to Online Platforms and their Role in the Digital Transformation” OECD Publishing, Paris, 2019, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>

Quora, “Does Uber travel between cities?”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.quora.com/Does-Uber-travel-between-cities>

SCOTT Mark, International Business, “BlaBlaCar, a Ride-Sharing Start-Up in Europe, Looks to Expand Its Map”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.nytimes.com/2014/07/02/business/international/a-service-for-sharing-european-road-trips-looks-to-expand-its-map.html>

Scotty, “Scotty ile şehrin kahramanı ol!”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://yolculuk.scotty.app/basvuru/>

Scotty, “Scotty ile yapabileceklerinden sadece birkaçı”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.scotty.app>

Stangro, “Uber”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://stangro.com/product/uber>

STEMPEL Jonathan, Reuters, “Judge dismisses Uber lawsuit opposing New York City vehicle license caps”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://www.reuters.com/article/us-uber-new-york-idUSKBN1XB51W>

Turcademy - Türkiye'nin Online Akademik Portalı

Türk Dil Kurumu Sözlükleri

Wikipedia, “BlaBlaCar”, E.T.: 28 Eylül 2020, <https://en.wikipedia.org/wiki/BlaBlaCar>

GRUNDZÜGE DER DEUTSCHEN GEWERBESTEUER

ALMAN TİCARET VERGİSİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Prof. Dr. Hans-Joachim DRIEHAUS*

ÖZ

“Ticaret vergisi, Almanya’da bir belediye vergisidir. Bununla birlikte, belediyeler federal hükümete ve eyalet hükümetlerine bu vergiyle elde edilen gelirlerden bir pay ödemek zorundadır. Ticaret vergisinden elde edilen gelirler bölgesel payı bakımından da önem arz etmektedir. Zira bu payın miktarı, bölgede bulunan her bir belediyenin vergilendirme gücüne bağlıdır. Kural olarak böyle bir belediye, ticaret vergisi gelirlerinin yarısını veya daha fazlasını daha üst dereceli kurumlara ödemek zorundadır. Buna rağmen, ticaret vergisi belediyelerin en önemli gelir kaynaklarından birisidir. Bu makale, Almanya’daki ticaret vergisi sistemine bir giriş teşkil etmekte ve buna ilişkin uygulamadaki en önemli hukuki sorunları ortaya koymaktadır.”

Anahtar Kelimeler: *Alman Ticaret Vergisi, belediye vergisi, gerçek vergi, ticari gelir, kamu gelirleri*

* 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.

FUNDAMENTALS OF GERMAN TRADE TAX

ABSTRACT

“The Trade Tax in Germany is a communal tax. Municipalities must even pay Trade Tax to the Federal and State Governments from the incomes of trade taxes. The trade tax incomes are also important for the district levy, as the amount of the levy depends on the fiscal power of each district’s municipality, which is determined in particular through the incomes of trade taxes. As a rule, such a municipality has to pay half or more of its trade tax incomes to public authorities. Nevertheless, trade tax is one of the most important income sources for municipalities. This article provides an introduction to the trade tax system in Germany and discusses the most important legal issues related to it in a practical orientation.”

Keywords: *German Trade Tax, municipal tax, real tax, commercial income, public incomes*

Die Gewerbesteuer ist in Deutschland eine Gemeindesteuer. Aus dem Aufkommen aus dieser Steuer haben die Gemeinden jedoch eine Gewerbesteuerumlage an Bund und Länder zu entrichten. Die Einnahmen aus der Gewerbesteuer sind überdies von Bedeutung für die Kreisumlage, weil sich die Höhe dieser Umlage nach der insbesondere durch das Aufkommen aus der Gewerbesteuer mitbestimmten Steuerkraft der einzelnen kreisangehörigen Gemeinde richtet. In der Regel muss eine solche Gemeinde die Hälfte oder mehr ihrer Gewerbesteuereinnahmen an Hoheitsträger höherer Ebene abführen. Gleichwohl: Die Gewerbesteuer ist eine der wichtigsten gemeindlichen Einnahmequellen.

I. Entwicklung, verfassungsrechtliche Grundlage, Besteuerungsverfahren und Rechtsschutz

1. Entwicklung und verfassungsrechtliche Grundlage

Die Gewerbesteuer und die Grundsteuer sind in Deutschland Realsteuern (§ 3 Abs. 2 AO).¹ Diese Steuern lasten vom Ansatz her auf einzelnen Gegenständen und werden bei denjenigen erhoben, denen diese Gegenstände zuzurechnen sind. Sie berücksichtigen weder die persönlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen noch seine persönliche Leistungsfähigkeit. Allerdings hat sich die Gewerbesteuer inzwischen von dem damit skizzierten Leitbild einer Objektsteuer zu einer Art Sonderertragssteuer entwickelt:

Ursprünglich wies die Gewerbesteuer eine dreidimensionale Bemessungsgrundlage auf, und zwar als Lohnsummensteuer, Gewerbekapitalsteuer und Gewerbeertragssteuer.² Als Lohnsummensteuer knüpfte sie an die Summe der in einem Betrieb gezahlten Löhne und Gehälter an; diese Ausprägung wurde bereits 1979 abgeschafft, weil sie den Produktionsfaktor Arbeit verteuerte und dadurch beschäftigungsfeindlich wirkte. Als Gewerbekapitalsteuer orientierte sich die Gewerbesteuer an dem im

¹ Vgl. zu dem Begriff der Realsteuer Driehaus in Driehaus/Heine, Gewerbe- und Grundsteuer, § 1 Rn. 9ff.

² Siehe dazu Schmidt in Christ/Oebbecke, Handbuch Kommunalabgabenrecht, Teil C I, Rn. 71 ff.

jeweiligen Betrieb gebundenen Kapital. Nachdem in den neuen Bundesländern³ diese Form der Gewerbesteuer nie erhoben worden war, wurde sie mit Wirkung vom 1.1.1998 auch für die alten Bundesländer abgeschafft. Damit ist die Gewerbesteuer als eine Gewerbeertragssteuer übriggeblieben. Um einen nach Ansicht des Gesetzgebers nicht akzeptablen Steuerwettbewerb zu verhindern, hat er die Gemeinden durch Art. 2 Nr. 1 des Gesetzes vom 23.12.2002⁴ ab dem Erhebungszeitraum 2004 zur Erhebung der Gewerbesteuer verpflichtet.⁵ Diese Regelung ist verfassungsgemäß und verletzt die Gemeinden nicht in ihrem kommunalen Selbstverwaltungsrecht, das auch das Recht zu eigenverantwortlicher Einnahmewirtschaft umfasst.⁶ Im Übrigen ist die Gewerbesteuer auch mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar.

Das Aufkommen der Gewerbesteuer steht den Gemeinden zu (Art. 106 Abs. 2 Satz 1 GG). Die (konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz des Bundes über diese Steuer ergibt sich aus Art. 105 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 72 Abs. 2 GG.⁷ Von dieser Kompetenz hat der Bundesgesetzgeber wiederholt Gebrauch gemacht. So hat er das Gewerbesteuergesetz (GewStG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.2002⁸, zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 12.12.2019⁹, sowie die darauf gestützte Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung (GewStDV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.2002¹⁰, zuletzt geändert durch

³ Die neuen Bundesländer sind die Länder, die erst nach der Wiedervereinigung im Jahr 1990 Teil der Bundesrepublik Deutschland geworden sind, nämlich die Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

⁴ BGBl 2003 I S. 2922

⁵ Vgl. BT-Drucks. 15/1517,17.

⁶ BVerfGE 125, 141 (158 ff.).

⁷ Vgl. im Einzelnen Driehaus, a.a.O., § 2 Rn. 2 ff.

⁸ BGBl I S. 4167

⁹ BGBl I S. 2451

¹⁰ BGBl I S. 4180

Art. 10 des Gesetzes vom 12.12.2019¹¹, erlassen. Art. 106 Abs. 4 GG legitimiert eine Beteiligung des Bundes und der Länder an dem Aufkommen der Gewerbesteuer (Gewerbesteuerumlage).

2. Besteuerungsverfahren und Rechtsschutz

Die Verwaltung der Gewerbesteuer obliegt den Landesfinanzbehörden (Art. 108 Abs. 2 Satz 1 GG). Die Länder können bei Steuern, die – wie die Gewerbesteuer – den Gemeinden zufließen, die den Landesfinanzbehörden zustehende Verwaltung jedoch ganz oder zum Teil den Gemeinden¹² übertragen (Art. 108 Abs. 4 Satz 2 GG). Abgesehen von den Stadtstaaten¹³ haben alle Bundesländer in Ausübung dieser Kompetenz in ihren Kommunalabgabengesetzen oder in besonderen Gesetzen den Gemeinden ihre Verwaltungskompetenz wie folgt übertragen: Die Finanzämter ermitteln die Besteuerungsgrundlagen und setzen die Steuermessbeträge fest und die Gemeinden sind für die betragsmäßige Festsetzung der Gewerbesteuer sowie ihre Erhebung und Vollstreckung zuständig.

Das Besteuerungsverfahren beginnt mit dem Messbetragsverfahren durch das örtlich zuständige Finanzamt. Örtlich zuständig ist das Betriebsfinanzamt (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 AO), d.h. das Finanzamt, in dessen Bezirk sich die Geschäftsleitung des Gewerbebetriebs befindet. Dieses Finanzamt trifft zunächst die Entscheidung über die Gewerbesteuerpflicht, ermittelt sodann den maßgeblichen Gewerbeertrag und setzt schließlich durch schriftlichen Bescheid den Gewerbesteuermessbetrag fest; sofern im Erhebungszeitraum zur Ausübung eines Gewerbes Betriebsstätten in mehreren Gemeinden unterhalten werden, teilt das Finanzamt den Messbetrag auf diese Gemeinden auf und erlässt einen Zerlegungsbescheid. Den Inhalt dieser Bescheide gibt es der Gemeinde bekannt

¹¹ BGBl I S. 2451

¹² Hier und im Folgenden wird aus Gründen der Vereinfachung jeweils von einem Hinweis auf Gemeindeverbände abgesehen.

¹³ In den Stadtstaaten Berlin und Hamburg bestehen keine selbständigen Gemeinden; sie bleiben deshalb im Folgenden ebenso wie der Stadtstaat Bremen unberücksichtigt.

(§ 184 Abs. 3 AO). Bei beiden Bescheiden handelt es sich um auf den einzelnen Gewerbebetrieb bezogene Steuerbescheide, für die die Vorschriften der Abgabenordnung insbesondere über den Inhalt und die Bestimmtheit, die Bekanntgabe und die Bestandskraft gelten.

Die Festsetzung der Gewerbesteuer durch die Gemeinden erfolgt auf der Grundlage des vom Finanzamt bekanntgemachten Gewerbesteuermessbetrags bzw. des Zerlegungsanteils am Gewerbesteuermessbetrag unter Anwendung des in einer Gemeinodesatzung festgelegten Hebesatzes (Prozentsatzes) durch einen Gewerbesteuerbescheid (§ 16 Abs. 1 GewStG). Gewerbesteuermessbetragsbescheid (bzw. Zerlegungsbescheid) und Gewerbesteuerbescheid stehen im Verhältnis von Grundlagenbescheid und Folgebeseid zueinander. Entscheidungen im Gewerbesteuermessbetragsbescheid (Zerlegungsbescheid) sind folglich im Hinblick auf den maßgebenden Gewerbeertrag und den Gewerbesteuermessbetrag sowie die Steuerpflicht für die Gemeinden bindend.

Der Rechtsschutz eines Steuerschuldners ist abhängig davon, ob er sich gegen eine Entscheidung des Finanzamtes oder der Gemeinde wenden möchte. Macht er die Rechtswidrigkeit eines Bescheides des Finanzamtes geltend, ist als außergerichtlicher Rechtsbehelf der Einspruch gemäß § 347 Abs. 1 Nr. 1 AO statthaft; das Finanzamt kann auf Antrag eine Aussetzung der Vollziehung (§ 361 AO) gewähren. Weist das Finanzamt den Einspruch ganz oder teilweise zurück, ist gegen den ursprünglichen Bescheid in Gestalt des Einspruchsbescheides gemäß § 44 Abs. 2 FGO Klage beim Finanzgericht und nach Maßgabe des § 115 Abs. 1 FGO Revision an den Bundesfinanzhof zulässig. Ist ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung beim Finanzamt ganz oder teilweise abgelehnt worden, kann der Steuerschuldner gemäß § 69 Abs. 3 und 4 FGO einen solchen Antrag beim Finanzgericht nochmals stellen.

Wendet sich ein Steuerschuldner gegen eine Entscheidung der Gemeinde, ist grundsätzlich der Weg zur Verwaltungsgerichtsbarkeit eröffnet. Gegen die Festsetzung des Hebesatzes durch eine Satzung der Gemeinde kann er ein Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO

vor dem zuständigen Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof¹⁴ anstrengen. Im Übrigen kann er gegen Bescheide der Gemeinde – ggfs. nach erfolglosem Widerspruchsverfahren¹⁵ – Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht nach § 42 Abs. 1 VwGO erheben und – soweit seine Klage keinen Erfolg hat – nach Maßgabe der einschlägigen Vorschriften Berufung beim Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof und Revision beim Bundesverwaltungsgericht einlegen. Im Rahmen eines solchen Verfahrens prüft das Gericht nicht nur die Begründetheit der den angegriffenen Bescheid selbst betreffenden Einwände, sondern auf eine entsprechende Rüge hin inzident auch die formelle und materielle Rechtmäßigkeit der einschlägigen Hebesatzsatzung. Einstweiliger Rechtsschutz kann durch einen bei der Gemeinde zu stellenden Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gemäß § 80 Abs. 4 VwGO begehrt werden. Bleibt dieser Antrag ganz oder teilweise erfolglos, kann beim Verwaltungsgericht ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gestellt werden (§ 80 Abs. 5 i.V.m. Abs. 6 Satz 1 VwGO).

II. Steuergegenstand und Steuerbefreiungen, Steuergläubiger und Steuerschuldner

1. Steuergegenstand und Steuerbefreiungen

Die Gewerbesteuer belastet den Gewinn von gewerblichen Unternehmen, und zwar über die Besteuerungsgrundlage Gewerbeertrag ausschließlich den Ist-Betrag, der durch Hinzurechnungen und Kürzungen modifiziert wird. Deshalb wird von der Gewerbesteuer auch ein Verlust erfasst, der durch Hinzurechnungen zu einem Gewerbeertrag wird. Jedoch erklärt das Gewerbesteuergesetz nicht Gewerbeerträge gewerblicher Unternehmen zum Steuergegenstand, sondern den jeweiligen Ge-

¹⁴ In den meisten Ländern werden die Verwaltungsgerichte zweiter Instanz Oberverwaltungsgerichte, in Bayern, Baden-Württemberg und Hessen dagegen Verwaltungsgerichtshöfe genannt.

¹⁵ In vielen Ländern – wie z.B. in Niedersachsen (vgl. § 80 Abs. 1 NJG) – ist das Widerspruchsverfahren grundsätzlich abgeschafft, dort sind Einwendungen gegen Steuerbescheide unmittelbar mit einer Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht zu verfolgen.

werbebetrieb. In seiner jetzigen Form unterliegt der Gewerbesteuer gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG neben einem Reisegewerbebetrieb jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit er im Inland betrieben wird. Damit hängt (abgesehen von Reisegewerbebetrieben) die Fähigkeit, Steuergegenstand sein zu können, von zwei Voraussetzungen ab: Es muss sich – erstens – um einen stehenden inländischen Betrieb handeln, der – zweitens – das Merkmal eines Gewerbebetriebs erfüllt. Mit Blick auf das letztere Merkmal unterscheidet das Gesetz zwischen zwei Gruppen von Gewerbebetrieben, nämlich zwischen den rechtsformunabhängigen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG – Gewerbebetriebe kraft Tätigkeit) und den rechtsformabhängigen Gewerbebetrieben (§ 2 Abs. 2 und 3 GewStG – Gewerbebetriebe kraft Rechtsform).

Ein stehender Gewerbebetrieb ist gleichsam die normale Erscheinungsform eines Gewerbebetriebs. Ein Gewerbebetrieb in diesem Sinne ist jeder Gewerbebetrieb, der kein Reisegewerbebetrieb (§ 35a Abs. 2 GewStG) ist. Ein solcher Reisegewerbebetrieb liegt vor, wenn dessen Inhaber nach den Vorschriften der Gewerbeordnung und den dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen einer Reisegewerbekarte bedarf. Ein stehender Gewerbebetrieb ist dagegen ein Betrieb, der eine stationäre Niederlassung aufweist. Im Inland wird ein Gewerbebetrieb betrieben, soweit für ihn im Inland eine Betriebsstätte unterhalten wird (§ 2 Abs. 1 Satz 3 GewStG). Der Begriff „Betriebsstätte“ ist damit der zentrale Anknüpfungspunkt für die Gewerbebesteuerung im Inland. Seine Definition ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs¹⁶ durch einen Rückgriff auf § 12 AO. Nach § 12 Satz 1 AO ist eine Betriebsstätte jede feste Einrichtung oder Anlage, die der Tätigkeit eines Unternehmens dient.

§ 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG knüpft für die Bestimmung dessen, was unter einem Gewerbebetrieb kraft Tätigkeit (rechtsformunabhängiger Gewerbebetrieb) zu verstehen ist, an das Einkommensteuergesetz oder genauer: an die Definition des Gewerbebetriebs in § 15 Abs. 2 EStG an. Danach ist ein solcher Gewerbebetrieb gekennzeichnet durch eine selbständige nachhaltige Betätigung, eine Gewinnerzielungsabsicht sowie

¹⁶ BFH, u.a. Urteil v. 13.9.2000 – X R 174/96 – BStBl. 2001 II, 734.

eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr, sofern die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufes oder als eine andere selbständige Arbeit anzusehen ist. Die drei letzten Betätigungen erfüllen mithin nicht die Voraussetzungen für einen Gewerbebetrieb und scheiden deshalb als Steuergegenstand aus.

Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 GewStG gilt die Tätigkeit der Kapitalgesellschaften (u.a. Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung), der Genossenschaften einschließlich Europäischer Genossenschaften sowie der Versicherungs- und Pensionsfondsvereine auf Gegenseitigkeit stets und in vollem Umfang als einheitlicher Gewerbebetrieb (rechtsformabhängiger Gewerbebetrieb); Entsprechendes trifft gemäß § 2 Abs. 3 GewStG zu für die Tätigkeit der sonstigen juristischen Personen und nicht rechtsfähigen Vereine (ausgenommen Tätigkeiten der Land- und Forstwirtschaft). Gegenstand der Gewerbesteuer ist demnach hier nicht der Betrieb als wirtschaftliche Einheit, sondern die in der bestimmten Rechtsform ausgeübte Aktivität.¹⁷ Dadurch werden wegen der Organisationsform von Kapitalgesellschaften erzielte, an sich nichtgewerbliche Einkünfte zu gewerblichen Einkünften umqualifiziert. Das gilt z.B. für eine an sich freiberufliche Tätigkeit als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, wenn sie durch eine Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft mbH ausgeübt wird.

Durch das Anknüpfen an die Definition in § 15 Abs. 2 EStG scheiden – wie gesagt – insbesondere Betätigungen zur Ausübung der Land- und Forstwirtschaft sowie der freien Berufe gewerbsteuerrechtlich als Steuergegenstand aus. Zusätzlich begründet § 3 GewStG eine ganze Reihe weiterer Befreiungen von der Gewerbesteuer. Diese Befreiungen orientieren sich weitgehend an Steuerbefreiungen des Körperschafts- und Umsatzsteuerrechts sowie an Gemeinnützigkeitsvorschriften der Abgabenordnung.

2. Steuergläubiger und Steuerschuldner

Steuergläubigerin für die Gewerbesteuer ist die jeweils hebebe-

¹⁷ Vgl. Driehaus, a.a.O., § 4 Rn. 18.

rechtigte Gemeinde. Die Steuergläubigerschaft einer Gemeinde hängt somit ab von ihrer Heheberechtigung. Ist sie heheberechtigt, kann sie die Steuer festsetzen, erheben und ggfs. betreiben. Die Antwort auf die Frage, welche Gemeinde heheberechtigt ist, hat Bedeutung nicht nur für die Gemeinde selbst, sondern wegen der häufig unterschiedlich hohen Hebesätze in den Gemeinden auch für den Steuerschuldner.

Über die Frage, welcher Gemeinde im konkreten Einzelfall die Heheberechtigung zusteht, entscheidet das Finanzamt in der Regel im Rahmen der Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrags. Für stehende Gewerbebetriebe ist die Gemeinde heheberechtigt, in der der jeweilige Gewerbebetrieb seine Betriebsstätte zur Ausübung dieses Gewerbes hat (§ 4 Abs. 1 Satz 1 GewStG). Maßgebend für diesen Begriff der Betriebsstätte ist die Definition des § 12 AO. Danach ist - wie dargelegt - eine Betriebsstätte jede feste Geschäftseinrichtung oder Anlage, die der Tätigkeit eines Unternehmens dient. Befinden sich Betriebsstätten desselben stehenden Gewerbes in mehreren Gemeinden oder erstreckt sich eine Betriebsstätte über mehrere Gemeinden, wird die Gewerbesteuer gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 GewStG in jeder Gemeinde nach dem Teil des Steuermessbetrags erhoben, der auf sie entfällt. Diese Aufteilung geschieht durch ein Zerlegungsverfahren nach § 28 GewStG. Für einen Reisegewerbebetrieb ist die Gemeinde heheberechtigt, in der sich der Mittelpunkt der gewerblichen Tätigkeit eines solchen Betriebs befindet (§ 35a Abs. 3 GewStG).

Steuerschuldner ist der jeweilige Unternehmer (§ 5 Abs. 1 Satz 1 GewStG). Als Unternehmer gilt derjenige, für dessen Rechnung das Gewerbe betrieben wird (§ 5 Abs. 1 Satz 2 GewStG). Dementsprechend ist für die Gewerbesteuerschuldnerschaft maßgebend, wem im Innenverhältnis das Ergebnis des Gewerbebetriebs zuzurechnen ist. Darauf, wer nach außen hin für den Betrieb in Erscheinung tritt, kommt es regelmäßig nicht an. Insbesondere ist unerheblich, wer im Handelsregister als Inhaber des Betriebs eingetragen ist und wem eine etwa erforderliche (Gewerbe- oder sonstige) Genehmigung durch die hierfür zuständige Behörde erteilt worden ist.¹⁸ Ist die Tätigkeit einer Personen-

¹⁸ U.a. Driehaus, a.a.O., § 5 Rn. 8.

gesellschaft Gewerbebetrieb, ist Steuerschuldner die Gesellschaft (§ 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG).

III. Besteuerungsgrundlage – Gewerbeertrag einschließlich Hinzurechnungen, Kürzungen und Verlustabzug

Besteuerungsgrundlage ist der Gewerbeertrag (§ 6 GewStG); er wird periodisch, d.h. für den Erhebungszeitraum errechnet. Gewerbeertrag ist der gemäß § 7 Abs. 1 GewStG nach den Vorschriften des Einkommen- oder des Körperschaftssteuergesetzes zu ermittelnde Gewinn aus dem Gewerbebetrieb, vermehrt um Hinzurechnungen (§ 8 GewStG) und vermindert um Kürzungen (§ 9 GewStG) sowie unter Beachtung eines etwaigen Verlustabzugs (§ 10a GewStG). Erhebungszeitraum ist grundsätzlich das Kalenderjahr (§ 14 Abs. 2 GewStG); besteht der Gewerbebetrieb nicht während eines ganzen Jahres, tritt an die Stelle des Kalenderjahres der Zeitraum der Steuerpflicht (§ 14 Abs. 3 GewStG).

Bei der Errechnung des Gewerbeertrags ist auf die allgemeinen Gewinnermittlungsregeln der §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 EStG (Betriebsvermögensvergleich) und des § 4 Abs. 3 EStG (Überschussrechnung) abzustellen: Buchführungspflichtige Gewerbebetriebe ermitteln ihren Gewinn grundsätzlich durch einen vollständigen Betriebsvermögensvergleich, namentlich nicht buchführungspflichtige und freiwillig Bücher führende Gewerbetreibende durch einen unvollständigen Betriebsvermögensvergleich. Die Einnahmeüberschussrechnung ist eine vereinfachte Gewinnermittlungsmethode, nach der Steuerpflichtige ihren Gewinn als Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben ermitteln können, soweit sie nicht aufgrund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet sind, Bücher zu führen und regelmäßig Abschlüsse zu machen.

Grundsätzlich soll durch die Bestimmungen über Hinzurechnungen und Kürzungen (§§ 8 und 9 GewStG) erreicht werden, dass alle Unternehmen nahezu gleich belastet werden, und zwar unabhängig davon, ob sie eigen- oder fremdfinanziert sind, ob sie auf eigenem Grund und Boden oder gemieteten Flächen tätig sind, und unabhängig auch davon, ob sie mit eigenen Maschinen usw. oder gemieteten bzw. geleasteten Maschinen usw. arbeiten. Überdies wird eine Angleichung von Unternehmer-Gewinn und Geschäftsführer-Zusatzvergütung angestrebt.

Der die Hinzurechnungen betreffende § 8 GewStG ordnet der Sache nach an, dass bestimmte Beträge, die nach dem Einkommen- oder dem Körperschaftsteuergesetz bei der Ermittlung der Gewinne aus Gewerbebetrieb abzuziehen sind, bei der Ermittlung des Gewerbeertrags nicht abgezogen werden dürfen. Die Vorschrift enthält somit gewerbesteuerrechtliche Abzugsverbote, die lediglich gesetzestechnisch als Hinzurechnungen zum Gewinn ausgestaltet sind. Zu dem nach den Bestimmungen des Einkommen- oder des Körperschaftsteuergesetzes ermittelten Gewinn werden dementsprechend nach § 8 GewStG die dort aufgezählten Beträge hinzugerechnet. Diese Norm enthält einen *numerus clausus*; folglich sind nur die gesetzlich vorgesehenen Hinzurechnungen vorzunehmen. Sie dient zwei Zielen: Zum einen soll die Gewerbesteuer im Unterschied zur Einkommen- und Körperschaftsteuer nicht an die tatsächlichen Gewinne, sondern an die verobjektivierte Ertragskraft anknüpfen, soll also die Ermittlung eines objektiven, von den Beziehungen des Unternehmers zum Betrieb losgelösten Gewerbeertrags erreicht werden.¹⁹ Zum anderen sollen die Unterschiede der gewerbesteuerlichen Behandlung von Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften gemildert werden.²⁰

Der mit Abstand wichtigste Fall einer Hinzurechnung ist in § 8 Nr. 1 GewStG geregelt. Diese Bestimmung zielt ab auf eine zumindest teilweise Gleichstellung von Gewinnen aus eigen- und fremdfinanziertem Kapital. Es geht um Entgelte für die Nutzung des dem Betrieb überlassenen Geld- und Sachkapitals; die Hinzurechnung erfolgt unabhängig von der Dauer der Überlassung und unabhängig von der steuerlichen Behandlung beim Gläubiger der jeweiligen Entgelte. Der für § 8 Nr. 1 GewStG maßgebende Hinzurechnungsbetrag wird in drei Schritten ermittelt: Zunächst wird die Summe errechnet, die sich aus den Ansätzen der in § 8 Nr. 1 Buchstaben a bis f GewStG aufgezählten Entgelte ergibt. Sodann wird von dieser Summe ein Freibetrag von 100.000 Euro abgezogen. Schließlich wird ein Viertel von dem verbleibenden Betrag dem Gewerbeertrag hinzugerechnet.

¹⁹ Driehaus, a.a.O., § 6 Rn. 14.

²⁰ Schmidt, a.a.O., Rn. 95.

Der durch bestimmte Hinzurechnungen veränderte Gewinn wird durch verschiedene Kürzungen nach § 9 GewStG weiter modifiziert. Die Kürzungsvorschriften sollen – wie die Hinzurechnungsbestimmungen – der Ermittlung eines objektiven Gewerbeertrags dienen; einzelne Kürzungen und Hinzurechnungen entsprechen einander sogar.²¹ Jedoch verfolgen einzelne Kürzungsvorschriften daneben auch weitere, recht eigenständige Zwecke: Einige sollen eine Doppelbelastung bestimmter Teile des Gewerbeertrags mit der Grundsteuer, andere die Belastung ausländischer Gewerbeerträge mit der Gewerbesteuer vermeiden, die übrigen Bestimmungen dienen je eigenen Zwecken.²² Die Aufzählung der Kürzungstatbestände ist abschließender Natur, d.h. es können nur die gesetzlich vorgesehenen Kürzungen vorgenommen werden. Die Wirkung solcher Kürzungen besteht in der Minderung der Summe aus Gewinn und Hinzurechnungen mit der Folge einer Reduzierung der Gewerbesteuer. Für den einzelnen Betrieb können bestimmte Kürzungstatbestände wie etwa der des § 9 Nr. 1 GewStG erhebliche Auswirkungen haben; die gesamte wirtschaftliche Bedeutung des § 9 GewStG ist dagegen eher gering.

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll ein Betrieb mit eigenem Grundbesitz dem Betrieb mit fremden Grundbesitz, der die Miete/Pacht abziehen kann, gleichgestellt werden. Deshalb ordnet § 9 Nr. 1 Satz 1 GewStG an, dass die Summe des Gewinns und der Hinzurechnungen um 1,2 Prozent des Einheitswerts des zum Betriebsvermögen gehörenden Grundbesitzes zu kürzen ist, sofern der Grundbesitz nicht von der Grundsteuer befreit ist. Hier wird die Gleichstellung also nicht – wie beim Betrieb mit einem fremden Grundstück – durch Hinzurechnung, sondern – weil es um einen Betrieb mit eigenem Grundbesitz geht – durch Kürzung erreicht.

Da die Gewerbesteuer eine Abschnittssteuer ist, können sich namentlich bei schwankenden Betriebseinnahmen über den Erhebungszeitraum hinaus im Einzelfall unbillige Belastungen ergeben. Deshalb hat der

²¹ Schmidt, a.a.O. Rn. 98.

²² Güroff in Glanegger/Güroff, Gewerbesteuergesetz, § 9 Rn. 1.

Gesetzgeber in § 10a GewStG die Möglichkeit eröffnet, den für einen Erhebungszeitraum maßgebenden, nach den §§ 7 bis 10 GewStG ermittelten Gewerbeertrag „bis zu einem Betrag in Höhe von 1 Million Euro um die Fehlbeträge“ zu kürzen, „die sich bei der Ermittlung des maßgebenden Gewerbeertrags für die vorangegangenen Erhebungszeiträume ... ergeben haben, soweit die Fehlbeträge nicht bei der Ermittlung des Gewerbeertrags für die vorangegangenen Erhebungszeiträume berücksichtigt worden sind“ (§ 10a Satz 1 GewStG). Diese Vorschrift ermöglicht also weder einen Verlustausgleich innerhalb eines Erhebungszeitraums noch einen – dem § 10d EStG entsprechenden – Verlustrücktrag, d.h. eine Rückübertragung im Erhebungszeitraum erzielter Verluste ins Vorjahr, sondern einzig den Abzug von in vorangegangenen, also früheren Erhebungszeiträumen entstandenen Verlusten. Der Verlustabzug ist zeitlich unbegrenzt zulässig, allerdings betragsmäßig beschränkt auf 1 Million Euro. § 10a Satz 2 GewStG lockert jedoch diese Beschränkung, indem er anordnet, der 1 Million Euro übersteigende maßgebende Gewerbeertrag sei „bis zu 60 Prozent um nach Satz 1 nicht berücksichtigte Fehlbeträge der vorangegangenen Erhebungszeiträume zu kürzen“. Eine Kürzung ist gemäß § 10a Satz 8 GewStG nur möglich, sofern über die Erhebungszeiträume sowohl eine Identität des Unternehmens als auch des Unternehmers bestanden haben.

Der Gewerbeverlust ist von Amts wegen erstmals in dem auf das Entstehungsjahr unmittelbar folgenden Erhebungsjahr nach Maßgabe des § 10a GewStG zu beachten. Er ist vom maßgebenden Gewerbeertrag des Erhebungszeitraums, also nach Berücksichtigung der Hinzurechnungen und Kürzungen nach den §§ 8 und 9 GewStG und vor Ansatz des Freibetrags nach § 11 Abs. 1 Satz 3 GewStG, abzuziehen.

IV. Steuermessbetrag, Zerlegung und Hebesatz

1. Steuermessbetrag und Zerlegung

Der vom Finanzamt festzusetzende Steuermessbetrag bildet die Grundlage für die Festsetzung und Erhebung der Gewerbesteuer durch die heheberechtigte Gemeinde (§ 16 Abs. 1 GewStG). Er ist durch Anwendung eines Prozentsatzes, der sog. Steuermesszahl, auf den Gewerbeertrag zu ermitteln, und zwar in zwei Schritten: In einem ersten Schritt ist

der nach §§ 7 bis 10a GewStG errechnete Gewerbeertrag auf volle 100 Euro nach unten abzurunden und um einen Freibetrag zu kürzen (§ 11 Abs. 1 Satz 3 GewStG). Sodann ist der auf diese Weise modifizierte Gewerbeertrag mit der Steuermesszahl zu multiplizieren (§ 11 Abs. 2 und 3 GewStG).

Nach der Abrundung des nach Maßgabe der §§ 7 bis 10a GewStG ermittelten Gewerbeertrags auf volle 100 Euro wird der verbliebene Gewerbeertrag bei natürlichen Personen und Personengesellschaften um einen Freibetrag von 24.500 Euro gekürzt, höchstens jedoch in Höhe des abgerundeten Gewerbeertrags (§ 11 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 GewStG). Aus dieser Einschränkung folgt, dass ein Gewerbebesteuermessbetrag nur für Gewerbeerträge von mindestens 24.600 Euro festzusetzen ist. Denn der Freibetrag darf nicht zu einem Gewerbeverlust führen.²³ Der Freibetrag ist auch dann in voller Höhe zu gewähren, wenn die Betriebseröffnung oder Betriebsschließung im Laufe des Kalenderjahres erfolgt.²⁴

Bei bestimmten, im Einzelnen in § 11 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GewStG aufgezählten Unternehmen beträgt der Freibetrag 5.000 Euro. Er wird ebenfalls gewährt durch Kürzung nach Abrundung. Durch eine solche Kürzung werden Unternehmen im Sinne des § 2 Abs. 3 GewStG begünstigt. Das sind insbesondere juristische Personen des Privatrechts (u.a. rechtsfähige Vereine sowie privatrechtliche Stiftungen und Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit) sowie nicht rechtsfähige Vereine. Ferner gehören dazu eine Auswahl von Unternehmen aus dem Katalog des § 3 GewStG und Unternehmen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die Steuermesszahl, mit der der um den Abrundungs- und den Freibetrag reduzierte Gewerbeertrag zur Ermittlung des Steuermessbetrags zu multiplizieren ist, beträgt einheitlich für alle Unternehmen 3,5, wird jedoch gemäß § 11 Abs. 3 GewStG bei Hausgewerbetreibenden und ihnen gleichgestellten Personen ermäßigt. Bei dem dadurch begünstigten Personenkreis beträgt die Steuermesszahl 56 Prozent des Satzes für die

²³ U.a. Güroff, a.a.O., § 11 Rn. 4.

²⁴ Vgl. Driehaus, a.a.O., § 7 Rn. 3.

sonstigen Unternehmensformen, so dass für sie die Steuermesszahl von 1,96 gilt.

Unterhält ein Gewerbebetrieb im Erhebungszeitraum Betriebsstätten in mehreren Gemeinden, wird der Steuermessbetrag nach Maßgabe der §§ 28 ff. GewStG in die auf die einzelnen Gemeinden entfallenden Anteile (Zerlegungsanteile) zerlegt. Dadurch wird erreicht, dass alle Gemeinden, die durch einen Gewerbebetrieb Belastungen ausgesetzt sind, auf den ihnen zugewiesenen Zerlegungsanteil Gewerbesteuer erheben können. Auf diese Weise werden sie in die Lage versetzt, jeweils ihren individuellen Gewerbesteuerhebesatz auf ihren Anteil am Steuermessbetrag anzuwenden. Das Zerlegungsverfahren ist erforderlich, weil die Festsetzung des Steuermessbetrags einheitlich für den gesamten Gewerbebetrieb und nicht für die jeweiligen Betriebsstätten erfolgt, die in verschiedenen Gemeinden liegen können.

2. Bedeutung und Höhe des Hebesatzes

§ 16 GewStG konkretisiert Art. 106 Abs. 6 Satz 2 GG, wonach den Gemeinden das Recht einzuräumen ist, den Hebesatz für die Gewerbesteuer festzusetzen. Allerdings dürfen die Gemeinden die Hebesätze nach dieser grundgesetzlichen Bestimmung nur „im Rahmen der Gesetze“ festsetzen. Deshalb müssen sie bei der Ausübung ihrer Befugnis die Vorgaben des Gewerbesteuergesetzes (§ 16 Abs. 2 bis 5 GewStG) beachten.

Der Hebesatz hat die Funktion eines Steuersatzes. Seine Festsetzung ist Schaffung von materiellem Steuerrecht. Sie erfolgt dementsprechend durch eine ortsgesetzliche Regelung, in der Regel durch die Haushaltssatzung, doch ist auch eine separate Hebesatzsatzung zulässig. Die Gemeinde ist zur Festsetzung eines Hebesatzes verpflichtet; das folgt aus der durch § 1 GewStG begründeten Pflicht zur Erhebung der Gewerbesteuer. Bleibt sie untätig, muss die Rechtsaufsichtsbehörde einschreiten. Der Hebesatz kann für ein Kalenderjahr oder mehrere Kalenderjahre festgesetzt werden. Der Beschluss über die Festsetzung (oder Änderung) des Hebesatzes ist bis zum 30.6. eines Kalenderjahres mit Wirkung vom Beginn dieses Kalenderjahres zu fassen (§ 16 Abs. 3 Satz 1 GewStG).

Für die Bestimmung der Höhe des Hebesatzes steht den Gemeinden grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu. Allerdings ordnet

§ 16 Abs. 4 GewStG einen Mindesthebesatz von 200 Prozent an, um die Entstehung gemeindlicher Steueroasen mit einem zu niedrigen Hebesatz zu verhindern; diese Anordnung ist verfassungskonform.²⁵ Ein Höchsthebesatz ist derzeit weder durch Bundes- noch durch Landesrecht vorgegeben. Der Hebesatz muss für alle in der Gemeinde vorhandenen Unternehmen der gleiche sein (§ 16 Abs. 4 Satz 1 GewStG), er ist grundsätzlich für alle Gewerbebetriebe in einer Gemeinde bindend.

V. Entstehen und Erlöschen der Gewerbesteuer sowie Vorauszahlungen

1. Entstehen und Erlöschen der Gewerbesteuer

Der Steuerschuldner bzw. an seiner Stelle eine zu seiner Vertretung berechtigte Person hat nach § 14a Satz 1 GewStG für steuerpflichtige Gewerbebetriebe eine Erklärung zur Festsetzung des Steuermessbetrags (Gewerbsteuererklärung) und zusätzlich in den Fällen des § 28 GewStG (Zerlegungsfällen) eine Zerlegungserklärung abzugeben, und zwar unter Verwendung der amtlichen Vordrucke regelmäßig in elektronischer Form. Sofern ein Steuerpflichtiger mehrere gewerbsteuerpflichtige Betriebe betreibt, ist für jeden einzelnen Gewerbebetrieb, nicht jedoch für jede Betriebsstätte eine eigene Gewerbsteuererklärung abzugeben.

Die Gewerbsteuer entsteht gemäß § 38 AO in Verbindung mit § 18 GewStG kraft Gesetzes mit Ablauf des Erhebungszeitraums, für den die Festsetzung der Gewerbsteuer vorzunehmen ist, also unabhängig vom Zeitpunkt der tatsächlichen Festsetzung. Da sich der konkrete Gewerbsteueranspruch erst aus dem Gewerbsteuerbescheid ergibt, ist die Gewerbsteuer gemäß § 220 Abs. 2 Satz 2 AO erst mit Bekanntgabe dieses Bescheids fällig.

Das Gewerbsteuerrecht kennt – anders als das Grundsteuerrecht – keine eigenen Billigkeitsregelungen; insoweit ist vielmehr auf die Vorschriften der Abgabenordnung abzustellen. Von den in diesen Bestimmungen behandelten Billigkeitsmaßnahmen kommen in erster Linie eine Stundung (§ 222 AO) und ein Erlass (§ 227 AO) in Betracht. Eine

²⁵ BVerfGE 125,141 (158 ff.).

Stundung setzt voraus, dass die Einziehung der Gewerbesteuer bei Fälligkeit eine erhebliche Härte für den Schuldner bedeuten würde und der Steueranspruch durch die Stundung nicht gefährdet erscheint. Ein Erlass kann von der Gemeinde nur ausnahmsweise gewährt werden, wenn deren Einziehung nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre.

Die Gewerbesteuerschuld erlischt – wie andere Steuerschulden auch – durch Zahlung (§§ 224 f. AO), Aufrechnung (§ 226 AO), Erlass (§§ 163, 227 AO) und Verjährung (§§ 169 ff., 228 ff). Speziell mit Blick auf die Zahlungsverjährung, die fünf Jahre beträgt und mit Ablauf des Jahres beginnt, in dem die Gewerbesteuer fällig geworden ist, bestimmt § 232 AO, dass durch eine solche Verjährung der Anspruch aus dem Steuerschuldverhältnis und die von ihm abhängigen Zinsen erlöschen.

2. Vorauszahlungen

Der Steuerschuldner hat vierteljährlich jeweils zwingend am 15.2., 15.5., 15.8. und 15.11. Vorauszahlungen zu leisten (§ 19 Abs. 1 Satz 1 GewStG). Zu ihrer Entstehung bedürfen Vorauszahlungen – anders als die Gewerbesteuer selbst – einer Festsetzung durch die Gemeinde (Vorauszahlungsbescheid), sie sind fällig zu den genannten Zeitpunkten. Der Vorauszahlungsbescheid muss nicht nur die zu leistende Vorauszahlung, sondern auch angeben, für welchen Gewerbebetrieb die Vorauszahlung zu erbringen ist. Vorauszahlungsbescheide sind zu erlassen, bevor die Gewerbesteuer für den betreffenden Erhebungszeitraum festgesetzt worden ist. Sobald für einen Erhebungszeitraum ein Gewerbesteuerbescheid ergangen ist, ist es nicht mehr zulässig, für diesen Erhebungszeitraum noch Vorauszahlungen festzusetzen oder anzupassen.²⁶

Jede Vorauszahlung beträgt grundsätzlich ein Viertel der Steuer, die sich bei der letzten Veranlagung ergeben hat (§ 19 Abs. 2 GewStG). Sie ist auf den nächsten vollen Betrag in Euro nach unten abzurunden und wird nur festgesetzt, wenn sie mindestens 50 Euro beträgt (§ 19 Abs. 5 GewStG). Die Vorauszahlungen können von der Gemeinde der späteren endgültigen Steuer angepasst werden, die sich für den laufenden Erhebungszeitraum voraussichtlich ergeben wird (§ 19 Abs. 3

²⁶ BFH, Urteil v. 4.6.1981 – VIII B 31/80 – BStBl. 1981 II, 767.

Satz 1 GewStG). Eine solche Anpassung kann zu einer Erhöhung oder einer Herabsetzung von Vorauszahlungen führen. Das Gesetz stellt die Beantwortung der Frage, ob eine Anpassung erfolgen soll, in das Ermessen der Gemeinde.

Nachdem auf der Grundlage der Gewerbesteuererklärung der Gewerbesteuermessbetrag festgesetzt sowie ggfs. zerlegt worden ist und sich durch die Multiplikation mit dem durch die gemeindliche Satzung festgelegten Hebesatz die Gewerbesteuerschuld für einen Erhebungszeitraum ergeben hat, werden die für diesen Zeitraum tatsächlich entrichteten Vorauszahlungen auf diese Steuerschuld angerechnet (§ 20 Abs. 1 GewStG). Anrechnung bedeutet Verrechnung der für einen bestimmten Erhebungszeitraum geleisteten Vorauszahlungen mit der festgesetzten Gewerbesteuer für diesen Zeitraum zum Zwecke ihrer Tilgung.

Zwar erfolgt die Anrechnung in der Regel durch eine Verfügung im Gewerbesteuerbescheid, doch ist eine solche Verfügung verfahrensrechtlich kein Teil der Steuerfestsetzung, sondern ein eigenständiger Verwaltungsakt. Ist die Anrechnung unterblieben, kann sie noch fünf Jahre lang nachgeholt werden (§ 228 AO), ist sie erfolgt, kann sie nach Maßgabe des § 130 AO berichtigt werden.²⁷ Ist die Steuerschuld größer als die Summe der anzurechnenden Vorauszahlungen, ist der Unterschiedsbetrag sofort nach Bekanntgabe des Steuerbescheids zu entrichten. Ist die Steuerschuld kleiner, wird dieser Unterschiedsbetrag nach Bekanntgabe des Steuerbescheids durch Aufrechnung oder Zurückzahlung ausgeglichen (§ 20 Abs. 3 GewStG).

²⁷ U.a. Driehaus, a.a.O., § 11 Rn. 12.

ÖZET

Ticaret vergisi, özel bir gelir vergisi olarak Almanya'da en önemli belediye gelir kaynaklarından birisidir. Ticaret vergisi bağlamında yetkiler, vergi daireleri ile belediyeler arasında paylaştırılmıştır: Vergi idaresi, vergi yükümlülüğü konusunda karar verir, ilgili ticari gelirleri belirler ve bu gelirleri vergi oranıyla çarparak ticaret vergisi matrahını belirler (vergi matrahı hesaplama süreci). Belediyeler, vergi daireleri tarafından kendilerine gönderilen vergi matrahını kendileri tarafından tespit edilen vergi oranıyla çarparak ticaret vergisini matraha uygun olarak belirler ayrıca bu verginin vergilendirilmesi ve icra edilmesinden de sorumludurlar. Ticaret vergisi, bir ticari işletmede elde edilen gelire bağlıdır. Kanun, öncelikle ticari işletmeleri iki gruba ayırmaktadır. Bunlar, faaliyetlerine göre ticari işletmeler ve hukuki yapılarına göre ticari işletmelerdir. İlk grupta temel olarak, bağımsız bir şekilde sürdürülebilen bir faaliyet, bir kar elde etme amacı ve genel ticari trafiğe (sürekliliğe) katılım ile karakterize edilen ticari işletmeler bulunmaktadır. İkinci grupta ise halka arz şirketler ve limited şirketler gibi sermaye şirketleri yer almaktadır. Ticaret gelirin hesaplanması için Gelir Vergisi Kanunu'nun genel kar tespit etme kuralları uygulanır. Bu şekilde ortaya çıkan gelir, mümkün olan en objektif ticari gelirin ortaya konulması amacıyla, eklemeler ve kesintilerle değiştirilir. Bu yapılırken, şirketlerin kendisini finanse etmesine veya dışarıdan finanse edilmesine bakılmaz. Aynı şekilde, şirketlerin kendi mülkiyetlerinde bulunan taşınmazlarda mı veyahut da kiralık makinelerle mi çalıştığına bakılmaz. Bu şekilde değiştirilen ticari gelir, son olarak belirli bir vergi muafiyeti ile azaltılır. Gelir elde edilen dönemde ticari işletmenin, birden fazla belediye içerisinde işletmeleri varsa, vergi dairesi, bu işletmeler için hesaplanan matrahları, ilgili belediyelerin oranlarına göre ayırır ve bu şekilde her bir belediye gerekli ticaret vergisini elde edebilmiş olur. Vergi mükellefi, en son hesaplanan yıllık verginin her dörtte birlik kısmını, üç ayda bir peşin olarak ödemek zorundadır.

1982 ANAYASASI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ IŞIĞINDA BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI BAĞLAMINDA TAHKİM

SCHIEDSGERICHTSBARKEIT IM ZUSAMMENHANG MIT DEM ZUGANG ZU EINEM UNABHÄNGIGEN UND UNPARTEIISCHEN GERICHT NACH DER VERFASSUNG VON 1982 UND DER EUROPÄISCHEN MENSCHENRECHTSKONVENTION

Araş. Gör. Lütfullah Yasin AKBULUT*

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı altında bağımsız ve tarafsız mahkemeye erişim hakkı bulunmaktadır. 1982 Anayasası da Sözleşmeyle benzer korumaları sağlayan mekanizmaları içermektedir. Bununla birlikte günümüzde tek hukuki uyuşmazlık çözüm yolu olarak mahkemeler bulunmamaktadır. Şahıslar zorunlu veya ihtiyari şekilde tahkim yoluyla hukuki uyuşmazlıklarını çözümleyebilmektedirler. Bu çalışmada mahkemeye erişim hakkı ile tarafsız ve bağımsız mahkemede yargılanma haklarının niteliği incelenmiştir. Bu bağlamda ilk önce mahkemeye erişim hakkı ve tahkim arasındaki ilişki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları bağlamında ortaya konmuştur. Daha sonra tarihsel süreciyle birlikte Türk hukukunda Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin yaklaşımının ne olduğu incelenmiştir. Çalışmada son olarak tahkimin tarafsız ve bağımsız mahkemede yargılanma hakkıyla olan ilişkisi ortaya konmuştur. Bu konuya ilişkin ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin güncel kararları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1982 Anayasası, tahkim, mahkemeye erişim, tarafsızlık ve bağımsızlık*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (akbulut@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0001-7283-3966.

**ARBITRATION REGARDING THE RIGHT TO INDEPENDENT
AND IMPARTIAL TRIBUNAL UNDER THE 1982 CONSTITUTION
AND THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

ABSTRACT

*The right to an independent and impartial tribunal is laid down in Article 6 of the European Convention on Human Rights under the title of 'Right to a Fair Trial'. Likewise, the 1982 Turkish Constitution regulates the right to fair trial in its different articles. However, in today's modern world, litigation is not the only legal dispute resolution system. Due to its celerity and effectiveness, arbitration is a widely preferred alternative for legal disputes. However, according to European Court of Human Rights, states must supervise and control whether the fair trial standards are observed in arbitration proceedings. This article examines the qualities of the right to a court and the right to be heard by an independent and impartial tribunal in relation with arbitration. Accordingly, case-law of European Court of Human Rights regarding the right to court and arbitration is analyzed first. Then, judgments of the Constitutional Court are examined in the light of the historical progress, including relevant legislative modifications and constitutional amendments. Finally, the relationship between arbitration and the right to be heard by an impartial and independent tribunal is discussed through ECHR's recent judgment of *Ali Riza and Others v. Turkey*.*

Keywords: *Right to fair trial, European Convention on Human Rights, 1982 Constitution, arbitration, right to access to court, impartiality and independence*

1. GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi ‘Adil Yargılanma Hakkı’nu düzenlemektedir. Bu maddenin korumaya aldığı hukuki değer, mahkemelerin adil bir karara varabilmesi için yargılama sürecinin maddede belirtilen standartlara sahip olmasını sağlamaktır. Böylelikle yargılama sonucunda ulaşılan sonuçtan ziyade yargılamanın kendisinin belirli standartlara sahip olması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda nispeten uzun bu maddede adil yargılama kriterleri sırasıyla sayılmıştır. Öncelikli olarak medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde izlenecek yargılama ilkeleri ile ceza muhakemesinde ortaya konulan standartlar arasında farkın olduğunu belirtmek gerekir. Bu çalışmada ise AİHS m. 6’nun ceza muhakemesine ilişkin koyduğu kriterler incelenmeyecektir.

AİHS m. 6’da belirtilmiş haklara bakacak olursak bu maddenin birinci fıkrasında açıkça herkesin; 1) yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, 2) kamuya açık olarak ve 3) adil şekilde / hakkaniyete uygun olarak 4) makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bu hakların niteliğini ortaya koyarken bu hakların kapsamı içerisinde bazı başka hakların da var olduğunu kabul etmektedir. Bu haklar arasında bu çalışmanın bir kısmının da konusunu oluşturan mahkemeye erişim hakkı dâhil olmak üzere silahların eşitliği ilkesi, gerekçeli karar hakkı gibi birtakım haklar da mevcuttur.

1982 Anayasasının konuya ilişkin düzenlemelerine baktığımızda ise öncelikli olarak İnceoğlu’nun tespitiyle, Anayasada spesifik olarak adil yargılanma hakkına ilişkin bir düzenlemenin olup olmamasından bağımsız şekilde, Anayasanın 2. maddesinde devletin temel niteliği olarak belirtilmiş ‘hukuk devleti’ ilkesinin adil yargılanma hakkının elementlerini hukuk sistemimize dahil ettiğini kabul etmek gerekir.¹ Bununla birlikte Anayasanın ‘Hak Arama Hürriyeti’ başlıklı 36. maddesi 2001 yılında

¹ Sibel İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, (Editör: Sibel İnceoğlu), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s. 213.

yapılan değişiklikle birlikte açıkça adil yargılanma hakkından bahsetmektedir. Bu maddeyi takip eden Anayasanın 37., 38. ve 39. maddeleri de adil yargılanma hakkına ilişkin haklar içermektedir. Anayasanın devlet teşkilatlanmasına ilişkin maddelerinde de (125. madde, 138. ve 142. maddeler arası, 145. madde) adil yargılanma hakkına ilişkin hükümler görülmektedir. Her ne kadar Anayasada adil yargılanma hakkına ilişkin – örneğin gerekçeli karar ve makul sürede yargılanma hakkı gibi (m. 141) – Anayasanın temel haklar kataloğunda düzenlenmeyen haklar var olsa da bu hakları Anayasanın 36. maddesi ile birlikte yorumlamak gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de yerleşik içtihadında da bu durumu kabul etmektedir. Mahkemeye göre, “makul sürede yargılanma hakkı da ... adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup, ... Anayasa'nın 141. maddesinin de, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.”²

Görüldüğü üzere AİHS ve Anayasa mahkemeye erişim hakkı ve bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde yargılanma hakkını koruma altına almaktadır. Bununla birlikte tarafların bu haklarından feragat ederek uyuşmazlıklarını bir başka merci önüne taşımaları da mümkündür. Gerçekten de son 50 yıldır giderek artan bir trendle tarafların devlet mahkemeleri nezdinde uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturmaktan ziyade ‘hakem’ler aracılığıyla uyuşmazlıklarını nihai olarak sonuçlandırmayı tercih ettikleri görülmektedir.³ Tahkim usulü olarak adlandırılan bu çözüm yöntemiyle taraflar mahkemeye erişim haklarından feragat etmektedirler.⁴ Soğuk Savaş'ın etkisinin azalması ve devamında sona ermesini takip

² Anayasa Mahkemesi, Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun Başvurusu. Baş. No.: 2012/12. K. T.: 17.09.2013, para. 43; Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, Mehmet Cihan Kıran Başvurusu. Baş. No.: 2014/2964. K. T.: 13.02.2020, para. 31; Anayasa Mahkemesi, Abdulmecit Er Başvurusu. Baş. No.: 2014/3825. K. T.: 07.11.2019, para. 21.

³ Milletlerarası tahkimin tanımı için: Cemal Şanlı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınevi, 6. Bası, İstanbul, 2018, s. 612-616.

⁴ Bununla birlikte Sariöz Büyükalp'e göre her ne kadar tarafların arasında bir tahkim anlaşması bulunsa bile eğer taraflar genel anlamda adalete erişim konusunda herhangi bir problem yaşarlarsa, tarafların her daim devlet yargısına

eden süreç içerisinde globalleşen dünyada tahkim usulü, ulusal mahkemelerin yerine tercih edilen önemli bir uyuşmazlık çözüm yolu haline almıştır. Dolayısıyla klasik anlamda devlete karşı koruma gören insan hakları, tahkim kurumunun değiştirdiği koşullar ışığı altında yeni yorumlara ihtiyaç duymaktadır.

Tahkimin AİHS kapsamında başka haklarla (m.13 ‘Etkili Başvuru Hakkı’, Ek Protokol 1 m. 1 ‘Mülkiyet Hakkı’) ilişkisi bulunmaktaysa da özellikle AİHS m. 6 ile sıkı bir ilişki içerisinde dir. Tahkimle ilgili olarak AİHS m. 6’da özellikle şu hakların sıkı ilişki içerisinde olduğunu belirleyebiliriz: mahkemeye erişim hakkı, bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde yargılanma hakkı, dinlenilme hakkı, silahların eşitliği ilkesi, gerekçeli karar hakkı, makul sürede yargılanma hakkı ve aleni yargılanma hakkı.⁵Bununla birlikte bu çalışmada (a) bağımsız ve tarafsız (b) bir mahkemeye erişim hakkı bağlamında tahkimin insan hakları boyutu ele alınacaktır. Bunun için ilerleyen başlıklarda ayrı ayrı her iki hak incelenmeye çalışılacak ve bu hakların tahkimle olan ilişkisi ortaya konmaya çalışılacaktır.

2. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKININ TAHKİMLE OLAN İLİŞKİSİ

2.1. Mahkemeye Erişim Hakkının Niteliği

AİHS m. 6 kapsamında mahkemeye erişim hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte AİHM’in köşe taşı kararlarından birisi olan *Golder / Birleşik Krallık* kararında AİHM, mahkemeye erişim hakkını hem m. 6’nın bir unsuru olarak görmüş hem de bu hakkın kapsamını ortaya koymuştur. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin yorum kuralla-

başvurmaları mümkündür. Dolayısıyla yazara göre, “yetki ve tahkim sözleşmelerinin tarafları mahkemeye erişim hakkından yoksun bıraktığı söylenemeyeceği gibi, gerçek anlamda bir sınırlandırmadan da bahsedilemeyecektir.”. A. İpek Sarıöz Büyükalp, *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 139-144 özellikle dipnot no 380 ve 381.

⁵ Sebastien Besson, “Arbitration and Human Rights”. *ASA Bulletin*, 2006, No: 3, 395-416, s. 397.

rından da hareket ederek Mahkeme, mahkemeye erişim hakkının hukukun ve hukuk devletinin temel ilkelerinden olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, adil yargılanma hakkının içeriğinde adil / hakkaniyete uygun ve aleni yargılamanın olduğunu, mahkemeye erişim hakkı olmadan kişilerin bu haklara erişebilmesinin mümkün olmayacağını ifade etmiştir.⁶ Mahkeme bunların aksinin kabulü halinde de adil yargılanma hakkını derinden zedeleyecek keyfi yönetimin yolunun açılacağını da belirtmektedir.⁷

AIHM'e göre mahkemeye erişim hakkı sadece hukuk düzleminde kalmamalıdır. Aynı zamanda hakkın pratik ve etkin bir şekilde kullanılabilmesi için devlet gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Mahkemeye erişim hakkının tesis edildiği *Golder* kararında da AIHM tam olarak bu mesele üzerinden hareket etmiştir. *Golder* kararında bilindiği üzere cezaevinde kalmakta olan başvuru cezaevi görevlisi hakkında hakaret davası açmak istemektedir. Bunun için avukatına mektup yazmak isteyen başvuruçunun bu talebi İçişleri Bakanlığı tarafından reddedilmektedir.⁸ Başvuruçunun somut olayda olduğu gibi kısmi veya geçici olarak mahkemeye erişiminin engellenmesi de mahkemeye erişim hakkını ihlal edecektir.

Mahkemeye erişim hakkının etkin olduğundan bahsedebilmek için kişilerin "haklarına müdahale teşkil eden bir işleme itiraz etmek üzere açık ve somut bir fırsata" sahip olmaları gerekmektedir.⁹ Bu bağlamda normalde AIHS'in ceza muhakemesine ilişkin getirmiş olduğu adli yardım, avukatla görüşme ve bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilme gibi hakların medeni hak ve borçlara ilişkin davalarda mahkemeye erişim hakkı altında uygulanabilmesi mümkündür.¹⁰ Bu bağlamda özellikle usuli düzenlemelerin hakkın kullanımını kolaylaştırıcı

⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Golder / Birleşik Krallık*. Baş. No.: 4451/70. K. T.: 21.02.1975, para. 34-35.

⁷ *Golder*, para. 39.

⁸ *Golder*, para. 16-18.

⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Bellet / Fransa*. Baş. No.: 23805/94. K. T.: 4/12/1995, para. 36.

¹⁰ Çalışmamız kapsamını çok genişleteceği için detaylı olarak aktarılmamıştır. Detaylı bilgi için: D. J. Harris / M. O'Boyle / E. P. Bates / C. M. Buckley, *Law of*

özelliğinin olması önemlidir. Hakkın kullanımının süreye bağlanması ve zamanaşımı gibi hususlar bu bağlamda önem taşımaktadır. Örneğin *Eşim / Türkiye* kararında AİHM, talebin zamanaşımına uğraması nedeniyle başvuruçunun talebinin reddedilmesini AİHS m. 6'ya aykırı bulmuştur. Bu davada başvuruçunun, 1990 yılında askerlik yaparken terörist güçlerle çatışma içerisine girmiştir ve yaralanmıştır. Çeşitli hastanelerde tedavi görmüş fakat iş görme yeteneği azalmış hatta kalıcı sakatlık nedeniyle orduyla ilişiği kesilmiştir. 2004 yılında başvuruçunun şikâyeti üzerine yapılan muayenede kafasında tanımlanamayan bir cisim olduğu ortaya çıkmıştır. Daha sonra 2007 yılında GATA'da yapılan muayene sonucu başvuruçunun kafasında bir merminin olduğu ve kurşunun çıkarılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.¹¹ Bunun üzerine başvuruçunun idareye başvurmuş ve idareye yaptığı başvurusu reddedilince mahkemede dava açmıştır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) ise davayı reddetmiştir. AYİM, kararında yalnızca Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 43. maddesine¹² işaret ederek başvuruçunun eylemin işlenmesinin ardından beş sene içerisinde dava açmasının gerektiğini belirtmiş ve fakat başvuruçunun zararı öğrendiği tarihi göz önünde bulundurmamıştır.¹³ Dolayısıyla AYİM kararını tesis ederken başvuruçunun idari eylemi öğrenme tarihini dikkate almadan hareket etmiştir. AİHM ise AYİM'in kararında kabul edilenin aksine başvuruçunun 1995 senesinde kafatasındaki mermiden haberdar olmadığını belirtmiştir. Bu durumun AYİM kararında tartışma konusu yapılmadığını ve başvuruçudan beş yıl içerisinde tazminat davası

the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 4th edition, Oxford, 2018, s. 400-403.

¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Eşim / Türkiye*. Baş. No.: 59601/09. 17/9/2013, Para. 5-7.

¹² İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde dava açmadan önce, bu eylemlerin yazılı bildirimine üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde yetkili makama başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri lazımdır. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde bu konudaki işlemin tebliği tarihinden ve altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren altmış gün içinde tam yargı davası açabilirler.

¹³ *Eşim / Türkiye*, para. 9.

açmasının beklenmesinin makul olarak değerlendirilemeyeceğini ifade eden AİHM, AİHS m. 6'nun ihlal edildiğine hükmetmiştir. AİHM'e göre tarafların uğradığı zararın mahkemelerce denetlenebilmesi için gerekli adımların mahkemelerce atılması gerekmektedir. Ancak bu şekilde usul kurallarının mahkemelerce yorumlanması durumunda mahkemeye erişim hakkı engellenmemiş olacaktır.¹⁴

Benzer şekilde zamanaşımına ilişkin mahkeme içtihatlarının birbirinden farklı olmasından dolayı şahısların hukuki uyuşmazlıklarını mahkeme önüne intikal ettirememeleri de AİHS m. 6 ihlali olacaktır. Örneğin *Aksis ve Diğerleri / Türkiye* başvurusunda¹⁵ başvurucular, Yalova'da apartman sahipleriydiler. 17 Ağustos 1999 tarihindeki depremde, Yalova'da başvurucuların apartmanları yıkılmış ve başvurucular müteahhitler aleyhine dava açmışlardır. 2001 tarihli kararlarla, Yalova Asliye Hukuk Mahkemesi, esasa ilişkin hiçbir inceleme yapmadan talepleri reddetmiş ve bu taleplerin vaktinde yapılmadığına karar vermiştir. Yalova Asliye Hukuk Mahkemesi, Mülga Borçlar Kanununun 125 ve 126 maddelerinde öngörülen, tazminat davası açmaya yönelik on yıllık zamanaşımı süresinin, bina kullanım izninin çıkarıldığı tarih olan 23 Mart 1987 tarihinden itibaren işlemeye başladığına ve davanın zamanaşımı süresinin dolmasından sonra açıldığına karar vermiştir. Başvurucuların temyiz talebi üzerine inceleme yapan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi yerel mahkeme kararını onamıştır. Bununla birlikte Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, diğer davacılar adına başvuranların temsilcisi tarafından açılan benzer bir davada, tazminat talep etmeye yönelik zamanaşımı sürelerinin, davalılar tarafından hukuka aykırı eylemin işlendiği sırada, yani kusurlu binaların inşasının tamamlandığı zaman, davacıların hiçbir fiili kayba maruz kalmadıklarından dolayı, deprem tarihinden itibaren işlemeye başladığına karar vermiştir. 4. Hukuk Dairesine göre davacılar ise davasını, depremin meydana gelmesinin ardından bir yıldan az bir sürede açtıklarından dolayı haksız fiil için öngörülmüş olan bir yıllık zamanaşımı süresine riayet edildiğine hükmetmiştir. 2004 tarihinde, başvurucular 4. ve 13. Hukuk

¹⁴ Eşim / Türkiye, para. 25-26.

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Aksis ve Diğerleri / Türkiye*. Baş no.: 4529/06. K.T. 30/4/2019.

Dairelerinin içtihadının uyumlaştırılması talebiyle Yargıtay Birinci Başkanlığına başvuruda bulunmuştur. 2005 tarihinde, Yargıtay Birinci Başkanlığı, söz konusu kararların içeriği ve mahiyetini göz önüne alarak içtihadın uyumlaştırılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Aynı yıl 13. Hukuk Dairesi başvuranların karar düzeltme taleplerini reddetmiştir. AİHM yaptığı değerlendirmesinde *Çelebi ve diğerleri / Türkiye* kararına¹⁶ atıfta bulunmuştur. Bu kararında da AİHM, mahkeme kararları arasında içtihat farklılıklarının bulunabileceğini fakat hukuk devletinin temel unsurlarından birini oluşturan hukuki güvenlik ilkesine göre mahkeme kararları arasındaki içtihat farklılıklarının giderilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre AİHM, önüne gelen başvurularda yerel mahkemelerin yerine geçmeden, yerel mahkemelerin içtihadında "derin ve süreklilik arz eden çelişkilerin" bulunup bulunmadığı, iç hukukun bu tutarsızlıkları ortadan kaldırmaya yönelik mekanizmaları öngörüp öngörmediği, bu mekanizmaların uygulanıp uygulanmadığı ve gerektiğinde, söz konusu mekanizmaların uygulanmasının ne gibi etkiler doğurduğunu tespit edecektir.¹⁷ AİHM daha sonra *Aksis ve diğerleri* başvurusuna bu kriterleri uygulamıştır. AİHM, zamanaşımı dolayısıyla başvuruçuların mahkemeye erişim haklarının engellendiğini tespit ettikten sonra¹⁸, Yargıtay'ın içtihadında açıkça görülen çelişkiler, Yargıtay'ın içtihatları uyumlaştırma taleplerini reddetmesi ve 13. Hukuk Dairesinin de başvuranların karar düzeltme taleplerini reddetmesinden hareket ederek Yargıtay'ın AİHS m. 6'ya aykırı hareket ettiğine karar vermiştir.¹⁹

Mahkemeye erişim hakkı *Golder* kararında da belirtildiği üzere mutlak bir hak değerdir.²⁰ Mahkemeye erişim hakkı da niteliği gereği taraf devletlerin düzenlemelerini gerektirebilir. Bu durumda mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması hususunda devletlerin ne şekilde hareket etmesi gerektiğini AİHM *Ashingdane / Birleşik Krallık* davasında ortaya koymuştur. Bu kararda Mahkeme, taraf devletlerin mahkemeye

¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Çelebi ve Diğerleri / Türkiye*, Baş No.: 582/05, K.T.: 09.02.2016.

¹⁷ *Çelebi ve Diğerleri* para. 52.

¹⁸ *Aksis ve Diğerleri*, para. 50.

¹⁹ *Aksis ve Diğerleri*, para. 53-55.

²⁰ *Golder*, para. 38.

erişim hakkını sınırlandırırken belirli bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiş ve devletlerin bu yetkiyi kullanırken hakkın özüne zarar vermemeleri gerektiğini vurgulamıştır.²¹ Görüldüğü üzere AİHM, mahkemeye erişim hakkı bağlamında da hakka getirilen sınırlamada meşru amacın güdülmesini, hakkın özünün zedelenmemesini ve amaçla araç arasında makul bir dengenin olmasını aramaktadır.²²

2.2. Zorunlu ve İhtiyari Tahkim Bakımından Mahkemeye Erişim

Bir önceki bölümde açıklandığı üzere devletlerin mahkemeye erişim hakkına sınırlamalar getirebilmesi mümkündür. Bu sınırlamalar dava açma hakkına yönelik sınırlamalar olabileceği gibi mahkemelerin yargı yetkisine yönelik sınırlamalar da olabilir.²³ Bu sınırlamaların tek tek neler olduğunun incelenmesi çalışmanın kapsamını aşacaktır. Bununla birlikte burada belirtmek gerekir ki AİHM'e göre tarafların zorunlu tahkim ile veya ihtiyari şekilde tahkim anlaşması yaparak mahkemeye erişim haklarını sınırlandırmaları mümkündür.²⁴ Tahkime yönelik olarak Komisyon bir başka kararında ise "somut olayda tahkim kanunen zorunlu koşulmamıştır. Başvurucu tahkim anlaşması imzalayarak genel mahkemeler nezdinde uyuşmazlığını görme hakkından feragat etmiştir." demektedir.²⁵ Bu iki karardan hareket ederek AİHM'in ihtiyari ve zorunlu tahkim arasında kanunen şart koşulup koşulmama kriterini belirlediğini

²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Ashingdane / Birleşik Krallık*. Baş. No.: 8225/78. K. T.: 28/5/1985, para. 57.

²² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Naït-Liman / İsviçre*. Baş. No.: 51357/07. K. T.: 15/3/2018, para. 114-116.

²³ Bunlara örnek olarak uluslararası örgütlerin ve devletlerin yargı bağımsızlıkları, parlamento bağımsızlıkları, yasal temsil zorunluluğu örnek verilebilir. Daha detaylı bilgi için: Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018, s. 24-40.

²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Deweer / Belçika*. Baş. No.: 6903/75. K. T.: 27/2/1980, para. 49.

²⁵ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *R. / İsviçre*. Baş. No.: 10881/84. K. T.: 4/3/1987, s. 100.

belirtebiliriz. Bununla birlikte doktrinde Komisyonun bu yaklaşımı eleştirilmektedir. Kanunen zorunlu tutulmuş tahkimin bir çeşit mahkeme yargılaması olduğunu belirten Besson'a göre, ihtiyari ve zorunlu tahkimi belirlerken gri alanların olabileceğine dikkat çekmektedir.²⁶ Buna rağmen AİHM'in ikili bir ayrıma giderek zorunlu tahkimle ihtiyari tahkime uyguladığı kriterleri farklı şekilde belirlediği söylenebilir.

2.2.a. Zorunlu Tahkim

AİHM, konuya ilişkin vermiş olduğu ilk kararlardan itibaren tahkim yolunun zorunlu koşulduğu durumlarda AİHS m. 6'nın uygulanacağını kabul etmiştir. Gerçekten bakıldığı zaman *Bramelid ve Malmström / İsveç* kararında²⁷ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, AİHS m. 6'da düzenlenen bütün hakların zorunlu tahkim için de geçerli olacağına karar vermiştir. Limited şirkette azınlık hissedarı olan iki başvurucu, İsveç hukukuna göre paylarını %90'lık büyük hissedara satmak zorundadırlar. Hisselerin alım satımı ve hisselerin değerlerinin belirlenmesi hususunda uyuşmazlık çıkması durumunda mesele tahkim kurulu tarafından çözümlenecektir. Uyuşmazlığı inceleyen hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmadıklarını iddia eden azınlık hissedarlarının bu iddiaları ulusal makamlarca reddedilmiştir.²⁸ Somut olayda Komisyon şu tespitleri yapmıştır: Öncelikli olarak uyuşmazlık konusu, kanunla tahkime devredilmiş olup bu devir tarafların iradelerine dayanmamaktadır. İkinci olarak tarafların uygulanacak olan hukuki standartları seçme şansları bulunmamakta, kanunen belirlenmiş kurallar uygulanmaktadır. Üçüncü olarak İsveç tahkim hukuku hem tarafların hem de hakemlerin yetkilerini/haklarını detaylı bir şekilde düzenleyerek bu kişilere sınırlı bir hareket serbestisi tanımıştır. Son olarak tarafların mahkemeye başvurmak ve tahkim kuruluna gitmek arasında bir seçim yapma hakları bulunmamaktadır. Bu tespitleri yaptıktan sonra Komisyon, tarafların kanunen zorunlu olarak

²⁶ Besson, s. 398.

²⁷ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *Bramelid ve Malmström / İsveç*. Baş. No.: 8588/79; 8589/79. K. T.: 12/12/1983. Benzer yönde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Suda / Çek Cumhuriyeti*. Baş. No.: 1643/06. K. T.: 28/10/2010, para. 49

²⁸ *Bramelid ve Malmström / İsveç*, s. 2.

tahkime gitmeleri durumunda tahkim kurulunun AİHS m. 6'daki şartların hepsini taşıması gerektiğini belirtmiştir.²⁹ Gerçekten bu davada Komisyon, tahkim heyetinin tarafsızlık ve bağımsızlık şartlarını taşımadıklarını tespit ettikten sonra AİHS m. 6'da düzenlenen mahkemelerin kanunen kurulması ve yargılamaların aleni gerçekleştirilmesi kriterlerini incelemeye gerek duymamıştır. AİHS m. 6 kapsamında kalan bu hususlar ise zaten taraflarca ihtiyari tahkim yolunun seçilmesinin ana nedenlerini oluşturmaktadır: Şirket sınırlarının saklanması kolaylaştırmak (aleni yargılamanın karşısında) ve uyuşmazlığın nispeten esnek usul kurallarıyla çözümünü hızlandırmak (kanunen kurulmanın karşısında) amacıyla taraflar tahkim yolunu seçmekte ve böylelikle tarafların bu haklarından feragat ettikleri varsayılmaktadır.³⁰

AİHM'in zorunlu tahkim için ortaya koyduğu kriterler tahkim anlaşmasına taraf olmayan bir kimsenin, zorunlu birleşme, konsolidasyon veya tahkim şartının geniş şekilde yorumlanması sonucu tahkim sürecine dahil edildiği durumlar için de geçerlidir. *Suda / Çek Cumhuriyeti* kararında bu durum ele alınmıştır. Limited şirketin azınlık hissedarı başvuru kendi hisselerinin değerine yeniden paha biçilmesini istemektedir. Başvurucunun hisselerine başvuru yapan hissedar olduğu şirket ile bir başka şirketin imzaladığı ve içerisinde tahkim anlaşması barındıran sözleşme uyarınca değer biçilmektedir. Başvuru kendi hissesinin değerinin biçilmesi için mahkemeye başvurmuş fakat iç hukukta tahkim sözleşmesinin varlığı gerekçe gösterilerek başvuru talepleri reddedilmiştir.³¹ Mahkeme başvuru yapanın AİHS m. 6 kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Öncelikli olarak Mahkeme, tahkim kurulunun kanunen kurulmuş mahkeme niteliğinin olmadığını ikinci olarak, uyuşmazlığın aleni bir şekilde çözümlenmediğini belirterek AİHS m. 6'ya aykırılık tespit etmiştir.³² Yukarıda açıklandığı üzere

²⁹ Bramelid ve Malmström / İsveç, s. 14-16.

³⁰ Tahkim uyuşmazlık çözüm yolunun neden tercih edilmesiyle alakalı bakınız: Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Basım, 7. Baskı, İstanbul, 2019, s. 319-324.

³¹ *Suda / Çek Cumhuriyeti*, para. 7-11.

³² *Suda / Çek Cumhuriyeti*, para. 53.

aslında bu kriterler Mahkemenin zorunlu tahkim için getirdiği kriterlerdir. Bu olayda ise zorunlu tahkimin varlığı söz konusu değildir. İki şirket arasında rızaya dayalı imzalanmış bir tahkim şartı bulunmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, bu şirketlerden birisinin hissedarı olan başvurunun bu haklardan feragat etmediğini belirtmektedir. Dolayısıyla aşağıda görüleceği üzere ihtiyari tahkimin en önemli unsurlarından birisi olan ‘ tarafların rızasına dayalı olma ’ şartını sağlamayan bu gibi durumlarda tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan kişilerin – aynı zorunlu tahkimde olduğu gibi – AİHS m. 6’nın korumasından faydalanacağı belirtilebilir.

2.2.b. İhtiyari Tahkim

AİHM, ihtiyari tahkime ilişkin vermiş olduğu ilk kararda başvurunun ihtiyari tahkim yolunu seçmiş olması sonucu devlet mahkemelerinin yargılama yetkisinden ve buna bağlı olarak AİHS m. 6 (1) kapsamındaki haklarından feragat ettiğini kabul etmiştir.³³ Fakat daha sonraki kararlarında AİHM ihtiyari tahkim yolunun seçildiği durumlarda AİHS m. 6 kapsamındaki bütün haklardan feragat edilmediğini kabul etmiştir. Gerçekten *Albert ve Le Compte / Belçika* kararında AİHM’e göre, AİHS m. 6 (1) kapsamında kalan bazı haklar demokratik bir toplumda öylesine önemli ve vazgeçilmezdir ki, hiç kimse hiçbir zorlama altında kalmasa ve tamamen gönüllü hareket ediyor olsa dahi bu haklardan yoksun bırakılmamalıdır.³⁴

AİHM, AİHS m. 6 (1) bağlamında tarafların ihtiyari tahkim yolunu seçerken tarafların mahkemeye erişim hakkından nasıl feragat edebileceğini *Deweer / Belçika* kararında belirtmiştir. Bu kararda başvuru bir kasaptır ve et fiyatlarına ilişkin bir yasaya karşı suç işlediği iddiası bulunmaktadır. Başvurucunun kasap dükkânı için geçici süreyle kapatılması emri çıkartılmıştır. Başvurucunun dükkânının yeniden açılması için

³³ Sandija Novicka, *Use of the European Convention of Human Rights argumentation in arbitration proceedings: When, how?.* Riga Graduate School of Law Working Papers, No. 17, 2004, s. 19.

³⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Albert ve Le Compte / Belçika*, Baş. No.: 7299/75; 7496/76, K.T.: 10.02.1983. para. 35.

dostane çözüm şeklinde bir teminat yatırılması önerilmiş veya bu olmazsa suçun mahkeme tarafından karara bağlanacağı tarihe kadar başvurunun dükkânının kapatılacağı ifade edilmiştir. Burada başvuru daha fazla ekonomik kayıp yaşamamak için yargısal olmayan para cezasını ödemeyi kabul etmiştir. AİHM bu davada “...ilgili kişi ve adaletin tesisi için yadsınamaz avantajlara sahip olan feragat, ilke olarak Sözleşme'ye aykırı değildir” diyerek kural olarak feragatin mümkün olduğunu belirtmiştir.³⁵ Bununla birlikte başvurunun somut olayda mahkemeye erişim hakkından feragat etmesi onun özgür iradesine dayanmadığından dolayı Mahkeme ihlal kararı vermiştir.³⁶

Bunun dışında mahkemeye erişim hakkından feragatin hukuken caiz olması için bazı şartların yerine getirilmesi gerekmektedir.³⁷ Tarafların sözleşmelerine ihtiyari tahkim şartı ekleyerek mahkemeye erişim hakkından feragat edebilmeleri için feragatin, (i) feragati mümkün haklara ilişkin olması, (ii) tarafların kendi özgür iradelerine dayanması, (iii) taraflarca açıkça ortaya konulmuş olması, (iv) minimum koruma mekanizmalarını içermesi gerekir.³⁸

2.2.b.i. İhtiyari Tahkim Şartının Feragati Mümkün Haklara İlişkin Olması

AİHM, feragat edilebilir ve feragat edilemez hakların neler olduğunu, ikisi arasında ayırım yapmak için hangi kriterlerin kullanılacağını açıkça belirtmemiştir.³⁹ Buna yönelik AİHM, 6. Madde ile güvence altına alınan farklı haklar arasında bile bir ayırım yapılması gerektiğini belirtmektedir. AİHM'e göre AİHS'nin ne lafzı ne de ruhu – kişinin kendi öz-

³⁵ Deweer / Belçika, para. 49.

³⁶ Deweer / Belçika, para. 50-53.

³⁷ Suda / Çek Cumhuriyeti, para 48-49

³⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Pishchalnikov / Rusya, Baş. no.: 7025/04, K.T.: 24.09.2009. para. 77.

³⁹ Lorna McGregor, “Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR”. *The European Journal of International Law*, 2015, Volume 26, 607-634, s. 618.

gür iradesine dayanması koşuluyla – kişinin açık veya zımnen aleni yargılanma hakkından feragat etmesini engellemektedir.⁴⁰ AİHM'e göre taraflar, mahkeme yargılamalarında bile geçerli bir şekilde feragat edilebilen aleni yargılanma hakkından, esas itibariyle amaçlarından biri genellikle aleniyetten kaçınmak olan tahkim yargılamalarında feragat edebilir.⁴¹ Bunun dışında tarafsız ve bağımsız mahkemelerce yargılanma hakkından feragat edilip edilemeyeceği meselesini AİHM, *Suovaniemi ve Diğerleri / Finlandiya* kararında incelemiştir. İhtiyari tahkime ilişkin bu başvuruda başvurucular, ulusal mahkemelerin AİHS m. 6 tarafından güvence altına alınan yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme nezdinde adil yargılanma haklarını ihlal eden bir tahkim kararını onaylaması nedeniyle söz konusu haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvuruculara göre hakemlerden bir tanesi tahkim tarafı şirket lehine yaptığı çalışmalar nedeniyle nesnel tarafsızlıktan yoksundur. Olaya ilişkin ise AİHM şu değerlendirmeleri yapmaktadır. Mahkeme, başvurucuların yürütölen tahkimdeki hakemin tarafsızlığı ihlal ettiğini Fin Tahkim Kanununa göre ileri sürebilecekken süreç boyunca bunu yapmaktan imtina ettiklerini belirtmiştir. Ayrıca başvurucuların, hakemin bu durumunu bilmelerine rağmen onun hakem olarak tayin edilmesini onayladıklarını ifade eden AİHM, bundan dolayı Fin mahkemelerinin, bu durumu göz önüne alarak kanunda yer alan tahkim kararının tarafsızlığın ihlali nedeniyle mahkemelerce bozulması şartlarının sağlanmadığından bahisle başvurucuların iddialarını reddettiğini tespit etmiştir. Mahkeme bu olayda tarafsız ve bağımsız mahkemelerce yargılanma hakkından feragat edilip edilemeyeceğini tahkim kararlarının hangi durumlarda devletlerce uygulanmaması gerektiği meselesi üzerinden tartışmaktadır.⁴²

⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Håkansson ve Sturesson / İsveç*. Baş. No. 11855/85. K. T.: 21/2/1990, para 66-67.

⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Suovaniemi ve Diğerleri / Finlandiya*. Baş. No. 31737/96. K. T.: 23/1/1999.

⁴² AİHS standartlarına uygun olmayan tahkim kararlarının devletlerce tanınması veya AİHS standartlarına uygun tahkim kararlarının devletlerce tanınmamasının AİHS açısından doğuracağı problemlerin neler olduğunun incelenmesi bu makalenin tartışma alanı dışında kalmaktadır. Fakat burada AİHS m. 6 (1) ile AİHS m. 1 birlikte ele alındığı vakit devletlerin tahkim yargılamaları üzerinde bir gözetim ve denetleme yükümlölüğünün doğduğunu belirtmek gerekir.

AİHM'e göre, başvurusunun hakemin nesnel tarafsızlığı konusundaki şüphelerine rağmen bunu yargılama boyunca tartışma konusu haline getirmemesinden hareket eden Fin mahkemelerinin başvurusunun iddiasını reddetmesi, keyfi veya dayanaktan yoksun değildir. Aynı zamanda aşağıda 2.2.b.iv başlığında görüleceği üzere, başvurusunun feragat edilen hakla doğru orantılı benzer güçte korumalara sahip olduğunu – bu olayda yargılama süresince daima avukatla temsil edilmesi – belirten AİHM, tarafsız hâkim tarafından yargılanmadan feragat edilmesini Sözleşme açısından geçerli görmüştür.⁴³

2.2.b.ii. İhtiyari Tahkim Şartının Tarafların Kendi Özgür İradelerine Dayanması

Yukarıda *Deweer* başvurusunda AİHM, mahkemeye erişim hakkından geçerli bir feragat için “zorlama olmamasının her koşulda yerine

Buna göre devletler hem tarafların adil yargılanma hakkından etkin bir şekilde yararlanmalarını sağlamak (tahkim kararlarını ivedilikle uygulamak ve tahkime ilişkin düzenlemelerin açık ve yanlış anlaşılmaya yer vermeyecek şekilde belirli olması gibi) hem de tarafların olası hak ihlallerini engellemek ve bunları gidermek için gerekli adımları atmalıdır (sözleşmeye aykırı düşen tahkim kararlarını bozma ve AİHS m. 13 bağlamında etkili başvuru yollarını açık tutma gibi). Detaylı bilgiler için bakınız: Sarıöz Büyükalp, s. 141-144. Yazar ayrıca tahkim kurallarının mahkemeye erişim hakkıyla olan ilişkisinde yargının önemine dikkat çekmekte, yargıda yeknesak ve istikrarlı uygulamaların olmasının hakkın korunması açısından önemini vurgulamaktadır. Juan Carlos Landrove, “European Convention On Human Rights’ Impact On Consensual Arbitration An État Des Lieux Of Strasbourg Case-Law And Of A Problematic Swiss Law Feature”, (Editors: Besson / Hottelier / Werro), *Human Rights at the Center*, Basel, Geneva, Zurich, Schulthess, 2006, 73-101, p. 90-94. Ayrıca Fredrik Ringquist, *Do Procedural Human Rights Requirements Apply to Arbitration – a Study of Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon Arbitration*, University of Lund Faculty of Law Master Thesis, 2005, s. 42-53. Yatay etki için bakınız Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, (Editör: Sibel İncoğlu), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Beta Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2013, s. 53-80.

⁴³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Suovaniemi ve Diğerleri / Finlandiya. Baş. No. 31737/96. K. T.: 23/1/1999.

getirilmesi gereken şartlardan biri" olduğunu belirtmiştir.⁴⁴ Bunun dışında haktan feragat yalnızca iradi olmamalı, aynı zamanda haktan feragatin niteliğinin bilinmesi ve hukuki sonuçlarının idrak edilmesi gerekir.⁴⁵ AİHS m. 6'nın ceza muhakemesi alanına ilişkin verilmiş olsa da *Şaman / Türkiye* kararında⁴⁶ AİHM'in değerlendirmeleri burada aktarılabilir. Bu davada başvuranın gözaltındayken okuma yazmasının olmaması ve Türkçesinin yeterli olmaması nedeniyle, polis, savcı ve soruşturma hâkimi sorgulaması sırasında avukat ve tercüman yardımı verilmemesinin AİHS m. 6 (3) kapsamında savunma haklarını engelleyip engellemediğinin incelenmiştir. Olayda PKK üyesi olduğu istihbarat kayıtlarında yer alan başvurucu gözaltına alınmış ve gözaltındayken kendisine sessiz kalma hakkı hatırlatılmış, avukat yardımı alabileceği konusunda bilgilendirilmiştir. Başvuran bu formu parmak iziyle imzalamış, avukat tarafından temsil edilmek istemediğini ifade etmiştir. Peşinden, bir polis memuru rapor hazırlamış, bu raporda başvurana avukat yardımı alma hakkının hatırlatılmasına karşılık başvuranın kendi kendini savunmak istediğini bildirdiğini ifade etmiştir. Başvuran bu raporu da parmak iziyle imzalamıştır. AİHM'e göre haktan feragat eden kişinin gönüllü olması yetmez, söz konusu haktan "bilinçli" ve "sonuçlarını anlar" bir şekilde vazgeçmelidir. Bir sanığın 6. madde kapsamındaki önemli bir haktan kendi isteğiyle açıkça feragat ettiğinin söylenebilmesi için, bu tutumunun sonuçlarını makul bir biçimde öngörebileceği gösterilmelidir.⁴⁷

2.2.b.iii. İhtiyari Tahkim Şartının Taraflarca Açıkça Ortaya Konulmuş Olması

AİHM'e göre feragat etme işlemi açık bir şekilde tespit edilebilir. Genel olarak bu gereklilik haktan feragatin yazılı bir şekilde yapılması gerektiği anlamına gelmemektedir. AİHM de yukarıda anılan *Şa-*

⁴⁴ Deweer, para. 49.

⁴⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Truten / Ukrayna, Baş. No.: 18041/08, K.T. 23.06.2016, para. 58. Aynı yönde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Talat Tunç / Türkiye, Baş. No.: 32432/96, K.T. 27.03.2007, para. 59.

⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Şaman / Türkiye, Baş. No.: 35292/05, K.T. 05.04.2011.

⁴⁷ Şaman / Türkiye, para. 32.

man / Türkiye kararında, bir kimsenin kendi rızasıyla adil yargılanma hakkının güvencelerinden “açıkça veya örtülü bir biçimde” feragat edebileceğini kabul etmektedir.⁴⁸ Bununla birlikte Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin 2. maddesi taraf devletlerin, şahısların hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber sayacaklarını düzenlemektedir. Örneğin Türk hukukunda da hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴⁹ hem de Milletlerarası Tahkim Kanunu⁵⁰ tahkim şartının yazılı şekilde yapılması gerektiğini göstermektedir. Dolayısıyla geleneksel anlamda veya yeni teknolojinin getirdiği imkanlarla online tahkim anlaşmalarının dahi yazılı şekilde yapılması esas kuraldır.⁵¹

2.2.b.iv. İhtiyari Tahkim Şartının Minimum Koruma Mekanizmalarını İçeriyor Olması

Golder kararında AİHM’in belirttiği üzere “AİHS m. 6’nın derdest bir davada taraflara usuli güvenceler veriyor fakat bu güvencelerin daha ilk elden yararlanılmasını mümkün kılan mahkemeye erişim hakkını korumuyor olduğunun kabulü mümkün değildir. Eğer ortada adli süreç yoksa adli süreçlerin adil, kamuya açık ve süratli olma niteliklerinin hiçbir değeri yoktur.”⁵² Görüldüğü üzere AİHM, mahkemeye erişim hakkını AİHS m. 6’da sayılan usuli güvencelerin bir teminatı, koruyucusu olduğunu düşünmektedir. Tahkime ilişkin AİHM’in yaklaşımı da benzerdir. Usule ilişkin haklar söz konusu olduğunda AİHS kapsamında bir feragatin geçerli olabilmesi için feragat edilen haklarla orantılı minimum

⁴⁸ Şaman / Türkiye, para. 32.

⁴⁹ HMK m. 412/3: “Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır...”

⁵⁰ MTK m. 4/2: “Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır...”

⁵¹ Hüseyin Afşin İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 39-107. Ahmet Dülger, “Validity of Online Arbitration Agreements in Turkish Law”. Erişim Tarihi: 20.06.2020. Erişim Linki: <https://turkish-lawblog.com/read/article/167/validity-of-online-arbitration-agreements-in-turkish-law>.

⁵² Golder / Birleşik Krallık, para. 35.

güvencelerin sağlanması gerekir.⁵³ Dolayısıyla bu bölümün en başında belirtildiği üzere AİHS m. 6 kapsamında kalan örneğin silahların eşitliği ve dinlenilme hakkı gibi bazı haklardan feragat edilebilmesi için uygun güvencelerin verilmesi gerekmektedir.

2.3. Anayasa Mahkemesine Yapılan Bireysel Başvurularda Hakem Kurulu Kararları

Anayasa Mahkemesi önüne gelen zorunlu tahkim anlaşmalarına ilişkin bireysel başvurular spor tahkimleri üzerine gelmişlerdir. İç hukuka baktığımız zaman 1982 Anayasasının ‘Sporun Geliştirilmesi ve Tahkim’ kenar başlıklı 59. maddesi devletin, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alacağını, sporun kitlelere yayılmasını teşvik edeceğini ve başarılı sporcuyu koruyacağını düzenlemektedir. 2011 yılında kenar başlığına eklenen tahkim ibaresiyle birlikte maddeye 3. fıkraya eklenmiştir. Fıkraya göre “Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.” Burada Türk spor tahkim kurullarının AİHS ve AİHM içtihatlarını ne şekilde göz önüne almaları gerektiğini ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarını incelemeyen önce düzenlemenin tarihine bakılmasında fayda vardır.

Anayasa Mahkemesi 2011 yılında vermiş olduğu bir kararda Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 6. maddesini incelemiş ve maddenin 4. fıkrasının bir bölümünü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.⁵⁴ Anılan fıkrada⁵⁵ Tahkim Kurulunun kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlayacağı ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağı belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın yargı yetkisini düzenleyen 9. ve hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle kuralı iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi gerekçesinde, öncelikli olarak

⁵³ Suovaniemi ve Diğerleri / Finlandiya.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, E.: 2010/61, K.: 2011/7, k.t.: 06.01.2011.

⁵⁵ Madde 6 (4) Tahkim Kurulu kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlar ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz.

yargı yetkisinin Anayasanın 9. maddesine göre bağımsız mahkemelerce kullanılacağını, bu yetkinin ne şekilde kullanılacağını ise 36. maddede gösterildiğini belirtmiştir. Daha sonra AİHM'in yukarıda Golder kararında açıkça ortaya koyduğu gibi Anayasa Mahkemesi de "dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır" diyerek mahkemeye erişim hakkının önemine vurgu yapmıştır. Daha sonra Mahkeme, şahıslara yargı mercileri önünde dava hakkı tanınmasının adil yargılanma hakkının ön koşulu olduğunu ifade ederek konunun adil yargılanma hakkıyla olan bağlantısını kurmuştur. İptal incelemesine söz konusu kuralda geçen "...ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz." ifadesi, tarafların yargı mercileri önünde dava haklarını kullanmaları engellenmektedir. Mahkemeye göre, yasa koyucu taraflara tahkim kuruluna başvurma yükümlülüğü getirebilir ise de bu kurulun kesin ve nihai kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamamasını düzenleyemez. Dolayısıyla tarafların görevli ve yetkili mahkemelere başvurmalarını engelleyen bu düzenleme, Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğinde olup, hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz. Kararın karşı oyunda ise Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası organizasyonlara uyum sağlamak amacıyla spor hukukunun kendisine özgü yapısını dikkate alarak söz konusu düzenlemeyi yaptığı, uluslararası kuralların dışına çıkılarak bu konuda Türkiye'ye has bir yargı düzeni getirmenin doğru olmadığı, dolayısıyla TFF Tahkim Kurulu kararlarının kesin olmasının ve bunlara karşı yargı yolunun kapatılmasının ne yargı yetkisinin devri ne de hak arama hürriyetinin ihlali anlamına geldiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararına rağmen tali kurucu iktidar tahkim kurulu kararlarına karşı hiçbir yargı yoluna başvurulamayacağını Anayasanın 59. maddesine eklemiştir. Madde değişikliğinin gerekçesine⁵⁶

⁵⁶ "Sporun kendine özgü yapısı, hızlı ve süratli bir şekilde yönetimini, disiplin yargılamasını ve denetimini beraberinde getirmektedir. Bu sürat spor faaliyetlerinin icra edilmesi için olmazsa olmaz bir şarttır. Belirli bir zaman diliminde yapılması planlanan spor faaliyetlerine ilişkin ihtilafların çok kısa bir zaman

bakıldığı zaman temelde değişikliğin, ulusal mevzuatın uluslararası mevzuata yakınlaştırılması gerekliliği, spora ilişkin yargılamalarda ivediliğin ve kesinliğin önemli olduğu, ulusal mahkemeler nezdinde sürececek prosedürle beraber nihai ve bağlayıcı kararların alınabileceği sürelerin uzaması sebebiyle tarafların olumsuz etkilenebileceği gibi nedenlerle getirildiği görölmektedir. Fıkranın düzenlenişine ve gerekçesine bakıldığı zaman yalnızca spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı zorunlu tahkim yolunun şart koşulduğu görölmektedir. Dolayısıyla örneğin sözleşmesel uyuşmazlıklar için tarafların zorunlu tahkim yolunu izlemeleri gerekmemektedir. Bununla birlikte TFF, Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 5. maddesinin 2. fıkrasına⁵⁷ dayanarak 2015 yılında kendi

sürecinde kesin ve nihai olarak karara bağlanmaması halinde, o faaliyetin başarılı bir şekilde sonuçlandırılması mümkün değildir. Spor faaliyetlerinin kendine özgü ihtiyaçları, uzun zamana yayılan bir denetime müsaade etmemektedir. Bu ihtiyaçların çok kısa sürede çözüme gerektiren yapıları bu faaliyetlerle ilgili ihtilafların süratle ve kesin olarak sonuçlandırılmasını gerektirmektedir. Anayasada yapılan bu değişiklikle, sportif faaliyetlerin yönetilmesine ve disiplinine ilişkin ihtilafların süratle ve yargı denetimine tabi olmaksızın kesin olarak çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Bu çerçevede ilgili kurulların müsabakalarla, kulüplerle, sporcularla ve sporla ilgili diğer kişiler hakkında verdikleri müsabakadan men, küme düşürme, ligden ihraç, ihraç, seyircisiz oynama ve puan tenzili gibi kararlarına karşı süratli ve kesin bir denetim yolu öngörülmektedir.

Bununla birlikte, kulüpler ile sporcu ya da teknik adamlar gibi diğer kişiler arasındaki alacak uyuşmazlıkların bu şekilde çözüme kavuşturulmasına dair bir zorunluluk bulunmamaktadır. Dolayısıyla, spor kulüpleri ile sporcu, teknik adam ve sporla ilgili diğer kişiler arasındaki alacak haklarına dair uyuşmazlıklar yetki ve göreve ilişkin genel hükümler çerçevesinde adli yargı yerlerinde görülecektir. Böylece, sporla ilgili hizmet, vekâlet veya benzeri diğer sözleşmelerden kaynaklanan ifa, ifa etmeme, fesih ve tazminat gibi uyuşmazlıklar ile diğer alacak hakları, genel hükümlere tabi olacaktır.” *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019, s. 340-34.

⁵⁷ MADDE 5- (1) TFF'nin ilk derece hukuk kurulları özellikle aşağıdaki kurullardan oluşur:

a) Uyuşmazlık Çözüm Kurulu.

statüsünün 56. maddesinde⁵⁸ değişikliğe gitmiştir. Mevzu kanunun ilgili hükmü Anayasa Mahkemesinin önüne somut norm denetimi vasıtasıyla gitmiştir. Anayasa Mahkemesi de 18.01.2018 tarihinde vermiş olduğu kararlarla⁵⁹ ilgili hükmü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Kararında Mahkeme, hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisi olan belirlilik ilkesine göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net,

b) Disiplin kurulları.

c) Kulüp Lisans Kurulu.

ç) Etik Kurulu.

(2) İlk derece hukuk kurulları kulüp lisansı ile ilgili kararlar almaya veya bu Kanun, TFF Statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflarda karar vermeye münhasıran yetkilidir.

(3) TFF talimatları ilgili talimatın yayımından, ilk derece hukuk kurulları tarafından alınan kararlar ise ilgili kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz edilmez ise kesinleşir. İlk derece hukuk kurullarının görevlerine giren konularda ve bunlar tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamaz.

58 Madde 56: 1 - Uyuşmazlık Çözüm Kurulu,

a) Kulüpler,

b) Kulüpler ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar, antrenörler, futbol menajerleri,

c) Futbol menajerleri ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar, antrenörler, arasında sözleşmeden doğan futbolla ilgili tüm uyuşmazlıkları, taraflarının başvurusu üzerine münhasıran görevli ve yetkili olarak inceler ve karara bağlar. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Hakem Heyeti tarafından verilen kararlar, Tahkim Kurulu'na itiraz edilmemesi ya da itiraz üzerine verilen Tahkim Kurulu kararı ile kesinleşir.

2 - Uyuşmazlıklar, tarafların seçeceği veya seçilmiş sayılacağı iki hakem ile Başkanlar Kurulu'ndan bir Başkan'dan oluşan Hakem Heyeti tarafından incelenip karara bağlanır. Hakem Heyeti, uyuşmazlıkta haklı olan tarafın varsa vekili için, resmi ücret tarifesine göre Asliye Mahkemelerinde takip edilen davalar için uygulanan maktu avukatlık ücreti kadar vekâlet ücretine hükmeder.

3 - Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun çalışma usul ve esaslarına ilişkin hususlar Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan talimat ile belirlenir.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2017/136, K. 2018/7, k.t. 18.01.2018.

anlaşılır ve uygulanabilir olmasının, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesinin gerekli olduğunu; hak arama hürriyetinin içerisinde mahkemeye erişim hakkının bulunduğunu; Anayasanın 13. maddesi gereğince özgürlüklerin, ancak Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen nedenlerle ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabileceğini; hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamaların ise hakkın özüne dokunduğunu belirtmiştir. İtiraz konusu kurala bakıldığında ise TFF ilk derece hukuk kurulları, kulüp lisansı ile ilgili kararlar almaya veya bu Kanun, TFF statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflarda karar vermeye münhasıran yetkili kılınmaktadır. Burada kanun koyucu tüm uyuşmazlıkları saymak yerine belirlemeyi daha alt düzeydeki düzenlemelere bırakmaktadır. Bununla birlikte Mahkemenin yerleşik olan içtihadına göre böyle bir devir ancak kanun koyucu tarafından temel kurulların saptanmasıyla mümkün olur. Söz konusu kuralda ise ilk derece hukuk kurullarının görev ve yetkisine giren ihtilafların belirlenmesi konusunda TFF statüsü ile TFF'nin diğer talimat ve düzenlemelerine atıfta bulunulması, ihtilafların kapsamının belirlenmesini TFF'nin iradesine bırakmaktadır. Dolayısıyla Mahkemeye göre söz konusu düzenlemelerin TFF tarafından her zaman değiştirilebilir olması da TFF'nin iradesine bağlı olarak yargı yolu kapatılan uyuşmazlıkların kapsamının da değişmesine yol açabilecek nitelikte olup kural bu yönüyle kişiler yönünden belirli ve öngörülebilir değildir. Bunun dışında daha önce de belirtildiği üzere Anayasa hükmünden, spor federasyonlarının “spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine” ilişkin olan kararlarının dışında kalan kararları yönünden kanun koyucunun tahkim yolunu öngörebileceği fakat tarafların dilerlerse tahkimden sonra yargı yoluna da başvurabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla “spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine” ilişkin olmayan konular bakımından kanunun öngördüğu zorunlu tahkim yoluna karşı yargı yoluna başvurulamaz şeklinde bir madde konulamaz. İptale konu kurallara bakıldığında ise ilk derece hukuk kurullarının, bakacağı ihtilaflarda başvurulabilecek tek yetkili merci olduğu ve anılan kurulların görev ve yetkisinde bulunan konularda tahkim dışında başka

bir hukuki yola başvurulamayacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Mahkemeye göre bu düzenleme hem Anayasanın 59. maddesindeki hükümlerle bağdaşmamakta hem de mahkemeye erişim hakkını engelleyerek Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin özünü zedelemektedir. Anayasa Mahkemesi bu nedenlerle Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi yasa koyucunun gerekli düzenlemeleri yapabilmesi için kararın Resmî Gazete 'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Bununla birlikte yasama meclisinin gerekli düzenlemeleri yapmamasına dikkat çeken Gemalmaz'a göre her ne kadar TFF, Anayasa Mahkemesinin kararına müteakip gerekli düzenlemeleri işlese de ilk derece hukuk kurullarının yetkisinin hukuki dayanağının artık olmaması Anayasanın 13. maddesi bağlamında problemler oluşturmaktadır. Gerçekten de bakıldığı zaman bu kurulların münhasır yargı yetkileri, mahkemeye erişim hakkı ve özel hayata saygı hakkı gibi Anayasada yer alan bazı temel hak ve özgürlüklere ilişkin oldukları için kanuni düzenlemeye muhtaçtırlar. Zira Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ancak kanunla mümkündür.⁶⁰

Görüldüğü üzere Anayasanın 59. maddesinin 3. fıkrası uyarınca spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı zorunlu tahkim usulü benimsendiği için bu hususlara ilişkin tahkim yoluna başvuran taraflar yukarıda açıklanan AİHM içtihatları gereğince AİHS m. 6'nın korumalarına sahiptirler. Bu tahkim yargılamalarında AİHM'in konuya ilişkin içtihatları ve genel olarak AİHS m. 6'ya ilişkin içtihatları tahkim kurulu tarafından göz önüne alınmalıdır.⁶¹ Tahkim kurallarını düzenleyen kanunlarla AİHS arasında bir ça-

⁶⁰ H. Burak Gemalmaz, "Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration: The Contribution of the European Court of Human Rights", *The International Sports Law Journal*, 2019, 19, 38–58, s. 46.

⁶¹ Cem Kalelioğlu, "Domestic Sports Arbitration in Turkey: Creating a Sui Generis Sporting Jurisdictional Order Alla Turca", *International Sports Law Journal*, 2017, 17, p. 33–48, s. 36-37.

tışma olduğu durumlarda ise Anayasanın m. 90/5 hükmü gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma olan AİHS'in hükümleri esas alınmalıdır. Bununla birlikte 2011 Anayasa değişikliği ile getirilen fıkrada ikinci cümle, tahkim kurullarının AİHS m. 6'da düzenlenmiş adil yargılanma hakkının standartlarını da gerçekten sağlayıp sağlamadıklarını tespit edebilmek için yargısal denetimin önünü kapatmıştır. Anılan hükme göre tahkim kurulu kararlarına karşı hiçbir yargı merciine başvurulamamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda açıklanan nedenden ötürü konuya ilişkin bireysel başvuruları kabul edilemez bularak reddetmektedir. Örneğin *Abdurrahman Akyüz* başvurusunda,⁶² Başvurucu, Spor Genel Müdürlüğu Merkez Ceza Kurulunca kendisine verilen "üç ay hak mahrumiyeti" cezasına karşı Spor Genel Müdürlüğu Tahkim Kuruluna başvuruda bulunduğunu ancak sonuç alamadığını, Tahkim Kurulunun bağımsız ve tarafsız olmadığını, kendisine yöneltilen suçlamanın niteliğinden haberdar olmadığını, göstermiş olduğu tanıklarının beyanlarının dikkate alınmadığını, tahkim kurulu kararına karşı itiraz yolunun bulunmadığını belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Görüldüğu üzere somut olayda başvuru AİHS m. 6 kapsamında mahkemeye erişim hakkının, bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından yargılanma hakkının, delillere ilişkin temel adil yargılanma ilkelerinin, suçlama hakkında bilgilendirilme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere zorunlu tahkimin olması durumunda tahkim kurullarının AİHS m. 6'ya uygun hareket etmeleri gerekmektedir. Ayrıca zorunlu tahkimde AİHS m. 6 veya AİHS'in başka bir maddesinin ihlal edildiği tespit edilirse ve fakat bu tahkim kararı uygulanırsa bu durumda devletlerin AİHS m. 1 uyarınca sorumluluğunun doğabileceğini tekrar belirtmek gerekir.⁶³ Anayasa Mahkemesi bu kararda ilgili hukuka⁶⁴ atıf yapmıştır. Daha sonra Mahkeme, kişilerin

⁶² Anayasa Mahkemesi, *Abdurrahman Akyüz* Başvurusu, Baş. No.: 2012/620. K. T.: 12/2/2013

⁶³ Bakınız 42 numaralı dipnot.

⁶⁴ Anayasa m. 148/3: Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine

yargı mercileri önünde dava hakkının tanınmasını adil yargılanmanın ön koşulu olduğunu belirterek kişinin, “uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir” demektedir.⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 59. maddesinin spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceğini, tahkim kurulu kararlarının kesin olduğunu ve bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağını; 6216 sayılı Kanunun m. 45/3 hükmü uyarınca Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvurunun konusu olamayacağını; başvurunun Tahkim Kurulu tarafından verilen disiplin cezasına ilişkin olduğunu ve bu konuda bireysel başvuruda bulunulamayacağını ifade ederek başvurunun, konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁶⁶ Anayasa Mahkemesi daha sonra benzer konulara ilişkin kabul edilemezlik kararı verirken de bu kararına atıfta bulunmuştur.⁶⁷

Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki kabul edilmezlik kararları doktrinde eleştirilmektedir. Inceoğlu’na göre Spor Tahkim Kurulu kararlarına ilişkin AİHS m. 13 bağlamında etkili bir başvuru yolu olmaması nedeniyle bir hak ihlali söz konusu olabileceği gibi, kurul kararlarının

başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu m. 45/3: Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile *Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.*

⁶⁵ Abdurrahman Akyüz Başvurusu, para. 18.

⁶⁶ Abdurrahman Akyüz Başvurusu, para. 19-22.

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, Naz Aydemir Başvurusu. Baş. No.: 2013/850. K. T.: 19/12/2013; Anayasa Mahkemesi, Öztürk Yazıcı Başvurusu. Baş. No. 2014/4549. K. T.: 22/2/2017; Anayasa Mahkemesi, Ertan Hatipoğlu Başvurusu. Baş. No.: 2015/1993. K. T.: 18/4/2018; Anayasa Mahkemesi, Ziya Özel Başvurusu. Baş. No.: 2015/1996. K. T.: 10/5/2018. Bu başvuruların hepsinde Anayasa Mahkemesi konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir.

medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin veya suç isnadı niteliğinde olması durumunda AİHS m. 6 bakımından problem ortaya çıkacaktır.⁶⁸ Gerçekten yukarıda aktarıldığı üzere zorunlu tahkimin olduğu durumlarda AİHM, AİHS m. 6'nın uygulanacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla Spor Tahkim Kurulu kararlarında AİHS m. 6'da yer alan haklara riayet edilmemesi durumunda AİHM, Sözleşmenin ihlal edildiğine karar verecektir. Ayrıca İnceoğlu'nun belirttiği üzere AİHM, Spor Tahkim Kurulu kararlarına ilişkin yalnızca AİHS m. 6 kapsamında usuli hakların ihlal edilip edilmediğini denetlemeyecek, ayrıca AİHS'in diğer maddelerinde düzenlenmiş diğer maddi haklara ilişkin bir denetim de yapacaktır.⁶⁹ Gemalmaz'a göre, Anayasa Mahkemesinin söz konusu yaklaşımı temelde bireysel başvuru prosedürünü düzenleyen mevzuattan kaynaklanmaktadır. Bireysel başvuru usulündeki bu eksikliğin insan haklarını korumadaki yetersizliği ve işlevsizliği, Anayasa Mahkemesinin kararlarında kategorik olarak ihlallere neden olmaktadır. AİHM, ise bu tür kategorik hak ihlallerinin yaşanması durumunda Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru usulünü etkisiz bulmakta ve tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak görmemektedir.⁷⁰

Anayasa Mahkemesinin kararlarına karşı başka eleştiri Ergül'den gelmiştir. Yazar, ilk olarak, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 59. maddesini ve 6216 sayılı kanunun 45. maddesinin 3. fıkrasını ele aliş biçimini incelemiştir. Yazara göre, esasında bireysel başvurunun kapsamını daraltan 6216 sayılı kanunun 45. maddesinin 3. fıkrası ile Anayasanın 59. maddesini Anayasa Mahkemesinin yorumladığı şekilde yorumlamak, Anayasanın amaçlamadığı ve öngörmediği sonuçlara neden olmaktadır. Bunun aksine bizim anayasal düzenimize göre bireysel başvurunun getirilme amacıyla birlikte Anayasanın 11. maddesi ele alındığında, herhangi bir grubun kendilerine yönelik insan hakları ihlallerine karşı bir korumaya sahip olmadıkları kabul edilemez.⁷¹ Yazar daha sonra Anayasa-

⁶⁸ Sibel İnceoğlu, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 221.

⁶⁹ İnceoğlu, 2017, s. 221.

⁷⁰ Gemalmaz, 2019, s. 45-46.

⁷¹ Ozan Ergül, "Sporda Zorunlu Tahkim – Bireysel Başvuru İlişkisi" 'Yargı Dene-

nın 59. maddesinin değiştirilme gerekçesinden hareket ederek bu hükümlerin, spor disiplin hukukunun hızlı işletilmesine duyulan ihtiyaçtan ve yargısal denetim nedeniyle disiplin meselelerinin yargıya intikal ettirilerek sürüncemede bırakılmasını önleme isteğinden kaynaklandığını belirtmektedir. Dolayısıyla amacı, – tahkim ve mahkeme kararlarında – davanın maddi unsurlarını tartışmak olmayıp bunun yerine başvuruya konu davanın bir temel hak ve özgürlüğü ihlal edip etmediğini incelemek olan (bu tartışmalar kapsamında adil yargılanma kurallarına uyulup uyulmama) bireysel başvuru yolunun, m. 59 bağlamında yasaklanan yollardan olmadığını kabul etmek gerekir. Anayasa Mahkemesinin yaptığı şekilde aksi bir yorum bir grup kişinin “temel hak ve özgürlüklerinin anayasal tanıma ve güvence sisteminin dışında olduğu gibi kabul edilmesi güç bir sonuca götürmektedir.”⁷² Sonuç olarak ise yazar, Anayasanın 59. maddesine yapılacak bir ekleme ve 6216 sayılı kanunun 45. maddesinin 3. fıkrasında yapılacak bir değişiklik ile Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvuru yolunun saklı tutulması gerektiğini önermektedir.⁷³

Baykan ve Yeniay ise anayasal hükümlerin ve ilgili kanun maddesinin farklı bir şekilde yorumlanmasıyla zorunlu spor tahkimlerine yönelik bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesi tarafından incelenebileceğini ileri sürmektedir. Yazarlara öncelikle 6216 sayılı kanunun 45. maddesinin 3. fıkrasının anayasaya aykırı olduğunu ve iptal edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Daha sonra yazarlar mevcut durumda spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru imkânını incelemişlerdir.⁷⁴ Bu bağlamda öncelikli olarak yazarlar, 45. maddede geçen “anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler”den kastedilmenin ne olduğunu tespit etmişlerdir. Yazarlara göre bu ifadeden anlaşılması gereken ‘idari işlemler’ olmalıdır. Zira ifadenin yargısal işlemleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması durumunda “anayasanın yargı

timi Dışında Bırakılan İşlemleri’ Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi?”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2015, S. 32, 67-78, s. 71-72.

⁷² Ergül, 2015, s. 78.

⁷³ Ergül, 2015, s. 78.

⁷⁴ Metin Baykan / Lokman Yeniay, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Bağlamında Spor Tahkim Kurullarının Kararları”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2019, 137-166, s. 155.

denetimi dışında bıraktığı yargısal işlemler” şeklinde çelişkili bir anlam ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bu yorum, bireysel başvurunun bir hak olduğu göz önüne alındığında, haklara yönelik getirilen sınırlamaların (m. 45’te olduğu gibi) dar yorumlanması ilkesine uygundur.⁷⁵ Bu yorumun benimsenmesi durumda spor tahkim kurullarının vermiş olduğu kararların Anayasa Mahkemesi nezdinde incelenebilmesi için bu kararların ‘yargısal’ nitelikte kararlar olması gerekmektedir. AİHM itihatlarına⁷⁶ ve Anayasa Mahkemesinin kararlarına⁷⁷ bakıldığında TFF Tahkim Kurulu mahkeme olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla yazarlara göre Anayasa

⁷⁵ Baykan / Yeniay, 2019, s. 155-156.

⁷⁶ AİHM’in genel içtihadına bakıldığında, “karar veren organın görevine dahil konularda, hukuk kurallarına dayanarak ve belirlenmiş bir usulü izleyerek gerektiğinde devletin zor kullanma yetkisi çerçevesinde yerine getirilen bağlayıcı kararlar verme yetkisini elinde tutması mahkeme kavramını tanımlayan özelliklerdir.” İnceoğlu, 2018, s. 69-70. Bunun dışında ayrıca bakınız: Baykan / Yeniay, 2019, 158; Fatih Gündoğdu, “TFF Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, S.140, 141- 170, s. 156-157; Ayhan Kılıç, “Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2013, S.3, 39-81, s. 58-59. Son olarak AİHM Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye kararında “Mahkemeye erişim, sadece ülkenin normal yargı sisteminde bulunan klasik tipte mahkemelere erişim olarak yorumlanmamalıdır. Buradaki “yargı yeri” uygun güvenceleri sağlaması koşuluyla belirli ve sınırlı sayıda konuya ilişkin olarak karar veren bir yapı da olabilir... Dolayısıyla, 6. madde şahıslar arasındaki bazı maddi nitelikteki uyuşmazlıkların özölmesi için tahkim mahkemelerinin kurulmasının önüne geçmemektedir.” (para. 173) diyerek genel kuralı tekrar etmiş ve devamında TFF’de görölen tahkim yargılamalarında AİHS m. 6’nun sağladığı güvencelerin uygulanacağını belirtmiştir (para. 181).

⁷⁷ Örneğin yukarıda 54. dipnotta alıntılanan kararda Anayasa Mahkemesi, “Tahkim genel olarak öğretide, hukuki uyuşmazlıkların, söz konusu uyuşmazlığa taraf olmayan bağımsız kişi veya kişiler tarafından özömlenerek karara bağlanması olarak tanımlanmaktadır. İtiraz konusu kuralın da içinde bulunduğu 5894 sayılı Yasa’nın 6. maddesinin incelenmesinden TFF Tahkim Kurulu’nun, hukuki uyuşmazlıkların, bağımsız kişiler tarafından özömlenerek karara bağlandığı, yargı işlevi yerine getiren bir kurul olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.” ifadelerini kullanmaktadır. Ayrıca bakınız, Baykan / Yeniay, 2019, s. 159-160.

Mahkemesinin TFF'ye ilişkin değerlendirmelerinin bütün spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlar için de geçerlidir. Sonuç olarak yazarlara göre,

a – 6216 sayılı kanununun 45. maddesinde geçen “*anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*” ifadesinden ‘idari işlemler’ anlaşılırsa ve

b – spor tahkim kurulları tarafından verilen kararların yargısal nitelikte olduğu kabul edilirse,

Spor tahkim kurulları tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru yapılabilmesinin önünde, konu bakımından yetki şartına ilişkin bir engel kalmamaktadır.⁷⁸

Kanaatimizce mevcut hukuki düzenlemeler göz önüne alındığında Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kabul edilmezlik kararları yerinde gözükmektedir. Anayasanın 59. maddesinin 3. fıkrası ve 6216 sayılı kanununun 45. maddesinin 3. fıkrası hükümleri göz önüne alındığında, spor tahkim kurullarının kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvuruların konu bakımından Anayasa Mahkemesinin incelemesi dışında kaldığını kabul etmek gerekir. Bununla birlikte Ergül’ün görüşüne paralel şekilde demokratik bir hukuk devletinde kişilerin, anayasa tarafından korunan temel hak ve hürriyetlerinden dilediğince istifade edebilmesi, haklarına yönelik ihlallere karşı bunları bertaraf edebilecek imkânlarla sahip olması, devletten gerekli korumaları talep edebiliyor olması gerekir. Bunun karşısında hukuk devletinin gereği olarak devletin ise kişilerin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan hukuki engelleri kaldırma yükümlülüğü bulunmaktadır.

3. BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKININ TAHKİMLE OLAN İLİŞKİSİ

3.1. Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkının Niteliği

AİHS m. 6 bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılama hakkını koruma altına almaktadır. Bu madde kapsamında kullanılan ‘mahkeme’

⁷⁸ Baykan / Yeniay, 2019, s. 159.

ifadesinden anlaşılması gereken genel olarak yargılama faaliyeti gerçekleştiren otoritelerdir.⁷⁹ Gerçekten bakıldığında zaman yargının, davada hangi yasaların geçerli ve uygulanabilir olduğunu belirleme, uyuşmazlığın esasını inceleme ve çözme, yasaları uygun -yani yeterince şeffaf ve öngörülebilir, yorumlayıcı- bir metodolojiyle olayın esasına uygulama yetkilerine sahip olması elzemdir. Zira hukuk devleti anlamını bağımsız ve tarafsız yargının etkinliği ile bulacaktır. Venedik Komisyonu yargının tarafsız ve bağımsız olması gerektiğiyle ilgili "...bağımsızlık, yargının dış baskılardan arınmış olduğu ve devletin diğer erkleri, özellikle yürütme organı tarafından kontrol edilmediği anlamına gelir. Bu gereklilik, demokrasinin asli ilkelerinden kuvvetler ayrılığının ayrılmaz bir parçasıdır. Hâkimler siyasi etkiye veya manipülasyona maruz bırakılmamalıdır. Tarafsızlık ise yargı makamlarının, davanın sonucuna - görünüşte bile - peşin hükümle varmadığı anlamına gelir." şeklinde kısa bir tanım yapmaktadır.⁸⁰

AIHM ise mahkemelerin bağımsızlığı hususunda mahkeme üyelerinin atanma ve görevden alınma usullerine, görev sürelerine, mahkeme üyelerine emir verme yetkisine sahip bir makamın bulunup bulunmadığına, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin bulunup bulunmadığına ve mahkemelerin genel olarak bağımsız bir görünümün verip vermediğine bakmaktadır.⁸¹ Tarafsızlık konusunda ise AIHM ikili bir ayrıma gitmektedir. Bunlardan ilki sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesinin kendi kişisel tarafsızlığıdır ve AIHM, sübjektif tarafsızlığın aksi ispat edilinceye kadar davada devam ettiğini kabul etmektedir.⁸² Objektif tarafsızlık ise yargılamayı yapan makamın kurumsal olarak tarafsız olması (hatta görünmesi) ile alakalıdır. Buna göre yargılamada kişilerin tarafsız bir makam tarafından yargılanmadıkları izlenimini

⁷⁹ Mahkemelerin tanımı için 76 numaralı dipnota bakınız.

⁸⁰ Venedik Komisyonu tarafından 86. genel kurul toplantısında kabul edilen rapor. "Report on the Rule of Law". Venedik, 25-26 Mart 2011. para. 55

⁸¹ Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Oğuz Sancakdar / Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 322

⁸² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Micallef / Malta. Baş. No.: 17056/06. K.T.: 15.10.2009, para. 93.

uyandıracak ve kendisi hakkında verilecek kararın tarafsızlığına gölge bırakacak nesnel veriler bulunmaktaysa bu durumda objektif tarafsızlığın bulunmamaktadır.⁸³ Spor tahkimine ilişkin bir kararında AİHM, bu sayılan kriterlerin sadece hâkimler için değil aynı zamanda ‘hâkimlik mesleği’ icra edenler için de geçerli olacağını belirtmiştir. Bu açıdan aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere tahkim heyetlerindeki hakemlerin de bağımsız ve tarafsız olmaları gerekmektedir.⁸⁴

3.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakkın Tahkimle Olan İlişkisi

AİHM’in son zamanlarda tahkim yargılamalarında hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığına ilişkin vermiş olduğu en önemli kararlardan birisi Spor Tahkim Mahkemesi’nin (CAS) kararlarına ilişkin olan *Mutu ve Pechstein / İsviçre* kararıdır. Başvuruculardan Mutu, uyuşturucu kullandığı tespit edildiği için futbol takımıyla olan sözleşmesi feshedilmiştir. Daha sonra ülkesindeki iç hukuk yollarını tükettikten sonra CAS’a başvuruda bulunmuş, CAS ise bu başvuruyu reddetmiştir. Mutu bunun üzerine İsviçre Federal Mahkemesine CAS’ın AİHS m. 6 kapsamında tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerine aykırı hareket ettiği iddiasıyla başvurmuş fakat bu talebi de reddedilmiştir. Pechstein ise Uluslararası Paten Birliği’ne başvurmuş ve kendisine sunulan içinde tahkim şartı bulunan sözleşmeyi imzalamak zorunda bırakılmıştır. Yapılan testler sonucunda kendisinde dopinge rastlanan oyuncuya Uluslararası Paten Birliği iki yıl men cezası vermiş ve bu karar CAS tarafından uygun bulunmuştur. Başvurucu daha sonra İsviçre Federal Mahkemesine, CAS’ın hakem belirleme usulü, yargılamanın tarafsız ve bağımsız olmadığı ve duruşmanın aleni gerçekleştirilmediği iddiaları ile başvurmuş, fakat başvurusu reddedilmiştir. AİHM ilk önce bağımsızlığa ilişkin şu tespitleri gerçekleştirmiştir: “Bir mahkemenin ‘bağımsız kabul edilip edilemeyeceğini belirlemek için, diğerlerinin yanı sıra, üyelerinin atanma şekline ve görev sürelerine, dış

⁸³ Micallef / Malta, para. 93

⁸⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Mutu ve Pechstein / İsviçre*. Baş. No.: 40575/10 ve 67474/10. K.T.: 02.10.2018, para. 146.

baskılara karşı güvencelerinin varlığına ve mahkemenin oluşununun bağımsız görünüp görünmediği göz önüne alınmalıdır.”⁸⁵ AİHM daha sonra tarafsızlığa ilişkin yaptığı değerlendirmede tarafsızlığın sübjektif ve objektif boyutuna işaret etmiştir.⁸⁶ Somut olayda CAS hakemlerinin nasıl seçildiğine ve tahkim heyetinin nasıl teşekkül ettiğini incelemiř⁸⁷, daha sonra hakemlerin tekrar seçilebilmeleri mümkün şekilde dört senelik sürelerle seçildiklerini ve görevlerini ihmal etmeleri veya gerçekleştirmemeleri nedeniyle gerekirse Uluslararası Spor Tahkim Konseyi tarafından geri alınabilmelerine dikkat çekmiřtir⁸⁸. Başvurucunun başvurusunu inceleyen heyet de bu kurallara uygun şekilde kurulmuş ve başvurucu hakem listesi oluşturulduğunda bu hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda genel bir şüphe uyandıracak herhangi bir delil sunmamıştır.⁸⁹ Dolayısıyla AİHM tarafsızlık ve bağımsızlığa hanel getirecek bir durumun oluştuğuna dair yeteri kadar delilin olmadığına kanaat getirmiştir.⁹⁰

Bu konuya ilişkin AİHM’in verdiği en son karar Türkiye aleyhine 28/1/2020 tarihinde verilmiştir.⁹¹ AİHM bu kararında aynı zamanda Türkiye’de hukuk sistemi bakımından problemlerin olduğunu tespit etmiş ve pilot karar şeklinde hükmünü tesis etmiştir. Olayda başvurucular Türkiye Futbol Federasyonunun (TFF) Tahkim Kurulu başta olmak üzere TFF’nin teşkilatı, hukuki düzenlemeleri ve hukuk kurullarının yapısı aleyhine AİHM’e şikayette bulunmuşlardır. Başvuruculardan Ali Rıza Türkiye’de profesyonel bir futbol takımıyla hizmet sözleşmesi altında futbol oynamaktadır. Başvurucu sözleşmesi devam ederken İngiltere’ye dönmüş, TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu başvurucunun sözleşmeyi haksız fesih ettiğine ve başvurucu aleyhine tazminata karar vermiştir. Başvurucu Tahkim Kurulunda bu karara itiraz etmiştir. Tahkim Kurulu ise taz-

⁸⁵ Mutu ve Pechstein / İsviçre, para. 140.

⁸⁶ Mutu ve Pechstein / İsviçre, para. 141-142.

⁸⁷ Mutu ve Pechstein / İsviçre, para. 153-154.

⁸⁸ Mutu ve Pechstein / İsviçre, para. 155.

⁸⁹ Mutu ve Pechstein / İsviçre, para. 157.

⁹⁰ Mutu ve Pechstein / İsviçre, 159.

⁹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye. Baş. No.: 30226/10 17880/11, 17887/11, 17891/11 ve 5506/16. 28/1/2020

minatın miktarını azaltarak tazminatı kabul etmiştir. Başvurucu ise Tahkim Kurulunun TFF Yönetim Kurulu tarafından belirlendiğini, TFF Yönetim Kurulunun ise ekseriyetle profesyonel futbol kulüplerinin temsilcilerinden oluştuğunu, Tahkim Kurulunun bu nedenle futbolculara karşı tarafsız yargılama yapmadığını iddia etmiştir.⁹²

Birleştirilen başvurulardan bir başkası ise Fatih Arslan ve Diğerleri başvurusudur.⁹³ Başvurucular TFF altındaki Amatör Futbol Disiplin Kurulu tarafından müsabaka sonucuna haksız şekilde manipüle etmekten suçlu bulunmuş, ve kendilerine bir yıl futbol maçlarında oynamama cezası verilmiştir. Bu karara karşı Tahkim Kuruluna yaptıkları başvuru ise reddedilmiştir. Başvurucular AİHS m. 6 kapsamında savunma haklarından mahrum bırakıldıklarını, Tahkim Kurulu yargılamalarının aleni olmadığını, dosyadaki belgelere erişemediklerini, kararların gerekçeli olarak verilmediğini ve iç hukukta spor tahkim kurullarına karşı iç hukuk yolunun kapalı olmasından dolayı AİHS m. 13 kapsamında etkili başvuru haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.⁹⁴

Serkan Akal / Türkiye başvurusunda ise başvuru Merkez Hakem Kurulu tarafından hakem listesinden çıkarılmıştır. Bunun üzerine Tahkim Kuruluna başvuran başvuru duruşmalı yargılama talep etmiştir fakat bu talebi Tahkim Kurulu tarafından reddedilmiştir. Aynı zamanda başvuru kişinin karşı beyanlarını sunabilmesi amacıyla açıkça Merkez Hakem Kurulu'nun beyanlarının kopyasını talep etmesine rağmen bu talebi reddedilmiş ve dolayısıyla başvuru kendi delillerini sunma imkânı bulamamıştır.⁹⁵ Görüldüğü üzere her üç başvuru da TFF Tahkim Kurulunun yapısı, işleyişi ve kararlarının niteliği üzerinedir.

AİHM pilot kararında Ali Rıza ve Serkan Akal açısından AİHS m. 6'nın ihlal edildiğine karar verirken, Fatih Arslan ve Diğerleri başvurusunda AİHS m. 6'nın olaya uygulanamayacağından hareketle konu bakımından kabul edilmezlik kararı vermiştir. Ali Rıza ve Serkan Akal'ın başvurularında AİHM hukuki uyuşmazlığın AİHS m. 6 kapsamında

⁹² Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 8-19.

⁹³ Başvuru numaraları: 17880/11 ve 17887/11

⁹⁴ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 25—37.

⁹⁵ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 38-44.

“medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin” olduğunu tespit etmiştir. Ali Rıza açısından AİHM, başvurucunun Tahkim Komitesinin 16 Nisan 2009 tarihli kararından şikâyetçi olduğunu ve bunun da Tahkim Komitesinin anlaşmasını yasa dışı bir şekilde feshettiği için Kulüp'e tazminat ödemesini emrettiğini, bunun ise özel kişiler arasındaki sözleşmeye dayalı bir ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık olduğunu, dolayısıyla söz konusu hakların Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında “medeni” haklar olduğunu belirtmiştir.⁹⁶ Serkan Akal açısından AİHM, başvuranın Tahkim Kurulunun 30 Temmuz 2015 tarihli kararından şikâyetçi olduğunu ve bu kararla Merkez Hakem Kurulunun kendisini üst klasman yardımcı hakem listesinden çıkaran kararını onayladığını tespit etmiştir. Daha sonra AİHM, kararın şüphesiz yardımcı hakem olarak başvurucunun mesleki kariyeri üzerinde olumsuz bir etkisi olduğunu, kendisi hakkında alınan kararla başvuranın kazançlarının bir kısmını kaybetmesine neden olunduğunu, dolayısıyla söz konusu hakların AİHS m. 6 kapsamında “medeni” haklara ilişkin olduğunu ifade etmiştir.

Fatih Arslan ve Diğerleri başvurusunda ise AİHM, ilk önce TFF tarafından verilen ve başvurucuların bir yıl süreyle men edilmelerine neden olan disiplin işlemlerinin AİHS m. 6 bağlamında bir “suç isnadı” oluşturup oluşturmadığını incelemiştir. AİHM, konuya ilişkin yerleşik içtihadında “Engel kriterleri” olarak bilinen üç basamaklı incelemesini gerçekleştirmiştir. Bu kriterlere göre (i) suçun ulusal hukukta nasıl tasnif edildiği, (ii) suçun niteliği, (iii) öngörölen cezanın niteliği ve ağırlığı değerlendirilecektir.⁹⁷ AİHM'e göre ikinci ve üçüncü kriterler alternatiflidir ve kümülatif olarak bir olayda bulunmasına gerek yoktur. Ancak her kriterin ayrı olarak değerlendirildiğinde bir suç isnadının varlığına ilişkin net bir sonuca varmayı mümkün kılmadığı durumlarda AİHM, kümülatif bir yaklaşımla değerlendirme yapacağının da altını çizmektedir.⁹⁸ İlk kritere ilişkin olarak AİHM davada, ma sonucunu etkilemenin Türk hukuk sistemine göre disiplin suçu olduğunu tespit etmiştir. Suçun niteliği

⁹⁶ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 159.

⁹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Engel ve Diğerleri / Hollanda, Baş. No.: 5100/71, 5101/71, 08.06.1976, para. 82.

⁹⁸ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 153.

kriterinde ise AİHM, maç sonucunu etkilemenin fair-play kurallarına aykırı olan sportmenlik dışı bir davranış olduğunu ve başvuruların alabileceği azami cezanın eski Disiplin Direktifi kapsamında üç yıllık bir yasak olduğunu gözlemlemiştir. Yukarıdakiler ışığında, AİHM, yukarıdaki kriterlerden hiçbirinin, alternatif veya kümülatif olarak, başvurulara yönelik disiplin işlemlerinin, AİHS m. 6. anlamında bir “suç isnadına” ilişkin olduğu sonucuna varmak için yeterli olmadığı kanısındadır.⁹⁹ Daha sonra AİHM başvurunun AİHS m. 6 altında “medeni hak ve yükümlülükler” bağlamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini incelemiştir.

AİHM, kendi içtihatlarına göre, bir meslek icra etme hakkının doğrudan tehlikede olduğu profesyonel mesleki organlar nezdinde yürütülen disiplin soruşturmalarının “medeni hak ve yükümlülükler” kapsamındaki uyuşmazlıklar altında değerlendirildiğini belirtmektedir. Mahkeme, TFF kuralları uyarınca, amatör futbolcuların ücret almadan futbol oynadığını, amatör futbolcuların sadece yaptıkları masraflar için geri ödemeler aldıklarını tespit etmiştir. Buna dayanarak AİHM’e göre amatör olarak futbol oynayan başvuruculara uygulanan men cezasının onların mesleği icra etme haklarını tehlikeye atmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca AİHM, başvurucuların men etme cezası nedeniyle bir yıl süreyle maaşlarını alamadıkları iddiasını değerlendirmiştir. Her ne kadar başvurucular, Türk basınında yer alan haberlerden ve amatör oyuncular ile kulüpler arasında imzalanan çeşitli sözleşme örnekleri sunmuş olsalar da kendilerinin, kulüpleri ile yaptıkları anlaşmaları veya ödeme yapıldığına dair kanıtları sunamamış olmaları nedeniyle AİHM, bu iddiaları reddetmiştir. Başvurucular uyuşmazlığın parasal boyutunun var olduğunu ispatlayamamışlardır.¹⁰⁰ Sonuç olarak AİHM, başvurunun medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin olmadığına karar vermiştir.

Davayı esastan incelerken öncelikli olarak AİHM, TFF Tahkiminin zorunlu tahkim olduğunu tespit etmiştir.¹⁰¹ AİHM ayrıca taraf devle-

⁹⁹ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 154.

¹⁰⁰ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 155.

¹⁰¹ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 171.

tin, 1982 Anayasasının 59. maddesinde zorunlu tahkimin getirilmesi amacının spor hukukunun kendisine özgü yapısı olduğu, bu uyuşmazlıkların uzmanlarca hızlı şekilde çözüme kavuşturulması gerektiği, bunun için devletten bağımsız tahkim kurullarının oluşturulduğu, bu kurulların ise AİHS m. 6 kapsamında adil yargılama ilkelerini uygulamakla yükümlü olmadıkları iddialarını reddetmiştir. Yukarıda da açıklanan kararlarına atıf yaparak AİHM, zorunlu tahkimlerde AİHS m. 6 standartlarının gözetilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁰²

AİHS m. 6'da belirlenen standartların Tahkim Kurulu tarafından göz önüne alınması gerektiğini tespit eden AİHM, TFF Tahkim Kurulunun işleyişi, teşekkülü ve hukuki kararları açısından tarafsız ve bağımsızlığını incelemeye başlamıştır. Bu konuda yukarıda açıklanan teorik çerçevede AİHM meseleyi üç temel noktada incelemiştir. Bunlardan birincisi TFF Tahkim Kurulunun ne şekilde oluşturulduğu, ikincisi TFF Tahkim Kurulunun bağımsız bir organizasyona sahip olup olmadığı, son olarak üçüncüsü Tahkim Kurulu üyelerinin bağımsız ve tarafsızlığını sağlayacak mekanizmaların varlığıdır.

TFF Tahkim Kurulu, TFF Başkanının önerisi üzerine TFF Yönetim Kurulu tarafından atanmakta olup, Tahkim Kurulunun görev süresi ise Yönetim Kurulunun görev süresiyle sınırlıdır. Mahkeme ayrıca bu durumun tek başına bağımsızlık ve tarafsızlığa hanel getirmeyeceğini belirtmiş fakat kendilerini atayanlara karşı güvencesi olmayan üyelerin basıkıya maruz kalabileceğini göz önüne alarak bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine aykırılık tespit etmiştir.¹⁰³ Üstelik futbola ilişkin uyuşmazlıkların niteliklerine bakılmaksızın Tahkim Kurulunca kesin karara bağlandığı dikkate alındığında TFF Yönetim Kurulu dışındaki tarafların tahkim sürecinde bir rolü bulunmamaktadır.¹⁰⁴

TFF'nin yapısına bakıldığında ne ilk derece hukuk kurullarının komitelerinin ne de Tahkim Kurulunun TFF'den ayrı bir tüzel kişiliği veya bütçesi yoktur. Tahkim Kurulu, TFF'nin merkezi organizasyonunun

¹⁰² Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 181.

¹⁰³ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 209.

¹⁰⁴ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 210-211.

ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmekte ve TFF'nin personelini sekreterlik ve idari işler için kullanmaktadır. Hatta 17 Nisan 2019 tarihine kadar TFF Tahkim Kurulu TFF'nin merkez binası ile aynı binada bulunuyordu.¹⁰⁵ Aynı zamanda Tahkim Kurulu üyelerinin yol ve konaklama masrafları TFF tarafından karşılanmaktadır.¹⁰⁶ Bununla birlikte AİHM, Mutu and Pechstein kararında yaptığı analojiye atıfta bulunmuştur. Mahkemeye göre nasıl ki hâkimlerin devletten maaş almaları onları devlete bağımlı ve taraflı yapmıyorsa, Tahkim Kurulu üyelerinin TFF tarafından bu şekilde finanse edilmesi doğrudan onları bağımlı ve taraflı hale getirmeyecektir.¹⁰⁷

Son olarak AİHM, Tahkim Kurulu üyelerinin güvenceleri üzerine incelemede bulunmuştur. Mahkeme, Tahkim Kurulu üyelerinin spor hukukunda uzman akademisyen ve avukatlardan oluştuğunu, bu üyelerin mesleki etik kurullarla bağılı olmadığını ve göreve başlarken yemin etmediklerini tespit etmiştir.¹⁰⁸ Üyelerin görev sürelerine bakıldığında ise Tahkim Kurulu üyelerinin görev süreleri TFF Yönetim Kurulunun yönetim süreleriyle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla üyelerin sabit görev süreleri bulunmamaktadır. Her ne kadar üyeler istifa etmedikçe veya üyelikten çekilmedikçe, üyelerin erken değiştirilmesi veya kaldırılması TFF hükümlerince yasaklansa da Tahkim Kurulu üyelerinin Yönetim Kurulu ile birlikte gelmesi ve gitmesi onların bağımsızlık ve tarafsızlıklarına gölge düşürür.¹⁰⁹ Bunun dışında AİHM, Tahkim Kurulu üyelerinin baskılara karşı koruma mekanizmalarına sahip olmadığını tespit etmiştir. Aynı zamanda TFF kuralları gereğince Tahkim Kurulu üyelerinin kendi tarafsız ve bağımsızlıklarına hanel getirecek hususları bildirme yükümlülüğünün ve taraflarca üyelerin bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin itirazlarında ne süreci takip edeceğini gösteren kuralların olmaması, Tahkim Kurulu üyelerinin bağımsızlık ve tarafsızlığı etkilemektedir.¹¹⁰ Başvurucuların iddiaları dikkate alındığında başvurucuların Tahkim Kurulunun bağımsızlığı

¹⁰⁵ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 53.

¹⁰⁶ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 214.

¹⁰⁷ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 214.

¹⁰⁸ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 212.

¹⁰⁹ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 213.

¹¹⁰ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 151.

ve tarafsızlığıyla ilgili haklı nedenlere dayanan şüphelerinin olduğu görülmektedir. Bu nedenle AİHS m. 6 somut olayda ihlal edilmiştir.¹¹¹

SONUÇ

AİHS ve Anayasa mahkemeye erişim hakkı ve bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde yargılanma hakkını koruma altına almaktadır. Fakat alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının giderek popülarite kazandığı çağımız dünyasında yalnızca mahkemeler nezdinde uyuşmazlıkların çözüldüğünü kabul etmek gerçeğe uygun değildir. Tarafların kendi aralarındaki uyuşmazlığı mahkemeler yerine hakemler aracılığıyla çözmeye çalışması giderek yaygınlaşmış hatta bazı durumlarda uyuşmazlıkların esastan çözümlenmesi yalnızca hakem heyetlerine bırakılmıştır. Bununla birlikte bu yargılamalarda tarafların insan haklarına riayet edilip edilmediğinin gözetilmesi ve denetlenmesi oldukça önemlidir. Zira AİHS m. 1’de ifade edildiği gibi devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlama yükümlölükleri bulunmaktadır. Tahkim yargılamalarının AİHS bağlamında birden fazla hakla ilişkisi bulunmaktadır. Fakat “Adil Yargılanma Hakkı” kenar başlıklı AİHS m. 6’nın tahkim yargılamalarıyla yakından ilişkisi bulunmaktadır.

AİHS m. 6 içerisinde birden fazla usuli güvenceleri barındıran geniş nitelikli bir haktır. Tahkim yargılamalarında m. 6 kapsamında kalan mahkemeye erişim hakkı ve mahkemelerin tarafsız ve bağımsız olması ilkesi ayrı bir önem arz etmektedir. AİHS m. 6 altında mahkemeye erişim hakkı açıkça düzenlenmemiş olsa da AİHM, mahkemeye erişim hakkının hukukun temel ilkelerinden birisi olduğunu, bu hakkın olmaması durumunda m. 6’da yer alan diğer hakların varlığından söz edilemeyeceğini dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının m. 6’da düzenlenen diğer haklar için bir güvence olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte bu hak mutlak bir hak olmayıp sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. Taraflar dilerse bu haktan feragat ederek uyuşmazlıklarının mahkemeler nezdinde değil fakat hakem heyetleri tarafından görülmelerine izin verebilirler. AİHM

¹¹¹ Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye, para. 221-223.

tahkim şartıyla mahkemeye erişim hakkına yönelik getirilebilecek sınırlamalarda ikili bir ayrıma gitmiştir. Tarafların tahkim şartına rızalarının olup olmaması veya başka bir deyişle tahkim şartının zorunlu olup olmasına göre AİHM farklı değerlendirmeler yapmaktadır. Eğer AİHM, olayda zorunlu tahkimin var olduğunu tespit ederse bu durumda AİHS m. 6'nın bütün güvenceleriyle uygulanabilir olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte eğer rızaya dayalı bir tahkim koşulu bulunmaktaysa bu durumda AİHM, tarafların ortaya koymuş oldukları bu iradeyi incelemektedir. AİHM'e göre ise tarafların sözleşmelerine ihtiyari tahkim şartı ekleyerek mahkemeye erişim hakkından feragat edebilmeleri için feragatin, feragati mümkün haklara ilişkin olması, tarafların kendi özgür iradelerine dayanması, taraflarca açıkça ortaya konulmuş olması, minimum koruma mekanizmalarını içermesi gerekmektedir. Bu şartları taşımayan bir rıza açıklaması olduğunu tespit ettiği durumda AİHM, tarafların AİHS m. 6 kapsamında mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğine hükmetmektedir.

Egemenliğin bir boyutunu kullanan mahkemeler, belirli usuli kurallar çerçevesinde devletin zor kullanma gücünü içinde barındıran bağlayıcı kararlar alarak egemen adına yargı faaliyetini gerçekleştirirler. Egemenin yargı organlarının görevini yerine getirip getirmediğini denetleyebilmesi içinse mahkemelerin, yasaları uygun -yani yeterince şeffaf ve öngörülebilir, yorumlayıcı- bir metodolojiyle olayın esasına uygulamaları ve kararlarını gerekçeli olarak vermeleri gerekir. Mahkemelerin yasaları olaya hakkaniyete uygun uygulayabilmesi içinse yargının tarafsız ve bağımsız olması gerekmektedir. Hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olan mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı AİHS m. 6'da da yer almaktadır. Genel olarak mahkemelerin bağımsızlığı, yargının dış baskılardan arınmış olması anlamına gelir. AİHM de özellikle mahkeme üyelerinin atanma ve görevden alınma usullerine, görev sürelerine, mahkeme üyelerine emir verme yetkisine sahip bir makamın bulunup bulunmadığına, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin bulunup bulunmadığına ve mahkemelerin genel olarak bağımsız bir görünüm verip vermediğine bakmaktadır. Mahkemelerin tarafsız olması hususunda ise AİHM sübjektif ve objektif tarafsızlık şeklinde ikili bir ayrıma gitmektedir. Sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesinin kendi kişisel tarafsızlığı-yken objektif tarafsızlık ise yargılamayı yapan makamın kurumsal olarak

tarafsız olması ile alakalıdır. AİHM'e göre mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı yalnızca mahkemeler için uygulanmayacaktır. Tarafların tahkim yolunu seçmiş veya zorunlu tahkime tabi olmaları durumunda da tahkim heyetlerindeki hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmaları gerekmektedir. AİHM kararlarına bakıldığı zaman Mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda kendi içtihatlarına atıfta bulunarak meseleyi tahkim üzerinden değerlendirdiği görülmektedir.

ZUSAMMENFASSUNG

Die EMRK und die Verfassung von 1982 schützen das Recht auf Zugang zu Gerichten und auf Anhörung vor unabhängigen und unparteiischen Gerichten, die per Gesetz eingerichtet wurden. In der heutigen Welt werden Streitigkeiten, in der alternativen Methoden der Streitbeilegung an Popularität gewonnen haben, jedoch nicht nur vor Gerichten gelöst. Es hat sich zunehmend verbreitet, dass die Parteien versuchen, ihre Streitigkeiten statt durch Gerichte, durch Schiedsverfahren beizulegen. Tatsächlich wird die Beilegung von Streitigkeiten in einigen Fällen nur der Schiedsgerichtsbarkeit überlassen. Es ist jedoch wichtig zu beobachten und zu überwachen, ob die Menschenrechte der Parteien in diesen Verfahren gut geschützt und respektiert werden. Denn nach Artikel 1 der EMRK sind die Staaten verpflichtet dafür zu sorgen, dass alle Personen innerhalb ihrer Gerichtsbarkeit in den Genuss der in der Konvention vorgesehenen Rechte und Freiheiten kommen. Schiedsverfahren sind direkt mit mehr als einem Recht nach der EMRK verbunden. Dennoch hat das in Artikel 6 EMRK festgelegte "Recht auf ein faires Verfahren" wahrscheinlich die engste Verbindung zum Schiedsverfahren.

Artikel 6 der EMRK regelt mehrere Rechte und enthält mehr als einen Verfahrensgaranten. Im Hinblick auf das Schiedsverfahren nach Artikel 6 EMRK sind das Recht auf Zugang zu den Gerichten und dessen Unparteilichkeit und Unabhängigkeit von besonderer Bedeutung. Obwohl das Recht auf Zugang zu den Gerichten in Artikel 6 nicht ausdrücklich geregelt ist, erkennt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Recht auf Zugang zu den Gerichten als eines der Grundprinzipien der Rechtsstaatlichkeit an, das verlangt, dass die Prozessparteien über einen wirksamen Rechtsbehelf verfügen müssen, der es ihnen ermöglicht, ihre Bürgerrechte geltend zu machen. Wie vom Gerichtshof beschrieben, profitieren die Parteien durch das Recht auf Zugang zu einem Gericht in erster Linie von den Verfahrensgarantien, die Artikel 6 bietet. Dieses Recht ist jedoch nicht absolut und kann Einschränkungen unterworfen werden. Wenn die Parteien es gegenseitig akzeptieren, können sie auf dieses Recht verzichten und zulassen, dass ihre Streitigkeiten von einem Schiedsgericht statt von Gerichten behandelt werden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte unterscheidet zwischen obligatorischer und freiwilliger Schiedsgerichtsbarkeit und legt dafür unterschiedliche Standards fest. Stellt der Gerichtshof fest, dass es sich um ein obligatorisches Schiedsverfahren handelt, so

wendet er Artikel 6 mit allen darin vorgesehenen Garantien an. Handelt es sich jedoch um ein freiwilliges Schiedsverfahren, dann prüft der Gerichtshof den Rechtsverzicht. Damit die Parteien auf ihr Recht auf Zugang zum Gericht verzichten können, muss der Verzicht nach Ansicht des Gerichts erfolgen: 1- ein zulässiger Verzicht sein, 2- auf dem freien Willen der Parteien beruhen, 3- in eindeutiger Weise ausgedrückt werden und von "Mindestgarantien" begleitet sein, die der Bedeutung des Rechts, auf das verzichtet wurde, angemessen sind. Wenn der fragliche Verzicht diese Bedingungen nicht erfüllt, weist der EGMR ihn ab und entscheidet, dass eine Verletzung von Artikel 6 der EMRK vorliegt.

Aufgrund einer Verfassungsänderung im Jahr 2011 schlossen die türkischen Gesetzgeber die Tür für die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der inländischen Sportschiedsgerichte. Artikel 59/3 der Verfassung von 1982 schrieb ein obligatorisches Schiedsverfahren für Angelegenheiten im Zusammenhang mit den disziplinarischen und administrativen Funktionen der nationalen Sportverbände vor. Darüber hinaus regelte der letzte Satz des Artikels, dass " Die Entscheidungen der Schiedsgerichte sind endgültig und vor Gerichten nicht anfechtbar". So sind z.B. die Entscheidungen des Schiedsgerichts des Türkischen Fussballverbandes endgültig und können vor keiner Gerichtsbehörde in der Türkei angefochten werden. Auch ist es nicht möglich, vor dem türkischen Verfassungsgericht Klage gegen Entscheidungen der Schiedsstelle durch ein Verfassungsbeschwerdeverfahren einzureichen. Gemäß Artikel 45 (3) des Gesetzes über die Errichtung und Verfahrensordnung des Verfassungsgerichtshofes "... dürfen Transaktionen, die durch die Verfassung von der gerichtlichen Überprüfung ausgeschlossen sind, nicht Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein". Infolgedessen hat der Verfassungsgerichtshof die Verfassungsbeschwerden, die aus den durch die Entscheidungen der Schiedsstellen abgeschlossenen Angelegenheiten der Verwaltung und Disziplin des Sports herrühren, für unzulässig erklärt, da sie *ratione materiae* mit Artikel 59 (3) der türkischen Verfassung unvereinbar sind. Die erwähnte Herangehensweise des Verfassungsgerichtshofs geht im Wesentlichen von der Gesetzgebung aus, die das Verfassungsbeschwerdeverfahren regelt und die Wirksamkeit des Verfassungsbeschwerdeverfahrens ausschaltet. Zu diesem Punkt führten die Entscheidungen des Verfassungsgerichts dazu, dass das Verfassungsbeschwerdeverfahren beim Schutz der Menschenrechte bei sportlichen Auseinandersetzungen inadäquat und insuffizient war.

Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist die Rolle der Justiz in einem Rechtsstaat von wesentlicher Bedeutung. Sie ist die Garantin der Gerechtigkeit, ein Grundwert in einem Rechtsstaat. Es ist von entscheidender Bedeutung, dass die Justiz zu bestimmen befugt ist, und zwar nach einer angemessenen - ausreichend transparenten und vorhersehbaren - Auslegungsmethodik, welche Gesetze in einem Fall anwendbar und gültig sind, Sachfragen zu klären und das Recht auf den Sachverhalt anzuwenden sind. Damit die Gerichte das Recht in fairer Weise anwenden können, muss die Justiz unparteiisch und unabhängig sein. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz ist auch in Artikel 6 enthalten: "Jede Person hat ein Recht darauf, daß... Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird". Unabhängigkeit bedeutet, dass das Justizwesen frei von äußerem Druck ist und nicht von den anderen Teilen der Regierung kontrolliert wird. Die Richter sollten keiner politischen Einflussnahme oder Manipulation unterworfen sein. Bei der Entscheidung, ob ein Organ als unabhängig betrachtet werden kann, bewertet das Gericht diese Kriterien: 1- die Art und Weise der Ernennung seiner Mitglieder, 2- die Dauer ihrer Amtszeit, 3- das Vorhandensein von Garantien gegen Druck von außen und 4- ob das Gremium den Anschein der Unabhängigkeit erweckt. Was die Unparteilichkeit der Gerichte betrifft, so bestimmt das Gericht die Unparteilichkeit durch 1- einen subjektiven Test und 2- einen objektiven Test. Der subjektive Test bezieht sich auf die persönliche Überzeugung und das Verhalten eines bestimmten Richters, d.h. ob der Richter in einem bestimmten Fall persönliche Vorurteile oder Voreingenommenheit hatte. Der objektive Test bezieht sich auf das Gericht selbst und, neben anderen Aspekten, auf seine Zusammensetzung und ausreichende Garantien, um jeden berechtigten Zweifel an seiner Unparteilichkeit auszuschließen. Nach Ansicht des Gerichts ist die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht nur ein Grundsatz für Gerichte und Richter. Wenn sich die Parteien für ein Schiedsverfahren entschieden haben oder einem obligatorischen Schiedsverfahren unterliegen, müssen auch die Schiedsrichter von Schiedsgerichten unabhängig und unparteiisch sein.

KAYNAKÇA

BAYKAN Metin / YENİAY Lokman, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Bağlamında Spor Tahkim Kurullarının Kararları”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2019, 137-166

BESSON Sebastien, “Arbitration and Human Rights”, *ASA Bulletin*, 2006, No: 3, 395-416.

BOYAR Oya, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, (Editör: Sibel İnceoğlu), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Beta Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2013.

DURMUŞ Tezcan / ERDEM Mustafa Ruhan / SANCAKDAR Oğuz / ÖNOK Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, 7. Baskı, Seçkin Yayınları: Ankara, 2018.

DÜLGER Ahmet. “Validity of Online Arbitration Agreements in Turkish Law”. Erişim Tarihi: 20.06.2020. Erişim Linki: <https://turkish-lawblog.com/read/article/167/validity-of-online-arbitration-agreements-in-turkish-law>.

ERGÜL Ozan, “Sporda Zorunlu Tahkim – Bireysel Başvuru İlişkisi” ‘Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri’ Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi?”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2015, S. 32, 67-78

GEMALMAZ H. Burak, “Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration: The Contribution of the European Court of Human Rights”, *The International Sports Law Journal*, 2019, 19, 38–58.

GÜNDOĞDU Fatih, “TFF Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, S.140, 141- 170.

HARRİS D. J. / O’BOYLE M. /BATES E. P. / BUCKLEY C. M., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 4th edition, Oxford, 2018.

İLHAN Hüseyin Afşin, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

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, İstanbul, 2013.

İNCEOĞLU Sibel, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017. (2017)

İNCEOĞLU Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018. (2018)

KALELİOĞLU Cem, “Domestic Sports Arbitration in Turkey: Creating a Sui Generis Sporting Jurisdictional Order Alla Turca”, *International Sports Law Journal*, 2017, 17, p. 33–48.

KILI, Ayhan, “Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2013, S.3, 39-81.

LANDROVE Juan Carlos, “European Convention On Human Rights’ Impact On Consensual Arbitration An État Des Lieux Of Strasbourg Case-Law And Of A Problematic Swiss Law Feature”, (Editors: Besson / Hottelier / Werro), *Human Rights at the Center*, Basel, Geneva, Zurich, Schulthess, 2006, 73-101.

MCGREGOR Lorna, “Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR”. *The European Journal of International Law*, 2015, Volume 26, 607-634.

NOVİCKA Sandija, *Use of the European Convention of Human Rights argumentation in arbitration proceedings: When, how?*. Riga Graduate School of Law Working Papers, No. 17, 2004.

RİNGQUİST Fredrik, *Do Procedural Human Rights Requirements Apply to Arbitration – a Study of Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon Arbitration*, University of Lund Faculty of Law Master Thesis, 2005.

SARİÖZ BÜYÜKALP A. İpek, *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.

ŞANLI Cemal, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınevi, 6. Bası, İstanbul, 2018.

ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Basım, 7. Baskı, İstanbul, 2019.

Venedik Komisyonu tarafından 86. genel kurul toplantısında kabul edilen rapor. "Report on the rule of law". Venedik, 25-26 Mart 2011. Erişim linki, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e).

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesi, E.: 2010/61, K.: 2011/7, k.t.: 06.01.2011.

Anayasa Mahkemesi, Abdurrahman Akyüz Başvurusu, Baş. No.: 2012/620. K. T.: 12/2/2013

Anayasa Mahkemesi, Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun Başvurusu. Baş. No.: 2012/12. K. T.: 17.09.2013

Anayasa Mahkemesi, Naz Aydemir Başvurusu. Baş. No.: 2013/850. K. T.: 19/12/2013

Anayasa Mahkemesi, Öztürk Yazıcı Başvurusu. Baş. No. 2014/4549. K. T.: 22/2/2017

Anayasa Mahkemesi, E. 2017/136, K. 2018/7, k.t. 18.01.2018.

Anayasa Mahkemesi, Ertan Hatipoğlu Başvurusu. Baş. No.: 2015/1993. K. T.: 18/4/2018

Anayasa Mahkemesi, Ziya Özel Başvurusu. Baş. No.: 2015/1996. K. T.: 10/5/2018.

Anayasa Mahkemesi, Abdulmecit Er Başvurusu. Baş. No.: 2014/3825. K. T.: 07.11.2019

Anayasa Mahkemesi, Mehmet Cihan Kıran Başvurusu. Baş. No.: 2014/2964. K. T.: 13.02.2020

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Golder / Birleşik Krallık. Baş. No.: 4451/70. K. T.: 21.02.1975.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Engel ve Diğerleri / Hollanda, Baş. No.: 5100/71, 5101/71, 08.06.1976.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Deweer / Belçika. Baş. No.: 6903/75. K. T.: 27/2/1980.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Albert ve Le Compte / Belçika, Baş. No.: 7299/75; 7496/76, K.T.: 10.02.1983.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Bramelid ve Malmström / İsveç. Baş. No.: 8588/79; 8589/79. K. T.: 12/12/1983.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ashingdane / Birleşik Krallık. Baş. No.: 8225/78. K. T.: 28/5/1985.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, R. / İsviçre. Baş. No.: 10881/84. K. T.: 4/3/1987.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hakansson ve Sturesson / İsveç. Baş. No. 11855/85. K. T.: 21/2/1990.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Bellet / Fransa. Baş. No.: 23805/94. K. T.: 4/12/1995.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Suovaniemi ve Diğerleri / Finlandiya. Baş. No. 31737/96. K. T.: 23/1/1999.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Talat Tunç / Türkiye, Baş. No.: 32432/96, K.T. 27.03.2007.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Pishchalnikov / Rusya, Baş. no.: 7025/04, K.T.: 24.09.2009.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Micallef / Malta. Baş. No.: 17056/06. K.T.: 15.10.2009.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Suda / Çek Cumhuriyeti. Baş. No.: 1643/06. K. T.: 28/10/2010.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Şaman / Türkiye, Baş. No.: 35292/05, K.T. 05.04.2011.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Eşim / Türkiye. Baş. No.: 59601/09. K.T.: 17/9/2013.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Çelebi ve Diğerleri / Türkiye, Baş. No.: 582/05, K.T.: 09.02.2016.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Truten / Ukrayna, Baş. No.: 18041/08, K.T. 23.06.2016.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Nait-Liman / İsviçre. Baş. No.: 51357/07. K. T.: 15/3/2018.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mutu ve Pechstein / İsviçre. Baş. No.: 40575/10 ve 67474/10. K.T.: 02.10.2018.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Aksis ve Diğerleri / Türkiye. Baş. no.: 4529/06. K.T. 30/4/2019.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ali Rıza ve Diğerleri / Türkiye. Baş. No.: 30226/10 17880/11, 17887/11, 17891/11 ve 5506/16. 28/1/2020

AVRUPA BİRLİĞİ, ALMAN, TÜRK HUKUKLARINDA TÜKETİCİ MODELLERİ

VERBRAUCHERLEITBILDER IM EUROPÄISCHEN, DEUTSCHEN, TÜRKISCHEN RECHT

Dr. Ayşegül KÜÇÜKDAĞLI*

ÖZ

Avrupa Birliği ve Alman özel hukuklarında tüketici hukuku sıklıkla tüketici modelleri üzerinden tartışılmaktadır. Ülkemizin Avrupa Birliğine üye olma ideali doğrultusunda, AB hukukuna hem normatif bakımdan hem de yorum bakımından uyum sağlanmalıdır. Tüketicinin Korunması Hukukumuzun, uyum sürecinin önemli örneklerinden birisi olması ve tüketici modellerinin korumanın tür ve derecesi ve de düzenlemelerin yorumu üzerindeki etkisi sebepleriyle konunun incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Anahtar Kelime: *Tüketici, tüketici modelleri, ortalama tüketici, tüketici ölçütü*

* Dr. iur, LL.M. (Humboldt), LL.M. (İstanbul Üniversitesi), Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, akucukdagli@gmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6759-194X>

CONSUMER MODELS IN EUROPEAN UNION, GERMAN, TURKISH LAW

ABSTRACT

Consumer law in European Union and German private law is usually discussed over consumer models. According to the ideal of our country to become a member of European Union, EU law should be complied with both in normative and interpretation aspect. As our Consumer Protection Law is one of the most significant examples of our orientation process and because of the impacts of consumer models on the type and level of protection and interpretations of the regulations, it is beneficial to analyze the subject.

Key Words: *Consumer, consumer models, average consumer, consumer criteria*

I. Tüketici Modelleri, Tüketici Tanımı ve Tüketici Hukuku Modelleri Arasındaki İlişki

Tüketici sıfatı taşıyan sözleşme tarafının özel olarak korunması gerektiği genel kabul görmektedir. Ancak bu özel korumanın kime, neden, ne kadar ve nasıl sağlanacağına ilişkin farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu yaklaşımlar doğrultusunda hem çeşitli tüketici hukuku modelleri hem de farklı tüketici modelleri ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda tüketici modelleri (*Verbraucherleitbilder, consumer models*), tüketici tanımı ve tüketici hukuku modelleri arasında sıkı bir bağ ve karşılıklı ilişki bulunmaktadır.¹

A. Tüketici Modelleri ile Tüketici Tanımı Arasındaki İlişki

Tüketici modelleri ve tüketici tanımı arasında bir yandan karşılıklı bir ilişki bulunmakta, diğer yandan ise bunlar farklı işlevler ihtiva etmektedirler.²

Tüketici modelleri, tüketici tanımının içini dolduran³, tüketicinin beceri ve yetkinliklerine ve tüketiciden neyin beklenebilir olduğuna ilişik⁴ normatif/tipik tasavvurlar bütünüdür.⁵ Tüketici modellerinin iki işlevi bulunmaktadır.⁶ Bunlardan ilki tüketici hukuku düzenlemeleri yapılırken norm koyucuya ortalama tüketiciye dair temel bir fikir sunmasıdır.⁷ Tü-

¹ karşı. Fleur Denkinger, *Der Verbraucherbegriff – Eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa*, De Gruyter, Berlin, 2007, s. 109; Franz Jürgen Säcker /Roland Rixecker/ Hartmut Oetker/ Bettina Limperg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1 – 240, 7. Aufl., C.H. Beck, München, 2015, Vor § 13, 14, N.70.

² MüKo, Vor § 13, 14, N. 70.

³ Alexander v. Vogel, *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht – Fragen der Kohärenz in Europa*, De Gruyter, Berlin, 2006, s. 32.

⁴ Karl Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin 2006, § 7 N. 212.

⁵ Denkinger, s. 109 vd.

⁶ v. Vogel, s. 32.

⁷ karşı. v. Vogel, s. 32.

ketici modellerinin içinde barındırdığı soyut korunma ihtiyacı böylece tüketicuyu koruyan düzenlemelerde somut olarak görünümüne kavuşur.⁸ Dolayısıyla korumanın derecesine doğrudan etkisi bulunmaktadır.⁹ Diğer işlevi ise tüketici hukuku düzenlemelerinin yorumu hakkında hukuk uygulayıcısına kolaylık sağlamasıdır.¹⁰

Tüketici tanımı ise tüketici kavramını içinde barındıran hukuki bir kavramdır¹¹ ve doğrudan tüketici hukuku düzenlemelerinin kişi bakımından uygulama alanının belirlenmesine yaramaktadır.¹²

B. Tüketici Modelleri ile Tüketici Hukuku Modelleri Arasındaki İlişki

Tüketici modelleri ile tüketici hukuku modelleri arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır.

Tüketici modellerine ilişkin tartışma ağırlıklı biçimde iki model üzerinden yürütülmektedir. Bunlardan ilki zayıf/korunmaya muhtaç tüketici modelidir. Diğer ise bilgilendirilebilir ve edindiği bilgiyle rasyonel karar almaya yetkin/ehil tüketici modelidir.

Tüketici hukuku modellerinin içeriğini ise tüketici hukukundan beklenen işlev ve tüketici hukukuyla güdülen amaç belirler.¹³ Tüketici hukuku modelleri öğretilerde temel biçimde iki kategoride sınıflandırılmaktadır: Sosyal tüketici hukuku modeli ve Piyasaya uyumlu bilgi modeli.¹⁴ Sosyal tüketici hukuku modelinin temelinde serbest piyasanın tek başına sosyal adaleti sağlayamadığı ve bu sebeple devletin piyasayı düzenleyici müdahalesinin gerekli olduğu düşüncesi bulunmaktadır.¹⁵ Piyasaya uyumlu bilgi modeli ise ekonomik liberal bir model olup, temelinde iki

⁸ a. e.

⁹ a. e.

¹⁰ MüKo, Vor § 13, 14, N. 70; Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, § 7 N. 214; Denkinger, s. 110.

¹¹ Denkinger, s. 110.

¹² MüKo, Vor § 13, 14, N. 70.

¹³ karşı. MüKo, Vor § 13, 14, N. 36 vd.

¹⁴ bkz. v. Vogel, s. 39 vd.

¹⁵ v. Vogel, s. 42 vd.

ana düşünce yatmaktadır.¹⁶ Bunlardan ilki işleyen bir rekabet ortamının, tüketicinin menfaatleriyle uyumlu bir piyasa ortamını kendiliğinden sonuçlandıracağı düşüncesidir. Diğeri ise tüketicinin, kendi menfaatleri doğrultusunda piyasayla uyumlu hareket etme kabiliyetinin varlığına inanılmasıdır.¹⁷

Bu anlatılanlar çerçevesinde tüketici modelleri ile tüketici hukuku modelleri arasında şu şekilde bir bağ bulunmaktadır:

Zayıf/korunmaya muhtaç tüketici modeli, sosyal tüketici hukuku anlayışını beraberinde getirir.¹⁸ Zira tüketici zayıf, korunmaya muhtaç taraf olarak görüldüğünden piyasa işleyişine müdahale eden paternalistik önlemler alınmalıdır.¹⁹ Tüketici rolünü taşıyan taraf müteşebbis karşısında yapısal olarak zayıf, otomatik ve genel olarak korunmaya muhtaçtır.²⁰ Bu yaklaşıma göre sözleşmedeki rolü gereği tüketici, müteşebbisin üstünlüğü karşısında ticari/hukuki bakımlardan tecrübesiz ve ekonomik/sosyal bakımlardan güçsüzdür.²¹ Bu sosyal tüketici hukuku modeli ile zayıf/korunmaya muhtaç tüketici modeli, çoğunlukla tüketici hukukunun özel bir kanunla düzenlenmesiyle sonuçlanır.²²

Tüketicinin edindiği bilgiyi değerlendirme ve rasyonel karar alma yetilerinin varlığını kabul eden tüketici modeli ise piyasa işleyişini destekleyici önlemler almakla yetinen liberal yapılı bir tüketici hukuku modelini sonuçlar.²³ Yukarıda da değinildiği gibi bu modele göre yetkin/ehil tüketicinin işleyen bir piyasa ve rekabet ortamı içerisinde ayrıca korunmasına ihtiyaç yoktur. Zira bu tüketici hukuku modelinde, işleyen

¹⁶ v. Vogel, s. 40.

¹⁷ a.e.

¹⁸ Denkinger, s. 111; v. Vogel, s. 42.

¹⁹ Denkinger, s. 111; v. Vogel, s. 42.

²⁰ v. Vogel, s. 42.

²¹ Tüketicinin sözleşme içerisinde taşıdığı rolden çıkan bu görüşün yanında tüketicinin korunma ihtiyacının sözleşmesel durumdan kaynaklandığını savunan başka bir görüş ve bu iki yaklaşımın bir araya geldiği karma bir görüş de mevcuttur. Bu konuda bkz. MüKo, Vor § 13, 14, N. 42 vd.

²² Denkinger, s. 111.

²³ Denkinger, s. 111; MüKo, Vor § 13, 14, N. 46.

bir rekabet ortamı, tüketicinin menfaatlerine en uygun piyasanın oluşmasını sağlar. Diğer yandan “*homo economicus*” olan tüketici, menfaatlerini piyasa ile uyumlu biçimde yönetme yetisine sahiptir.²⁴ Dolayısıyla devletin tüketiciyi korumak amaçlı müdahalesi ancak piyasa işleyişinin tekrar sağlanmasının elzem bulunduğu hallerde uygundur.²⁵ Bu haller ise müteşebbis ve tüketici arasındaki bilgi asimetrisinin²⁶ piyasa aksaklığına sebep olduğu hallerdir.²⁷ ²⁸ Bu modele göre müteşebbis ve tüketici arasındaki her türlü bilgi asimetrisi de devletin müdahalesini gerektirmez. Bilgi dağılımındaki dengesizlik, yüksek işlem maliyeti nedeniyle önüne geçilemeyecek türden olmalıdır.²⁹ Yani devletin müdahalesi için tüketicinin ihtiyaç duyduğu bilgiyi edinmesi, sözleşmeden beklediği ekonomik yarıardan daha yüksek bir maliyet gerektirmelidir.

Tüketici modelleri ile ilgili bu anlatılanlardan özetle çıkarılabilir ki; tüketici modellerinin koruma türü ve derecesine doğrudan etkisi bulunmaktadır. Yetkin/ehil tüketiciye, karar alması için gerekli bilgilerin verilmesi yeterli olacakken, zayıf/korunmaya muhtaç tüketicinin korunabilmesi ancak devletin müdahalesi ile mümkün olacaktır.

²⁴ v. Vogel, s. 40.

²⁵ MüKo, Vor § 13, 14, N. 47.

²⁶ “Bilgi asimetrisi” kavramı ile sözleşmenin kurulumu anında, sözleşme içeriğine ve sözleşmenin hukuki sonuçlarına ilişkin taraflar arasında eşit bir bilgi dağılımının olmaması anlatılır.

²⁷ v. Vogel, s. 40-41.

²⁸ Bilgi asimetrisinin piyasa aksaklığına neden olduğu görüşünün hareket noktası Akerlof’un (Akerlof, George A., *The Market “Lemons”*: Quality uncertainty and the Market Mechanism, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84 (1970), s. 488-500) çalışmasıdır. Yazar, teorisini ikinci el araç piyasası üzerinden bir modellemeyle açıklamaktadır. Buna göre satıcılar hangi aracın iyi (“peaches”) veya kötü (“lemons”) olduğu konusunda bilgiye sahip iken, alıcı araçların kalitesini ayırt edebilecek bilgiye sahip değildir. Bu durum alıcının satışa sunulan araç için ortalama bir fiyat teklif etmesine neden olur. Sonuçta kötü olan araçlar objektif değerleri üstünde bedelle alıcı bulmakta ve fakat iyi araçlar objektif değerlerinin altındaki bedellere satılmaktadır. Nihayetinde satıcılar ancak alıcının bilgisi doğrultusunda ödemeye hazır olduğu değerdeki araçları piyasaya sokacak ve iyi araçların satımı sınırlanacaktır.

²⁹ v. Vogel, s.41.

II. Avrupa Birliği Hukukunda Tüketici Modeli

A. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Tüketici Modellerine İlişkin Yaklaşımı

Avrupa Birliği Hukukunda tüketici modellerine yönelik tartışma öncelikle serbest dolaşım ilkeleri ve haksız rekabet hukuku düzleminde gerçekleşmiştir.³⁰ Bu anlamda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD, *Europäischer Gerichtshof, European Court of Justice*) iki kararı önem arz etmektedir: Casis de Dijon ve Gut Springheide. Serbest dolaşım ilkeleri ve haksız rekabet hukuku bakımından benimsenen tüketici modelinin ise AB sözleşmeler hukukuna aktarılabilir olup olmadığı tartışılmaktadır.³¹ Üye Ülkelere sözleşme hukuklarının uyumu süreci bakımından arz ettiği önem nedeniyle³² 93/13 sayılı Kötüye Kullanılabilir Şartlar Yönergesinin esas aldığı tüketici modeline ilişkin ABAD kararları da ayrıca değerlendirilecektir.

1. Serbest Dolaşım İlkeleri Bakımından Tüketici Modeli- Casis de Dijon Kararı

ABAD, İlk kez malların serbest dolaşımına yönelik 1979 tarihli "Casis de Dijon"³³ kararında, sınır ötesi işlemlerde tüketici için "bilgi"yi bir koruma aracı olarak tercih ettiğini göstermiştir.³⁴ Bu kararın konu aldığı olayda Köln merkezli Rewe anonim şirketi, Fransa'dan % 15-20 alkol oranına sahip "Casis de Dijon" etiketli frenk üzümü likörü ithal etmek istemektedir. Fakat bu "likör", Alman Alkollü İçkiler Tekel Yasası 100. paragrafının 3. fıkrasında meyveli likörler için öngörülen % 32'lik asgari

³⁰ Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 67.EL, C.H. Beck, München, 06/2019, AEUV Art. 169 N. 22; Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, § 7 N. 211.

³¹ Örneğin Heiderhoff, s. 281 vd.

³² 93/13 sayılı Kötüye Kullanılabilir Şartlar Yönergesinin uyum sürecindeki önemi, ilk kez üye ülkelerin özel hukuklarının temel bir alanında uyumlaştırılmaya gidilmesine dayanmaktadır. Bu konuda bkz. Karl Riesenhuber, *EU- Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, s. 161.

³³ Karar için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:61978CJ0120&from=DE>.

³⁴ Fabian Klinck/Karl Riesenhuber, *Verbraucherleitbilder*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2015, s. 4.

alkol oranını taşımadığı gerekçesi ile Alman pazarına sokulmak istenmemiştir.³⁵ Bunun üzerine konu ABAD'a taşınmıştır. Alman hükümeti savunmasına göre, bu (yasaklayıcı) uygulama hem tüketicilerin sağlığını korumaya hem de tüketicileri haksız ticari uygulamalara karşı korumaya yaramaktadır.³⁶ Ancak ABAD, Alman hükümetinin argümanlarını ikna edici bulmamıştır. ABAD'a göre malın paketinde alkol oranı ve menşei ülke ile ilgili verilecek bilgiler ile tüketicinin makul biçimde bilgilendirilmesi ve Alman hükümetinin ortaya koyduğu sorunların aşılması mümkün olabilirdi. Dolayısıyla alkol oranı ve menşei ülke ile ilgili verilecek bilgi yoluyla tüketicinin korunması, asgari biçimde alkol oranını belirleyen emredici bir kurala kıyasla daha uygun bir koruma aracı olarak görülmüştür.³⁷ ABAD, bu kararı ile yetkin/ehil tüketici modelinin temelini atmıştır. Zira tüketicinin korunması için bilgilendirilmesi yeterli görülmemekte ve bu bağlamda tüketiciden edindiği bilgiyi kullanması ve sorumlu biçimde karar alması beklenmektedir.³⁸

2. Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Tüketici Modeli-Gut Springheide Kararı

Haksız rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler aynı zamanda tüketicinin korunmasına yaramaktadır.³⁹ Bu kesişim, birtakım haksız rekabet hallerinin tespitinde esas alınacak tüketici modelinin ne olduğuna dair soruyu da beraberinde getirmektedir.

85/450 sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin Yönerge'de aldatıcılığın tespitinde esas alınacak tüketici modeli ile ilgili bir belirleme yapılmamaktaydı. Bu boşluk ABAD'ın, "Gut Springheide"⁴⁰ kararı ile doldurul-

³⁵ ABAD, 20.02.1979 tarihli Casis de Dijon kararı, s. 651.

³⁶ ABAD, 20.02.1979 tarihli Casis de Dijon kararı, s. 655.

³⁷ Riesenhuber, *EU- Vertragsrecht*, s. 89.

³⁸ a.e.

³⁹ Örneğin bkz. 2005/29 Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi gerekçesi (1) ve (4).

⁴⁰ ABAD'ın 16 Temmuz 1998 tarihli bu kararı için bkz. GRUR-Int. 1998, s. 795. Karar incelemesi için bkz. Koray Güven, "Reklam Hukuku Perspektifinden Avrupa Birliği, Alman, Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Gut Springheide" Kararı Üzerinden Bir İnceleme", *TBB Dergisi*, Y. 28 S. 120, 493-508, s. 493 vd.

muştur. Bu anlamda karar yapı taşı niteliği taşımaktadır.⁴¹ ABAD, bu kararında yetkin/ehil, başka bir ifadeyle “ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı” tüketici modelini ilk kez formülize etmiştir.⁴²

Bu kararın temelindeki olayda; Bölge Gıda Denetleme Bürosu, Almanya’nın kuzeyinde faaliyet gösteren gıda üreticisi Gut Springheide Limited Şirketinin yumurta paketlerinin üzerinde yanıltıcı ibare kullanması sebebiyle para cezasına hükmetmiştir. Şirket, yumurta paketlerinin üzerinde “6 tahıllı – 10 taze yumurta” (6-Korn – 10 frische Eier) ibaresini kullanmakta ve fakat tavukların beslendiği yem karışımının yalnızca %60’ı bu altı tahıl türünden oluşmaktadır. Bu cezaya karşı şirket kanun yoluna başvurmuştur. Ancak hem ilk derece hem de temyiz mahkemesi tarafından haksız bulunmuştur.

Bölge İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht, BVG*) ise konuyu ABAD’a taşımış ve aldatıcılığın tespitinde esas alınacak ölçütler hakkında bir takım sorular yöneltmiştir. Bölge İdare Mahkemesinin açıklığa kavuşturulmasını istediği konulardan birisi de “zayıf tüketici” modelinin mi yoksa “ortalama bilgili” tüketici modelinin mi ölçüt alınacağı sorusudur. ABAD, bu soruya “ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı ortalama tüketicinin” esas alınması gerektiği yönünde cevap vermiştir. ABAD, benzer şekilde diğer kararlarında da aynı modeli takip etmiştir.⁴³

3. Yetkin/Ehil Tüketici Modelinin Unsurları

Yetkin/ehil tüketici modeli, tüketicinin “ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı” olmasından hareket eder. Bu üç unsurun somutlaştırılmasıdaki ilk sorun “ortalama” nitelendirmesinin sadece “bilgili” ifadesini mi yoksa “dikkatli” ve “anlayışlı” ifadelerini de mi kapsadığıdır. Gut

⁴¹ Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar*, 37. Aufl., C.H. Beck, München, 2019, UWG § 5 N. 0. 61.

⁴² ABAD, yetkin/ehil tüketici modelini daha önceki kararlarında da esas almış (örneğin bkz. ABAD, 6.7.1995 tarihli Mars kararı, *EuZW* 1995, s. 611), fakat ilk kez Gut Springheide kararında bu modeli formülize etmiştir.

⁴³ Örneğin ABAD 13.01.2000 tarihli C-220/98 Estee Lauder Cosmetics/Lancaster Group kararı, N. 27.

Springheide kararının Almanca metni ("*durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher*") belirsiz olsa da, İngilizce ("*reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect*") ve Fransızca ("*normalement informé et raisonnablement attentif et avisé*") metinlerden "ortalama" sıfatının bu üç unsuru da nitelendirdiği çıkarılabilmektedir⁴⁴ Bu bağlamda "bilgili, dikkatli ve anlayışlı olma" kriterlerinin derecesinin, ortalama tüketiciden beklenebilir düzeyde olması öngörülmüştür.

Tüketicinin bulunduğu işlem çevresinin bu üç unsur bakımından ortalamasının belirlenebilmesi için başkaca kriterlere de ihtiyaç duyulduğu ifade edilmiştir.⁴⁵ ABAD'a göre sosyal, kültürel ve dil ile ilgili farklılıklar gözetilmek suretiyle tüketici grupları arasında ayırım yapılmamıştır.⁴⁶ Ayrıca tüketicinin dikkat düzeyinin belirlenmesinde duruma⁴⁷ ve hizmet/ürün türüne⁴⁸ göre bir ayırım yapılması gerektiği belirtilmiştir.

4. ABAD Kararları Doğrultusunda 93/13 Sayılı Yönergede Tüketici Modeli

93/13 sayılı Kötüye Kullanılabilir Şartlar Yönergesi sözleşme hukukunun temel konularından birisine ilişkindir.⁴⁹ Bu bağlamda Yönergeye ilişkin ABAD kararları sözleşme hukuku bakımından AB tüketici modeli hakkında fikir verebilecek niteliktedir.

⁴⁴ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm/Feddersen, UWG § 5, N. 0. 62.

⁴⁵ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm/Feddersen, UWG § 5, N. 0. 66.

⁴⁶ ABAD, 13.01.2000 tarihli Estee Lauder kararı, GRUR-Int. 2000, s. 354.

⁴⁷ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Pfeiffer, AEUV Art. 169 N. 22.

⁴⁸ ABAD, 22.06.1999 tarihli Lloyd kararı, GRUR-Int. 1999, s. 734; ABAD, 20.03.2003 tarihli Arthur kararı, GRUR 2003, s. 422.

⁴⁹ AB pozitif hukuku büyük ölçüde münferit hukuki sorunlar için çıkarılan ve birbiriyle bağlantılı olmayan yönergelerden oluşmaktadır. Bu da AB özel hukukunun dağınık bir yapıya sahip olmasına neden olmuştur. Bu durum öğretilerde eleştirilmektedir bkz. Hans-Christoph Grigoleit, "Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts", *AcP* 210 (2010), 354-423, s. 363 vd.; Brigitta Zöchling-Jud, "Acquis-Revision, Common European Sales Law und Verbraucherrechterichtlinie", *AcP* 212 (2012), 550-574, s. 551 vd. Ancak 93/13 sayılı Yönerge ile ilk kez sektörel bir konuya değil de, özel hukukun

ABAD'ın bu konudaki kararlarının önemli bir bölümünde, Yönerge ile öngörülen koruma sisteminin şu noktalardan hareket ettiği belirtilmiştir: tüketici düşük seviyede bilgiye sahiptir ve müteşebbis karşısında zayıf bir müzakere pozisyonunda bulunmaktadır. Bu durum ise önceden kaleme alınarak müteşebbis tarafından kullanılan sözleşme şartlarının, tüketicinin her hangi bir etkisi olmadan kabulüne neden olur.⁵⁰ Bu formülasyon farklı yorumlara neden olmuştur. Bazı yazarlar, ABAD'ın burada zayıfın korunmasından hareket ettiği yorumunu çıkarmıştır.⁵¹ Diğer bazı yazarlar ABAD'ın, böylece şekli anlamda bozulan sözleşme özgürlüğünü maddi bakımdan desteklemeye ve bilgi eksikliğini gidermeye yöneldiğini belirtmiştir.⁵² Ayrıca öğretide ABAD'ın tüm bu unsurları içerisinde barındıran karma bir yaklaşım benimsediği de ifade edilmiştir.⁵³

ABAD'ın, RWE kararı ise yukarıdaki formülasyona ek olarak tüketicinin sözleşme kurulumundan önce sözleşme şartları ve sonuçları hakkında şeffaf biçimde bilgilendirilmiş olmasını temel bir şart olarak ortaya koymuştur.⁵⁴

Bu farklı yorumların sebebi Yönergenin amacına ilişkin farklı görüşlerdir. Bunun altında yatan sebep ise Yönergenin, zayıf tarafı koru-

genel alanlarından birisine değinilmiştir. Bu nedenle büyük beklenti yaratmıştır bkz. Thomas Pfeiffer, "20 Jahre Klauselrichtlinie: Mehrebenen-Privatrecht in schärfster Ausprägung", *EuZW 2013*, 241-242, s. 241.

⁵⁰ ABAD, 27.6.2000 tarihli Oceano kararı N. 25; ABAD, 21.03.2013 tarihli RWE Vertrieb AG kararı, N. 41; ABAD, 14.03.2013 tarihli Mohamed Aziz kararı, *EuZW 2013*, s. 466; ABAD, 14.06.2012, Banco Espanol de Crediito kararı, *EuZW 2012*, s. 754 N. 39; ABAD, 26.04.2012 tarihli Invitel Tavközlesi kararı, N. 33.

⁵¹ Pfeiffer, *EuZW 2013*, s. 242.

⁵² MüKo, Vor § 13, 14, N. 40.

⁵³ Riesenhuber, *EU-Vertragsrecht*, s.161.

⁵⁴ Bu kararın ifade ettiği ekleme/düzeltilme ile ABAD kararlarında bireysel denetimden pazar denetimine bir evrilme yaşandığı ileri sürülmüş ve karar, uyuyan güzeli uykusundan uyandıran öpücüğe benzetilmiştir Hans- W. Micklitz/ Norbert Reich, "Von der Klausel- zur Marktkontrolle", *EuZW 2013*, 457-460, s. 457 vd.

maya yönelmiş Fransız düzenlemesi ile genel yapılı Alman düzenlemesinin bir araya geldiği “melez” bir yapıya sahip olmasıdır.⁵⁵ Belirtmek gerekir ki; Yönergenin kişi bakımından uygulama alanının tüketici ile sınırlı kalması tüketicinin yapısal bakımdan sözleşmenin zayıf tarafı olarak görülüyor olmasından değil, Yönergenin çıkarılması sırasında yaşanan zorluklardandır.⁵⁶ RWE kararındaki eklemelerden de çıkarılabileceği gibi ABAD’ın bakış açısıyla tüketici sınır ötesi işlemler bakımından edindiği şeffaf bilgi ile kendisini koruyabilecek kabiliyettedir.

B. Norm Koyucunun Yaklaşımı ve Öğretideki Tartışma

Yukarıda anlatılan ABAD’ın yetkin/ehil tüketici modeli, AB norm koyucusu tarafından da benimsenmiştir. 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Yönergede bu model açıkça düzenlenmiştir. Yönerge gerekçesi 18’de, bu yönergenin iyi bilgilendirilmiş, makul derecede dikkatli ve anlayışlı ortalama tüketicuyu esas aldığı belirtilmiştir.

Haksız Rekabet Hukuku bakımından geliştirilmiş bu tüketici modelinin, Sözleşmeler Hukukuna aktarılabilir olup olmadığı konusunda öğretide farklı fikirler bulunmaktadır. Hakim görüş AB Tüketici Hukukunun ağırlıklı biçimde yetkin/ehil tüketici modelini takip ettiği yönündedir.⁵⁷ Azınlıklı bir görüş ise AB Sözleşmeler Hukukunda yeknesak

⁵⁵ Bu yapının sorunlara neden olacağı hakkında bkz. Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht – Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, Springer Verlag, Wien, 2009, s. 405; Paolisa Nebbia, *Unfair Contract Terms in European Law, A Study in Comparative and EC Law*, Hart Publishing, Oxford u.a. 2007, s. 3.

⁵⁶ Ayşegül Küçükdağlı, “Tacirler Arası Sözleşmelerde Kullanılan Genel İşlem Koşullarına İlişkin Yaklaşımlar – AB, Alman ve Türk Hukuklarına Göre Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 17 S. 203, 2019, 4637-4714, s. 4644-4645.

⁵⁷ Aksi görüş için bkz. Bettina Heiderhoff, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts – Insbesondere zur Reichweite europäischer Auslegung*, Sellier European Law Publishers, München 2004, s. 283.

bir tüketici modelinin mevcudiyetini⁵⁸ ve haksız rekabet hukuku bakımından ortaya konan yetkin/ehil tüketici modelinin sözleşme hukukuna aktarılmasını şüphe ile karşılamaktadır.⁵⁹

Bu konuyu değerlendirebilmek için AB tüketici hukuku modeli üzerinden bir yorum geliştirilmesi mümkündür.⁶⁰ AB tüketici hukuku modeli, piyasaya uyumlu bilgi modeline dayanmaktadır.⁶¹ Genel kabule göre ortak pazarın işleyişi önemli ölçüde tüketicinin sınır ötesi mal ve hizmetler konusundaki taleplerini karşılayabilmesine ve özgürlüklerini aktif biçimde kullanabilmesine bağlıdır.⁶² Burada özellikle vurgulamak gerekir ki; tüketicinin korunması ulusal hukukların aksine AB hukuku bakımından asıl/nihai amaç olmayıp, öncelikli amaç ortak pazarın kurulması ve işleyişinin sağlanmasıdır. Zira Avrupa Birliği İşleyişi Hakkında Anlaşma (ABİHA) m. 114 f. 1 ve m. 26 kapsamında AB organları, ancak ortak pazarın kurulması ve işleyişi için gerekli alanlarda uyum normu çıkarmaya yetkilidir. Dolayısıyla AB norm koyucusu birlik içerisinde uyumlu bir tüketici standardına, ortak pazarın işleyişini sağlamak amacıyla ulaşmak istemektedir.⁶³ Ayrıca AB Sözleşmeler Hukukunda tüketicinin korunması

⁵⁸ Peter Hommelhoff, "Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung", *AcP* 192 (1992), 71-107, s. 93.

⁵⁹ Heiderhoff, s. 283. Yazar, AB hukuku açısından işlem hayatındaki tüketiciyi, trafikteki "yaya"nın durumuna benzeten modelden hareketle açıklamıştır. Bu modele göre, yayalar, trafikte sürücülere kıyasla daha az dikkatle hareket etmektedirler. Benzer şekilde tüketicilerden işlem hayatında beklenen dikkat ve özen de, müteşebbislerden beklenenden daha düşüktür. Sonuç olarak, AB tüketicisinin, düşük dikkate sahip makul birey olduğu kabul edilmelidir bkz. Heiderhoff, s. 288 vd.

⁶⁰ Karş. Thomas Pfeiffer, "Was kann ein Verbraucher? Zur Relevanz von Informationsverarbeitungskapazitäten im AGB-Recht und darüber hinaus", *NJW* 2011, 1-7, s. 1.

⁶¹ v. Vogel, s. 43.

⁶² Hans- W. Micklitz, "Perspektiven eines Europäischen Privatrechts, Ius commune praeter legem?", *ZEuP* 1998, 253-276, s. 259.

⁶³ Micklitz, *ZEuP* 1998, s. 258 vd.

aracı olarak, ağırlıklı biçimde⁶⁴ “bilgi” (sözleşme öncesi ve sözleşmesel bilgilendirme yükümlülükleri) tercih edilmektedir.⁶⁵ Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, AB norm koyucusu nazarında tüketici yapısal olarak sözleşmenin zayıf tarafı değil; ortalama, bilgilendirildiği takdirde sınır ötesi mal ve hizmetler konusunda karar vermeye ehil müşteridir.⁶⁶

III. Alman Hukukunda Tüketici Modeli

A. Kanun Koyucunun Yaklaşımı

Alman kanun koyucunun temel aldığı tüketici modelinde zaman içerisinde bir dönüşüm yaşanmıştır.

Alman Medeni Kanunu'nun (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) ilk hali sorumlu ve özerk bireyi temel almakta ve tarafların soyut eşitliğinden hareket etmekteydi. Yalnızca istisnai haller için özel koruma öngörülmekteydi. Kanun koyucunun devletin müdahalesini gerekli gördüğü bu istisnai alanlar, kira ve iş sözleşmelerine ilişkindi. Bu sözleşme tipleri dışında özel olarak belirli bir kişi grubunu korumaya yönelik bir yaklaşım bulunmamaktaydı.⁶⁷ Dolayısıyla tüketici ve işlem hayatına katılan diğer bireyler arasında bir fark gözetilmemekteydi. Bu anlatılanlardan çıkarılabileceği gibi; Alman kanun koyucunun benimsediği tüketici modelinin kökleri, BGB'nin makul ve dikkatli birey modeline dayanmaktadır.⁶⁸ Tüketicinin özel olarak korunmasına yönelik ilk tartışmalar, Kennedy'nin

⁶⁴ AB sözleşmeler hukukunda cayma hakkı ve içerik denetimi gibi daha müdahaleci koruma araçları da öngörülmektedir. Fakat öncelik her zaman tüketicinin karar alma özgürlüğünün “bilgi” aracılığı ile desteklenmesidir.

⁶⁵ Klinck/Riesenhuber, s. 4 ve 5; Stefan Grundmann, “Privatautonomie im Binnenmarkt – Informationsregeln als Instrument”, *JZ* 2000, 1133-1143, s. 1138.

⁶⁶ Örneğin bkz. Micklitz, *ZEuP* 1998, s. 253, 259; Nils Jansen, “Klauselkontrolle im europäischen Privatrecht – Ein Beitrag zur Revision des Verbraucherschutzes”, *ZEuP* 2010, 73-105, s. 90.

⁶⁷ Klinck/Riesenhuber, s. 2.

⁶⁸ Heiderhoff, s. 260.

tüketici çıkarlarının korunması hakkındaki açıklamaları⁶⁹ odağında, ancak 70'li yıllarda başlamıştır.⁷⁰ Böylece BGB'nin birey modelinden ayrık bir tüketici modeli üzerinde düşünölmeye başlanmıştır.

Yürürlükteki hukuk bakımından ise tüketici korumasının, zayıfın korunması amacına yöneldiğine ilişkin yaygın bir görüş mevcuttur.⁷¹ Diğer bir anlatımla, Alman kanun koyucu tüketicinin, BGB'nin ortalama birey modelinin altında bir dikkate ve anlayışa sahip olduğu yaklaşımını benimsemiştir.⁷² Bu görüşün dayanak noktalarından biri de Avrupa Birliği yönergelerinin, Alman hukukuna aktarılma yöntemidir. Alman kanun koyucu genellikle AB yönergelerinde işaret edilen asgari standardın üzerinde bir koruma getirmeyi tercih etmiştir.⁷³ Dolayısıyla AB norm koyucuya kıyasla tüketici daha zayıf ve korunmaya muhtaç görölmüştür.⁷⁴ Bu da Alman kanun koyucunun sosyal tüketici hukuku modelini; bu bağlamda da zayıf tüketici modelini benimsediğı kanaatini güçlendirmiştir.

Haksız rekabet hukuku açısından ise farklı bir durum söz konusudur. Alman kanun koyucu, 2004 tarihli mülga Haksız Rekabete Karşı

⁶⁹ Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest, Statement read by President John F. Kennedy Thursday, 15 March 1962, <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-protecting-the-consumer-interest>.

⁷⁰ Heiderhoff, s. 260.

⁷¹ Örneğın bkz. v. Vogel, s. 37; Meinrad Dreher, "Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?", *JZ* 1997, 167-178, s. 172 vd.; Josef Drexl, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers – Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftlicher Bezüge*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, s. 25; Heiderhoff, s. 261, yazar yürürlükteki hukuk bakımından kanun koyucunun zayıfın korunması amacını benimsemişini kabul etse de, Alman özel hukukunda yeknesak bir tüketici modelinin mevcut olmadığı tezini ortaya koymuştur.

⁷² Bu yaklaşım Alman hukukunda tüketiciye "aptal" birey yakıştırmasının yapılmasına neden olmuştur bkz. Heiderhoff, s. 259.

⁷³ v. Vogel, s. 37; Dreher, *JZ* 1997, s. 172 vd.

⁷⁴ Dreher, *JZ* 1997, s. 172.

Kanun (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*) gerekçesinde⁷⁵, bu Kanunun esas aldığı tüketici modelinin ABAD kararları ışığında değişen Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof, BGH*) kararlarına dayandığını belirtmiştir. Buna göre ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı tüketici modelinden hareket edilmiştir. Bu Kanunda 2008 yılında yapılan değişikliğin⁷⁶ 3. paragrafının ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde ve 2015 yılındaki değişikliğin⁷⁷ 3. paragrafının 4. fıkrasının birinci cümlesinde haksız ticari uygulamaların tespitinde ortalama tüketicinin ölçüt alındığı açıkça hükme bağlanmıştır. Kanunun yürürlükteki son haliyle de aynı ölçüt esas alınmaya devam edilmektedir.⁷⁸

B. Alman Federal Mahkemesinin (BGH) Yaklaşımı ve Öğretideki Görüşler

Alman yargı kararlarında tüketici modeline yönelik tartışma ağırlıklı olarak haksız rekabet hukuku düzleminde gerçekleşmiştir. Hangi reklam ve ticari uygulamaların haksız olarak niteleneceği konusunda ilk zamanlarda başta Alman Federal Mahkemesi (BGH) olmak üzere Alman mahkemeleri zayıf/korunmaya muhtaç tüketici modelini dikkate almıştı.⁷⁹ Zayıf tüketici tanımlanırken ise normatif olmayan, ampirik bir yaklaşım takip edilmekteydi. Buna göre aldaticılık unsurunun tespitinde ilgili tüketici çevresinin % 10'u ile % 15'inin fiili anlayışı esas alınmaktaydı.⁸⁰ Diğer yandan Alman mahkemelerinin tüketiciyi zayıf taraf olarak niteleyen -dolayısıyla tüketicinin özel biçimde korunması yönünde devletin müdahalesinin gerekliliğini savunan- yaklaşımının yalnızca haksız rekabet hukuku ile sınırlı kalmadığı ve özel hukukun tüm alanlarına sirayet ettiği savunulmuştur.⁸¹

⁷⁵ Bergr. RegE zu, § 5, BT-Drs. 15/1487, s. 19. <https://dip21.bundestag.de/doc/btd/15/014/1501487.pdf>

⁷⁶ BGBl. I, s. 2949.

⁷⁷ BGBl. I, s. 2158.

⁷⁸ https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/UWG.pdf.

⁷⁹ Örneğin BGH, *GRUR* 1965, s. 365, 366 (Englisch Lavendel); BGH, *GRUR* 1982, s. 564, 566 (Elsaesser Nudeln).

⁸⁰ BGH, *GRUR* 1979, s. 716 (Kontinent Möbel); BGH, *NJW* 1988, s. 711.

⁸¹ Dreher, *JZ* 1997, s. 174.

Ancak BGH, haksız rekabet hukuku alanında 1999 yılından itibaren ABAD kararları ile örtüşen kararlar vermeye başlamıştır.⁸² Bu kararlarda yetkin tüketici modeline doğru bir evrilme gözlemlenmektedir. Böylece BGH aldatıcılık unsurunun varlığını, ortalama bilgili, durumun gerektirdiği ölçüde dikkatli ve anlayışlı tüketiciyi dikkate alarak belirlemiştir. Yukarıda da anlatıldığı gibi, bu kararlar yasama sürecine etki de bulunmuştur.

Tüketici modelinde zaman içerisinde gerçekleşen gelişim neticesinde Alman hukukunda tüketici koruması, bir taraftan AB yaklaşımına uygun olarak piyasa işleyişinin sağlanması amacı ve tüketici beklentileri üzerine kurulmuş, diğer yandan ise sosyal Alman modeliyle tamamlanmıştır.⁸³ Öğretide ise bazı yazarlar haksız rekabet hukuku ve sözleşme hukukunun temel aldığı tüketici modelleri arasında bir ayırım yapılmasını gereksiz görürken⁸⁴, diğerleri yeknesak bir tüketici modelinin kabulünü reddetmektedir⁸⁵. Yeknesak bir tüketici modelinin mevcudiyetine ilişkin tartışma Alman hukukunda yeni bir tartışma değildir. Öğretide zayıfın korunması modelinin tüketicinin korunması hukukuna esas alınması eleştirilmiştir.⁸⁶ Bunun altında yatan sebep ise zayıfın korunması amacının topyekun reddi değildir. Tüketicinin korunma ihtiyacının hukuki işlemin taşıdığı riskler –durum- yerine, tüketici sıfatına bağlanması eleştirilmektedir.⁸⁷ Başka bir deyişle, tüketicinin yapısal biçimde (per se ve genel olarak) zayıf görülmesi kabul edilmemektedir. Medicus “tüketici

⁸² BGH, *GRUR* 2000, s. 619, 621 (Orient-Teppichmuster); BGH, *NJW* 2001, s. 153, 154 (Möbel Umtauschrecht); BGH, *GRUR* 2001, s. 1061, 1063 (Mitwohzentrale); BGH, *GRUR* 2004, s. 244, 245 (Marktführerschaft); BGH, *GRUR* 2004, s. 249, 251 (Umgekehrte Versteigerung im Internet).

⁸³ Heiderhoff, s. 291 vd.

⁸⁴ Örneğin v. Vogel, s. 37.

⁸⁵ Denking, s. 111. Haksız Rekabet hukuku bakımından ortalama bilgili ve dikkatli tüketicinin, sözleşmeler hukuku bakımından ise korunmaya muhtaç tüketicinin esas alındığı yönünde Pfeiffer, *NJW* 2011, s. 2.

⁸⁶ Örneğin bkz. Dieter Medicus, “Wer ist ein Verbraucher?”, *G. Leser Hans/Isomura Tamotsu (Hrsg.), Wege zum japanischen Recht, Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag am 5. April 1992*, Berlin 1992, 471-486, s. 471 vd. ve 481 vd.

⁸⁷ Karş. Heiderhoff, s. 264.

kimdir?" isimli eserinde, tüketicinin içerisinde bulunduğu hukuki durumun, tüketicinin vasıf ve kabiliyetlerine kıyasla daha uygun bir müdahale nedeni olduğunu savunmuştur.⁸⁸ Bu görüş başka bir bakış açısıyla da desteklenmiştir: Heiderhoff, gerçek kişilerin hem tüketici hem de tacir olabileceklerini, dolayısıyla bir kişinin bir taraftan yapısal biçimde zayıf görülürken, diğer yandan öngörülmesi arasındaki çelişkinin ancak kişilerin korunma ihtiyacının sözleşmesel duruma bağlanmak suretiyle aşılabileceğini ifade etmiştir.⁸⁹ Özetle öğretilerde tüketicinin korunma ihtiyacının genel ve yapısal olmadığı yönünde bir görüş mevcuttur. Buna göre tüketicinin korunma ihtiyacı, tüketicinin müteşebbis karşısında yüksek ihtimalle güçsüz kalacağı bazı sözleşmeler bakımından söz konusudur.⁹⁰

IV. Türk Hukukunda Tüketici Modeli

A. Devletin Görevi Olarak Tüketicinin Korunması – Kanun Koyucunun Yaklaşımı

Ülkemizde tüketici, Avrupa ülkelerine kıyasla daha geç kimlik kazanmıştır.⁹¹ Genel kanunlardaki bazı düzenlemelerden, tüketiciyi korumaya yönelik bazı kurallar çıkarılabilmekteydiyse de⁹², tüketiciyi özel olarak tanımlayan ve koruyan ilk kanuni düzenleme bilindiği gibi ancak 1995 yılında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile hukukumuzda girmiştir.

⁸⁸ Medicus, s. 471 vd. ve 481 vd.

⁸⁹ Heiderhoff, s. 262.

⁹⁰ Heiderhoff, s. 264.

⁹¹ Bunun sebeplerinden biri de serbest piyasa ekonomisinin, endüstri ülkelerine nazaran daha geç ortaya çıkmasıdır, karşı. Ramazan Aydın, *Die Berücksichtigung des Verbraucherschutzes bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen und türkischen Recht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Kovac, Hamburg, 2007, s. 35 vd.

⁹² Karşı. Haluk Tandoğan, *Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu konuda Sınırlanması*, A.Ü. Hukuk Fakültesi, Ankara, 1977, s. 12; İ. Yılmaz Aslan, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015, s. 62.

4077 sayılı TKHK'nın temelinde, 1982 Anayasasının 172. maddesi bulunmaktaydı. Anayasa madde 172'ye göre "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder". Bu anlamda tüketicinin korunması politikası, devletin anayasal yükümlülüğünün sonucudur.⁹³ Anayasanın 172. maddesi ise sosyal devlet ilkesinin bir görünümüdür.⁹⁴ Dolayısıyla tüketici hukukumuz, Devletin sosyal adaleti sağlama ve güçsüzleri güçlüler karşısında koruma görevinin⁹⁵ bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.⁹⁶ Ayrıca Kanun başlığından da (tüketicinin korunması kanunu) kanun koyucunun, tüketiciyi sözleşmenin zayıf tarafı olarak gördüğü sonucuna varılabilmektedir.⁹⁷

4077 sayılı TKHK zaman içerisinde bir kere revize edilmiş⁹⁸ ve nihayetinde yürürlükten kaldırılmıştır.⁹⁹ 2014 yılında yürürlüğe giren

⁹³ Necla Akdag-Güney, "Die Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien in der Türkei am Beispiel der missbräuchlichen Klauseln", *ZEuP* 2009, 109-137, s. 111 vd; Aydın, s. 35.

⁹⁴ Aydın, s. 35 vd.

⁹⁵ Anayasa Mahkemesi 26 Ekim 1988 tarihli ve K. 1988/33 sayılı kararında sosyal devlet benzer biçimde tanımlanmaktadır: "Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir".

⁹⁶ Tüketici hukukunun, özel hukuk-kamu hukuku ayrımı dışında gelişen üçüncü bir hukuk dalı olarak nitelenen sosyal hukukun bir dalı olarak kabul edilmesi yönündeki görüş için bkz. Aslan, s. 70.

⁹⁷ Akdag-Güney, *ZEuP* 2009, s. 111.

⁹⁸ 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun RG. 14.03.2003 S. 25048.

⁹⁹ 6502 sayılı TKHK gerekçesine göre 4077 sayılı TKHK'nın yürürlükten kaldırılmasının en temel sebebi mevzuatımıza henüz aktarılmamış bazı AB yönergelerinin iç hukukumuzda yeni bir yasal düzenleme ile aktarılması gereğidir, bkz. Kanun gerekçesi, s. 5.

6502 sayılı Kanun¹⁰⁰ 1. maddesinde de Tüketicinin Korunması Kanunu'nun amacı değiştirilmeksizin benimsenmiştir. Buna göre "Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketicuyu aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir". Dolayısıyla 6502 sayılı TKHK amacı bakımından da, 4077 sayılı TKHK hakkında yukarıda söylenenler geçerlidir.

Ayrıca 6502 sayılı Kanun gerekçesinde de ifade edilen, hukukumuzun AB müktesebatına uyum sağlama amacına da değinmek gerekir. Ülkemizin Avrupa Birliğine katılma amacı ve Ankara Anlaşması 28. maddesi¹⁰¹ doğrultusunda, Tüketicinin Korunması Kanunumuz ile Devlet, bir diğer görevini -AB müktesebatına uyum görevini- yerine getirmektedir.¹⁰² Bunun sonucunda ise tüketici modeli ile ilgili yapılacak bir yorumda, AB norm koyucunun yaklaşımı ve de ABAD kararları göz ardı edilmemelidir.

Tüm bu ifadeler bağlamında 6502 sayılı Kanun bir taraftan AB yönergelerinin de önem atfettiği bilgilendirme yükümlülüklerini koruma aracı olarak kullanmakta; diğer yandan bu korumanın yetmediği alanlarda müdahaleci bir yöntemle cayma hakkı, hakimın sözleşme içeriğine müdahale etmesi gibi ek diğer koruma mekanizmaları ile tüketicuyu korumayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla tüketici yapısal/per se biçimde zayıf

¹⁰⁰ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun RG. 28.11.2013 S. 28835.

¹⁰¹ Ankara Anlaşması m. 28: "Anlaşma'nın işleyişi, Topluluğu kuran Antlaşma'dan doğan yükümlerin tümünün Türkiye'ce üstlenebileceğini gösterdiğinde, Akit Taraflar, Türkiye'nin Topluluğa katılması olanağını incelerler."

¹⁰² karşı. Lale Sirmen, "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", *Journal of Yaşar University* 8/2013, 2465-2476, s. 2470. Bu görev ABİHA m. 288 III ile üye ülkelere yüklenen, yönergelerin ulusal hukuklara aktarılması yükümlülüğü ile karıştırmamalıdır. Ülkemizin, yönergeleri iç hukukumuzda aktarmak konusundaki motivasyonu yasal bir yükümlülüğe değil, yalnızca üye olma isteğine bağlıdır. Bu konuda bkz. Akdag-Güney, *ZEuP* 2009, s. 113.

taraf olarak görülmemekte, durumdan duruma/sözleşme türünden tü-rüne tüketicinin korunma ihtiyacını ayrı ayrı belirlemektedir.¹⁰³

Diğer yandan 6502 sayılı TKHK m. 62'de¹⁰⁴ düzenlenen haksız ticari uygulamalar konusuna özel olarak değinilmelidir. Kanun gerekçe-sinden çıkarıldığı üzere bu düzenleme ile 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uy-gulamalar Hakkında AB Yönergesi iç hukukumuzda aktarılmıştır. TKHK m. 62'ye göre bir ticari uygulamanın haksızlığının değerlendirilmesinde ticari uygulamanın ulaştığı ortalama tüketicinin (ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin) ekonomik davranış biçimi dikkate alınacak unsurlar-dan birisi olarak sayılmıştır. Dolayısıyla "ortalama tüketici" ifadesinin içeriğinin nasıl doldurulacağı sorusu hukukumuzda da gündeme gele-cektir.¹⁰⁵ Bu anlamda yukarıda anlatılan Alman ve AB hukuklarında tar-tışılan ve neticede ABAD kararları ile şekillenen "ortalama tüketici" kav-ramına hukukumuz açısından da yer verilmelidir. ABAD'ın haksız ticari uygulamalara yönelik kararlarında ortalama tüketici, ortalama düzeyde

¹⁰³ 6502 sayılı Kanun gerekçesi s. 8 vd.

¹⁰⁴ Haksız ticari uygulamalar MADDE 62: "(1) Bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçi-minin önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Özellikle aldatici veya saldırgan nite-likte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ti-cari uygulama olarak kabul edilir. Tüketicie yönelik haksız ticari uygulamalar yasaktır. (2) Ticari uygulamanın haksız olduğunun iddia edilmesi hâlinde, ticari uygulamada bulunan, bu uygulamasının haksız ticari uygulama olma-dığını ispatla yükümlüdür.(3) Haksız ticari uygulamanın reklam yoluyla ger-çekleştirildiği hâllerde bu Kanununun 61 inci maddesi hükümleri uygulanır.(4) Haksız ticari uygulamaların tespit edilmesine ve bunların denetlenmesine iliş-kin usul ve esaslar ile her hâlükârda haksız ticari uygulama olarak kabul edi-lecek uygulamalar yönetmelikle belirlenir."

¹⁰⁵ Yönergenin esas aldığı tüketici modeli hakkında bkz. Mehmet Ali Aksoy, "2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Re-kabet Halleri ve Uygulama Örnekleri", *İÜHFİM C. LXXIII, S. 1*, s. 279-318, s. 288 vd. Hukukumuzda "ortalama tüketici" kavramı için ayrıca bkz. Pelin, Ka-raaslan, "Kötüleyici Reklamların Tespitinde Esas Alınacak Ortalama Tüketici Ölçütü", *TAAD Yıl :11, Sayı: 40*, s. 149-173, s. 159 vd.

bir tüketiciden beklenebilen düzeyde bilgili, dikkatli ve anlayışlıdır. Dolayısıyla bu nitelendirmeden yetkin/ehil tüketici modelinin takip edildiği anlaşılmaktadır. Alman hukukunun zayıf tüketici modeli ile çeliştiği düşüncesiyle bir süre de olsa tartışma yaratan bu nitelendirmenin hukukumuz açısından yukarıda yapılmış bulunan açıklamalar çerçevesinde tartışma yaratmayacağı kanaatindeyim. Zira 6502 sayılı Kanun gerekçesinde tüketicinin korunma ihtiyacının farklı sebeplere dayandığı açıkça belirtilmiştir.¹⁰⁶ Buradan da kanun koyucunun yeknesak bir tüketici modelinden hareket etmediği anlaşılmaktadır.

B. Zayıf Taraf Olarak Tüketici – Öğretinin Yaklaşımı

Öğretideki hakim görüş¹⁰⁷, tüketiciyi yapısal (genel ve per se) biçimde sözleşmenin zayıf tarafı olarak nitelemektedir. Bu yaklaşıma göre tüketicinin korunma ihtiyacı, müteşebbis karşısındaki ekonomik ve entelektüel zayıflığından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda bir yandan tüketicilerin korunması, geniş çerçevede ekonomik bakımdan zayıf olanların korunması amacının bir parçası olarak görülmektedir.¹⁰⁸ Tüketiciler, teşebbüslerin sahip olduğu ekonomik olanaklara sahip olmadığı gibi piyasadaki seçenekleri de yok denecek kadar azdır.¹⁰⁹ Diğer yandan ise tüketici, entelektüel bakımdan sözleşmenin zayıf tarafıdır. Zira piyasa koşulları hakkında yeterli bilgi ve deneyime sahip değildir.¹¹⁰ Tüketicinin, entelektüel zayıflığı psikolojik yönlerden de desteklenmektedir. Mal veya hizmeti almaya odaklanan tüketici, ileride sorun çıkmayacağı düşüncesi

¹⁰⁶ Kanun gerekçesi, s. 8.

¹⁰⁷ Tandoğan, s. 11 vd.; Aydın Zevkliler/Murat Aydoğdu, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 40 ve 45 vd.; Aslan, s. 28 vd.; Sirmen, s. 2466; Yahya Deryal/Yakup Korkmaz, *Tüketici Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 3; a.g için bkz. Zeynep Dönmez, "Avrupa Birliği'nde Tüketici Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri ve Tüketicinin Korunması Modelleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22 Y. 2016, 953-968, s. 967.

¹⁰⁸ Tandoğan, s. 11; Aslan, s. 33 vd.

¹⁰⁹ Zevkliler/Aydoğdu, s. 45; Deryal/Korkmaz, s. 3.

¹¹⁰ Zevkliler/Aydoğdu, s. 45.

ve de zaman baskısı ile sözleşmeleri incelemeyen imzalamaktadır.¹¹¹ Hukuki yardım almaktan ise yalnızca ekonomik sebeplerle kaçınmamakta, aynı zamanda psikolojik bakımından da çekince duymaktadır.¹¹²

Bu anlatılanlardan da çıkarılabilir ki, öğretilerde yaygın biçimde tüketicinin korunma ihtiyacı tüketici vasfından/rolünden kaynaklı görülmemekte; yani subjektif bir yaklaşım izlenmektedir. Tüketiciyi, tüketici vasfını taşıdığı her durumda, otomatik biçimde korunmaya muhtaç gören bu yaklaşım hukukumuz bakımından çelişkiler barındırmaktadır. Zira yukarıda da değinildiği gibi tüketiciler, yalnızca cayma hakkı ve sözleşmenin içeriğine müdahale gibi araçlarla korunmamakta, aynı zamanda öngörülen bilgilendirme yükümlülükleri gibi devletin müdahalesinin olmadığı önleyici araçlarla da korunmak istenmektedir. Ayrıca Hukukumuzda takip edilen zayıf tüketici modeli ile tüketicinin tamamen dikkatsiz ve ortalama düzeyin altında bilişe sahip birey olarak görüldüğü sonucuna varılmamalıdır. Zira bilgilendirme yükümlülükleri kapsamında, tüketicinin edindiği sistematik ve uzmanlık gerektirmeyen bilgiyi işleyebilecek kabiliyette olduğunun kabulü gerekir.¹¹³ Bu noktada Alman hukukundan ayrılan bir yaklaşım sergilenmelidir. Ancak tüketicinin edindiği bilginin korumada yeterli kalmayacağı sözleşmesel durumlar bakımından tüketici hukukunun müdahaleci mekanizmaları devreye girecektir.

V. Değerlendirme

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde tüketici modellerine ilişik sorular ve tartışma noktaları şunlardır: 1) Yeknesak bir tüketici modeli mümkün mü? 2) Tüketicinin korunma ihtiyacını hangi kriterler belirler?

¹¹¹ Zevkliler/Aydoğdu, s. 45; karşı. Yeşim M. Atamer, "Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?, Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri", *Çiğdem Kırcı (Ed.), Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, İstanbul 2013, 103-137, s. 115 vd.

¹¹² Zevkliler/Aydoğdu s. 46'ya göre bu davranışın altında yatan psikolojik sebeplerden biri de avukatlara ve adalet makamlarına duyulan güvensizliktir.

¹¹³ Karşı. Pfeiffer, *NJW 2011*, s. 7. Yazar, bu çalışmada genel işlem koşulları için getirilen şeffaflık kuralı bakımından tüketicinin bilgiyi işleme kapasitesini değerlendirmiştir.

3) AB piyasaya uyumlu bilgi modeli ile sosyal tüketici hukuku modelleri çelişir mi?

İncelediğimiz hukuk düzenleri bakımından yeknesak bir tüketici modelinden bahsedilip bahsedilemeyeceği ve tüketicinin korunma ihtiyacının hangi kıstaslara göre belirleneceği soruları arasında bağ bulunmaktadır. Zira yeknesak bir tüketici modelinden bahsedilip bahsedilemeyeceğini belirlemek için, tüketicinin korunma ihtiyacının kaynağı üzerine bir değerlendirme yapılmalıdır. Her ne kadar tüketici modelleri içerisinde soyut bir korunma ihtiyacı barındırsa da, tüketicinin korunma ihtiyacı yalnızca tüketici vasfından/rolünden doğmamaktadır. Tüketicinin içerisinde bulunduğu sözleşmesel durumun özelliği ve beraberinde getirdiği tehlike koruma çitasını ve koruma mekanizmasını belirleyen esas unsurdur. Bilindiği gibi tüketici koruması çok geniş bir yelpazede gerçekleşmektedir. Sözleşme hukuku açısından kapıdan ve mesafeli sözleşmeler, tüketici kredisi, paket tur, haksız sözleşme koşullarına karşı koruma bunlardan bazılarıdır. Diğer yandan karşı tarafının tüketici olduğu haksız ticari uygulamalar/aldatıcı reklamlar aynı zamanda haksız rekabet hali teşkil etmektedir. Sözleşme hukuku ile tüketiciyi koruyan haksız rekabet hükümlerinin amacı aynı olmamakla birlikte, sözleşme hukuku içerisinde dahi farklı alanlarda farklı bakış açıları vardır. Örneğin kapıdan sözleşmelerde koruma kullanılan sözleşme tekniğinin (aniden gerçekleşen sözleşme görüşmeleri) yarattığı psikolojik baskıya karşı iken; mesafeli sözleşmelerde düşünme süresinin kısalığına, sözleşme ve edim hakkında yeterli bilgi olmadan ve hatta mal görülmeden satım yapılmasına karşıdır. Taksitli ve kredili satışlarda ise işlemin cazibesine kapılan tüketici nihayetinde ödeme güçlükleri ile karşılaşmaktadır. Haksız şartlar bakımından ise müteşebbisin sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü kötüye kullanmasının önüne geçilmek istenmektedir. Diğer yandan koruyucu normlar, birden fazla değeri de içinde barındırabilirler.¹¹⁴ Örneğin, haksız şartlara karşı koruma bir taraftan tüketicinin bireysel korunmasına diğer yandan rekabetin korunması gibi bireyüstü bir amaca hizmet etmektedir.

¹¹⁴ Karş. Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, §7 N. 215.

Bu açıklamalardan da çıkarılabileceği gibi tüketicinin zayıflığının kaynağı öncelikle içinde bulunduğu durumun özellikleridir. Bu anlamda karma bir yöntemle tüketicinin korunma ihtiyacının belirlenmesi gerekmektedir. İlk aşamada sözleşmesel durumun getirdiği tehlike dikkate alınacak ve daha sonrasında subjektif biçimde tüketici vasfından doğan özellikler dikkate alınacaktır. Dolayısıyla tüketicinin korunduğu her durum için geçerli yeknesak bir tüketici modelinden bahsetmek mümkün değildir.

Hem hukukumuzun hem de Alman hukukunun ağırlıklı biçimde sosyal tüketici hukuku modelini benimsediği yukarıda ifade edilmişti. Bu ortak noktaya rağmen Alman sözleşmeler hukukunda benimlenen ortalamanın altında kalacak düzeyde bilgi ve dikkate sahip tüketici modelinin hukukumuz bakış açısıyla uyumlu olmadığına da değinilmişti. AB hukukunun etkisiyle ulusal hukuklara giren sözleşme öncesi ve sözleşmesel bilgilendirme yükümlülükleri kapsamında tüketicinin sistematik ve uzmanlık gerektirmeyen bilgiyi işleyebilecek kabiliyette olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu anlamda “bilgi” önleyici bir koruma aracıdır ve tüketicinin karar alma özgürlüğünü desteklemektedir. Fakat bu korumanın yeterli olmadığı alanlarda cayma hakkı, hakimin sözleşme içeriğine müdahalesi gibi müdahaleci koruma mekanizmaları da devreye girecektir. Müdahaleci koruma mekanizmaları yalnızca ulusal hukukların başvurduğu araçlar olmayıp, AB hukukunun da –ikincil de olsa- benimsediği koruma yöntemleridir. Diğer yandan AB tüketici hukukunun özellikle asgari uyum öngören yönergelerle şekillenmiş olması, ulusal hukuklara daha sıkı bir tüketici koruması öngörmek bakımından imkân sağlamaktadır. Dolayısıyla ulusal sosyal tüketici hukuku modelleri ile AB hukukunun piyasaya uyumlu bilgi modeli birlikte uygulanabilir özelliktedir.

SONUÇ

Tüketici modeli, tüketici tanımının içini dolduran, tüketicinin beceri ve yetkinliklerine ve tüketiciden neyin beklenebilir olduğuna ilişkin normatif/tipik tasavvurlar bütünüdür. Bu anlamda hem norm koyucuya ortalama tüketiciye dair bir fikir sunar, hem de uygulamacılara düzenlemelerin yorumu bakımından kolaylık sağlar. Tüketici tanımının içini doldurduğundan ve de koruma derecesine doğrudan etki ettiği için, gerek

tüketici tanımı gerekse de takip edilen tüketici hukuku modeli ile bağlantılıdır. Bu bağlantı nedeniyle tüketicinin korunmasına dair tartışmaların merkezinde yer almaktadır.

Tüketici modeline ilişkin tartışma zayıf/korunmaya muhtaç tüketici ve de yetkin/ehil tüketici modeli üzerinden yürütülmektedir. Zayıf/korunmaya muhtaç tüketici modeli, sosyal tüketici hukuku modelini ve de piyasa işleyişine müdahale eden düzenlemeleri sonuçlar. Yetkin/ehil tüketici modeli ise piyasaya uyumlu bilgi modelini ve de piyasa işleyişini destekleyici düzenlemeleri beraberinde getirir. Dolayısıyla yetkin/ehil tüketiciye, karar alması için gerekli bilgilerin verilmesi koruma için yeterli görülürken, zayıf/korunmaya muhtaç tüketicinin korunabilmesi ancak devletin müdahalesi ile mümkün olacaktır.

Alman ve Türk tüketici hukukları temellerini sosyal adalet ilkesinden almakta ve dolayısıyla sosyal tüketici hukuku modelini takip etmektedirler. Her iki hukuk sisteminde de tüketici, yaygın biçimde ekonomik ve entelektüel bakımlardan sözleşmenin zayıf tarafı olarak görülmektedir. Bunun yanında hakim görüşe göre, Alman hukukunda yapısal olarak zayıf görülen tüketici, ortalamanın altında kalacak düzeyde bilişe, dikkate ve bilgiye sahiptir. Bu noktada hukukumuz, Alman hukukundan ayrılmaktadır. AB hukukunda ise piyasaya uyumlu bilgi modeli takip edilmekte ve neticesinde tüketici, ilgili tüketici grubunun ortalama bilgi, dikkat ve anlayışa sahip ortalama üyesi olarak betimlenmektedir. AB hukukunun etkisiyle, Alman ve Türk hukuklarına özellikle bilgilendirme yükümlülükleri gibi bilginin koruma aracı olarak benimsendiği ve tüketicinin karar alma özgürlüğünü destekleyen düzenlemeler dâhil olmuştur. Bu bağlamda cevaplanması gereken ilk soru AB tüketici modeli ile ulusal tüketici modellerinin birbiriye çakışıp çakışmadığı sorusudur. Nihayetinde ise bu tüketici modelleri çerçevesinde Alman ve Türk sosyal tüketici hukuku modellerinin, AB piyasaya uyumlu bilgi modeli ile çelişip çelişmediği değerlendirilmelidir.

Bu çalışmada yapılan değerlendirmeye göre yeknesak bir tüketici modelinden bahsetmek mümkün değildir. Zira tüketicinin korunma ihtiyacı, öncelikle tüketici vasfından/rolünden değil, tüketicinin içinde bulunduğu sözleşmesel durumdan kaynaklanmaktadır. Bu anlamda geniş bir alanda korunan tüketicinin korunma ihtiyacı ve sebebi durumdan

duruma değişebilmektedir. Bazense koruma normları birden fazla değeri korumaya yönelmektedir. Dolayısıyla genel geçerli bir tüketici modelinin kabulü mümkün olmadığı gibi tüketici yapısal olarak zayıf da değildir. Bunun sonucunda tüketiciyi koruyan araçlar da durumdan duruma/sözleşme türünden türüne değişiklik gösterebilecektir. AB hukukunun etkisiyle, Türk ve Alman hukuklarına giren bilgilendirme yükümlülükleri ile tüketicinin karar alma özgürlüğü desteklenmektedir. Bu anlamda tüketicinin edindiği sistematik ve uzmanlık gerektirmeyen bilgiyi işleyebilecek kabiliyette olduğunun kabulü gerekmektedir. Bilginin koruma aracı olarak yetmediği durumlarda ise müdahaleci koruma araçları devreye girecektir. Ayrıca AB tüketici hukukunun özellikle asgari uyum öngören yönergelerle şekillenmiş olması, ulusal hukuklara daha sıkı bir tüketici koruması öngörmek bakımından imkân vermektedir. Sonuç olarak Türk ve Alman hukuklarının sosyal tüketici hukuku modeli, AB hukuku modeli ile bir arada uygulanabilir niteliktedir.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Verbraucherleitbild stellt ein normatives Leitbild dar, das den Inhalt des Verbraucherbegriffs ausfüllt. Einerseits geht es von den Fähigkeiten des Verbrauchers aus. Andererseits umfasst es die Anforderungen, die dem Verbraucher zuzumuten sind. Das Verbraucherleitbild ist für das Recht von doppelter Bedeutung. Dem Gesetzgeber dient es als Leitmotiv beim Erlass verbraucher-schützenden Massnahmen. Den Rechtsanwendern sind das Verbraucherleitbild bei der Auslegung der verbrauchervertraglicher Normen behilflich. Das Verbraucherleitbild hat unmittelbare Auswirkungen auf den Grad des zu gewährenden Schutzniveaus. Unter all diesen Gesichtspunkten steht das Verbraucherleitbild in engem Zusammenhang mit dem Verbraucherbegriff und den Verbraucherrecht-konzepten. Das Verbraucherleitbild steht daher im Mittelpunkt der Diskussion bezüglich des Verbraucherschutzes.

Allerdings fehlt es an einem Konsens darüber, ob der Verbraucher als "mündig" ("der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher") oder "unmündig" ("der strukturell unterlegene Verbraucher") anzusehen sein soll. Dabei führt zu zwei Verbraucherleitbildern: das Leitbild des informierten und aufgeklärten Verbrauchers und das Leitbild des strukturell unterlegenen Verbrauchers. Das Leitbild des strukturell unterlegenen Verbrauchers bringt sich die sozialen Verbraucherschutzmodelle und die markt-kompensatorische Eingriffe. Demgegenüber steht das Leitbild des informierten und aufgeklärten Verbrauchers im Zusammenhang mit dem marktorientierten Informationsmodell und den marktkomplementären Massnahmen. Im Kern geht es also dabei insofern um die Frage, ob es ausreicht, dem Verbraucher die für seine Entscheidung erforderlichen Informationen zu geben oder ob darüber hinausgehende paternalistische Massnahmen erforderlich sind?

Das deutsche und türkische Recht basieren auf den sozialen Verbraucherschutzmodelle. In beiden Rechtsordnungen herrscht daher das Bild vom strukturell unterlegenen Verbraucher. Der Unterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen zeigt sich allerdings im Informationsverarbeitungskapazität des Verbrauchers. Während die überwiegende Ansicht im deutschen Recht dahin geht, dass das deutsche Recht das Leitbild des flüchtigen, unkritischen Verbrauchers mit niedriger Intelligenz kenne, ist dieser Ansicht nicht für das türkische Recht ganz passend. Das europäische Recht verfolgt hingegen ein marktorientiertes Informationsmodell. Als Verbraucherleitbild herrscht im europäischen Recht

das Bild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers. Der "mündige" und "informierte" Verbraucher kann seine Interessen selbst ohne staatliche Hilfe angemessen wahrnehmen. Das deutsche und türkische Recht enthalten ferner mit dem Einfluss des europäischen Rechts den Informationspflichten des Unternehmers, die eine selbstbestimmte Entscheidung des Verbrauchers ermöglichen sollen. Hieraus ergibt sich die Frage, ob das Leitbild des mündigen europäischen Verbrauchers mit dem nationalen Leitbild des strukturell unterlegenen Verbrauchers kollidiert? In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu beantworten, ob die soziale Verbraucherschutzmodelle des deutschen und türkischen Rechts vom marktorientierten Informationsmodell des europäischen Rechts abweichen?

Unter Berücksichtigung der Ergebnisse vorliegender Untersuchung kann zusammengefasst festgestellt werden, dass es kein einheitliches Verbraucherleitbild besteht. Da die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers nicht an die Verbrauchereigenschaft, sondern an die Situation anknüpft. Der Verbraucher soll ferner vor unterschiedlichen Gefahrensituationen geschützt werden. Wie es sogar zuweilen der Fall ist, dass die verschiedene Regelungen auch von anderen Wertungen mitbestimmt sind. Die verbraucherschützende Regelungen verfolgen also ganz unterschiedliche Zwecke. Daraus folgt, dass es für verschiedene Regelungsbereiche zu unterschiedlichen Verbraucherleitbildern gilt. Dies führt ferner zu unterschiedlichen Schutzinstrumenten etwa Informationspflichten, Widerrufsrechte, Inhaltskontrolle, zwingenden Normen etc. In den Fällen, in welchen die Informationspflichten für Verbraucherschutz unzureichend bleiben, können auch der Schutz durch paternalistische Instrumente ergänzt werden. Im Hinblick auf die Informationspflichten sollte man allerdings darauf achten, von Verbrauchern zu erwarten sind, dass sie für die nutzbaren und alltäglichen Informationen "Verarbeitungskapazitäten" haben. Zur Harmonisierung des europäischen (Verbraucher-)Vertragsrechts wurde bislang meist die Mindestharmonisierung gefolgt. Der Mindestharmonisierungsgrundsatz erlaubt die nationale Regelungen, über einen bestimmten europarechtlich vorgegebenen Mindeststandard hinauszugehen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten. Schliesslich lässt sich also festhalten, dass die Normen des deutschen und türkischen Verbraucherrechts und die europäischen Grundgedanken bezüglich des Verbraucherschutzes gleichzeitig und nebeneinander anwendbar sind.

KISALTMALAR

ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİHA	Avrupa Birliği İşleyişi Hakkında Anlaşma
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.e	Aynı eser
Aufl.	Auflage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Bkz.	Bakınız
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
JZ	Juristenzeitung
Karş.	Karşılaştırınız
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
v.d	ve devamı
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht

KAYNAKÇA

- AKDAG-GÜNEY Necla, "Die Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien in der Türkei am Beispiel der missbräuchlichen Klauseln", *ZEuP* 2009, 109 – 137.
- AKERLOF George A., The Market "Lemons": Quality uncertainty and the Market Mechanism, *Quartely Journal of Economics*, Vol. 84 (1970), s. 488-500.
- AKSOY Mehmet Ali, "2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri", *İÜHF M C. LXXIII, S. 1*, s. 279-318.
- ASLAN Yılmaz İ., 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.
- ATAMER Yeşim M., "Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?, Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri", *Çiğdem Kırca (Ed.), Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, İstanbul, 2013, 103 – 137.
- AYDIN Ramazan, *Die Berücksichtigung des Verbraucherschutzes bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen und türkischen Recht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Kovac, Hamburg, 2007.
- DENKINGER Fleur, *Der Verbraucherbegriff – Eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa*, De Gruyter, Berlin, 2007.
- DERYAL Yahya/KORKMAZ Yakup, *Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- DÖNMEZ Zeynep, "Avrupa Birliği'nde Tüketici Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri ve Tüketicinin Korunması Modelleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22 Y. 2016, 953-968.
- DREHER Meinrad, "Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?", *JZ* 1997, 167 – 178.
- DREXL Josef, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers – Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftlicher Bezüge*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.
- GRABITZ Eberhard/HILF Meinhard/NETTESHEIM Martin, *Das Recht der Europäischen Union*, 67.Ergänzungslieferung, C.H. Beck, München, 06/2019.

- GRIGOLEIT Hans-Christoph, "Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts", *AcP* 210 (2010), 354 – 423.
- GRUNDMANN Stefan, "Privatautonomie im Binnenmarkt – Informationsregeln als Instrument", *JZ* 2000, 1133 – 1143.
- GÜVEN Koray, "Reklam Hukuku Perspektifinden Avrupa Birliği, Alman, Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Gut Springheide" Kararı Üzerinden Bir İnceleme", *TBB Dergisi*, Y. 28 S. 120, 493-508.
- HEIDERHOFF Bettina, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts – Insbesondere zur Reichweite europäischer Auslegung*, Sellier European Law Publishers, München, 2004.
- HOMMELHOFF Peter, "Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung", *AcP* 192 (1992), 71 – 107.
- JANSEN Nils, "Klauselkontrolle im europäischen Privatrecht – Ein Beitrag zur Revision des Verbraucheracquis", *ZEuP* 2010, 73 – 105.
- KARAASLAN Pelin, "Kötüleyici Reklamların Tespitinde Esas Alınacak Ortalama Tüketici Ölçütü", *TAAD Yıl :11, Sayı: 40*, s. 149-173.
- KLINCK Fabian/RIESENHUBER Karl, *Verbraucherleitbilder*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2015.
- KÖHLER Helmut/BORNKAMM Joachim/FEDDERSEN, Jörn, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar*, C.H. Beck, 37. Aufl., München, 2019.
- KÜÇÜKDAĞLI Ayşegül, "Tacirler Arası Sözleşmelerde Kullanılan Genel İşlem Koşullarına İlişkin Yaklaşımlar – AB, Alman ve Türk Hukuklarına Göre Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 17 S. 203, 2019, 4637-4714.
- MEDICUS Dieter, "Wer ist ein Verbraucher?", *Hans G. Leser/Tamotsu Isomura (Hrsg.), Wege zum japanischen Recht, Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag am 5. April 1992*, Berlin, 1992, 471 – 486.
- MICKLITZ Hans- W./REICH Norbert, "Von der Klausel- zur Marktkontrolle", *EuZW* 2013, 457 – 460.
- MICKLITZ Hans- W., "Perspektiven eines Europäischen Privatrechts, Ius commune praeter legem?", *ZEuP* 1998, 253 – 276.
- NEBBIA Paolisa, *Unfair Contract Terms in European Law, A Study in Comparative and EC Law*, Hart Publishing, Oxford u.a., 2007.

- PFEIFFER Thomas, "Was kann ein Verbraucher? Zur Relevanz von Informationsverarbeitungskapazitäten im AGB-Recht und darüber hinaus", *NJW* 2011, s. 1-7.
- PFEIFFER Thomas, "20 Jahre Klauselrichtlinie: Mehrebenen-Privatrecht in schärfster Ausprägung", *EuZW* 2013, 241-242.
- RANIERI Filippo, *Europäisches Obligationenrecht – Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, Springer Verlag, Wien, 2009.
- RIESENHUBER Karl, *EU- Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- RIESENHUBER Karl, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006.
- SÄCKER Franz Jürgen/RIXECKER Roland/ OETKER Hartmut/ LIMPERG Bettina (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1 – 240*, 7. Aufl., C.H. Beck, München, 2015.
- SİRMEN Lale, "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", *Journal of Yaşar University*, 8/2013, 2465-2476.
- TANDOĞAN Haluk, *Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu konuda Sınırlanması*, A.Ü. Hukuk Fakültesi, Ankara, 1977.
- V. VOGEL Alexander, *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht – Fragen der Kohärenz in Europa*, De Gruyter, Berlin, 2006.
- ZEVKLİLER Aydın/AYDOĞDU Murat, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- ZÖCHLING-JUD Brigitta, "Acquis-Revision, Common European Sales Law und Verbraucherrechtlichrichtlinie", *AcP* 212 (2012), 550 – 574.

DER HAAKJÖRINGSKÖD-FALL UND DER GRUNDSATZ FALSA DEMONSTRATIO NON NOCET

HAAKJÖRINGSKÖD DAVASI VE FALSA DEMONSTRATIO NON NOCET İLKESİ

Dr. Karen KLEIN*

ÖZ

*1920'de Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi (Reichsgericht), "Haakjöringsköd" olarak bilinen ve irade beyanlarının yorumlanması alanında kilit bir içtihadı dönüştürmek için Alman Medeni Kanunu'nun (BGB'nin) genel kısmına ilişkin (1. Kitap) sayısız ders kitabında ele alınmıştır. Bu ilkeye göre, tarafların başka bir şeyi istedikleri konusunda hemfikir olması durumunda nesnel olarak beyan edilen şey belirleyici değildir; bu kural "yanlış nitelendirme zarar vermez" cümlesi ile özetlenebilir. Bu cümle ilk bakışta apaçık görünebilir. Bununla birlikte Haakjöringsköd davasının somut etkileri ancak bu davanın tarihsel geçmişi göz önünde bulundurulduğunda anlaşılabilir. Benzer şekilde, falsa demonstratio non nocet ilkesi, ancak hukuki işlem doktrini ve özellikle yorumlama temel ilkeleri kapsamında ele alındığında anlaşılabilir. Son olarak, Alman mahkemelerinin falsa demonstratio ilkesini uygulayıp uygulamadığını ve hangi davalarda uyguladığını belirlemek için içtihat uygulamasına bir göz atmak bu konu bakımından faydalı olacaktır. ***

Anahtar Kelimeler: *falsa demonstratio non nocet, yanlış nitelendirme, Haakjöringsköd, Alman İmparatorluk Mahkemesi, irade beyanlarının yorumlanması*

* Dr. Karen Klein, Dozentin an der Türkisch-Deutschen Universität in Istanbul im Bereich Privatrecht (karen.klein@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-0544-4738.

** Mein Dank für die Übersetzung ins Türkische gilt Araş. Gör. Burak Çelik und Araş. Gör. Gökçen Doğan.

THE HAAKJÖRINGSKÖD CASE AND THE RULE FALSA DEMONSTRATIO NON NOCET

ABSTRACT

In the year 1920, the Supreme Court of the German Reich (Reichsgericht) had to decide on a case which was going to be famous under the name "Haakjöringsköd". This case developed into one of the leading cases regarding declarations of intent and their interpretation. Even 100 years after, the case is still mentioned in many legal textbooks on the General Part (i.e. Book 1) of the German Civil Code (BGB) in order to demonstrate a rule called falsa demonstratio non nocet. According to that rule, what parties stated is void if their intentions are identical to each other yet different than their declarations; a sentence which is often summed up with the phrase "a false description does not vitiate". At first glance, this rule seems obvious. Nevertheless, the specific impacts of the Haakjöringsköd case can only be understood if its historical background is taken into consideration. Accordingly, the rule falsa demonstratio non nocet can only be comprehended if it is located within the theory of legal transactions and particularly within the theory of interpretation of declarations of intent. It is also important to scrutinize the legal practice in order to determine in which cases German courts apply the falsa demonstratio non nocet rule.

Keywords: *falsa demonstratio non nocet, false description, Haakjöringsköd, Reichsgericht, interpretation of declarations of intent*

Einleitung

Im Jahr 1920 hatte das Reichsgericht einen Fall zu entscheiden, der unter dem Namen „Haakjöringsköd“¹ bekannt werden und sich zu einer Leitentscheidung im Bereich der Auslegung von Willenserklärungen entwickeln sollte. Selbst 100 Jahre später wird dieser Fall in zahlreichen Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil des BGB behandelt, um den Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* zu verdeutlichen.² Nach diesem Grundsatz ist das objektiv Erklärte dann nicht ausschlaggebend, wenn die Parteien übereinstimmend etwas anderes wollten; eine Regel, die mit dem Satz „die falsche Bezeichnung schadet nicht“ zusammengefasst wird. Dieser Satz scheint auf den ersten Blick einleuchtend. Dennoch ist der Haakjöringsköd-Fall in seinen konkreten Auswirkungen nur dann zu verstehen, wenn man seinen historischen Hintergrund in den Blick nimmt (dazu I.). Ebenso wird der in diesem Fall angewandte Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* nur dann begreiflich, wenn man ihn im System der Rechtsgeschäftslehre und insbesondere der Auslegungsgrundsätze verortet (dazu II. und III.). Lohnend ist schließlich ein Blick in die Rechtsprechungspraxis, um festzustellen, ob und in welchen Fällen

¹ RG, Urteil v. 8.6.1920 – II 549/19, RGZ 99, 147-149 (Haakjöringsköd). Das Reichsgericht mit Sitz in Leipzig war von 1879 bis 1945 der für den Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuständige oberste Gerichtshof im Deutschen Reich. Im Haakjöringsköd-Fall wurden die Entscheidungen der Vorinstanzen nicht veröffentlicht und nach Ablauf der gerichtlichen Aufbewahrungsfrist vernichtet. Im unveröffentlichten Teil der RG-Entscheidung finden sich weitere Einzelheiten zur Ansicht des Berufungsgerichts, vgl. hierzu *Martinek*, JuS 1997, 136, 136 und Fn. 3.

² *Bitter/Röder*, BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2018, § 5 Rn. 68-75; *de la Durantaye/Stieper*, Casebook BGB Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 2020, Fall 6; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2020, § 9 Rn. 13; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 14 Rn. 523; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 42. Aufl. 2018, § 6 Rn. 10; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 28 Rn. 32; *Leenen*, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2. Aufl. 2015, § 8 Rn. 146; *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 16. Aufl. 2019, § 3 Rn. 174, 177 f.; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 20. Aufl. 2020, § 18 Rn. 13; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 35 Rn. 28.

deutsche Gerichte den *falsa demonstratio* Grundsatz zur Anwendung bringen (dazu IV.).

I. Sachverhalt und historischer Hintergrund des Haakjöringsköd-Falles

Dem Haakjöringsköd-Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beklagte verkaufte dem Kläger am 18. November 1916 etwa 214 Fass „Haakjöringsköd“, die auf dem Dampfer Jessica verladen waren und sich auf dem Weg zum Hamburger Hafen befanden. Haakjöringsköd ist der norwegische Ausdruck für Haifischfleisch, das auch tatsächlich in den Fässern gelagert war. Die Parteien waren des Norwegischen jedoch nicht mächtig und meinten übereinstimmend, Haakjöringsköd bedeute Walfleisch.³ Damit stellte sich die entscheidende Frage, ob ein Kaufvertrag über Haifischfleisch oder über Walfleisch zustande gekommen war.

Aus heutiger Sicht mag diese Frage wenig relevant erscheinen, für die Parteien des damaligen Rechtsstreits war sie jedoch von entscheidender Bedeutung. Dies erklärt sich, wenn man den historischen Hintergrund in die Betrachtung miteinbezieht.⁴ Der Kaufvertrag wurde im dritten Winter des Ersten Weltkrieges geschlossen, zu einem Zeitpunkt, als sich die Versorgung der Bevölkerung mit Nahrungsmitteln immer weiter verschlechterte. Um dem entgegenzuwirken, wurde die Zentral-Einkaufsgesellschaft mbH in Berlin gegründet. Diese konnte mittels Übernahmeerklärung automatisch Eigentum an Lebensmitteln erwerben und hierfür einseitig einen Übernahmepreis festsetzen. Zudem wurde die Versorgung der Bevölkerung in zahllosen Verordnungen und Ausführungsbestimmungen geregelt. Fleisch war dabei besonders streng reglementiert, aber auch Fisch war betroffen. Ab Ende September 1916 durften die meisten, ab 13. November 2016 schließlich alle Fischarten von der Zentral-Einkaufsgesellschaft beschlagnahmt werden. Wale (als im Meer lebende Säugetiere) waren jedoch in den entsprechenden Katalogen nicht gelistet. Damit gehörte Walfleisch zu den wenigen Nahrungsmitteln, für

³ Der Sachverhalt wurde hier vereinfacht dargestellt. Im Originalfall stellten sich weitere Rechtsprobleme, die jedoch nicht Gegenstand dieses Beitrags sein sollen.

⁴ Zum historischen Hintergrund ausführlich *Cordes*, Jura 1991, 352, 352 f. m.w.N.

die es damals noch einen freien Markt gab. Anders als Haifischfleisch hätte Walfleisch der Beschlagnahme gerade nicht unterlegen. Da dessen Weiterverkauf vermutlich ein profitables Geschäft dargestellt hätte, könnte man sogar auf den Gedanken kommen, dass die Parteien zur Bezeichnung der Ware nur deshalb ein ihnen fremdes Wort wählten, um den Kaufgegenstand vor den Behörden zu verheimlichen.⁵

Da die Fässer jedoch Haifischfleisch enthielten, geschah genau das, was die Parteien offenbar gefürchtet hatten: Die Fässer wurden bei ihrem Eintreffen im Hamburger Hafen beschlagnahmt. Die Zentral-Einkaufsgesellschaft erstattete dem Käufer einen Geldbetrag, der deutlich unter dem von ihm bezahlten Kaufpreis lag. Mit seiner gegen den Verkäufer gerichteten Klage machte der Käufer daher die Zahlung eines Betrags von 47.515,90 Mark geltend, der sich aus der Differenz zwischen dem von ihm gezahlten Kaufpreis und dem erhaltenen Übernahmepreis ergab.

II. Die Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont

Für das Reichsgericht stellte sich folglich die Frage, ob und mit welchem Inhalt ein Kaufvertrag zustande gekommen war. Um diese Frage beantworten zu können, musste das Gericht die Willenserklärungen der Parteien auslegen.

1. Allgemeine Auslegungsgrundsätze

Anhand der Auslegung wird nicht nur ermittelt, ob überhaupt eine Willenserklärung vorliegt, sondern vor allem, welcher Sinn ihr beizumessen ist. Nach § 133 BGB ist bei der Auslegung einer *Willenserklärung* der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Diese Norm dient folglich dem Schutz des Erklärenden (subjektiv-natürliche Auslegung). *Verträge* sind hingegen nach § 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Diese Norm dient demnach dem Schutz des Erklärungsempfängers (objektiv-normative Auslegung). Nach der herrschenden Meinung ist die gesetzgeberische Regelung jedoch missglückt,

⁵ Dies vermutet jedenfalls *Cordes*, Jura 1991, 352, 353 Fn. 14.

da § 157 BGB nicht nur bei der Auslegung von Verträgen zur Anwendung kommen muss, sondern auch bei der Auslegung einseitiger empfangsbedürftiger Willenserklärungen, deren Empfänger genauso schutzbedürftig ist. Folglich werden §§ 133, 157 BGB bei allen *empfangsbedürftigen* Willenserklärungen nebeneinander angewandt.

Im Ausgangspunkt muss die Auslegung deshalb darauf gerichtet sein, den wirklichen Willen des Erklärenden zu ermitteln, so wie es in § 133 BGB zum Ausdruck kommt. Daher hat eine empfangsbedürftige Willenserklärung den vom Erklärenden gewollten Inhalt, wenn der Erklärungsempfänger diesen tatsächlich erkannt hat. Ist dies nicht der Fall, so sind die Interessen des Erklärungsempfängers mit in die Betrachtung einzubeziehen. Allerdings kann es in diesem Fall nicht mehr darauf ankommen, was der Erklärungsempfänger tatsächlich verstanden hat, da er sich – z.B. aus Unachtsamkeit oder mangelndem Interesse – nicht hinreichend um das Verständnis der Erklärung bemüht haben könnte. Deswegen greift nun die Regelung des § 157 BGB und die Willenserklärung gilt mit dem Inhalt, den ein objektiver Erklärungsempfänger redlicherweise verstehen musste oder durfte. Mithin kommt es darauf an, wie ein objektiver Dritter in der Lage des Empfängers nach Treu und Glauben, mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und aller für ihn erkennbaren Umstände die Erklärung verstanden hätte (Lehre vom objektiven Empfängerhorizont). Die Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont kann sich dabei sowohl zulasten als auch zugunsten des Erklärungsempfängers und seines Verständnisses auswirken: Sie wirkt zu seinen Lasten, wenn der Erklärungsempfänger bei Anwendung der gehörigen Auslegungssorgfalt den Willen des Erklärenden hätte erkennen können. Sie wirkt zu seinen Gunsten, wenn der Erklärungsempfänger den wirklichen Willen des Erklärenden weder kannte noch kennen musste, z.B. weil der Erklärende nicht hinreichend dafür sorgte, dass seine Erklärung richtig verstanden wird. Im ersten Fall gilt folglich das, was der Erklärungsempfänger hätte verstehen müssen (also das, was der Erklärende wollte), wohingegen im zweiten Fall das gilt, was der Erklärungsempfänger verstehen durfte (und der Erklärende nicht wollte).

Anderes gilt jedoch für die Auslegung von *nicht-empfangsbedürftigen* Willenserklärungen. Da bei diesen kein Zugang erforderlich ist, gibt

es keinen Empfänger, dessen Vertrauen in das Verstandene schutzwürdig wäre. Für die Auslegung nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen kann folglich nicht ausschlaggebend sein, wie ein objektiver Empfänger die Erklärung verstanden hätte. Stattdessen ist allein der wirkliche Wille des Erklärenden maßgeblich und demnach allein § 133 BGB anzuwenden. Zur Ermittlung des wirklichen Willens dürfen jedoch – anders als bei der Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen –, *alle* Umstände herangezogen werden, d.h. nicht nur diejenigen, die für einen objektiven Empfänger erkennbar gewesen wären.⁶

2. Anwendung der Auslegungsgrundsätze auf den Haakjöringsköd-Fall

Im Fall des Reichsgerichts bot der Beklagte dem Kläger den Kauf von „Haakjöringsköd“ an. Da es sich dabei um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, ist diese nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen, §§ 133, 157 BGB. Es ist demnach zu untersuchen, wie ein objektiver Dritter in der Lage des Empfängers nach Treu und Glauben, mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und aller für ihn erkennbaren Umstände die Erklärung verstanden hätte. Das Wort „Haakjöringsköd“ bedeutet Haifischfleisch. Weitere Anhaltspunkte für die Auslegung sind nicht vorhanden. Insbesondere erwähnt das Reichsgericht in seinem Urteil keine Vorverhandlungen zwischen den Parteien, aus denen sich ein abweichendes Verständnis hätte ergeben können.⁷ Ein objektiver Erklä-

⁶ Vgl. zu den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen *Bitter/Röder*, BGB Allgemeiner Teil, § 7 Rn. 16- 35; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 14 Rn. 494-539; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, § 9; *Leenen*, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, § 5 Rn. 36-76; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, § 24 Rn. 319-326; *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, § 3 Rn. 134-143; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, § 18.

⁷ Vorverhandlungen werden im Haakjöringsköd-Fall weder im veröffentlichten noch im unveröffentlichten Teil der Reichsgerichts-Entscheidung erwähnt, siehe hierzu *Martinek*, JuS 1997, 136, 137. Vorverhandlungen werden demgegenüber angenommen von *Wieling*, AcP 172 (1972), 297, 298 Fn. 4 und *Reinicke*, JA 1980, 455, 462 Fn. 21. Beide kommen deshalb zu dem Ergebnis, dass Walfleisch bereits aufgrund der objektiv-normativen Auslegung geschuldet

rungsempfänger würde demnach allein von der objektiven Wortbedeutung ausgehen und verstehen, dass der Beklagte den Verkauf von Haifischfleisch anbieten wollte.

Ebenso auszulegen wäre die Annahmeerklärung des Klägers. Dieser erklärte sich mit dem Kauf von „Haakjöringsköd“ einverstanden. Ein objektiver Erklärungsempfänger konnte deshalb nur verstehen, dass der Kläger dem Kauf von Haifischfleisch zustimmte. Nach der objektiv-normativen Auslegung wäre damit ein Kaufvertrag über Haifischfleisch zustande gekommen.

III. Der Grundsatz *falsa demonstratio non nocet*

Dieses Ergebnis kann jedoch nicht überzeugen, da die Parteien unabhängig voneinander demselben Irrtum über die Bedeutung des Wortes Haakjöringsköd unterlagen. Sie stimmten demnach in ihrem tatsächlichen Willen überein und drückten diesen lediglich unrichtig aus. In einem zweiten Schritt ist deshalb das anhand der objektiv-normativen Auslegung gefundene Ergebnis anhand der konkreten Interessenlage zu überprüfen.

1. Inhalt und Fallgruppen der *falsa demonstratio non nocet*

Angesprochen ist damit der Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet*. Mit dieser „Kurzformel“⁸ werden Sachverhalte bezeichnet, in denen der innere Wille der Parteien sich zwar deckt, aber von dem objek-

war. Auch *Mittelstädt*, ZfPW 2017, 175, 180 hält Vorverhandlungen für „hochgradig wahrscheinlich“, hält aber fest, dass es sich „nicht mit letzter Sicherheit“ beurteilen lasse, warum die Parteien übereinstimmend von Walfleisch ausgegangen seien.

⁸ *Martinek*, JuS 1997, 136, 138. *Cordes*, Jura 1991, 352, 354 spricht von einem „eingängigen Merkvers“. Für überflüssig, wenn auch unschädlich halten diesen Grundsatz *Reinicke*, JA 1980, 455, 458 („nur als Topos ansehen“) und *Wieling*, AcP 172 (1972), 297, 314 („inhaltsleeres Schlagwort“). Demgegenüber plädiert *Mittelstädt*, ZfPW 2017, 175-200 für die Einordnung der *falsa demonstratio* als Beweisregel und kritisiert deren Ergebnis insbesondere für die Fälle der Entstehung nachträglichen Vertrauens.

tiv-normativ Erklärten abweicht. Liegt diese Konstellation vor, ist es angebracht, die Willenserklärungen der Parteien ausnahmsweise nicht nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen. Stattdessen kommt der Vertrag mit dem Inhalt des übereinstimmend Gewollten zustande, ohne dass es auf die objektiv-normative Bedeutung des Erklärten ankommt. Wollten die Parteien dasselbe, so ist es unerheblich, ob sie sich (irrtümlich oder sogar absichtlich) falsch ausgedrückt haben. Kurz: Es gilt das Gewollte, nicht das Erklärte.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1983 formulierte der BGH prägnant: „Wird der tatsächliche Wille des Erklärenden bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung bewiesen oder sogar zugestanden und hat der andere Teil sie ebenfalls in diesem Sinne verstanden, dann bestimmt dieser Wille (...) den Inhalt des Rechtsgeschäfts, ohne daß es auf Weiteres ankommt. Denn der wirkliche Wille des Erklärenden geht, wenn alle Beteiligten die Erklärung übereinstimmend in eben diesem selben Sinne verstanden haben, nicht nur dem Wortlaut, sondern jeder anderweitigen Interpretation vor“.⁹

Die *falsa demonstratio non nocet* gelangt allerdings nur dann zur Anwendung, wenn sich das Auslegungsergebnis nicht bereits im Wege der objektiv-normativen Auslegung, also insbesondere unter Berücksichtigung der Umstände ermitteln lässt. Damit bleibt für die *falsa demonstratio non nocet* nur in zwei, sehr engen Fallgestaltungen Raum: In der ersten Fallgruppe befinden sich Erklärender und Erklärungsempfänger *zufällig* und *unabhängig voneinander* bezüglich des objektiv-normativen Sinns der Erklärung in demselben Irrtum (kongruenter Doppelirrtum). Dies ist die Konstellation des Haakjöringsköd-Falles, denn Käufer und Verkäufer befinden sich zufälligerweise und ohne dies zu wissen in demselben Irrtum über die objektiv-normative Bedeutung des Wortes „Haakjöringsköd“. In der zweiten Fallgruppe irrt sich nur der Erklärende, der Erklärungsempfänger erkennt den Irrtum jedoch und deutet die Erklärung wiederum *zufällig* – d.h. ohne, dass es weitere Anhaltspunkte da-

⁹ BGH, Urt. v. 26.10.1983 – IV a ZR 80/82, BeckRS 9998, 101800 unter II. Das Zitat wurde um die enthaltenen Rechtsprechungs- und Literaturnachweise gekürzt.

für gäbe – im Sinne des wirklich Gewollten (Rateglück des Erklärungsempfängers).¹⁰ Es lässt sich folglich sagen, dass die Fälle der echten Falschbezeichnung „äußerst ungewöhnliche Umstände“¹¹ erfordern, die „praktisch sehr selten“¹² vorkommen.

2. Begründungsansätze für die *falsa demonstratio non nocet*

Da der Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* heute allgemein anerkannt ist,¹³ wird er in Rechtsprechung und Literatur kaum mehr ausführlich begründet.¹⁴ Versucht man einer Begründung näher zu kommen, indem man die historischen Wurzeln dieses Grundsatzes untersucht, so ist dies wenig ergiebig. Der Satz *falsa demonstratio non nocet* stammt zwar aus dem römischen Recht, wurde dort aber nur auf testamentarische Verfügungen angewandt. Auch das Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts kannte diesen Satz, wies ihm aber keinen festen Inhalt mehr zu. Unser heutiges Verständnis entwickelte sich daher erst unter der Geltung des BGB.¹⁵ Dabei gab es im Laufe der Zeit verschiedene Begründungsansätze, um das Auslegungsergebnis der *falsa demonstratio non nocet* zu erklären.

¹⁰ Siehe zu diesen beiden Fallgruppen *Mittelstädt*, ZfPW 2017, 175, 180-182 m.w.N. Für die zweite Fallgruppe gibt *Wieling*, AcP 172 (1972), 297, 298 Fn. 3 folgendes Beispiel: Ein Großhändler bietet einem Kaufmann „einen Posten“ Eier zum Preis von 1 DM pro Stück an. Der Kaufmann erkennt, dass der angegebene Preis nicht stimmen kann, er erkennt aber nicht, wieviel Eier „ein Posten“ sind, denn es könnten entweder 10 oder 12 Eier gemeint sein. Ohne, dass er nähere Anhaltspunkte dafür hätte, geht der Kaufmann zufällig richtig davon aus, dass der Großhändler 12 Eier meinte. *Reinicke*, JA 1980, 455, 457 geht hingegen von drei Fallgruppen aus.

¹¹ *Mittelstädt*, ZfPW 2017, 175, 180.

¹² *Wieling*, AcP 172 (1972), 297, 298.

¹³ *Martinek*, JuS 1997, 136, 139 („dogmatischen Verselbständigung und (...) gewohnheitsrechtlichen Anerkennung“); *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, § 24 Rn. 327 („entspricht alter Rechtstradition“).

¹⁴ Eine Zusammenfassung teleologischer und systematischer Argumente samt jeweiligen Gegenargumenten findet sich bei *Mittelstädt*, ZfPW 2017, 175, 191-196 m.w.N.

¹⁵ *Wieling*, AcP 172 (1972), 297, 298 f. m.w.N.; *Martinek*, JuS 1997, 136, 138.

a) Schutzbedürftigkeit und Selbstbestimmung

Teilweise wird eine Begründung anhand teleologischer Argumente vorgenommen. Da die Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont den Erklärungsempfänger nur solange schützen solle, wie er den wirklichen Willen des Erklärenden nicht erkenne, sei dieser Schutz nicht erforderlich, wenn der Wille beider Parteien übereinstimme.¹⁶ Habe der Erklärungsempfänger in der konkreten Situation das Gewollte verstanden, dann gebe es keinen Grund mehr, danach zu fragen, was ein hypothetischer Empfänger im Sinne des objektiven Empfängerhorizonts verstanden haben würde. Da ein übereinstimmender Wille bestehe, werde keiner Partei ein nicht gewolltes Verständnis der Erklärung aufgezwungen.¹⁷ Die Auslegung der Willenserklärungen werde damit auf die Regel des § 133 BGB zurückgeführt, nach welcher grundsätzlich der wirkliche Wille des Erklärenden zu ermitteln sei.¹⁸ Letztlich werde damit dem Prinzip der Privatautonomie Rechnung getragen.¹⁹ Zudem seien Willenserklärungen kein Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck. Sie würden eingesetzt, um einen Vertragsschluss herbeizuführen. Sei dieser Zweck erreicht, dann seien die Erklärungen dieses Willens als eigenständige Betrachtungsobjekte nicht mehr von Interesse. Auf die Unzulänglichkeiten der Erklärungen komme es folglich nicht mehr an.²⁰

b) Wertung des § 117 Abs. 2 BGB

Ferner wird die Wertung des § 117 BGB zur Begründung der *falsa demonstratio non nocet* herangezogen. Diese Norm regelt den Fall, dass die Parteien *absichtlich* ein Erklärungszeichen benutzen, welches von

¹⁶ Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, § 18 Rn. 13; Wolf, in: Soergel, 1999, § 157 Rn. 16.

¹⁷ Bitter/Röder, BGB Allgemeiner Teil, § 5 Rn. 69; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, § 18 Rn. 13.

¹⁸ Wieling, AcP 172 (1972), 297, 307.

¹⁹ Bitter/Röder, BGB Allgemeiner Teil, § 5 Rn. 69; Busche, in: MünchKomm BGB, 2018, § 133 Rn. 14; Cordes, Jura 1991, 352, 353; Hefermehl, in: Soergel, 1999, § 133 Rn. 17; Reinicke, JA 1980, 455, 457; Singer, in: Staudinger, 2017, § 133 Rn. 13.

²⁰ Leenen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, § 8 Rn. 145; Reinicke, JA 1980, 455, 457 f.

seinem objektiv-normativen Sinn abweicht. In der Ausbildungsliteratur wird diese Problematik anhand des sog. Schwarzkaufes veranschaulicht: Die Parteien wollen einen Kaufvertrag über ein Grundstück schließen. Sie einigen sich darüber, dass der Kaufpreis 500.000 EUR betragen soll. Im notariellen Vertrag lassen sie jedoch lediglich einen Kaufpreis von 300.000 EUR beurkunden, um Grunderwerbssteuern und Notargebühren zu sparen. Sie wählen also absichtlich einen falschen Kaufpreis.²¹ § 117 Abs. 1 BGB erklärt eine Willenserklärung für nichtig, die mit dem Einverständnis des anderen zur zum Schein abgegeben wurde (sog. Scheingeschäft). Da der Kaufpreis in Höhe von 300.000 Euro von den Parteien nicht gewollt ist, ist der beurkundete Kaufvertrag nichtig. Damit stellt sich die Frage, ob stattdessen ein wirksamer Kaufvertrag über 500.000 Euro zustande gekommen ist. Hier greift § 117 Abs. 2 BGB ein: Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung. Damit ist zwar in einem ersten Schritt ein Vertrag über den höheren Kaufpreis zustande gekommen, der sich in einem zweiten Schritt jedoch an den Formvorschriften des BGB messen lassen muss. Nach § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Weil der wirklich gewollte Kaufpreis in Höhe von 500.000 Euro aber nicht beurkundet wurde, folgt die Nichtigkeit dieser Vereinbarung aus dem Formmangel, § 125 S. 1 BGB. Demnach ist das beurkundete Rechtsgeschäft unwirksam, weil es nicht gewollt ist und das gewollte Rechtsgeschäft ist unwirksam, weil es nicht beurkundet ist.²²

Es gibt Stimmen in der Literatur, die den Rechtsgedanken des § 117 Abs. 2 BGB – wie er in dem oben aufgezeigten ersten Schritt zur Geltung kommt – auf den Fall anwenden wollen, dass der Wille des Erklärungsempfängers *zufällig* mit dem Willen des Erklärenden überein-

²¹ Vgl. zur Schwarzkauf-Problematik Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § 7 Rn. 9, 12; Musielak/Hau, Grundkurs BGB, § 5 Rn. 360; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, § 25 Rn. 6, 9.

²² So prägnant Reinicke, JA 1980, 455, 458.

stimmt, obwohl der objektiv-normative Sinn der Erklärung davon abweicht; also genau die Fallkonstellation, die im Haakjöringsköd-Fall gegeben ist. Die Befürworter dieses Arguments wenden in diesem Fall einen Erst-recht-Schluss an (*argumentum a maiore ad minus*): Könne ein *bewusstes* Verdecken des Gewollten die Geltung des Gewollten nicht berühren, so könne ein *irrtümliches* Verdecken des Gewollten dies erst recht nicht.²³

c) Wertung des § 116 S. 2 BGB

Ferner wird zur Begründung die Wertung des § 116 BGB angeführt. Diese Norm regelt den geheimen Vorbehalt, auch Mentalreservation genannt. Nach § 116 S. 1 BGB ist eine Willenserklärung nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. In einem Standardlehrbuch zum Allgemeinen Teil des BGB findet sich zur Veranschaulichung dieser Norm der folgende Fall: A weiß, dass B bei einer Kunstauktion ein bestimmtes Bild ersteigern möchte. Da A den B nicht leiden kann, gibt er gleich zu Beginn ein hohes Gebot ab, um den Preis in die Höhe zu treiben. Tatsächlich will A das Bild jedoch gar nicht kaufen. Wenn A nun den Zuschlag erhält, dann kommt trotzdem ein Kaufvertrag über das Bild zustande. Sein geheimer Vorbehalt ist unbeachtlich. Anders ist dies nur, wenn der Erklärungsempfänger (im Fall der Auktionator) den Vorbehalt kennt. In diesem Fall ist die Erklärung (das Gebot des A) nach § 116 S. 2 BGB nichtig, da der Auktionator nicht schutzwürdig ist. Ein Kaufvertrag wäre demnach nicht zustande gekommen.²⁴

²³ *Reinicke*, JA 1980, 455, 457 (und Fn. 23) m.w.N., wobei sich dieses Argument auf nicht-formpflichtige Rechtsgeschäfte bezieht. Zustimmend *Bergermann*, RNotZ 2002, 557, 558; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, § 9 Rn. 13; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, § 24 Rn. 327; *Singer*, in: Staudinger, § 133 Rn. 13. Dieser Erst-recht-Schluss wird allerdings kritisiert, da im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 117 Abs. 2 BGB über das verdeckte Rechtsgeschäft immerhin eine ausdrückliche Verständigung stattgefunden habe, vgl. *Martinek*, JuS 1997, 136, 139.

²⁴ *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, § 7 Rn. 7 f.

Es gibt Stimmen in der Literatur, die die Wertung des § 116 S. 2 BGB heranziehen, um die Sachverhaltskonstellationen der *falsa demonstratio non nocet* zu lösen. Insofern wird argumentiert, dass nach § 116 S. 2 BGB der innere Wille des Erklärenden zur Geltung komme, auch wenn der Erklärungsempfänger diesen nur zufällig durchschaue. Gelte dies sogar für den Fall, dass der Erklärende über seinen inneren Willen *täuschen wolle*, dann müsse der vom Erklärungsempfänger zufällig erkannte wahre Wille des Erklärenden erst recht zur Geltung kommen, wenn es dem Erklärenden nur *irrtümlich* nicht gelungen sei, diesen Willen objektiv-normativ zum Ausdruck zu bringen.²⁵

3. Die Entscheidung des Reichsgerichts im Haakjöringsköd-Fall

Zwar beruft sich das Reichsgericht nicht ausdrücklich auf die *falsa demonstratio non nocet*, verweist jedoch auf eine vorherige Entscheidung, in der es diesen Grundsatz herangezogen hatte.²⁶ Nach Ansicht des Reichsgerichts liege der Haakjöringsköd-Fall so, „daß beide Parteien über Walfischfleisch abschließen wollten, daß sie sich aber bei der Erklärung ihres Vertragswillens irrtümlich der diesem Willen nicht entsprechenden Bezeichnung Haakjöringsköd bedient haben. Das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis ist daher ebenso zu beurteilen, wie wenn sie sich der ihrem Willen entsprechenden Bezeichnung Walfischfleisch bedient hätten“.²⁷ Folge ist, dass der Kaufvertrag über Walfleisch und nicht über Haifischfleisch zustande gekommen ist. Damit konnte der Käufer im Rahmen seiner Gewährleistungsrechte vom Verkäufer den gezahlten Kaufpreis abzüglich des von der Zentral-Einkaufsgesellschaft empfangenen Übernahme-preises einfordern. Der Käufer wurde also von

²⁵ *Reinicke*, JA 1980, 455, 457. Zustimmung *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, § 9 Rn. 13; *Singer*, in: Staudinger, § 133 Rn. 13. Dieser Begründung wird entgegengehalten, dass § 116 S. 2 BGB bei einer vom Erklärungsempfänger durchgeschauten Mentalreservation nicht eine gewillkürte Rechtsfolge, sondern gerade die Nichtgeltung jedweder Rechtsfolge anordne, vgl. *Martinek*, JuS 1997, 136, 139.

²⁶ *Cordes*, Jura 1991, 352, 354; *Martinek*, JuS 1997, 136, 138.

²⁷ RG, Urteil v. 8.6.1920 – II 549/19, RGZ 99, 147, 148 (Haakjöringsköd).

der Pflicht enthoben, den Kaufpreis für eine Ware zu bezahlen, die er am freien Markt nicht verkaufen konnte.

IV. Beispiele zur *falsa demonstratio non nocet* aus der jüngeren Rechtsprechung

Wollte man nun annehmen, dass es sich beim Haakjöringsköd-Fall um eine einmalige Sachverhaltskonstellation handelte, deren rechtliche Bewertung anhand der *falsa demonstratio non nocet* ausschließlich den besonderen Umständen des Ersten Weltkrieges geschuldet war, dann würde man einem Irrtum unterliegen.²⁸ Tatsächlich spielt der Grundsatz der *falsa demonstratio* bis hin in die jüngere Rechtsprechung immer wieder eine Rolle, und das in ganz unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten.

1. Zivilgerichtsbarkeit: Auslegung eines Grundstückskaufvertrags

So wird der Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* insbesondere im Zusammenhang mit formbedürftigen Rechtsgeschäften und hier insbesondere bei Grundstückskaufverträgen diskutiert. Wie bereits dargelegt, sind Grundstückskaufverträge gemäß § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB von einem Notar zu beurkunden, ansonsten sind sie gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig. Wird das von beiden Parteien übereinstimmend Gewollte – anders als im oben erwähnten Fall des absichtlichen Scheingeschäfts nach § 117 BGB – nur *versehentlich* nicht beurkundet, so entsteht ein Spannungsfeld zwischen der im übereinstimmenden Willen zum Ausdruck kommenden Privatautonomie und der mit der Anerkennung dieses Willens einhergehenden Verletzung des Formgebotes und seiner Zwecke.

²⁸ *Leenen*, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, § 8 Rn. 145 erklärt die *falsa demonstratio*-Regel für „universell anerkannt“. Sie gelte z.B. im US-amerikanischen Vertragsrecht und im UN-Kaufrecht. Hierzu verweist er in Fn. 118 auf Restatement 2d of Contracts, § 201 (1) (“Where the parties have attached the same meaning to a promise or agreement or a term thereof, it is interpreted in accordance with that meaning”) und in Fn. 119 auf Art. 8 Abs. 1 CISG („Für die Zwecke dieses Übereinkommens sind Erklärungen und das sonstige Verhalten einer Partei nach deren Willen auszulegen, wenn die andere Partei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte“).

Genau in diesem Spannungsfeld bewegte sich eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2008, in der die Parteien einen Kaufvertrag über ein Bürogebäude samt parkähnlicher Gartenanlage mit einer Größe von 15.249 qm schlossen.²⁹ Ein 1.000 qm umfassender Teil der Gartenanlage befand sich jedoch auf dem Nachbargrundstück, das nicht im Eigentum der beklagten Verkäuferin stand. Als die Parteien das Anwesen vom Dach des Bürogebäudes aus in Augenschein nahmen, hob sich das zum Verkauf stehende Anwesen inklusive des Teils des Nachbargrundstücks optisch durch seinen Bewuchs und einen Hasenzaun von dem übrigen Nachbargrundstück ab, das als naturbelassenes Wiesengelände angelegt war. Entsprechend legte die von der Beklagten beauftragte Maklerin der Käuferin und Klägerin Lichtbilder vor, auf welchen sich das zum Verkauf stehende Betriebsgelände mit der Gartenanlage deutlich von den angrenzenden Grundstücken unterschied. Schließlich stellte auch die Beklagte der Klägerin das Kaufgrundstück mit dem auf dem Nachbargrundstück befindlichen Teil der Gartenanlage vor.³⁰ In die notarielle Urkunde wurde demgegenüber nur die Flurstücksnummer desjenigen Grundstücks aufgenommen, auf dem sich das Bürogebäude und der größte Teil des Gartens befand. Nicht aufgenommen wurde hingegen der Teil des Nachbargrundstücks, auf dem sich die zusätzlichen 1000 qm befanden; der Kaufgegenstand wurde von den Parteien mithin versehentlich falsch bezeichnet. Erst als das Nachbargrundstück verkauft werden sollte, fiel auf, dass ein Teil der Gartenanlage auf diesem Grundstück lag. Für die Parteien stellte sich damit die Frage, welche Grundstücksfläche Gegenstand ihres Kaufvertrags war.

Zur Beantwortung dieser Frage wendete der BGH ausdrücklich den Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* an und entschied, dass

²⁹ BGH, Urt. v. 18.1.2008 – V ZR 174/06, BeckRS 2008, 3219. Weitere Details zum Sachverhalt finden sich in der erstinstanzlichen Entscheidung des LG Karlsruhe, Urt. v. 2.8.2005 – 2 O 419/04, BeckRS 2005, 32040.

³⁰ Die letzten beiden Gesichtspunkte waren für die Vorinstanzen maßgeblich. Der BGH stellte sich auf den Standpunkt, dass die trichterliche Würdigung revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar und in diesem Rahmen nicht zu beanstanden sei, BGH, Urt. v. 18.1.2008 – V ZR 174/06, BeckRS 2008, 3219 Rn. 8.

auch die übrige Fläche des Anwesens mitverkauft worden sei.³¹ Dass nur das der Beklagten gehörende Flurstück als Kaufgegenstand genannt worden sei, schade nicht, wenn wie hier feststehe, dass die Vertragsparteien tatsächlich mehr verkaufen wollten. Dann handele es sich – so der BGH – bei der Grundstücksbezeichnung im Vertragstext um eine versehentliche Falschbezeichnung, die nach § 133 BGB nichts daran ändere, dass nicht das fehlerhaft Erklärte, sondern das wirklich Gewollte gelte.³² Dem Willen der Parteien entspreche es, dass der Klägerin nicht nur der der Beklagten gehörende Teil des Bürogeländes, „sondern das gesamte Ensemble, also auch der auf dem Nachbargrundstück befindliche Teil der Gartenanlage, verkauft wurde“.³³

Betrachtet man die Umstände des Falles jedoch genau, so stellt man fest, dass es sich gerade nicht um eine der seltenen Fallgruppen handelt, in denen die *falsa demonstratio non nocet* zur Anwendung gelangt. Vielmehr ist bereits aufgrund der äußeren Umstände erkennbar, dass auch der auf dem Nachbargrundstück befindliche Teil der Gartenanlage mitverkauft werden sollte. Dies ergibt sich nicht nur aus der vorangegangenen Besichtigung, sondern auch aus den Lichtbildern der Maklerin und der Art und Weise, wie die Beklagte das Gesamtensemble vorstellte. Dasselbe Ergebnis, das der BGH mithilfe der *falsa demonstratio non nocet* begründete, ließe sich mithin auch im Wege der objektiv-normativen Auslegung erreichen.

Damit war im Fall des BGH zwar die Frage beantwortet, was Inhalt des Kaufvertrags geworden war, noch offen war allerdings die – gedanklich davon zu trennende – Frage, ob hinsichtlich des übereinstimmend Gewollten (also „des gesamten Ensembles“) auch die Form gewahrt wurde. Um diese zweite Frage zu verstehen, muss man die Rechtsprechung des BGH kennen. Dieser fordert bei einem formbedürftigen

³¹ Der erste, amtliche Leitsatz dieser Entscheidung lautet: „Beschreiben die Parteien das verkaufte Anwesen im Kaufvertrag versehentlich mit einer Grundstücksbezeichnung, die nur einen Teil des Anwesens umfasst, ist nach den Grundsätzen der *falsa demonstratio* auch die übrige Fläche des Anwesens mitverkauft“, BGH, Urt. v. 18.1.2008 – V ZR 174/06, BeckRS 2008, 3219.

³² BGH, Urt. v. 18.1.2008 – V ZR 174/06, BeckRS 2008, 3219 Rn. 12.

³³ BGH, Urt. v. 18.1.2008 – V ZR 174/06, BeckRS 2008, 3219 Rn. 7.

Rechtsgeschäft grundsätzlich, dass das von den Parteien Gewollte einen wenigstens andeutungsweisen Niederschlag in der Vertragsurkunde gefunden hat (sog. Andeutungstheorie).³⁴ Im vorliegenden Fall machte der BGH jedoch eine Ausnahme: Das Andeutungserfordernis gelte – so der BGH – bei einer versehentlichen Falschbezeichnung gerade nicht. Vielmehr reiche es aus, wenn die versehentlich fehlerhafte Bezeichnung des Kaufgegenstands dem Formerfordernis genüge.³⁵ Letztlich betrachtet der BGH in den Fällen der versehentlichen Falschbezeichnung also die Beurkundung des versehentlich falsch Bezeichneten als formwährend für das übereinstimmend Gewollte.

In einem ähnlich gelagerten Fall begründete der BGH seine Ansicht mit den Formzwecken: Die Form solle Veräußerer und Erwerber vor übereilten Verträgen bewahren, sie auf die Wichtigkeit des Geschäftes hinweisen und ihnen die Möglichkeit rechtskundiger Belehrung und Beratung eröffnen. Die Warn- und Schutzfunktion werde – so der BGH – durch die Unschädlichkeit der irrtümlichen Falschbezeichnung nicht entscheidend in Frage gestellt, denn nicht nur die Notwendigkeit der Beurkundung bleibe bestehen (Warnfunktion), sondern auch die Belehrung und Beratung durch den Notar (Schutzfunktion), auch wenn sie sich nicht ausdrücklich auf das wirklich verkaufte Grundstück beziehen würden. Außer Acht gelassen werde nach Ansicht des BGH allerdings die Beweisfunktion, durch die der Inhalt der Vereinbarung klar und genau festgestellt und so die Beweisführung gesichert werden solle. Das, was wirklich von den Vertragsparteien gewollt sei, sei gerade nicht beurkundet worden. Dieser Umstand reiche jedoch nicht aus, um die Unschädlichkeit der irrtümlichen Falschbezeichnung außer Kraft zu setzen. Auch ausdrückliche Formulierungen könnten unklar, missverständlich und mehrdeutig sein, sodass ein Streit über den Vertragsinhalt auch in anderen Fällen nicht aus der Urkunde allein entschieden werden könne. Müssten aber im Falle von Unstimmigkeiten zwischen den Parteien zur Erforschung des wirklichen Inhalts der Vereinbarung auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände herangezogen werden, so komme der ausdrücklichen

³⁴ So im Grundsatz auch BGH, Urt. v. 18.1.2008 – V ZR 174/06, BeckRS 2008, 3219 Rn. 13 m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur.

³⁵ BGH, Urt. v. 18.1.2008 – V ZR 174/06, BeckRS 2008, 3219 Rn. 13.

Urkundenerklärung nur eine Indizwirkung zu. Vor diesem Hintergrund könne, so das Ergebnis des BGH, der Beweiszweck der Urkunde der Anerkennung der Unschädlichkeit der irrtümlichen Falschbezeichnung nicht entscheidend entgegengehalten werden.³⁶

2. Arbeitsgerichtsbarkeit: Auslegung eines Aufhebungsvertrags

Der Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* fand auch in die Entscheidungen der Arbeitsgerichte Eingang.³⁷ So hatte sich z.B. das LAG Rheinland-Pfalz im Jahr 2018 mit der Auslegung eines Aufhebungsvertrags zu befassen, den eine langjährig beschäftigte Arbeitnehmerin mit ihrem Arbeitgeber anlässlich eines Betriebsübergangs geschlossen hatte.³⁸ Im diesem Aufhebungsvertrag wurde u.a. die Abrechnung des Urlaubsausgleichskontos der Arbeitnehmerin geregelt. Es wurde festgehalten, dass ihr Guthaben 244,80 Tage betrage, was 72.968,53 EUR brutto entsprechen hätte. Tatsächlich enthielt das Urlaubsausgleichskonto jedoch ein Guthaben von nur 244,80 Stunden, denen ein Wert von 10.903,39 EUR brutto zukam. Nur diesen Betrag zahlte der Arbeitgeber aus. Die klagende Arbeitnehmerin verlangte die Zahlung des Differenzbetrags in Höhe von 62.065,14 EUR brutto, unterlag jedoch vor Gericht.

Nach Ansicht des LAG Rheinland-Pfalz handelte es sich bei der

³⁶ BGH, Urt. v. 25.3.1983 – V ZR 268/81, BeckRS 1983, 644 Rn. 17-19. Zu den Auswirkungen unbewusster Falschbezeichnungen auf Grundstücksverträge und deren Vollzug siehe *Bergermann*, RNotZ 2002, 557-572 und insbesondere S. 559 f. zum Meinungsstand in der Literatur. In Fallgruppen differenzierend zu *falsa demonstratio non nocet* und Grundbuchvollzug auch *Wilsch*, in: BeckOK GBO, 40. Edition, Stand: 1.10.2020, § 28 GBO Rn. 92-98. Vgl. ferner *Mansel*, in Jauernig: Bürgerliches Gesetzbuch, 2018, § 126 BGB, Rn. 7 f.

³⁷ So wird der Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* beispielsweise genannt in BAG, Urt. v. 28.8.2003 – 2 AZR 377/02, BeckRS 2004, 40173 unter B.I.4.b)bb); BAG, Urteil v. 12.7.1995 – 10 AZR 958/94, BeckRS 1995, 30923584 unter II.2.b); ArbG Heilbronn, Urt. v. 16.3.2017 – 8 Ca 161/16, BeckRS 2017, 106220 Rn. 31.

³⁸ LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 22.11.2018 – 5 Sa 173/18, BeckRS 2018, 33052.

Angabe des Guthabens im Vertragstext um eine versehentliche Falschbezeichnung, die sich irrtümlich auf Tage, statt auf Stunden bezog.³⁹ Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass nach dem Willen der Parteien nur das Guthaben ausgezahlt werden sollte, das sich tatsächlich auf dem Urlaubsausgleichskonto befand. Zur Begründung führte das LAG verschiedene Umstände an, die diese Auslegung stützten, insbesondere die vorab geführte Korrespondenz, in der eine „ordnungsgemäße Abrechnung“ angemahnt wurde und den Umstand, dass das Urlaubsausgleichskonto angesichts der verhandelten Abfindung nicht zur „Verhandlungsmasse“ gehörte.⁴⁰

Genau betrachtet lagen damit auch im Fall des LAG Rheinland-Pfalz äußere Umstände vor, die in die Auslegung nach dem objektivem Empfängerhorizont einzustellen gewesen wären. Streng genommen hätte sich das Gericht zur Begründung seiner Ansicht also gar nicht auf den Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* berufen müssen: Dasselbe Ergebnis hätte sich bereits aufgrund der Begleitumstände und damit im Wege der objektiv-normativen Auslegung ermitteln lassen.

3. Verwaltungsgerichtsbarkeit: Bestimmtheit einer Ordnungsverfügung

Auch in verwaltungsrechtlichen Entscheidungen wird der Grundsatz der *falsa demonstratio* gelegentlich erwähnt.⁴¹ In einem Fall, der vor dem VG Aachen verhandelt wurde, ging es um einstweiligen Rechtsschutz gegen eine Bauordnungsverfügung.⁴² Eine Zirkustruppe hatte auf einer Freifläche an einem Ortseingang ein Wohnwagencamp mit zirkustypischen Fahrzeugen und Anhängern errichtet. Das zuständige

³⁹ LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 22.11.2018 – 5 Sa 173/18, BeckRS 2018, 33052 Rn. 33, wo ausdrücklich auf den Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* verwiesen wird.

⁴⁰ LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 22.11.2018 – 5 Sa 173/18, BeckRS 2018, 33052 Rn. 32.

⁴¹ So z.B. VGH Mannheim, Urt. v. 2.2.2005 – 5 S 639/02, BeckRS 2005, 24239 unter I.; OVG Saarlouis, Urt. v. 20.8.2008 – 1 A 453/07, BeckRS 2008, 38976 unter III.1.a); VG Aachen, Urt. v. 13.6.2007 – 3 K 34/07, BeckRS 2007, 25823.

⁴² VG Aachen, Beschluss v. 9.12.2019 – 3 L 366/19, BeckRS 2019, 41907.

Bauaufsichtsamt erließ eine Ordnungsverfügung, in der den Zirkusmitgliedern unter Ziffer 1 aufgegeben wurde, die Fahrzeuge und Anhänger von dem Grundstück zu entfernen (Entfernungsgebot). Unter Ziffer 2 der Verfügung wurde außerdem die weitere Nutzung des Grundstücks zur Einrichtung eines Wohnwagencamps und als Abstellplatz untersagt (Nutzungsverbot). Während das Grundstück in Ziffer 1 richtigerweise als „Gemarkung C., Flur 7, *Flurstück 262/S.-straße 2 in I.*“ bezeichnet wurde, wurde in Ziffer 2 fälschlicherweise auf ein Grundstück „Gemarkung C., Flur 7, *Flurstück 282/S.-straße 2 in I.*“ Bezug genommen.

In der falschen Bezugnahme des Nutzungsverbots auf das „Flurstück 282“ sah das VG Aachen allerdings keine rechtlich relevante Unbestimmtheit der Ordnungsverfügung im Sinne von § 37 Abs. 1 VwVfG NRW. Zur Begründung führte das Gericht aus: „Die unrichtige Flurstücksbezeichnung ‚282‘ (richtig: 262) ist unschädlich, weil sie beim Adressaten keine Unklarheit hervorrufen kann. Nach dem Empfängerhorizont ist diese Falschbezeichnung ohne Weiteres zu erkennen und damit unschädlich (‚falsa demonstratio non nocet‘). Sie ist einem offensichtlichen und damit korrigierbaren Schreibfehler (§ 42 VwVfG NRW) bei Bescheidabfassung zuzuordnen, zumal ein Flurstück mit der Nummer ‚282‘ in der Nachbarschaft nicht existiert. Nach dem Sinnzusammenhang, in welchem die Anordnungen von Ziffer 1 und 2 stehen, und unter Heranziehung der Betreffzeile sowie der Bescheidgründe kann kein Zweifel daran bestehen, dass Entfernungsgebot und Nutzungsverbot eine Einheit bilden sollen und sich daher auf ein und dasselbe Grundstück beziehen. Das wird im Übrigen auch dadurch deutlich, dass die Grundstücksbezeichnung in Ziffer 1 und 2 der Ordnungsverfügung einheitlich ‚S...straße 2‘ lautet.“⁴³

Auch in diesem Fall war damit der enge Anwendungsbereich der *falsa demonstratio non nocet* nicht betroffen. Dasselbe Ergebnis – das Nutzungsverbot betraf das Flurstück mit der Nummer 262 – ergab sich bereits anhand der Gesamtumstände, denn es lag eine einheitliche Ordnungsverfügung und ein einheitlicher Lebenssachverhalt vor. Insofern war es durchaus richtig, dass das VG Aachen bei seiner Begründung auf

⁴³ VG Aachen, Beschluss v. 9.12.2019 – 3 L 366/19, BeckRS 2019, 41907 Rn. 46.

den „Empfängerhorizont“ abstellte, auch wenn es die objektiv-normative Auslegung sodann mit dem Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* vermengte.

4. Einordnung der Rechtsprechungsbeispiele

Bei den dargestellten Rechtsprechungsbeispielen handelte es sich mithin gerade nicht um eine der seltenen Fallgruppen, in denen die *falsa demonstratio non nocet* zum Zuge kommt. Vielmehr hätten dieselben Ergebnisse bereits im Wege der objektiv-normativen Auslegung ermittelt werden können. Ob zur Begründung des gefundenen Resultats die Auslegung über den objektiven Empfängerhorizont herangezogen wird oder – wie geschehen – der Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet*, war in den dargestellten Fällen letztlich jedoch nicht ergebnisrelevant. Darüber hinaus dürfte die Heranziehung der *falsa demonstratio non nocet* jedenfalls solange unschädlich sein, wie dieser Grundsatz nicht dazu zweckentfremdet wird, sich des Begründungsaufwands im Einzelfall zu entledigen. Denn entweder ist für die Anwendbarkeit der *falsa demonstratio non nocet* der übereinstimmende Parteiwille festzustellen oder aber sind es die äußeren Umstände, die im Rahmen der objektiv-normativen Auslegung berücksichtigt werden müssen; so wie es in den oben aufgeführten Rechtsprechungsbeispielen im Einzelnen geschehen ist. Die bloße Berufung auf einen allgemein anerkannten Grundsatz – wie ihn die *falsa demonstratio non nocet* darstellt – kann die Gerichte niemals von der Pflicht zur Argumentation im konkreten Einzelfall befreien.

Zusammenfassung

Der Haakjöringsköd-Fall des Reichsgerichts zählt zu den Leitentscheidungen im Bereich der Auslegung von Willenserklärungen. Ihm lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Parteien einigten sich im November 1916 über den Kauf von „Haakjöringsköd“, was norwegisch ist und Haifischfleisch bedeutet. Die Parteien meinten jedoch übereinstimmend, „Haakjöringsköd“ bedeute Walfleisch. Damit unterlagen sie unabhängig voneinander demselben Irrtum über die Bedeutung des zur Bezeichnung des Kaufgegenstandes verwendeten Wortes.

Zeitgeschichtlich ist dieser Fall vor den Härten des Ersten Weltkrieges zu sehen. Um die Versorgungslage der Bevölkerung sicherzustellen, wurde die Zentral-Einkaufsgesellschaft mbH in Berlin ermächtigt, Lebensmittel zu beschlagnahmen und gegen einen von ihr festzusetzenden Preis zu übernehmen (sog. Übernahmepreis). So geschah es auch im Haakjöringsköd-Fall: Das Haifischfleisch wurde eingezogen und der Kläger dafür mit einem Betrag entschädigt, der deutlich geringer ausfiel als der von ihm bezahlte Kaufpreis. Hätte es sich hingegen um Walfleisch gehandelt – wie von den Parteien beabsichtigt –, dann wäre eine Beschlagnahme unzulässig gewesen, denn Walfleisch war eines der wenigen Lebensmittel, die damals noch frei handelbar waren.

Der Kläger machte nun vor Gericht den Unterschiedsbetrag zwischen dem von ihm bezahlten Kaufpreis und dem Übernahmepreis geltend. Für die Entscheidung des Falles kam es mithin darauf an, welchen Inhalt die Willenserklärungen der Parteien hatten. Grundsätzlich sind empfangsbedürftige Willenserklärungen nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen. Demnach ist maßgebend, wie ein objektiver Dritter in der Lage des Empfängers nach Treu und Glauben, mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und aller für ihn erkennbaren Umstände die Erklärung verstanden hätte. Ein objektiver Dritter musste von der Bedeutung des Wortes und damit von Haifischfleisch ausgehen. Da im Urteil des Reichsgerichts keine sonstigen Umstände erwähnt wurden, aus denen sich ein abweichendes Verständnis hätte ergeben können, käme eine objektiv-abstrakte Auslegung folglich zu dem Ergebnis, dass der Kaufvertrag über Haifischfleisch geschlossen wurde.

Das Reichsgericht entschied allerdings, dass ein Kaufvertrag über Walfleisch zustande gekommen war. Zur Begründung führte das Gericht aus: Die Parteien hätten einen Vertrag über Walfleisch schließen wollen, so dass das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis ebenso zu beurteilen sei, wie wenn sie sich der richtigen Bezeichnung bedient hätten.

Das Reichsgericht wendete damit den Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* an. Dieser Grundsatz besagt, dass die falsche Bezeichnung dann nicht schadet, wenn die Parteien übereinstimmend etwas anderes wollten. Der Vertrag kommt über das Gewollte zustande, ohne

dass es auf die objektiv-normative Bedeutung des Erklärten ankommt. Die *falsa demonstratio non nocet* gelangt allerdings nur dann zur Anwendung, wenn sich das Auslegungsergebnis nicht bereits im Wege der objektiv-normativen Auslegung ermitteln lässt. Damit bleibt für die *falsa demonstratio non nocet* nur in zwei, sehr engen Fallgestaltungen Raum: In der ersten Fallgruppe befinden sich Erklärender und Erklärungsempfänger zufällig und unabhängig voneinander bezüglich des objektiv-normativen Sinns der Erklärung in demselben Irrtum. In der zweiten Fallgruppe irrt sich nur der Erklärende, der Empfänger erkennt den Irrtum jedoch und deutet die Erklärung wiederum zufällig – und ohne, dass weitere Anhaltspunkte dafür vorliegen – im Sinne des wirklich Gewollten.

Um das Ergebnis der *falsa demonstratio non nocet* zu begründen, gab es im Laufe der Zeit verschiedene Erklärungsansätze. So seien die Parteien nicht schutzwürdig, da genau die Rechtslage eintrete, die sie übereinstimmend gewollt hätten, wodurch sich letztlich ihre Privatautonomie verwirkliche. Außerdem ergäben die Wertungen der §§ 133, 117 Abs. 2 und 116 S. 2 BGB, dass in den entsprechenden Fallkonstellationen dem Gewollten der Vorrang vor dem Erklärten zukomme.

Heute ist der Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* allgemein anerkannt und wird daher kaum mehr ausführlich begründet. In die Rechtspraxis findet er trotzdem immer wieder Eingang und zwar über den Bereich der Zivilgerichtsbarkeit hinaus. Bei den untersuchten Rechtsprechungsbeispielen handelte es sich jedoch nicht um echte Fälle der Falschbezeichnung, da dieselben Auslegungsergebnisse bereits im Wege der objektiv-normativen Auslegung hätten ermittelt werden können. Die Heranziehung des *falsa demonstratio non nocet* Grundsatzes auch in diesen dürfte allerdings solange unschädlich sein, wie dieser Grundsatz nicht dazu zweckentfremdet wird, sich des Begründungsaufwands im Einzelfall zu entledigen. Denn die bloße Berufung auf einen allgemein anerkannten Grundsatz kann niemals von der Pflicht zur Argumentation im konkreten Einzelfall befreien.

ÖZET

Haakjöringsköd Olayı, Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi'nin, irade beyanlarının yorumlanması alanında ilke kararlarından biridir. Karara konu olay şu şekildedir: Taraflar Kasım 1916 tarihinde Norveç dilinde "Haakjöringsköd" olarak adlandırılan ve köpek balığı eti anlamına gelen ifade üzerinden, balina eti satımı konusunda anlaşmışlardır. Norveç diline hakim olmayan her iki taraf da "Haakjöringsköd" ile balina etini ifade ettiklerini sanmışlardır. Bu sebeple her ikisi de birbirinden bağımsız olarak satım konusu eşyayı betimleme amacıyla kullandıkları kelimelerde aynı hataya düşmüşlerdir.

Kararın tarihi olarak incelenmesinde Birinci Dünya Savaşı'nın zorlukları gözönünde tutulmalıdır. Halkın ihtiyaçlarının karşılanabilmesi amacıyla Berlin merkezli Zentral-Einkaufsgesellschaft mbH şirketi, temel gıda maddelerine el koyma ve kendisi tarafından belirlenen fiyattan (el koyma bedeli) devir alma ile yetkilendirilmişti. "Haakjöringsköd olayında da bu durum gerçekleşmiştir: Taraflar gerçekte balina eti konusunda anlaşmış olsalar da Hamburg Limanına gidecek gemiye fiçılar içerisinde yüklenen köpek balığı etine el konulmuş ve davacıya, kendisi tarafından alım sırasında ödediğinden çok daha düşük el koyma bedeli üzerinden ödeme yapılmıştır. Tarafların gerçekte anlaştığı balina eti söz konusu olsaydı, el koyma gerçekleşmeyecekti. Çünkü balina eti o zamanlar serbest piyasada ticareti yapılan az sayıdaki gıda maddeleri arasındaydı.

Alıcı satıcıya karşı açtığı davada anılan sebeple kendisine ödenen el koyma bedeli ile kendisi tarafından satıcıya ödenen bedel arasındaki farka dayanan zararını talep etmiştir. Verilen karar açısından olayın diğer unsurlarının yanında tarafların yaptıkları irade açıklamalarının içeriği önem arz etmekteydi. Kural olarak varması gereken irade açıklamaları, yöneldiği muhatabın objektif bakış açısı esas alınarak (güven teorisi) yorumlanmalıdır. Bu noktada ölçüt, muhatap konumundaki objektif üçüncü kişinin, kendisinin bilebileceği tüm olgular ile alışveriş hayatının teamülleri de dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre yapılan beyana verebileceği anlamdır. Objektif üçüncü kişi kullanılan kelimenin anlamından yola çıkarak köpek balığı etinin kastedildiği yorumunu yapmalıdır. Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi'nin kararında farklı bir sonuca varacak başka bir olgudan bahsedilmediği için, objektif ve soyut yorum yoluyla, satım sözleşmesinin konusunu köpek balığı eti oluşturduğu sonucuna varılabilir.

Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi ise, satım sözleşmesinin balina eti üzerinden kurulduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme bu hususu şu şekilde ge-

rekçelendirmiştir: Taraflar balina etini konu alan bir sözleşme kurmak istediklerinden, aralarındaki hukuki ilişki hakkında sanki doğru betimleme kullanmışlar gibi karara verilmelidir.

Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi burada *falsa demonstratio non nocet* (yanlış beyan/ betimleme zarar vermez) ilkesini kullanmıştır. Bu temel ilkeye göre, hatalı beyanlar/betimlemeler, taraflar birbirine uygun irade açıklamaları ile başka bir şey istedikleri sürece, aralarındaki ilişkiye zarar vermez. Sözleşme, objektif-normatif olarak irade beyanına verilecek anlama bakılmaksızın, taraflarca istenen gerçek iradeleri üzerinden kurulur. *Falsa demonstratio non nocet* ilkesi, yalnızca yorum sonucuna objektif-normatif değerlendirme ile ulaşılamaması halinde uygulama alanı bulmaktadır. Bu sebeple *falsa demonstratio non nocet* ilkesine başvurulabilecek haller, yalnızca çok nadir görülen iki durumda söz konusu olmaktadır: Bu hallerden ilkinde irade açıklamasında bulunan taraf ve muhatap, birbirinden bağımsız olarak ve tesadüfen objektif-normatif beyanın anlamında aynı hataya düşmüşlerdir. İkinci halde ise yalnızca irade beyanında bulunan taraf hataya düşmekte ve muhatap buna karşılık hatayı fark etmekte ve yine tesadüfen – ve bunu gösteren başka olgular olmaksızın – karşı tarafın gerçek iradesini anlamaktadır.

Falsa demonstratio non nocet ilkesinin sonucunu gerekçelendirmek amacıyla zaman içerisinde birbirinden farklı açıklama girişimleri yapılmıştır. Bu şekilde tarafların korunmasına ihtiyaç olmamaktadır, zira taraflar birbirine uygun iradeler ile hedefledikleri nihai hukuki duruma varmaktadırlar. Ayrıca BGB'nin 133. maddesi, 117. maddesinin 2. fıkrası ve 116. maddesinin 2. cümlesinde düzenlenen durumlarda da tarafların gerçek iradelerine, beyanlarına göre öncelik tanınmaktadır.

Günümüzde *falsa demonstratio non nocet* ilkesi genel olarak kabul edilmediğinden fazla ayrıntılı olarak gerekçelendirilmemektedir. Buna rağmen bu ilke ile uygulamada tekrar tekrar ve hatta özel hukuk alanı dışında da karşılaşılacaktır. İncelenen karar örnekleri gerçekten yanlış betimlemenin *falsa demonstratio non nocet*- söz konusu olduğu olaylar değildir, çünkü aynı yorum sonucuna objektif-normatif yorum ile de ulaşılabilceği görülmüştür. *Falsa demonstratio non nocet* ilkesinin kullanılması, somut olayda amacından uzaklaştırılarak doğru hukuki gerekçelendirmeden kaçılmasını sağlamadığı sürece zararsızdır. Zira genel kabul edilen bir ilkeye doğrudan başvurulması, somut olayın hukuki gerekçelendirmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA BİR ANALİZ: KAMULAŞTIRMA BEDELİNİN TESPİTİ

DIE HÖHE DER ENTEIGNUNGSENTSCHÄDIGUNG- EINE ANALYSE ANHAND DER RECHTSPRECHUNG DES EGMR UND DES TÜRKISCHEN VERFASSUNGSGERICHT

Araş. Gör. Didem BİRBİR EFENDİOĞLU*

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS") 1 No'lu Ek Protokol m. 1 ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ("Anayasa") m. 35 ile m. 46 kapsamında ele alınmakta olan kamulaştırma müessesesi, çalışmamız kapsamında bedel tespiti boyutuyla ele alınmaktadır. Mülkiyet hakkı ile doğrudan ilgili olan kamulaştırma müessesinin kapsamı, Anayasa m. 46 kapsamında açıkça düzenlenmektedir. AİHS 1 No'lu Ek Protokol m. 1'de ise kamulaştırmanın kapsamına/içeriğine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") bireysel başvuruya konu olan ve genel anlamda kamulaştırma işleminden kaynaklanan hak ihlali iddialarını, AİHS 1 No'lu Ek Protokol m. 1 kapsamında değerlendirmiş ve geliştirdiği içtihat ile mülkiyet hakkı korumasına almıştır. Kamulaştırma işleminin mülkiyet hakkını sınırlandıran ve/veya ortadan kaldıran boyutu dolayısıyla kamulaştırma bedelinin mülkiyet hakkının ihlalini engelleyecek şekilde adilane tespiti ayrıca önem arz etmektedir. Kamulaştırma işlemine muhatap olan şahısların iç hukuk yollarını tüketmelerini müteakip, kamulaştırma bedelinin düşük olduğu ve bu sebeple mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM nezdinde Türkiye'ye karşı çok sayıda bireysel başvurunun yapılmış olduğu görülmektedir. Söz konusu bireysel başvuruların çok sayıda oluşu, yasa organında 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun tadil edilmesinin gerekli olduğu kanaatini uyandırmıştır. 24.4.2001 kabul tarihli ve 4650 sayılı "Kamulaştırma Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile hâlihazırda yürürlükte olan Kamulaştırma Kanunu kapsamında değişiklik yapılmıştır. Yapılan bu

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (efendioglu@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0001-6739-8672.

değişiklik son derece kapsamlı ve somut niteliği haiz olmasına karşın uygulamada kamulaştırma işlemlerinden kaynaklı mülkiyet hakkı ihlallerini tam anlamıyla ortadan kaldıramamıştır. Çalışmada kamulaştırma işlemi neticesinde mülkiyet hakkının ihlalini engellemek bakımından önem arz eden adilane kamulaştırma bedelinin tespiti kriterleri, AİHM ve Anayasa Mahkemesi ("AYM") kararları değerlendirilmek suretiyle ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler: *Mülkiyet hakkı, kamulaştırma, kamulaştırmaz el atma, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*

**AN ANALYSIS IN LIGHT OF EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS AND TURKISH CONSTITUTIONAL COURT
DECISIONS: DETERMINATION OF EXPROPRIATION
COMPENSATION**

ABSTRACT

This article discusses the concept of expropriation, which is articulated in Article 1 of the Protocol No 1 of the European Convention on Human Rights (the "ECHR") and Articles 35 and 46 of the Constitution of the Republic of Turkey ("Constitution"), from the aspect of the compensation amount. Article 46 of the Constitution explicitly determines the extent of expropriation concept, which is directly related to property rights. However, no explicit definition regarding the extent or the content of expropriation can be found in Article 1 of the Protocol No 1 of the ECHR. Nevertheless, the European Court of Human Rights (the "ECtHR") has reviewed the individual applications regarding alleged violations arising out of expropriation actions within the context of Article 1 of the Protocol No 1 of the ECHR. Moreover, the ECtHR with its case law, has included such alleged violations regarding expropriation actions within the scope of protection of property rights. Since expropriation possibly limits and/or abolishes property rights, the determination of the expropriation compensation in a just way to avoid violations of property rights has a critical importance. It is seen that there are many individual applications before the ECtHR alleging violations of property rights against Turkey by individuals, who have been a party to expropriation actions, brought before the ECtHR after exhaustion of local remedies. Due to the high number of such individual applications, the Turkish legislator had reached the conclusion that the Expropriation Law numbered 2942 must be amended. With "The law regarding the amendment of the Expropriation Law" dated 24.04.2001 and numbered 4650, a great number of changes have been made to the existing Expropriation Law. Even though these amendments were highly sweeping and have made solid changes to the implementation, the violation of the property rights through expropriation actions are not completely prevented. This article, by analyzing certain decisions of the ECtHR and the Constitutional Court of Turkey ("CC"), presents the criteria for the just determination of the expropriation compensation, which is of utmost importance to prevent violations of property rights through expropriation actions.

Keywords: *Property Right, Expropriation, Confiscating without Expropriation, Constitution of the Republic of Turkey, European Convention on Human Rights*

GİRİŞ

İdarenin ifası ile yükümlü olduğu görevleri gerektiği şekilde yerine getirebilmesi için kimi zaman özel hukuk kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlara ihtiyaç duyulmaktadır. İşte bu hallerde idare, “kamulaştırma” adı verilen mal edinme yöntemiyle özel hukuk kişilerine ait taşınmazları edinebilmektedir. Mülkiyet hakkına yönelik esaslı bir müdahale niteliğindeki kamulaştırma usulü, kamu yararı ve mülk sahibi arasındaki adil dengenin sarsılmaksızın uygulanabilmesi amacıyla, gerek Anayasa gerekse ilgili kanun kapsamında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir¹.

Kamulaştırma işlemi neticesinde kamu yararı ve mülk sahibi arasındaki adil dengenin sağlanabilmesi, kamulaştırma bedelinin adilane tespitini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda çalışmamızda kamulaştırma bedelinin tespiti, kamulaştırma müessesesinin Türkiye’deki mevzuat bakımından geçirdiği dönüşüm de dikkate alınarak AİHM ve AYM kararları bağlamında izah edilmeye çalışılmıştır.

1. MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyet hakkı ile ilgili bu birinci bölümde sırasıyla mülkiyet hakkının kapsamı ve hangi koşullarda sınırlandırmaya tabi tutulabileceğine dair açıklamalar, AİHS ve Anayasa kapsamındaki düzenlemeler dikkate alınarak ayrı alt başlıklar altında incelenmiştir. Çalışmanın konusunun esasen kamulaştırma bedelinin tespiti olduğu göz önünde bulundularak, bu bölüm kapsamında mülkiyet hakkına ilişkin yaptığımız açıklamaların olabildiğince tanıtıcı nitelikte olmasına özen gösterilmiştir.

1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Mülkiyet hakkı, AİHS 1 No’lu Ek Protokol m. 1 kapsamında aşağıdaki şekilde düzenlenmektedir²:

“Madde 1- Mülkiyetin korunması

Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı

¹ Cenk Şahin, *Acele Kamulaştırma*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 7.

² https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, (Çevrimiçi), E. T.: 12.10.2010.

gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörölen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelere uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmez."

AİHS kapsamında her ne kadar mülkiyet hakkı güvence altına alınmış olsa da mülk kavramının doğrudan tanımı yapılmamıştır. Ancak AİHM içtihatları çerçevesinde mülk kavramına nelerin dahil olduğu belirginleşmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda, mülk kavramını belirlemede temel ölçüt olarak "ekonomik bir değer oluşturma" kavramının dikkate alındığı belirtilmelidir³. Sınırlı sayıda olmamak kaydıyla, "taşınır mal", "taşınmaz mal", "fikri mülkiyet", "çalışma hakkı ve giriş özgürlüğü bağlamında gayri maddi malvarlığı değerleri", "miras hakkı" gibi ekonomik değerlerin mülkiyet hakkı bağlamında koruma altında olduğu söylenebilmektedir⁴.

AİHS 1 No'lu Ek Protokol m. 1'in üç belirgin kuralı kapsadığına ilişkin ilk AİHM kararı, *Sporrong ve Lönnroth v. İsveç*, 7151/75 ve 7152/75, 23.9.1982 kararıdır. Karar, madde kapsamında aşağıdaki üç kuralın var olduğunu ortaya koymaktadır:

- 1- Mal ve mülkün dokunulmazlığı kuralı
- 2- Mal ve mülkten yoksun/mahrum bırakılmama kuralı
- 3- Mal ve mülkün kullanımının belirli koşullarda devletler tarafından kısıtlanabileceği/ kontrol edilebileceği kuralı

Bu bağlamda mülkiyet hakkı mutlak bir hak olmayıp, kamu yararı (genel yarar) amacına göre birtakım kısıtlamalara tabi olabilmektedir.

AİHM 1 No'lu Ek Protokol m. 1 kapsamında bir ihlalin olup ol-

³ H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta, İstanbul, 2009, s. 179 vd.; Güney Dinç, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı", *TBB Dergisi*, S. 51, 2004, s. 134-135.

⁴ Gemalmaz, a.g.e., s. 231 vd.

madığına dair belirlemede bulunurken sırasıyla aşağıdaki denetimi yapmaktadır⁵:

- 1- Kanunilik ilkesine uygunluk
- 2- Müdahalenin kamu yararı (genel yarar) kapsamında meşru bir amaca hizmet etmesi
- 3- Müdahalenin orantılı olması: Kamunun genel yararının gerekleriyle bireyin temel haklarının gerekleri arasında adil bir denge olması. Bu kapsamda bireyin, “bireysel ve aşırı yük” altında bulunmaması gerekmektedir.

1.2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

Mülkiyet hakkı, Anayasa m. 35 kapsamında açıkça düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır:

“XII. Mülkiyet hakkı

Madde 35- Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

Anayasa kapsamında koruma altına alınan mülkiyet hakkı düzenlemesi, mülk kavramının kapsamına ilişkin belirgin bir tanım yapmaktadır. Bununla birlikte AYM, tesis ettiği bir kararında “ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı”nın mülkiyet hakkı kapsamındaki korumadan yararlandığını ifade etmektedir⁶. Yine başka bir kararda AYM, “menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynı haklar ve fikri hakların yanı sıra, icrası kabil olan her türlü

⁵ Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar, Ana Vilfan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Numara 10, Strasburg, 2007, s. 13 vd., <https://www.anayasa.gov.tr/media/3605/aihskapsamindamulkiyethakki.pdf> (Çevrimiçi), E.T.: 10.10.2010.

⁶ AYM, E. 2015/39, K. 2015/62, K.T. 1.7.2015, para. 20; R.G. Tarih-Sayı: 15.7.2015-29417.

hal ve alacaklar”ın de mülkiyet hakkının kapsamında olduğuna hükmetmiřtir⁷.

Anayasa m. 35 kapsamında mülkiyet hakkının hangi koşularda sınırlandırılabilirleği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre mülkiyet hakkında yapılacak bir sınırlandırmanın mutlaka kanunla olması (kanunilik kriteri) ve kamu yararı amacıyla (meşru amaç kriteri) yapılması gerekmektedir. Anayasa’da yer alan bu düzenlemenin AYM kararlarında tatbiki ise, aşağıdaki değerlendirmeler kapsamında gerçekteştirilmekte ve mülkiyet hakkının ihlalinin olup olmadığı belirlemesi sırasıyla aşağıdaki kriterlerin incelenmesi neticesinde ortaya konmaktadır. Bu kriterler aşağıdaki şekildedir:

- 1- Mülkün varlığı
- 2- Müdahalenin varlığı ve türü
- 3- Müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı değerlendirmesi
 - a- Kanunilik⁸
 - b- Meşru amaç: Kamu yararı
 - c- Ölçülülük
 - Elverişlilik: öngörülen müdahalenin, ulaşılmak istenen amacı gerçekteştirmeye elverişli olması
 - Gereklilik: ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmaması
 - Orantılılık: bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliği

AYM, kamulaştırma bedelinin tespitini konu alan ve mülkiyet

⁷ *Mahmut Duran ve Diğerleri*, B. No: 2014/11441, K. T. 1.2.2017, para. 60.

⁸ Bu bağlamda AİHM ve AYM’nin içtihatları ile sabit olduğu üzere kamulaştırmassız el atma usulü, kanunilik kriterini karşılamadığından mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet vermektedir. Bkz. AİHM, *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye*, 11765/05, 27.5.2010, para. 40, 43, 45; *Celalettin Aşçıoğlu*, B. No: 2013/1436, 6.3.2014; *Mustafa Asiler*, B. No: 2013/3578, 25.2.2015; *Hayati Tunç ve diğerleri*, B. No: 2014/1028, 10.3.2016; *Maşallah Söylemez*, B. No: 2017/30783, 29.1.2020; *Mahmut Keskin*, B. No: 2017/30396, 13.2.2020; *Emine Atılđan ve diğerleri*, B. No: 2017/30873, 11.3.2020.

hakkının ihlali iddiasındaki bireysel başvurular bakımından da çoğunlukla yukarıda sayılan kriterleri uygulamak suretiyle değerlendirme yapmaktadır⁹.

2. KAMULAŞTIRMADA BEDEL TESPİTİ

Kamulaştırmada bedel tespiti başlıklı bu üçüncü bölümde öncelikle hâlihazırda yürürlükte bulunan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa 4650 sayılı Kanun ile 2001 yılında getirilen değişikliklerden bilhassa bedel tespitine ilişkin olanlar üzerinde durulmuştur. Kamulaştırma Kanununda köklü değişiklikler öngören 4650 sayılı Kanunu müteakip, 5999 sayılı ve 18.6.2010 kabul tarihli Kanun ile Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Geçici Madde 6 açıklanmıştır. Bu Kanun değişikliğinden sonra ise, kamulaştırma bedelinin tespiti davası bakımından sınırlandırıcı süre ve sürenin bitimini takiben "kanuni faiz" düzenlemesi öngören 6459 sayılı ve 11.4.2013 kabul tarihli Kanunun 6. maddesi üzerinde durulmuştur. Tarihsel bakışın kanun değişiklikleri çerçevesinde izahını müteakip, sırasıyla AİHM ve AYM içtihatları kapsamında kamulaştırma bedelinin tespiti bakımından benimsenen yaklaşım tespit edilmeye çalışılmış ve bu bağlamda bedel tespitine dair kabul edilmiş kriterler saptanmaya çalışılmıştır.

2.1. Kamulaştırma Bedelinin Artırımını Konu Alan Mevzuatın Tarihsel Süreci

Kamulaştırma bedelinin artırımını konu alan mevzuatın tarihsel sürecinin analizi, hâlihazırda yürürlükte bulunan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa 4650 sayılı Kanun ile 2001 yılında getirilen değişiklikler

⁹ *Servet Saraçoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/1281, 24.6.2015; *Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras*, B. No: 2014/11994, 9.3.2017; *Ahmet Arı ve diğerleri*, B. No: 2017/14829, 28.1.2020; *Emine Dilek Onaran ve diğerleri*, B. No: 2017/19987, 12.2.2020; *Hava Sipahioğlu ve diğerleri*, B. No: 2016/4317, 12.11.2019; *Nilüfer Devrim*, B. No: 2015/11857, 8.5.2019; *Derya Alpdoğan ve diğerleri*, B. No: 2015/6845, 31.10.2018; *Celal Afşin ve diğerleri*, B. No: 2015/18943, 19.9.2018; *Saadet Esin*, B. No: 2014/18103, 26.10.2017; *Cevat Aydın*, B. No: 2014/13886, 4.10.2017; *Ali Şimşek ve diğerleri*, B. No: 2014/2073, 6.7.2017.

ile 5999 sayılı Kanun ve 6459 sayılı Kanunun değişiklik öncesi halinin karşılaştırılmalı değerlendirmesine ihtiyaç duymaktadır. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun öncesi-sonrası değerlendirmesine geçmeden önce ise, değişiklik ihdas eden 4650 sayılı Kanunun gerekçesinin değerlendirilmesinde fayda görölmektedir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda esaslı değişiklikler öngören 4650 sayılı Kanunun genel gerekesi¹⁰ incelendiğinde, kanun değişikliği ile esas hedeflenenin ne olduğu kolayca tespit edilebilmektedir. Genel gerekçede yer alan,

“...idarelerin, bilgi ve tecrübe eksikliği sebebiyle, kamulaştırma sırasında yanlış ve eksik işlemler yaptığı, çoğunluğu idare elemanlarından oluşan kıymet takdir komisyonları tarafından, kamulaştırmaya konu taşınmaz mal, kaynak ve irtifak hakkının değerinin objektif esaslardan uzaklaşılarak, idarelerin o iş için ayırdıkları ödeneye göre değer takdir edildiği ve işlemlere karşı ilgililer tarafından kamulaştırmanın iptali davaları açıldığı, açılan bu davalar sonucunda kamulaştırmaların iptal edildiği ve bunun da kamu yatırımlarının aksamasına ve gecikmesine sebep olduğu ve ayrıca, komisyonlar tarafından belirlenen bedellere karşı, hemen hemen tüm kamulaştırmalarda bedel artırım davaları açıldığı ve açılan bu bedel artırım davaları sonucunda da, kamulaştırma bedelleri çok yüksek rakamlara ulaştığı, bu bedellerin ödenmesinde de zaman zaman çok sıkıntılar ve aksamalar olduğu, bu ödemelerin Devlete ek bir mali külfet getirdiği gibi, geç yapılan bu ödemeler sebebiyle de, çok sayıda ilgili tarafından Devletimiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulması sonucunda, bu Mahkemede Türkiye aleyhinde insan hakları ihlali kararları çıktığı ve ayrıca Devletimizin yüksek meblağlara ulaşan tazminatlar ödemeye mahkum olduğu, bunun da, Devletimizin dış itibarını zedelediği ve bu durumun çeşitli platformlarda devletimiz aleyhine kullanıldığı...”

ifadesinden hareketle, değişiklikler ile esasen AİHM yargılaması neticesinde yüksek tazminatlara maruz kalınmasının önüne geçilmesinin hedeflendiği açıkça anlaşılmaktadır. Bu genel açıklamadan sonra aşağıda sı-

¹⁰ <https://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0837.pdf> (evrimii), E. T.: 13.10.2010.

rasıyla kamulaştırma bedelinin tespiti bakımından önem arz ettiği kanaatinde olduğumuz değişiklikler açıklanmaktadır.

4650 sayılı Kanun m. 5 ile Kamulaştırma Kanunu m. 10 kapsamında değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile, kamulaştırma bedelinin tespitinde görevli idare olan “kıymet takdir komisyonları” yerine taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi görevlendirilmiştir. Yine aynı madde kapsamında yapılan değişiklikle söz konusu taşınmazın ilgili idare lehine tesciline asliye hukuk mahkemesince karar verilmesi talebinde bulunulabilmesi için, taşınmazın malikine peşin ya da kanun kapsamında öngörülen hallerde taksitle yapılması gerekmektedir. Yine bu madde kapsamında idarenin asliye hukuk mahkemesine başvurusunu takiben en geç 30 gün içinde duruşma gününü belirlemesi zorunluluğu öngördüğünü ve bununla kamulaştırma sürecini hızlandırmayı ve yine dolaylı olarak taşınmazın bedeli bakımından ortaya çıkabilecek olası bir uyuşmazlığı önlemeye çalıştığı tespitinde bulunulabilir.

4650 sayılı Kanun m. 7 ile Kamulaştırma Kanunu m. 14 kapsamında değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile, değişiklik öncesi mümkün olan kamulaştırma bedelinin artırılması davası imkanı kaldırılmıştır. İlgililer ancak *“kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal ve maddi hatalara karşı da adli yargıda düzeltim davası açılabilir.”*

Kamulaştırma Kanunu (mülga) m. 38 kapsamındaki *“kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz mal ... ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala elkoyma tarihinden başlar.”* düzenleme ile AİHM kapsamında da hukuka aykırı kabul edilmiş uygulamalara karşı açılacak davalar bakımından 20 yıllık hak düşürücü sürenin düzenlendiği tespit edilebilmektedir. Ne var ki söz konusu madde, AYM tarafından aşağıdaki gerekçe ile iptal edilmiştir¹¹:

“İdare kendisine Anayasa tarafından tanınan olanak ve yetkileri Yasa’ya uygun bir biçimde kullanmaksızın taşınmaza el atarak kamulaştırma ilkelerine

¹¹ AYM, E. 2002/112, K. 2003/33, K. T. 10.4.2003, R. G. Tarih- Sayı: 4.11.2003-25279.

aykırı davranamaz. Anayasa'nın sınırlarını belirleyerek izin verdiği kamulaştırma yöntemini kullanmadan yapılan el atmalar, itiraz konusu kurala göre yirmi yıl geçtikten sonra yasal bir kamulaştırmanın bütün sonuçlarını doğurmakta ve taşınmazın, idarenin adına tapu kütüğüne tescili ile sonuçlanabilmektedir. Bu ise anayasal dayanağı olmayan kamulaştırmamız el koymadır. Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur.

Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 13, 35 ve 46. maddelerine aykırıdır."

Kamulaştırma Kanunu m. 38'in iptalini takiben yasama organı uygulamadaki belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla tek maddelik 5999 sayılı ve 18.6.2010 kabul tarihli Kanun ile sonrasında yine tadillere konu olacak "Geçici 6. Madde" yi 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklemiştir. Kanunun de gerekçesinde belirtildiği üzere "Geçici 6. Madde" ile amaçlanan, temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına "haksız fiil" neviden yapılan bu müdahalenin uzlaşma yoluna gidilerek tazminat ödenmesi suretiyle muhtemel davalar sebebiyle mahkemelerde oluşabilecek iş yükünü azaltmak ve ayrıca AİHM'e yapılması muhtemel müraعاتların da azaltılmasını sađlamaktır¹².

6459 sayılı ve 11.4.2013 kabul tarihli Kanununun 6. Maddesi ile Kamulaştırma Kanunu m. 10 kapsamında aşağıdaki ek fıkra ihdas edilmiştir:

"Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılmaması hâlinde, tespit edilen bedele bu sürenin bitiminden itibaren kanuni faiz işletilir."

Bahse konu ek fıkra, kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın kural olarak dört ay içinde karara bağlanması gerektiğini düzenlemektedir. Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan bu davanın dört ay içinde karara bağlanamaması halinde ise, dört aylık sürenin bitimini müteakip "kanuni faiz" işleteleceğini düzenlemiştir. Ek fıkra ile getirilen zaman sınırlaması ve kanuni faiz imkanının, doğrudan gerek AYM gerekse

¹² <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0773.pdf> (Çevrimiçi), E. T. 6.9.2020.

AİHM nezdinde bireysel başvuruya konu olan ve neticeten mülkiyet hakkının ihlali kararı verilen çok sayıdaki bedel artırım davalarının önüne geçilmesinin olduğu tespit edilebilmektedir.

Yukarıda bahsedilen kanun değişiklikleri bir bütün olarak ele alındığında, yapılan düzenlemelerdeki esas gayenin, dolaylı olarak Anayasa m. 35 ve m. 46 kapsamında güvence altına alınmış bulunan kamulaştırma bedeli konulu mülkiyet hakkının teminine yönelik olduğu görülmektedir.

2.2. Kamulaştırma Bedeli Dolayısıyla Mülkiyet Hakkının İhlali Konulu Davalarda (Bireysel Başvurularda) AİHM'in Yaklaşımı

Kamulaştırma bedeli dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlali konulu bireysel başvurularda AİHM'in yaklaşımının tespiti, bu konudaki davaların incelenmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda yapılmış olan bireysel başvurular dikkate alındığında davalar çoğunlukla kamulaştırma bedelinin hiç ödenmemesi, eksik ödenmesi, geç ödenmesi- ve buna bağlı olarak enflasyon oranı ile orantılı olmaması (yargı sürecinin uzaması ya da idarenin geç ödemesi) konulu davalar olduğu görülmektedir. AİHM'in kamulaştırma bedeli dolayısıyla bilhassa Türkiye'ye karşı açılmış davalar özelinde sıklıkla atıfta bulunduğu iki karar, dikkat çekmektedir. Bu davalar, *Akkuş v. Türkiye*, B. No: 19263/92, 9.7.1997 ve *Aka v. Türkiye*, B. No: 19639/92, 23.9.1998 davalarıdır.

Akkuş v. Türkiye davasında başvuru, yıllık enflasyon oranı %70 civarında iken kendisine ödenen kamulaştırma bedelinin enflasyona oranla yetersiz kaldığını ve ilgili idarenin söz konusu kamulaştırma bedelini geç ödemediğinden bahisle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. AİHM ise yaptığı değerlendirme neticesinde sırasıyla aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

- 1- *Başvurucunun iddiaları "mülkten barışçıl yararlanma"ya ilişkin olduğundan, kamunun genel yararının gerekleriyle bireyin temel haklarının gerekleri arasında adil bir denge olup olmadığının denetiminin yapılması gereklidir. Bu bağlamda yapılacak değerlendirmede, tazminatın iç hukuk düzenlemesinde hangi şartlarda ödenebilir olduğu ve bu*

şartların mevcut durumda nasıl uygulandığının tespitinin yapılması gerekmektedir (para. 27).

- 2- *AİHM'in görevi, iç hukukta yürütölen süreç kapsamında taşınmazın belirlenen değeri veya ek tazminat miktarı hakkında hüküm tesis etmek değildir. Bu bağlamda dava, ilgili idarenin başvuruçuya ödemesi gereken tazminatı ödemede gecikmesi dolayısıyla başvuruçuyu nezdinde oluştuğu iddia olunan zarar ile ilgilidir (para. 28).*
- 3- *Kamulaştırma bedelinin (tazminatının) ödenmesindeki normal olmayan derecedeki uzun gecikmeler, mülkü kamulaştırılan kişi nezdinde mali kayıpların artmasına neden olmakta ve bilhassa bazı devletlerde gerçekteşen mali değeri kaybı dikkate alındığında bireyler nezdinde belirsizlik yaratmaktadır (para. 29).*
- 4- *İlgili olay özelinde, başvuruçuya ödenen yıllık %30 faiz ve ek tazminat, Yargıtay kararından 17 ay sonra ve yıllık enflasyon oranının %70'e yükseldiği zaman yapılmıştır. Yargıtay tarafından tazminat (kamulaştırma) bedelinin hükmedildiği tarih ile bedelin ödendiği tarih arasındaki fark dolayısıyla başvuruçuyu, ayrıca zarara uğramıştır (para. 30).*
- 5- *İlgili idarelerin tazminatın ödenmesini 17 ay ertelemesi, tazminatın yetersiz kılınmasına ve dolayısıyla **başuruçunun mülkiyet hakkı ile (kamulaştırma işleminin) genel yararın gerekleri arasındaki dengeyi bozmuştur.** Bu sebeple AİHS 1 No'lu Ek Protokol m. 1 ihlal edilmiştir (para. 31).*

Aka v. Türkiye davasında ise başvuruçuyu, kamulaştırma için ek tazminat üzerinden ödenen gecikme faiz oranının çok düşük olmasından ve ilgili idarenin bedeli ödemede gecikmiş olmasından bahisle AİHS 1 No'lu Ek Protokol m. 1 ihlal edildiği iddiasındadır. AİHM ise, *Akkuş v. Türkiye* davasında ifade ettiği üzere, reel enflasyon oranı ile ödemede esas alınan faiz arasındaki farkın, mülkünden mahrum bırakılan kişi aleyhinde "adil dengeyi bozan aşırı bir yük" oluşturduğunu yinelemiştir. *Aka v. Türkiye* davasındaki gecikme de aynı *Akkuş v. Türkiye* davasında olduğu gibi yine ilgili idarenin ödemede gecikmesi kaynaklıdır. AİHM bu davada, *Akkuş v. Türkiye* davasından farklı olarak, mülkleri kamulaştırılan kişilerin özellikle hak ettikleri tazminatı elde edebilmek için takip edilmesi gereken idari veya adli süreçler bakımından da yaşanan olağandışı uzun gecikmelerin de birey aleyhinde "adil dengeyi bozan aşırı bir yük" oluşturduğunu kabul etmiştir.

Bilhassa Türkiye'ye karşı yapılan bireysel başvurularda AİHM'in sıklıkla atfı yaptığı bu iki dava incelendiğinde, gerek idari-adli süreç kaynaklı olarak gerekse kamulaştırma bedelini ödeyecek ilgili idarenin olağandışı uzun süreli gecikmesi dolayısıyla kamulaştırma bedelinde bilhassa enflasyon dolayısıyla ortaya çıkan esaslı azalmalar, tazminatın (kamulaştırma bedelinin) yetersiz kalmasına sebebiyet vermekte olarak kabul edilmektedir. Tazminatın yetersiz oluşu ise, **başvurucunun mülkiyet hakkı ile (kamulaştırma işleminin) genel yararın gerekleri arasındaki adil dengeyi bozmuş** kabul edildiğinden, AİHS 1 No'lu Ek Protokol m. 1'in ihlaline hükmedilmektedir¹³.

¹³ Aynı yönde kararlar için bkz. *Ekin ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 67249/01, 29.11.2005; *Deligöz v. Türkiye*, B. No: 67586/01, 26.1.2006; *Taş ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 46085/99, 2.8.2005; *Salih Kaplan v. Türkiye*, B. No: 6073/03, 15.7.2005; *Yılmaz ve Gümüş v. Türkiye*, B. No: 28167/02, 15.7.2005; *Kurucu v. Türkiye*, B. No: 28174/02, 15.7.2005; *Ülker ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 64438/01, 23.3.2006; *Koçak ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 42432/98, 19.5.2004; *Mehmet Kaplan v. Türkiye*, B. No: 6366/03, 3.10.2006; *Mustafa Güçlü ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 42670/98, 8.1.2004; *Mehmet Emin Acar v. Türkiye*, B. No: 1901/02, 10.10.2006; *İbrahim Yalçınkaya v. Türkiye*, B. No: 14788/03, 30.5.2006; *Muharrem Aslan Yıldız v. Türkiye*, B. No: 74530/01, 7.2.2006; *Uysal ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 13101/03, 22.9.2005; *Reçber v. Türkiye*, B. No: 52895/99, 2.2.2006; *Mehmet Yiğit v. Türkiye*, B. No: 28185/02, 21.7.2005; *Mehmet Kılıç v. Türkiye*, B. No: 28169/02, 11.4.2006; *Karaaslan v. Türkiye*, B. No: 72970/01, 4.4.2006; *Şeyhmus Yaşar ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 44763/98, 8.11.2005; *Karapınar v. Türkiye*, B. No: 49394/99, 2.8.2005; *Tmarlıoğlu v. Türkiye*, B. No: 3820/03, 31.3.2009; *Arslaner v. Türkiye*, B. No: 23903/02, 24.5.2007; *Kökmen v. Türkiye*, B. No: 35768/02, 20.4.2006; *Yalçınkaya v. Türkiye*, B. No: 14796/03, 2.2.2006; *Yüce v. Türkiye*, B. No: 75717/01, 21.2.2006; *Emrullah Hattatoğlu v. Türkiye*, B. No: 48719/99, 14.4.2005; *Cuma Ali Doğan ve Betül Doğan v. Türkiye*, B. No: 76478/01, 21.2.2006; *Kuzu ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 44000/98, 10.1.2006; *Tulumbacı ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 76571/01, 13.6.2006; *Acar ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 53796/00, 10.1.2006; *Tiryakioğlu v. Türkiye*, B. No: 45436/99, 24.5.2005; *Keltaş v. Türkiye*, B. No: 67252/01, 29.11.2005; *Cemile Açıkgöz v. Türkiye*, B. No: 76855/01, 24.10.2006; *Okur v. Türkiye*, B. No: 76567/01, 13.6.2006; *Mehmet Hanifi Kaya v. Türkiye*, B. No: 17742/03, 6.3.2007; *Yatır v. Türkiye*, B. No: 74532/01, 7.2.2006; *Kayatepe v. Türkiye*, B. No: 57375/00, 31.5.2005; *Kara ve Midilli v. Türkiye*, B. No: 76498/01, 13.6.2006; *Çağlar ve diğerleri v. Türkiye*,

AİHM'in kamulaştırma bedelinin tazmini bakımından denetimini yapmakta olduğu "*başvurucunun mülkiyet hakkı ile (kamulaştırma işleminin) genel yararın gerekleri arasındaki adil denge*" kavramından neyin anlaşılması gerektiği, AİHM kararlarında önemle vurgulanmaktadır¹⁴. Buna göre, AİHS ile korunan mülkiyet hakkı her durumda kamulaştırmaya konu olan taşınmazın tam bedelinin ödenmesini güvence altına almamaktadır. Ekonomik reform veya sosyal adaleti gerçekleştirmek gibi geniş anlamdaki tedbirleri uygulamak adına istisnaen meşru kamu yararı gayesiyle yoksun bırakılan mülkün piyasa değerinin altında ödeme yapılması, ölçülülük ilkesine aykırı olmayabilmektedir. Bu bağlamda AİHM'in kamulaştırma bedeline olan yaklaşımın "gerçek değer" temelli olmadığı, daha ziyade adil dengenin temini için yeterli kabul edilebilecek "tazminat" olduğu tespitinde bulunulabilmektedir.

AİHM'in tazminat odaklı yaklaşımı akılda tutularak değerlendirildiğinde, enflasyon dolayısıyla kamulaştırma bedeli bakımından %3 oranındaki bedelde azalmanın, başvurucunun mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet vermediği yaklaşımı da tazminat odaklı yaklaşımla çelişmektedir¹⁵.

Yine AİHM, davanın ihdas edildiği tarih ile kararın verildiği 1 yıllık süreli enflasyon dolayısıyla kamulaştırma bedelinde %10.74 oranında meydana gelen değer kaybı neticesinde herhangi bir faiz işletilmenden yapılan ödemeyi, genel yarar ile başvurucunun temel haklarının korunması arasındaki adil dengeyi bozucu nitelikte görmemiştir. Bu sebeple de mülkiyet hakkının ihlal edilmediğini düşünmektedir¹⁶.

B. No: 57647/00, 13.6.2006; *Yusuf Sarı v. Türkiye*, B. No: 76797/01, 13.6.2006; *Mehmet Ali Gündüz v. Türkiye*, B. No: 27633/02, 10.8.2006; *Mutlu v. Türkiye*, B. No: 8006/02, 10.10.2006; *Tunç v. Türkiye*, B. No: 54040/00, 24.5.2005; *Yılmaz Yıldız Turistik Tesisleri A. Ş. v. Türkiye*, B. No: 30502/96, 24.4.2003; *Dökmeci v. Türkiye*, B. No: 74155/14, 6.12.2016.

¹⁴ *Sporrong ve Lönnroth v. İsveç*, B. No: 7151/75 ve 72/52/75, 23.9.1982; *James ve Diğerleri v. İngiltere*, B. No: 8793/79, 21.2.1986; *Papachelas v. Yunanistan*, B. No: 31423/96, 25.3.1999; *Lithgow ve Diğerleri v. İngiltere*, B. No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81; 9266/81; 9313/81; 94040.

¹⁵ *Kurtuluş v. Türkiye*, B. No: 24689/06, 28.9.2010.

¹⁶ *Güleç ve Armut v. Türkiye*, B. No: 25969/09, 16.11.2010.

Benzer şekilde, ödenen kamulaştırma bedeli ile bedelin tamamı arasındaki farkın %5'ten az olduğu durumlarda aradaki farkın, "hesaplama yönteminden kaynaklanan bir belirsizlik payı olarak yorumlanabileceği" ve bu durumun da yine mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet vermediğine hükmedilmiştir¹⁷.

2.3. Kamulaştırma Bedeli Dolayısıyla Mülkiyet Hakkının İhlali Konulu Davalarda (Bireysel Başvurularda) AYM'nin Yaklaşımı

Kamulaştırma bedeli dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlali konulu davalarda AYM'nin yaklaşımının tespiti, bu konudaki davaların incelenmesi ile mümkündür. Bu bağlamda sonraki birçok kararda da kendisini atıfta bulunulan *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19.12.2013 kararının değerlendirilmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz¹⁸. Söz konusu başvuru, "ilgili taşınmazın kamulaştırma bedelinin tespiti davasının dokuz yıl sürmesi ve dava açma tarihi esas alınarak belirlenen kamulaştırma bedelinin dava sonunda faiz işletilmeden ilgililere ödenmesi dolayısıyla mülkiyet haklarının ihlal edildiği" iddiasına ilişkindir.

AYM, yaptığı değerlendirmeler neticesinde sırasıyla aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

- 1- "Özel mülkiyetteki bir taşınmazın kamu yararı amacıyla ihtiyaç duyulması halinde şekil ve koşulları yasayla belirlenmek şartıyla kamulaştırılmak suretiyle kamu hizmetine tahsis edilerek özel mülkiyeti sona erdirilebilir. Kamulaştırmanın nasıl ve hangi ilkelere göre yapılacağı Anayasa'nın 46. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (para. 32).

¹⁷ Arabacı v. Türkiye, B. No: 65714/01, 7.3.2002.

¹⁸ Aynı yönde kararlar için bkz. *Fikri Erdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/9032, 5.11.2014; *Abdülkerim Babir ve diğerleri*, B. No: 2013/2550, 10.12.2014; *Özgül Tan ve diğerleri*, B. No: 2013/9499, 24.6.2015; *İsmet Zeynep Cantaş ve diğerleri*, B. No: 2013/847, 22.6.2015; *Nevzat Albayrak ve diğerleri*, B. No: 2013/9822, 22.6.2015; *Mustafa Ünlü*, B. No: 2013/735, 17.9.2014; *Tülay Şahin*, B. No: 2013/1568, 8.5.2014; *Nebahat Tanrıverdi*, B. No: 2012/1313, 6.3.2014; *Nurettin Albayrak ve diğerleri*, B. No: 2013/4809, 22.1.2015.

- 2- *“Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesinde açıkça temelden yoksun veya keyfi olduğu anlaşılmadıkça yetkili kamu organlarının kamu yararı tespiti konusundaki takdirine müdahalesi söz konusu olmaz (para. 36).*
- 3- *“Anayasa’nın 35. maddesine göre kişilerin mülkiyetleri ancak kanunla öngörülmüş usullerle ve kamu yararı gereği karşılığı ödenmek suretiyle ellerinden alınabilir. Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülklerinden mahrum bırakılmaları halinde elde edilmek istenen kamu yararı ile mülkünden mahrum bırakılan bireyin hakları arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir (para. 37).*
- 4- *“Kamu yararı bulunması, kamulaştırma kararının yasada gösterilen esas ve usullerine uyulması, gerçek karşılığın peşin ve nakden ödemesi kamulaştırmanın anayasal öğeleridir (para. 39).*
- 5- *“Bununla beraber gerçek karşılığının altında bir bedel ödenerek bir taşınmazın idareye geçmesi de Anayasa’nın 46. maddesi hükmüne açıkça aykırılığın yanında mülkiyet hakkına Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesini aşan ve mülkünden yoksun bırakılan kişiye ulaşılmak istenen kamu yararıyla kıyaslandığında ölçüsüzce ağır bir yük yükleyen ve makul olmayan müdahale niteliğindedir (para. 41).*
- 6- *“İdarenin, malikin rızasına gerek olmaksızın yapabileceği bir işlem olan kamulaştırma nedeniyle peşin ödemesi gereken bedeli ödemede gecikmesi durumunda hissedilir değer kaybına neden olan unsurların varlığının dikkate alınmaması halinde ödenen bedelin gerçek karşılık olarak nitelendirilemeyeceği açıktır... Başvurucuların mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantılı olabilmesi için ödenen tutarların enflasyonun etkilerinden arındırılarak güncelleştirilmesi, yani kamulaştırma tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süredeki hissedilir değer kaybını telafi edecek biçimde faiz uygulanması gerekir. (para. 42).*

AYM somut olay özelinde yaptığı müteakip değerlendirmede ise, **mülkten yoksun bırakmanın kanuna uygun bir kamulaştırma işlemi ile yapıldığını ve söz konusu kamulaştırmanın kamu yararı şeklindeki meşru amaca yönelik olduğu** belirlemesinde bulunmuştur. Bu aşā-

mada başvuruçuların mülkiyet haklarının ihlal edilip edilmediğinin belirlenebilmesi için, ilgili kamulaştırma işleminin “başvuruçuların üzerinde ölçülü olmayan aşırı bir yük yükleyip yüklediğinin” tespiti gerekmektedir. Olayda dava tarihi esas alınarak ödemesi yapılan kamulaştırma bedeli, 8 yıl 8 ay sonra faizsiz olarak ödenmiştir. Bu sürede enflasyonda meydana gelen artış oranı ise %104,63’tür. Bu kapsamda enflasyonda meydana gelen artış dolayısıyla faizsiz ödenen kamulaştırma bedelinde meydana gelen değer kaybı dikkate alındığında, “başvuruçuların üzerine idarenin ulaşmak istediği meşru kamu yararı ile haklı gösterilemeyecek şekilde orantısız ve aşırı yük bindiği” sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sebeple AYM, Anayasa m. 35’in ihlaline hükmetmiştir.

Kanunilik ilkesine uygun kamulaştırma işleminden farklı olarak mülkiyete yapılan müdahalenin “kamulaştırmaz el atma” kapsamında da yapılmış olması mümkündür. Bu bağlamda başkaca kararlarda kendisine çokça atfı yapılan *Celalettin Aşçıoğlu, B. No: 2013/1436, 6.3.2014* kararının değerlendirilmesinin gerekli olduğu görülmüştür¹⁹. Söz konusu başvuru, ilgili taşınmazın idare tarafından kanal haline dönüştürülmesi neticesinde oluşan zararın tahsil edilmesi talebiyle açılan davada, davanın taraflarının talebi olmaksızın kamulaştırmaz el atma şeklinde değerlendirilmesi ve tarımsal net gelir yöntemi dikkate alınarak daha düşük tazminat belirlenmesi ile taşınmazın yol olarak terkinine karar verilmesi sonucu adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğine ilişkindir.

AYM, yaptığı değerlendirmeler neticesinde sırasıyla aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

- 1- “Kamulaştırma yapmaya yetkili olan Devlet, kamu tüzel kişileri, kamu kurumları veya kamu yararı bulunması halinde yararlarına kamulaştırma yapılabilecek gerçek ve özel hukuk kişileri tarafından, Anayasa’nın 46. maddesi ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’na aykırı şekilde, özel mülkiyete konu taşınmazlara kısmen veya tamamen, fiilen veya hukuken bedelsiz olarak el koyma işlemine ‘kamulaştırmaz el atma’ denmektedir (para. 55).

¹⁹ Mustafa Asiler, B. No: 2013/3578, 25.2.2015; Hayati Tunç ve diğerleri, B. No: 2014/1028, 10.3.2016; Maşallah Söylemez, B. No: 2017/30783, 29.1.2020; Mahmut Keskin, B. No: 2017/30396, 13.2.2020; Emine Atılğan ve diğerleri, B. No: 2017/30873, 11.3.2020.

- 2- *“Kamulaştırmasız el atma, idareye, taşınmazı kullanma ve kamulaştırma işlemi yapmadan taşınmazı elde etme imkânı sağlamaktadır. Böyle bir kamulaştırma işlemi olmadığından, kullanılan taşınmazın devrini meşrulaştırma ve belli bir hukuki güvence sağlama imkânı sunan tek unsur, idare tarafından kullanımın yasal olmadığını tespit eden ve bireylere “kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat” ödenmesine hükmeden mahkeme kararıdır. Kamulaştırmasız el atma uygulaması, hukuki planda taşınmazların maliki olarak kalan başvuranları, herhangi bir kamu yararı gerekçesi ile eylemini haklı kılmayan idareye karşı dava açmak zorunda bırakılmaktadır. Böyle bir kamu yararı gerekçesinin gerçekliği ancak daha sonra mahkemeler tarafından değerlendirilmektedir. Başka bir deyişle, kamulaştırmasız el atma, her ne olursa olsun, idare tarafından isteyerek oluşturulmuş kanuna aykırı bir durumu hukuki olarak kabul etmeye ve idareye, kanuna aykırı davranışından fayda sağlama imkânı sunmaya yol açmaktadır. İdareye resmi kamulaştırma kurallarının ötesine geçme imkânı sağlayan böyle bir uygulama, kişilere öngörülemez ve keyfi durumlarla karşılaşma tehlikesi taşımaktadır. Söz konusu uygulama, yeterli derecede hukuki güvence temin edecek ve gerektiği şekilde gerçekleştirilen bir kamulaştırmanın alternatifi ni oluşturacak nitelikte değildir (para. 57).”*

AYM somut olay özeline yaptđı müteakip değerlendirmede ise, taşınmazın belirli bir bölümüne idarece ihmalen yapılan kamulaştırmasız el atmanın, Anayasa m. 35 ve m. 46’da ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda ngrlen usule uymayan ve kanunilik kriterini ihlal eden bir müdahale olduğu tespitinde bulunmuştur. Bu sebeple de Anayasa m. 35’in ihlaline karar vermiştir. Bununla birlikte derece mahkemelerince başvurucuya faizi ilave edilmek suretiyle kamulaştırma bedelinin ödenmesine hükmedildiği gerekçesiyle ayrıca bir tazminata hkmedilmemiştir.

AYM bireysel başvuru kararları incelendiğinde kamulaştırma bedelinin tespiti bakımından yüksek mahkemenin belirlediği kriterler aşağıdaki gibi sıralanabilir:

- Ölçülülük ilkesi gereği, mülkünden mahrum bırakılan birey ile

elde edilmek istenen kamu yararı arasında adil bir denge olmalıdır. Adil dengenin sağlanabilmesi, mülkünden mahrum bırakılan kişinin makul olmayan ve ölçüsüz bir yüke katlanma zorunluluğu ile karşı karşıya kalmasını engelleyebilmek için Anayasa m. 46'da da belirtildiği üzere **gerçek karşılığın peşin ve nakden ödenmesi gerekir.**

- Peşin ödenmesi gereken gerçek karşılığın idarece ödenmesinin gecikmesi halinde söz konusu müdahalenin orantılı olabilmesi için, kamulaştırma bedeli olarak ödenecek meblağın enflasyonun etkilerinde arındırılacak şekilde güncelleştirilmesi, yani **kamulaştırma tarihi ve ödeme tarihi arasında geçen süredeki değer kaybını sübvansede edecek düzeyde faiz²⁰ uygulanması gereklidir.**

Bu noktada belirtmek isteriz ki AİHM'de görülmüş olan *Yetiş ve diğerleri v. Türkiye*²¹ davasında AİHM, uygulanacak faiz oranı hakkında önemli bir belirlemede bulunmuştur. Davada başvuruçular, "tazminatlarında ortaya çıkan değer kaybı dolayısıyla uğradıkları mağduriyeti gidermek üzere ulusal mahkemelerin, T.C. Anayasası'nın 46. maddesinde öngörülen en yüksek faiz oranını uygulamaları gerektiğini" ileri sürmüşlerdir. Ancak AİHM söz konusu faizin Anayasa m. 46'da belirlenen değer üzerinden hesaplanabilmesi için, kesinleşen kamulaştırma tazminatının olması ve bu tazminatın ödenmemesi halinde ancak ödenmeyen kısmına madde kapsamında öngörülen faizin uygulanabileceğini belirtmiştir. Olay özetinde ise söz konusu tazminat başvuranlara karar tarihinde peşin olarak ödendiğinden Anayasa m. 46'daki faiz hükmünün tatbikinin talebi mümkün değildir²².

SONUÇ

İdare, kanun ile yükümlü kılındığı görevlerini ifa ederken kimi

²⁰ Anayasa m. 46/son: İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde **kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.** Kamulaştırma bedelinin ödenmemesi halinde hangi oranda faiz uygulanması gerektiği, Anayasa m. 46/son kapsamında açıkça belirtilmiştir.

²¹ *Yetiş ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 40349/05, 6.7.2010.

²² *Yetiş ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 40349/05, 6.7.2010, para. 44.

zaman özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlara ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyacın giderilebilmesi amacıyla, doğrudan Anayasa m. 46 ile, devlet ve kamu tüzel kişilerine kamulaştırma yetkisi tanınmıştır. Kamulaştırma müessesesinin bireyin mülkiyet hakkını ihlal riskini bünyesinde barındırması dolayısıyla bu mal edinme usulünün kapsamının genel hatlarıyla doğrudan Anayasa kapsamında düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuştur. Anayasa m. 35 gereği, *ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilen mülkiyet hakkı sınırlanabilir*. Mülkiyet hakkını sınırlandıran bir usul olan kamulaştırma usulünün detayları, bu madde dolayısıyla Kamulaştırma Kanunu kapsamında düzenlenmiştir. Kamulaştırma süreci bakımından önemli bir unsur olan kamulaştırma bedelinin hesaplanması, ödenme şekli, ödenme zamanı vb. diğer unsurlar da yine aynı şekilde Anayasa ve Kanun'un ilgili maddelerinde düzenlenmektedir. Ne var ki kamulaştırma bedelinin ilgili mevzuat kapsamında bu denli ayrıntılı düzenlenmiş olması, uygulamada kamulaştırma bedelinin tespitini konu alan uyuşmazlıkların çıkmasına engel olmamıştır. Gerek idarelerin kamulaştırma bedelini zamanında ödememesi, hiç ödememesi ya da eksik ödemesi, gerekse ülkemizdeki enflasyon oranı dolayısıyla belirlenen kamulaştırma bedelinin adilane olmaktan çıkması, söz konusu uyuşmazlıkların AİHM ve AYM nezdinde bireysel başvurulara konu edilmesine sebep olmuştur. Kamulaştırma müessesesi, AİHS kapsamında doğrudan yer almamakla birlikte, mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirilmektedir. AİHM kararlarıyla sabit olduğu üzere, kamulaştırma bedelinden doğan uyuşmazlıklar da AİHS 1 no'lu Ek Protokol m. 1 kapsamında mülkiyetin korumasından yararlanmaktadır.

Kamulaştırma bedelinin adilane tespiti bakımından AİHM ve AYM kararlarının benimsediği ilkeler önem arz etmektedir. Bu bağlamda öncelikle belirtmek gerekir ki AYM, kamulaştırma bedelinde "*gerçek değer*"in ödenmesini gerekli görmekte iken AİHM, kamulaştırma bedeli kaynaklı zararın tazminini adil dengeyi temine yeter düzeyde "*tazminat*" üzerinden yapmakta ve gerçek değer kriterini aramamaktadır. "*Gerçek değer*" ve "*adil dengenin sağlanması yeter düzeyde tazminat*" yaklaşımı karşılaştırıldığında, AYM'nin AİHM'e nazaran mülkiyet hakkını koruma bakımından bir adım önde olduğu tespitinde bulunulabilir. AİHM, enflasyon dolayısıyla kamulaştırma bedelinde uğranan değer kaybının, birey bakımından katlanılmaz bir yük oluşturmaması, başka bir

deyişle, *bireyin mülkiyet hakkı ile genel yararın gerekleri arasındaki adil dengeyi bozmaması* gerektiği görüşündedir. AİHM, dava özelinde adil dengenin bozulduğu kanaatinde olduğu vakit, AİHS 1 no'lu Ek Protokol m. 1'in ihlal edildiğine hükmetmektedir. Yine AİHM, ödenen kamulaştırma bedeli ile kamulaştırma bedelinin tamamı arasındaki farkın düşük oranlarda olduğu durumlarda (örn. %3, %5, %10), bu farkı mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet veren oranlar olarak değerlendirmemektedir. Bu yaklaşım, AİHM'in "adil dengenin sağlanmasında yeter düzeyde tazminat" gayesi ile uyum içindedir. AYM kamulaştırma işlemi neticesinde bireyin mülkiyetine yapılan müdahalenin ihlal teşkil edip etmediğini belirlerken sırasıyla, (a) kanunilik, (b) meşru amaç: kamu yararı, (c) ölçülülük: elverişlilik-gereklilik-orantılılık kriterlerini dikkate almaktadır. Bu bağlamda AYM, peşin ödenmesi gereken gerçek karşılığın idarece ödenmesinin gecikmesi, hiç ödenmemesi ya da eksik ödenmesi halinde söz konusu mülkiyet hakkının ihlal edilmediği tespitinde bulunabilmek için mülkiyete müdahalenin orantılı olması gerekir. Mülkiyete müdahalenin orantılı olabilmesi için, kamulaştırma bedeli olarak ödenecek meblağın enflasyonun etkilerinden arındırılacak şekilde güncelleştirilmesi, yani kamulaştırma tarihi ve ödeme tarihi arasında geçen süredeki değer kaybını sübvansedecek düzeyde faiz uygulanmasını gerekli görmüştür.

Sonuç olarak, kamulaştırma bedelinin adilane tespiti bakımından belirlenen kriterler dikkate alındığında AİHM ve AYM'nin birbiriyle uyum içinde olan ve birbirini destekler nitelikte kararlar verdiği tespitinde bulunabiliriz. Ancak bu tespiti yaparken, AİHM ve AYM'nin kamulaştırma bedeline bakışında farklılaşma doğuran "gerçek değer" ve "adil dengeyi temine yeter düzeyde tazminat" kavramlarına yüklenen anlam daima akılda tutulmalıdır.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Verwaltung benötigt manchmal auf unbewegliches Vermögen von Privatpersonen angewiesen, um ihre gesetzlichen Pflichten erfüllen zu können sie ihre gesetzlichen Pflichten erfüllt. Um diesen Bedarf zu decken, gewährt Art. 46 der Verfassung den staatlichen und öffentlichen juristischen Personen die Befugnis zur Enteignung. Da der Enteignungsprozess selbst das Risiko einer Verletzung des Eigentumsrechts des Einzelnen beinhaltet, muss die allgemeine Gliederung dieses Eigentumserwerbsverfahrens unmittelbar im Rahmen der Verfassung geregelt werden. Nach Artikel 35 der Verfassung darf das Eigentumsrecht nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen und nur zum Zwecke des öffentlichen Interesses eingeschränkt werden. Die Einzelheiten des Enteignungsverfahrens, die das Eigentumsrecht einschränkt, sind im Rahmen des Enteignungsgesetzes geregelt. Die Berechnung des Enteignungsbetrags, der Zahlungsmethode, des Zahlungszeitpunkts usw. ist ein wichtiges Element im Enteignungsprozess, welche ebenfalls in den einschlägigen Artikeln der Verfassung und des Gesetzes geregelt sind. Die Tatsache, dass der Enteignungsbetrag im Rahmen der einschlägigen Rechtsvorschriften so detailliert geregelt wurde, hat jedoch Streitigkeiten über deren exakte Bestimmung in der Praxis nicht verhindern können. Aufgrund der Nichtzahlung oder Unterzahlung des Enteignungsbetrags oder der Versäumnis der Verwaltung den Enteignungsbetrag rechtzeitig zu zahlen, gab es zahlreiche Streitigkeiten in Form der individuellen Beschwerden an die Europäische Gerichtshof Menschenrechte („EGMR“) und das Verfassungsgericht. Dazu kamen weitere Probleme aufgrund der hohen Inflationsrate in unserem Land, welche zur unfairen Ermittlung des Enteignungsbetrags führten. Obwohl der Enteignungsprozess nicht unmittelbar von der Europäische Menschenrechtskonvention („EMRK“) erfasst wird, wird sie im Rahmen des Eigentumsrechts bewertet. Wie in den Entscheidungen des EGMR festgelegt, profitieren Streitigkeiten aus dem Enteignungspreis auch vom Schutz des Eigentumsrechts, das in Artikel 1 des Zusatzprotokolls Nr. 1 der EMRK erwähnt wird.

Die in den Entscheidungen des EGMR und des Verfassungsgerichts festgelegten Grundsätze sind wichtig für die gerechte Bestimmung des Enteignungsbetrags. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Verfassungsgericht es für erforderlich hält, den "tatsächlichen Wert" des Enteignungsbetrags zu zahlen, der EGMR jedoch die Entschädigung des Schadens auf der Grundlage eines "Schadensersatzes" für ausreichend hält, um ein faires Gleichgewicht herzustellen und sucht nicht nach dem Realwertkriterium. Beim Vergleich des Ansatzes "realer Wert" und "ausreichende Entschädigung zur Gewährleistung eines fairen Gleichgewichts" kann festgestellt werden, dass das Verfassungsgericht in Bezug auf den Schutz des Eigentumsrechts im Vergleich zum EGMR einen Schritt voraus ist. Der EGMR ist der Ansicht, dass der durch die Inflation verursachte Wertverlust des Enteignungspreises keine unerträgliche Belastung für den Einzelnen darstellen sollte, d.h. das ausgewogene Verhältnis zwischen dem Eigentumsrecht des Einzelnen und den Anforderungen des allgemeinen Interesses nicht gestört werden sollte. Wenn der EGMR der Ansicht ist, dass das Gleichgewicht im Einzelfall gestört ist, führt dies zur Verletzung des Zusatzprotokoll Nr. 1. Auch in Fällen, in denen die Differenz zwischen dem gezahlten Enteignungspreis und dem gesamten Enteignungspreis gering ist (z. B. 3%, 5%, 10%), betrachtet der EGMR diesen Unterschied nicht als eine Verletzung des Eigentumsrechts. Dieser Ansatz steht im Einklang mit dem Ziel des EGMR, "eine ausreichende Entschädigung für ein faires Gleichgewicht zu gewährleisten". Das Verfassungsgericht berücksichtigt (a) Rechtmäßigkeit, (b) legitimen Zweck: öffentliches Interesse, (c) Verhältnismäßigkeit: Verfügbarkeits-, Notwendigkeits- und Angemessenheitskriterien, während es entscheidet, ob der Eingriff in das Eigentum des Einzelnen infolge des Enteignungsprozesses einen Verstoß darstellt. In diesem Zusammenhang muss das Verfassungsgericht nach dem Verhältnismaßigkeitsprinzip feststellen, dass das Eigentumsrecht nicht verletzt wurde, falls die tatsächlich im Voraus zu zahlende Rückstellung von der Verwaltung verzögert, überhaupt nicht oder unvollständig bezahlt wird. Damit die Eingriffe in die Immobi-

lie verhältnismäßig sind, wurde es als notwendig erachtet, den als Enteignungspreis zu zahlenden Betrag zu aktualisieren, um frei von Inflationseffekten zu sein, d.h. Zinsen in einer Höhe anzuwenden, die den Wertverlust ausgleicht zwischen dem Enteignungsdatum und dem Zahlungstermin.

Infolgedessen können wir unter Berücksichtigung der Kriterien, die im Hinblick auf eine gerechte Bestimmung des Enteignungspreis festgelegt wurden, feststellen, dass der EGMR und das Verfassungsgericht Entscheidungen getroffen haben, die im Einklang miteinander stehen und sich gegenseitig unterstützen. Bei dieser Feststellung sollte jedoch berücksichtigt werden, dass der EGMR die Zahlung der Enteignungsentschädigung für erforderlich hält und das Verfassungsgericht die Zahlung des realen Enteignungswertes verlangt.

KISALTMALAR

a.g.e.	Adı geçen eser
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
B. No	Başvuru no
E.	Esas numarası
E.T.	Erişim tarihi
K.	Karar numarası
K.T.	Karar tarihi
m.	Madde
para.	Paragraf
R.G.	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
v.	Karşı
vd.	Ve devamı

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

GEMALMAZ, H. Burak *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta, İstanbul, 2009.

ŞAHİN, Cenk, *Acele Kamulaştırma*, On İki Levha, İstanbul, 2018.

MAKALELER

DİNÇ, Güney, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı", *TBB Dergisi*, S. 51, 2004.

KARARLAR

AİHM KARARLARI

Sarıca ve Dilaver v. Türkiye, B. No: 11765/05, 27.5.2010

Akkuş v. Türkiye, B. No: 19263/92, 9.7.1997

Aka v. Türkiye, B. No: 19639/92, 23.9.1998

Sporrong ve Lönnroth v. İsveç, B. No: 7151/75 ve 72/52/75, 23.9.1982

James ve Diğerleri v. İngiltere, B. No: 8793/79, 21.2.1986

Kurtuluş v. Türkiye, B. No: 24689/06, 28.9.2010

Güleç ve Armut v. Türkiye, B. No: 25969/09, 16.11.2010

Arabacı v. Türkiye, B. No: 65714/01, 7.3.2002

Yetiş ve diğerleri v. Türkiye, B. No: 40349/05, 6.7.2010

Papachelas v. Yunanistan, B. No: 31423/96, 25.3.1999

Lithgow ve Diğerleri v. İngiltere, B. No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81; 9266/81; 9313/81; 94040

Ekin ve diğerleri v. Türkiye, B. No: 67249/01, 29.11.2005

Deligöz v. Türkiye, B. No: 67586/01, 26.1.2006

Taş ve diğerleri v. Türkiye, B. No: 46085/99, 2.8.2005

Salih Kaplan v. Türkiye, B. No: 6073/03, 15.7.2005

Yılmaz ve Gümüş v. Türkiye, B. No: 28167/02, 15.7.2005

Kurucu v. Türkiye, B. No: 28174/02, 15.7.2005

- Ülker ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 64438/01, 23.3.2006
- Koçak ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 42432/98, 19.5.2004
- Mehmet Kaplan v. Türkiye*, B. No: 6366/03, 3.10.2006
- Mustafa Güçlü ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 42670/98, 8.1.2004
- Mehmet Emin Acar v. Türkiye*, B. No: 1901/02, 10.10.2006
- İbrahim Yalçınkaya v. Türkiye*, B. No: 14788/03, 30.5.2006
- Muharrem Aslan Yıldız v. Türkiye*, B. No: 74530/01, 7.2.2006
- Uysal ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 13101/03, 22.9.2005
- Reçber v. Türkiye*, B. No: 52895/99, 2.2.2006
- Mehmet Yiğit v. Türkiye*, B. No: 28185/02, 21.7.2005
- Mehmet Kılıç v. Türkiye*, B. No: 28169/02, 11.4.2006
- Karaaslan v. Türkiye*, B. No: 72970/01, 4.4.2006
- Şeyhmus Yaşar ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 44763/98, 8.11.2005
- Karapınar v. Türkiye*, B. No: 49394/99, 2.8.2005
- Tınarlıoğlu v. Türkiye*, B. No: 3820/03, 31.3.2009
- Arslaner v. Türkiye*, B. No: 23903/02, 24.5.2007
- Kökmen v. Türkiye*, B. No: 35768/02, 20.4.2006
- Yalçınkaya v. Türkiye*, B. No: 14796/03, 2.2.2006
- Yüce v. Türkiye*, B. No: 75717/01, 21.2.2006
- Emrullah Hattatoğlu v. Türkiye*, B. No: 48719/99, 14.4.2005
- Cuma Ali Doğan ve Betül Doğan v. Türkiye*, B. No: 76478/01, 21.2.2006
- Kuzu ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 44000/98, 10.1.2006
- Tulumbacı ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 76571/01, 13.6.2006
- Acar ve diğerleri v. Türkiye*, B. No: 53796/00, 10.1.2006
- Tiryakioğlu v. Türkiye*, B. No: 45436/99, 24.5.2005
- Keltaş v. Türkiye*, B. No: 67252/01, 29.11.2005
- Cemile Açıköz v. Türkiye*, B. No: 76855/01, 24.10.2006
- Okur v. Türkiye*, B. No: 76567/01, 13.6.2006

Mehmet Hanifi Kaya v. Türkiye, B. No: 17742/03, 6.3.2007

Yatır v. Türkiye, B. No: 74532/01, 7.2.2006

Kayatepe v. Türkiye, B. No: 57375/00, 31.5.2005

Kara ve Midilli v. Türkiye, B. No: 76498/01, 13.6.2006

Çağlar ve diğerleri v. Türkiye, B. No: 57647/00, 13.6.2006

Yusuf Sarı v. Türkiye, B. No: 76797/01, 13.6.2006

Mehmet Ali Gündüz v. Türkiye, B. No: 27633/02, 10.8.2006

Mutlu v. Türkiye, B. No: 8006/02, 10.10.2006

Tunç v. Türkiye, B. No: 54040/00, 24.5.2005

Yıltaş Yıldız Turistik Tesisleri A. Ő. v. Türkiye, B. No: 30502/96, 24.4.2003

Dökmeci v. Türkiye, B. No: 74155/14, 6.12.2016

AYM KARARLARI

AYM, E. 2002/112, K. 2003/33, K. T. 10.4.2003, R. G. Tarih- Sayı: 4.11.2003-25279

AYM, E. 2015/39, K. 2015/62, K.T. 1.7.2015, para. 20; R.G. Tarih-Sayı: 15.7.2015-29417

Mahmut Duran ve Diğerleri, B. No: 2014/11441, 1.2.2017

Celalettin Aşcıoğlu, B. No: 2013/1436, 6.3.2014

Mustafa Asiler, B. No: 2013/3578, 25.2.2015

Hayati Tunç ve diğerleri, B. No: 2014/1028, 10.3.2016

Maşallah Söylemez, B. No: 2017/30783, 29.1.2020

Mahmut Keskin, B. No: 2017/30396, 13.2.2020

Emine Atılđan ve diğerleri, B. No: 2017/30873, 11.3.2020

Servet Saraçoğlu ve diğerleri, B. No: 2012/1281, 24.6.2015

Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras, B. No: 2014/11994, 9.3.2017

Ahmet Arı ve diğerleri, B. No: 2017/14829, 28.1.2020

Emine Dilek Onaran ve diğerleri, B. No: 2017/19987, 12.2.2020

Hava Sipahioğlu ve diğerleri, B. No: 2016/4317, 12.11.2019

Nilüfer Devrim, B. No: 2015/11857, 8.5.2019

Derya Alpdoğan ve diğerleri, B. No: 2015/6845, 31.10.2018

Celal Afşin ve diğerleri, B. No: 2015/18943, 19.9.2018

Saadet Esin, B. No: 2014/18103, 26.10.2017

Cevat Aydın, B. No: 2014/13886, 4.10.2017

Ali Şimşek ve diğerleri, B. No: 2014/2073, 6.7.2017

Fikri Erdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/9032, 5.11.2014

Abdülkerim Babir ve diğerleri, B. No: 2013/2550, 10.12.2014

Özgül Tan ve diğerleri, B. No: 2013/9499, 24.6.2015

İsmet Zeynep Cantaş ve diğerleri, B. No: 2013/847, 22.6.2015

Nezvat Albayrak ve diğerleri, B. No: 2013/9822, 22.6.2015

Mustafa Ünlü, B. No: 2013/735, 17.9.2014

Tülay Şahin, B. No: 2013/1568, 8.5.2014

Nebahat Tanrıverdi, B. No: 2012/1313, 6.3.2014

Nurettin Albayrak ve diğerleri, B. No: 2013/4809, 22.1.2015

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar, Ana Vilfan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Numara 10, Strasburg, 2007, Erişim Linki: <https://www.ana-yasa.gov.tr/media/3605/aihskapsamindamulkiyethakki.pdf>

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda Değişiklikler Öngören 4650 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi, Erişim Linki: <https://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0837.pdf>

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda Değişiklik Öngören 5999 Sayılı Ve 18.6.2010 Kabul Tarihli Kanunun Genel Gerekçesi, Erişim Linki: <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0773.pdf>

SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRMEMESİ
SUÇU
(TCK MD.280)

NICHTANZEIGE VON STRAFTATEN
DURCH MEDIZINISCHES FACHPERSONAL (T.StGB § 280)

Araş. Gör. Aslı Ekin YILMAZ*

ÖZ

Türk Ceza Kanunu'nun 280. maddesinde düzenlenen sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçu, görevlerini yaptıkları sırada, işlenen suçla ilgili bir belirtiyile karşılaşan sağlık mesleği mensubunun suçu yetkili makamlara bildirmemesini; böylece suçluların cezalandırılması ile elde edilecek yararlarla ulaşılmasını amaçlayan bir düzenlemedir. Bu bildirim yükümlülüğünün hukuki mahiyetinin anlaşılabilmesi bakımından, bildirim yükümlülüğü ile özel hayatın gizliliği hakkı ve onun koruma mekanizmalarından meslek sırrını koruma yükümlülüğü ile tanıklıktan çekinme kurumu arasındaki ilişki tutarlı şekilde ortaya koyulmuştur. Sağlık mesleği mensuplarına getirilen bu yükümlülüğün özellikle ölçülülük ilkesi bakımından incelenmesiyle düzenlemeye yönelik değişiklik önerileri için bir temel oluşturulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Suçu bildirmeme, sağlık mesleği mensubu, sır saklama yükümlülüğü.

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, a.yilmaz@tau.edu.tr. ORCID: 0000-0002-6666-8068.

**CRIME OF MEDICAL PERSONNEL'S FAILURE TO
REPORT THE CRIME (TPC § 280)**

ABSTRACT

Crime of medical personnel's failure to report the crime is regulated under the Article 280 of the Turkish Penal Code. This provision mainly aims to reach the public interest arising from punishing criminals by ensuring any medical personnel to notify authorities, when they encounter an indication of a crime while providing health care service. In order to understand the legal nature of this obligation, it was coherently explained, that the connection between the obligation to notify and the right to privacy along with the professional secrecy and the exemption from testifying as its protection mechanisms. An evaluation of medical personnel's obligation to notify, in terms of the principle of proportionality, was presented in order to provide a basis for proposing amendments to the current provision.

Keywords: *Failure to report, medical personnel, professional secrecy.*

GİRİŞ

Sağlık hizmetleri, gnlk hayatın ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Herhangi bir sağlık kuruluşuna tedavi olmak amacıyla gittiğimizde, hayatımızın zel alanına ilişkin pek ok bilginin sağlık mesleği mensuplarıyla paylaŐılacaęını bilir, tedavinin gerekliliği sebebiyle bu paylaŐıma rıza gösteririz. Bununla birlikte özel hayatımıza ilişkin bilgilerin sağlık kurumlarında ilgisi dışında kimseyle paylaŐılmadıęını bilerek tedavi almaya devam ederiz. Ancak bazı durumlarda, bir sağlık hizmeti almak amacıyla gidilen sağlık kurumunda, bir suçun faili veya mağduru olduğumuzun açığa çıkması, devamında bir yargılamanın başlaması söz konusu olabilmektedir. Bireysel ve toplumsal yararların çatıŐtıęı bu alanda rol oynayan düzenlemelerden birini Türk Ceza Kanunu'nun 280. maddesi oluşturmaktadır. TCK md.280'nin kapsamının ortaya koyulabilmesi için öncelikle özel hayatın gizliliği hakkının ve bunun sınırlarının açıklanması gerekir.

Bireylerin zel hayatlarının gizliliği hakkı Anayasa'nun 20. maddesinde koruma altına alınmıŐtır¹. Bu anayasal koruma, kişinin özel hayatına ilişkin bilgi edinen kişilerin bu bilgileri paylaŐmamasını sağlayacak düzenlemelerle somutlaŐmaktadır. Bu düzenlemelerin bir kısmı özel hayatın gizliliğinin ihlali halinde pek çok suç tipine sebebiyet verecek Şekilde düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu md.134'te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, md.136'da düzenlenen kişisel verilerin ele geçirilmesi ve yayılması suçu bu düzenlemelerden yalnızca ikisidir. Bu cezai düzenlemelerle birlikte, özel hayata ilişkin bilgilerin edinilmesinin mesleki gereklilik olduğu durumlarda, ilgili meslek mensuplarına edindikleri bilgileri sır olarak saklama yükümlülüğü getirilerek ayrı bir koruma mekanizması yaratılmıŐtır. Bu koruma mekanizmalarından birini sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü oluşturmaktadır. Sağlık mesleği mensupları, gerçekleŐtirdikleri sağlık hizmetleri sırasında özel hayata ilişkin pek çok bilgi edinirler. Bu bilgiler hem tıbbi müdahalenin gerektiği Şekilde yapılabilmesi için edinilmesi zorunlu bilgiler hem de tıbbi müdahale sırasında gözlem vasıtasıyla edinilen bilgiler olabilir.

¹ "Herkes, zel hayatına ve aile hayatına sayęı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

Sağlık mesleği mensuplarının sağlık hizmetleri sebebiyle öğrendikleri bilgilerin bir kısmı genel bilgiler olup korunması gerekmemektedir; bir kısmı ise meslek sırrı niteliğini haiz olup hukuken koruma altındadır.

Sağlık mesleği mensuplarının yükümlülük alanını belirleyen unsur, edinilen bilginin meslek sırrı niteliğini haiz olmasıdır. Sözlük anlamıyla sır “varlığı ve bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şeydir”². Öğretide ise sır “işıtmek, görmek veya hissetmek suretiyle öğrenilen ve maddi varlığa sahip olmayan ve esası gizlilik olan”³; “üçüncü kişilerce bilinmeyen”⁴ şey olarak tanımlanmıştır. Meslek sırrı ise, “bir mesleğin in icrası sırasında öğrenilen, sır sahibi tarafından açıklanmaması öngörülen ve objektif olarak başkaları tarafından bilinmeyen, bireyin özel yaşamına ilişkin bilgi ve olaylar”⁵; “sadece belirli ve sınırlandırılabilir kişi grubu tarafından bilinen ve bunun açıklanmamasında hasta bakımından anlaşılabilir ve dolayısıyla korunmaya değer bir yarar bulunan olay ve olgular”⁶; “kişilerin hayatlarını kazanmak için yaptıkları faaliyet sırasında hizmet verdikleri kişi hakkında veya onlar aracılığı ile üçüncü kişiler hakkında öğrendikleri, doğrudan doğruya meslekle ilgili olan ve açıklandığı zaman sır sahibini maddi veya manevi zarara uğratabilecek nitelikteki bilgi, olay, olgu”⁷ anlamına gelmektedir.

Sağlık mesleği mensubunun edindiği bilginin meslek sırrı niteliğini haiz olabilmesi için belirli unsurların varlığı aranır. Öncelikle bilginin, sağlık hizmeti görevinin yerine getirilmesi vesilesiyle öğrenilmiş olması gerekir. Bu görevin kapsamına, hasta hikâyesinin dinlenmesi, teşhis tedbirleri (MRI, röntgen, kan alımı vb.) ile tedavi tedbirleri sırasında öğ-

² TDK, Güncel Türkçe Sözlük, Çevrimiçi, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020).

³ Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHFD*, C.1, S:1, 1943, s.36.

⁴ Abdülbaki Giyik, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması”, *EÜHFD*, C.9, S:2, Aralık 2014, s.181.

⁵ Rahime Erbaş, *Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s.14.

⁶ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.704.

⁷ Selahattin Kolcu, *Suç Bildirmeme Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.152.

renilen bilgiler dâhildir⁸. Sağlık mesleği mensuplarının mesleki faaliyetleri bağlamında yerine getirecekleri görevlerin neler olduğuna ilişkin tanımlar Tababet ve şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da, hekim, diş hekim, ebe, hemşire, hasta bakıcı ve sünnetçiler için ayrı ayrı düzenlenmiřtir⁹. Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.3'te de ilk yardım yükümlülüğüne ilişkin hususlar öngörölmüřtür¹⁰.

Sağlık mesleği mensubunun yerine getirdiği görevi dışında örneğin arkadaşlık ilişkisi vesilesiyle öğrendiği bilginin açıklanması mesleki sır kapsamında değerlendirilmeyecek, bu bilgilerin korunması ve açıklanması halinde doğacak cezai sorumluluk özel hayatın gizliliğine ilişkin genel hükümler çerçevesinde deęerlendirilecektir¹¹.

Meslek sırrına örnek olarak, hastanın kendisine karşı işlenen veya kendisinin işlediği bir suça ilişkin bilgi, ailevi, ekonomik ve mesleki duruma ilişkin bilgiler, hastanın daha önce yakalandığı hastalıklar, muayene sırasında hastanın fiziksel durumuna ilişkin edinilen bilgiler örnek gösterilebilir¹².

Sağlık mesleği mensupları meslek sırrı olarak nitelendirilen bu bilgileri saklamakla yükümlüdürler. Bu yükümlölük farklı hükümlerden kaynaklanmaktadır¹³. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.4¹⁴, Hasta Hak-

⁸ Erbaş, *Suçu Bildirme*, s.17.

⁹ Tababet ve şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Çevrimiçi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1219.pdf>, (Erişim Tarihi:01.09.2020).

¹⁰ Erbaş, *Suçu Bildirme*, s.130; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.3 "Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.", Çevrimiçi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020).

¹¹ Giyik, s.181; Hüseyin Amiklioğlu, "Hekimin Sır Saklama Yükümlölüğü", *FÜHFD*, C.3, S.1, s.10.

¹² Erbaş, *Suçu Bildirme*, s.17.

¹³ Erbaş, *Suçu Bildirme*, s.24-25; Giyik, s.183-184; Kolcu, s.154; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.705-706; Handan Yokuş Sevük, "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması" in: *V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu – Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.790.

¹⁴ "Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, işa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda

ları Yönetmeliği md.5-(f)¹⁵, Hasta Hakları Yönetmeliğimd.20¹⁶, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.9¹⁷, Psikiyatri Meslek Etiği Kuralları md.6¹⁸,

bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.", Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Çevrimiçi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020).

¹⁵ "Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.", Hasta Hakları Yönetmeliği, <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=7.5.4847&Mevzuatliski=0&sourceXmlSearch=hasta%20haklar%C4%B1> (Erişim Tarihi: 01.09.2020).

¹⁶ "İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.", Hasta Hakları Yönetmeliği, Çevrimiçi, <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=7.5.4847&Mevzuatliski=0&sourceXmlSearch=hasta%20haklar%C4%B1>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020).

¹⁷ "Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.", Türk Tabipler Birliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Mayıs 2012, Çevrimiçi, https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf, (Erişim Tarihi: 01.09.2020), s.8.

¹⁸ "Herhangi bir psikiyatrik muayene ve sağaltım altındaki kişiyle ilgili bütün bilgiler hasta-hekim ilkeleri çerçevesinde saklı tutulmalıdır. Bu bilgi yalnızca hastanın ruh sağlığını korumak ve geliştirmek amacı ile ve hastanın oluru alınarak gerektiğinde ve hastanın yararı için gereken ölçüde aile ile paylaşılabilir ya da başka uzman hekimlerle danışma amacı ile kullanılabilir. Ruh hekimleri, kişisel haklar, tedavi hakkı, yanlış mesleki uygulamalar vb. durumlarla ilgili olarak hastasının yararı söz konusu olmadıkça, kendi siyasal, yönetsel, medyatik ya da maddi çıkarları, akademik, mesleki veya kişisel yararları doğrultusunda hastasıyla ilgili bilgileri açıklamamalıdır.

Hasta hekim ilişkisi içinde edinilmiş olan bilgiler gerekli görüldüğünde mahkemede tanıklıktan ya da bilirkişilikten çekilmek için bir gerekçe oluşturabilir. Kişinin özel ya-

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi md.10¹⁹ ve Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun md.7²⁰ sır saklama yükümlülüğüne ilişkin çeşitli hükümler öngörmektedir.

Meslek sırrının korunmasına ilişkin düzenlemeler ve özel hayatın gizliliğini koruyan cezai hükümler birlikte değerlendirildiğinde, sunulan sağlık hizmetini alan kişiye ait bu hizmet vesilesiyle edinilen özel hayat alanına ilişkin bilgilerin korunduğu söylenebilecektir. Ancak özel hayatın gizliliği mutlak bir hak olmayıp sınırlandırılması mümkündür. Anayasa'nın 10. maddesinin ikinci paragrafı özel hayatın gizliliği hakkının sınırlanma sebeplerini göstermektedir²¹. Hükme göre, özel hayatın

şamı, özel ilişkileri, savunma düzenekleri gibi psikolojik yapısıyla ilgili özel bilgiler istenildiğinde bunların mahkemede sunulması kişinin açık ve anlaşılır iznine bağlıdır. Ruh hekimi kişi için yararlı olmadığını düşündüğünde, kişi izin vermiş de olsa, bu tür bilgileri açıklamak zorunda olmadığını bilmelidir.

Gizlilik kuralı ancak hastanın kendisine ya da çevresine ciddi bedensel, ruhsal ya da ekonomik zarar verme olasılığı varsa bozulabilir. Ruh hekimi gizlilik ilkesini bozmayı gerektirecek önemde bir durumla karşılaşmışsa, olabiliyorsa meslektaşları ile de danışarak, uygun göreceği yerlere ya da kişilere açıklama yapmak zorunda kalabilir. Bu durumlarda ruh hekimi bundan sonra atacağı adımla ilgili olarak koşullar elveriyorsa önce hastayı uyarmalıdır.”, Türkiye Psikiyatri Derneği, Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları, 2002, Çevrimiçi, <http://www.psikiyatri.org.tr/tpd-kutuphanesi/belge/311>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020)

¹⁹ *“Herkes, kendi sağlığı hususundaki bilgilerle ilgili olarak, özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Herkes, kendi sağlığı hususunda toplanmış her bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir. İstisnâ durumlarda, 2'nci paragrafta belirtilen hakların kullanımına, hastanın yararı için kanunî kısıtlamalar getirilebilir.”*, Sağlık Bakanlığı, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Çevrimiçi, <https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/48486,insan-haklari-ve-biyotip-sozlesmesipdf.pdf?0>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020).

²⁰ *“Organ ve doku alacak hekimler, (...) kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayırık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak zorundadırlar.”*, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, Çevrimiçi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020).

²¹ AY md.20/2 *“Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık*

gizliliği hakkı kamu düzeninin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir. Bu durumda kişinin özel hayatına ilişkin bilginin korunması halinde kamu düzeninin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarını gerçekleştirmek mümkün olmayacaksa, bu amaçların gerçekleşmesi için özel hayata ilişkin bilgilerin paylaşılması gerekebilir.

Suç işlenmesinin önlenmesi ve genel olarak da kamu düzeninin sağlanması bakımından en elzem unsurlardan birini suç işleyen kişilerin cezalandırılması teşkil etmektedir. Bunun sağlanabilmesi de öncelikle yetkili makamların işlenen suçtan haberdar olması gerekir. Bu sebeple kanun koyucu yetkili makamların suçtan haberdar olmasını engelleyen ya da suçtan haberdar olmasına rağmen bunu bildirmeyen kişilere cezai yaptırım öngören düzenlemeler meydana getirmiştir. Suç delillerini yok etme (TCK md.281) ve suçluyu kayırma (TCK md.283) gibi suçlar suçun öğrenilmesini engellemeye yönelik fiilleri cezalandırırken; TCK md.278, md.279 ve bu çalışmanın konusu olan md.280 de suç işlendiği öğrenilmesine rağmen bildirimde bulunmama yönelik fiilleri cezalandırmaktadır. Böylece TCK md.280’de düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu, sağlık mesleği mensuplarına, meslek sırrını koruma yükümlüğüne istisna getiren ve özel hayatın gizliliği hakkını da sınırlayan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

I. SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRME-MESİ SUÇ TİPİNİN İNCELENMESİ

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesine ilişkin düzenleme şu şekildedir:

TCK Madde 280- (1) *Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yö-*

ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”

nünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.

765 s. Türk Ceza Kanunu'nun 530. maddesi mesleği icabı öğrenilen suçun yetkili makama bildirilmemesini kabahat olarak düzenlemekteydi²². Bu düzenleme yalnızca bildirim yükümlülüğünün suç olarak düzenlenmeyişi bakımından değil; aynı zamanda sağlık mesleği mensuplarının bildirim yükümlülüğünün başladığı ana ilişkin tespit ve kişilerin soruştırmaya tabi tutulmasına neden olacak bildirimlerin istisna tutulması gibi hususlar yönünden de TCK md.280'den ayrılmakta olup, düzenlemenin özellik gösteren kısımları ilgili konu başlığında TCK md.280 ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

A. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap, Dördüncü Kısımın "Adliyeye Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir. TCK'de yer alan suç tipleri, korudukları hukuki değerler üzerinden bir sınıflandırılmaya tabi tutulmuştur. Ancak özellikle karma nitelikteki korunan hukuki değerlerin tespitinin yalnızca suçun Kanun'daki yeri üzerinden yapılması normun koruma alanının belirlenmesi bakımından yeterli olmamaktadır. Suç tipinin doğru şekilde analiz edilebilmesi için hukuki değerin tespiti bakımından ayrıca suçun mahiyeti de ele alınmalıdır. Bir diğer deyişle, suçun gerçekleştirilmesi ile hangi hak, özgürlük ve değerler üzerinde bir ihlal meydana geldiği incelenmelidir.

²² 765 s. Türk Ceza Kanunu md.530 "Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları eşhas aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler, yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse -bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere- beşbindörtyüz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkûm olurlar."

Suç tipinin Kanun'da adliye karşı işlenen bir suç olarak yer alması sebebiyle öğretide korunan hukuki değer; devletin suçluların cezalandırılması ile elde ettiği menfaat²³, adliyenin işlevini icra etmesindeki yararlar²⁴, adli fonksiyonların etkililiği²⁵ ve adliyenin korunması²⁶ olduğunu ileri süren görüşler yer almaktadır. Bununla birlikte öğretide korunan hukuki değer hem devletin adli yararı hem de bildirilmesi gereken suçun koruduğu hukuki değer olduğunu kabul eden görüş de mevcuttur²⁷.

Çalışmanın ilerleyen kısmında ayrıntıları ele alınacağı üzere sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunda bildirme yükümlülüğü getirilen suçlar arasında herhangi bir ayırım öngörülmemiştir. Bu bakımdan herhangi bir suçun işlendiği fark edildiğinde bildirimde bulunulmaması halinde cezai sorumluluk doğacaktır. Burada kanun koyucunun, işlenmiş bir suçun cezalandırılması yani suçla meydana gelen ihlalin giderilmesi için belirli kişilere sorumluluk yüklediği görülmektedir. Bu düzenlemenin konuluş amacı esasen işlenen suç bakımından adaletin tesis edilmesidir. Adaletin tesisi ise birkaç farklı açıdan etki doğurmaktadır. İşlenmiş bir suçun cezalandırılması ile toplum bakımından genel önleme

²³ Ümit Kocasakal, *Suç Bildirmeme Suçları*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.170; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu – 6. Cilt*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.8322.

²⁴ İlhan Üzülmmez, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md.280)" in: V. *Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu – Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.826; Burak Karahan, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", MÜHF-HAD, C.25, S. 2, Aralık 2019, s.950.

²⁵ Levent Emre ÖZGÜÇ, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md.280)", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C.77, S.2, 2019, s.1005.

²⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.1182; Hamide Zafer, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", *İÜHF*, C.LXXI, S:1, 2013, s.1334; Sevinç Arslan Hızal, "Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü", *Ceza Hukuku Dergisi*, S.13, Ağustos 2010, s.130; Özlem Çakmut, "Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md.280)", MÜHF-HAD, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, s.1051; Giyik, s.192.

²⁷ Erbaş, *Suç Bildirme*, s.127.

ve fail bakımından özel önleme etkisi gerçekleşecek²⁸; böylece suç işleme yönünde irade göstermeyen bir topluma kavuşulacaktır; mağdur bakımından ise, cezalandırma ile manevi bir giderim sağlandığından failin topluma yeniden karışması sonrası mağdurla arasında bir çatışma yaşanmayacak olması sonucu toplumsal huzur elde edilecektir. Genel ve özel önlemenin sağlanması ile suçun önlenmesi ve mağdurun tatmini ile sağlanan toplumsal huzur aslında kamu düzeni kavramının alt unsurlarını oluşturmaktadır. Modern kamu düzeni kavramı, kamu güvenliği, kamu sağlığı, esenlik, ekoloji, genel ahlak, estetik gibi unsurların genel olarak sağlandığı düzeni ifade etmektedir²⁹. İşlenen her bir suç, bu düzenin bir parçasını ihlal etmektedir. Ancak bazı suç tipleri genel olarak suç işlenmesinin önlenmesini ya da suç işleyen kişilerin cezalandırılmasının önündeki engellerin kaldırılmasını amaçlamaktadır. Bu suç tipleri, işlenmesinin önlenmesini ya da failinin cezalandırılmasını amaçladığı belirli bir suç ile ihlal edilen kamu düzeninin bir parçasını değil, tüm suçların bir parçasını ihlal ettiği kamu düzeninin tamamını korumaktadır³⁰. TCK md.280 de bu şekilde düzenlenmiş suç tiplerinden birisidir. Bu suç tipi ile kamu düzenin herhangi bir parçasını ihlal edebilecek herhangi bir suçun bildirilmesi sağlanarak, kamu düzeninin herhangi bir parçasına yönelik ihlalin önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu parçaların bir araya gelmesiyle kamu düzeninin tamamına yönelik bir koruma sağlanmaktadır. Sonuç olarak, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu ile korunan hukuki değerin kamu düzeni olduğu sonucuna ulaşılmalıdır.

²⁸ Haluk Toroslu, "Ceza Müeyyidesi", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2007, s.52; Fatma Karakaş Doğan, "Cezanın Amacı ve Hapis Cezası", *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, 2009, s.28.

²⁹ Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.107.

³⁰ Faruk Erem, *Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1959, s.138.

B. TİPİKLİK

1. MADDİ UNSURLAR

a. Konu

Suçun konusuna ilişkin olarak “*üzerinde suçun işlendiği insan veya şey*”, “*hareketin yöneldiği kişi ya da şey*” ve “*eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı*” şeklinde tanımlanmalar mevcuttur. Bu doğrultuda suçun konusunun, tipe uygun hareketin üzerinde icra edildiği kişi veya şey olduğu kabul edilebilir³¹. Bununla birlikte suçların tasnifinde, konunun suçtan etkileneşine göre tehlike veya zarar suçu ayrımı yapıldığı dikkate alındığında³²; suçun işlenmesi ile konu üzerinde bir zarar doğmalı veya bir zarar ihtimali yani tehlike meydana gelmelidir. Dolayısıyla bu suç tipi bakımından suçun konusu belirlenirken, bir suçun bildirilmemesi ile zarar görmesi veya üzerinde tehlike oluşması mümkün olan bir unsurdan yola çıkılmalıdır. Öğretide, bu suçun konusunun bildirilmesi gereken suç olduğunu ileri süren görüşler mevcuttur³³. Bu görüşe göre, ihmali hareket bildirilmeyen suç üzerinde gerçekleşmektedir. Bu kabul suçun tasnifi bakımından irdelendiğinde, bildirim yapılmaması ile işlenen suç üzerinde bir zarar veya tehlike doğması söz konusu olacaktır ki bu mümkün değildir. Bu görüşe göre, örneğin bir yaralama suçuna ilişkin belirtiyen rastlayan doktorun yaralamayı bildirmemesi, yaralama suçu üzerinde bir tehlike veya zarar doğuracaktır. Oysaki tehlike veya zarar yaralama suçu üzerinde gerçekleşmemekte; aksine yaralama suçu dolayısıyla fail, yargılanmaya tabi tutulmadığı için kendisi bir zarar veya tehlike oluşturmaktadır. Bu sebeple suçun konusunun bildirilmeyen suç olduğu yönündeki görüşe katılmıyoruz.

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçunda bildirim yapılmaması halinde işlenen suçun cezalandırılması mümkün olmayacak, genel ve özel önleme ile mağdur tatmini yararları sağlanamayacak,

³¹ Mahmut Koca / İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.118.

³² İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14.Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.214; Koca/Üzülmöz, s.119.

³³ Erbaş, *Suçtu Bildirme*, s.128; Özgüç, s.1005.

böylece bireyler suç işleme yönünde irade oluşturacak; cezalandırmanın gerçekleşmeyişi ile somut anlamda kamuda mevcut olan düzen etkilenecektir. Buradan yola çıkarak cezalandırmanın gerçekleşmemesine sebep olan bildirmeme hareketinin *somut anlamda kamu düzeni* üzerinde etki doğurduğu, suçun konusunun somut anlamda kamu düzeni³⁴ olduğu söylenebilecektir. Bildirilmeyen suç ise fiil bahsinde ele alınması gereken bir unsur olarak değerlendirilmelidir.

Suçun konusunun *somut anlamda kamu düzeni* olduğunun belirlenmesinden sonra, konunun suçtan etkilenişine göre suç tipinin sınıflandırılması gerekmektedir. Gerçekleştirilen fiilin suçun konusu üzerinde meydana getirdiği etkinin derecesine göre suçlar tehlike suçu ve zarar suçu olarak ikiye ayrılmaktadır³⁵. Zarar suçları, fiilin işlenmesi ile suçun konusunun zarara uğradığı suçlardır³⁶. Tehlike suçlarında ise, gerçekleştirilen fiil ile suçun konusunun zarara uğrama tehlikesi söz konusu olmaktadır. Tehlike suçlarında, suçun konusunun objektif olarak zarara uğrama tehlikesinin doğması yeterli olup böyle bir zararın gerçekten meydana gelmesi şart olarak aranmamaktadır³⁷. Tehlike suçları soyut tehlike suçu ve somut tehlike suçu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanunda gösterilen fiilin yapılması ile suçun konusu üzerinde bir tehlikenin meydana geldiğinin kabul edildiği; bunun için ayrıca tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasının gerekmediği suçlara soyut tehlike suçları denilmektedir. Kanun koyucu, kanunda gösterilen fiilin gerçekleştirilmesinin, suçun konusu üzerinde tehlike yaratabileceğini (kanunen)

³⁴ Bazı suç tipleri bakımından korunan hukuki değerin konu ile benzerlik gösterebileceği kabul edilmektedir. (Bu hususta Alman hukukçu *Graul*'un görüşü için bkz. Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.126).

³⁵ Özgenç, s.214.

³⁶ Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.227; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.218; Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2011, s.257; Koca/Üzülmez, s.120.

³⁷ Koca/Üzülmez, s.120; Özbek vd., s.227.

kabul etmiştir. Bu sebeple hâkimin ayrıca suçun konusu üzerinde bir tehlike meydana gelip gelmediğini araştırması gerekmeyecektir³⁸. Somut tehlike suçlarında ise gerçekleştirilen tipik fiil ile suçun konusu bakımından gerçek bir tehlikenin ortaya çıkması gerekmektedir. Failin cezalandırılabilmesi için yargılama sırasında hâkimin somut tehlikenin varlığını araştırması gerekmektedir³⁹.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından, belirtileri fark edilen suçun bildirilmemesi halinde somut anlamda kamu düzeni zarar görmemektedir. İşlenen suçların cezalandırılmaması ile meydana gelmesi mümkün olumsuz etkiler bildirim yapılmadığı anda doğmamaktadır. Bu sebeple bu suç bir zarar suçu değildir. Ancak, bildirim yapılmaması halinde, cezalandırma ile elde edilecek suç işlenmesinin önlenmesi gibi yararlar da doğmayacaktır. Bu noktada olumlu etkinin doğmaması doğrudan suçun işleneceği ve kamu düzeninin bozulacağı anlamına gelmemekte; ancak böyle bir ihtimal meydana getirmektedir. Bu nedenle, işlenen suçun bildirilmemesi ile somut anlamda kamu düzeninin bozulma ihtimali söz konusu olmaktadır. Böylece somut anlamda kamu düzeninin suçtan etkilenişi bir tehlike şeklinde kendini göstermektedir. Bu sebeple sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bir tehlike suçudur. Kanun'da, işlenen suçun bildirilmemesi sonucunda herhangi bir tehlikenin meydana gelmesine yönelik bir ibare bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak da mahkemenin, bildirim yapılmaması ile kamu düzeniyle alakalı somut bir tehlikenin meydana gelip gelmediğini araştırması gerekmeksizin bildirimde bulunmayan sağlık mesleği mensubunu cezalandırması mümkün olacaktır. Bu doğrultuda suçun bir soyut tehlike suçu olduğu görülmektedir.

³⁸ Mehmet Emin Artuk / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.311; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK Md.1-75*, 5. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2015, s.197; Koca/Üzülmez, s.121; Öztürk/Erdem, s.218; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.184.

³⁹ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 24. Baskı, 2018, s.145, Özbek v.d., s.228; Koca/Üzülmez, s.121; Zafer, *Genel Hükümler*, s.195.

b. Fail

Suçun faili sağlık mesleği mensuplarıdır. Bu bakımdan özđü suç niteliğini haizdir⁴⁰. Sağlık mesleği mensupları ise suç tipini düzenleyen TCK md.280'in ikinci fıkrasında “*tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler*” olarak belirlenmiştir. Kanun maddesinin gerekçesinde ise “*Söz konusu ihbar yükümlülüğü, madde metninde sayılan sağlık mesleği mensupları ile sınırlı değildir. Örneğin, bir tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişiler açısından da mevcuttur.*” açıklamasına yer verilerek “*sağlık hizmeti veren diğer kişiler*” kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıřtır⁴¹. Görüldüğü üzere, kanun koyucu sınırlı sayma usulünü benimsememiş, sağlık hizmeti veren kişileri, sağlık hizmeti faaliyetiyle arasında bağlantı kurulabilecek kişiler üzerinden örneklendirmiştir.

Bu durumda suçun failinin belirlenebilmesi için sağlık hizmeti faaliyetinin tespiti zorunludur. Buna ilişkin bir tanım 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'da mevcuttur⁴². 224 s. Kanun'un ikinci maddesine göre sağlık hizmetleri “*İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler*” olarak tanımlanmaktadır⁴³. Bu tanıma göre sağlık hizmetinin tespitinde esas alınması gereken unsur belirtilen tıbbi faaliyetlerdir. Bu tıbbi faaliyetlerden sayılmayan örneğin hastanelerdeki evrak kayıt işlemleri sağlık hizmeti kabul edilmemektedir, bu sebeple kayıtle görevli kişiler bu suçun

⁴⁰ Üzülmöz, s.836; Yener Ünver, *Adliyyeye Karşı Suçlar*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.327; Erbaş, *Suçu Bildirme*, s.146; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8323; Kocasakal, s.176; İbrahim şahbaz, *Türk Ceza Kanunu – 2. Cilt*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.3192.

⁴¹ TCK md.208 Gerekçesi, Çevrimiçi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=24110&pkanunnumarasi=5237>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020).

⁴² Erbaş, *Suçu Bildirme*, s.148.

⁴³ Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, Çevrimiçi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.224.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020).

faili olamayacaktır. Bu suç bakımından kişinin fail olabilmesi için gerçekleştirildiği tıbbi faaliyetin hukuka uygun olması gerektiği savunulmakta; örneğin doktor unvanı olmamasına rağmen hastaya tıbbi tedavi uygulayan kişinin bu suç bakımından fail olamayacağı ileri sürülmektedir. Bu kişilerin cezai sorumluluğu bakımından ise TCK md.278'de düzenlenen ve herkes tarafından işlenebilen suçu bildirmeme suçunun söz konusu olabileceği kabul edilmektedir⁴⁴.

Suçun faili bakımından özel olarak değinilmesi gereken sağlık mesleği grubu psikolog ve psikiyatristlerdir. Psikologdan farklı olarak psikiyatrist bir doktordur. Bu sebeple doğrudan madde metninde yer alan tabip kategorisine girmektedir. Psikolog ise 1219 s. Tababet ve Şua-batı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un Ek 13. maddesine göre sağlık mesleği mensubu kabul edilmektedir⁴⁵. Psikolog ve psikiyatristlerin bu suç tipi bakımından ayrı bir öneme sahip olması, bu kişilerin mesleklerinin icrasının birçok durumda suç mağduru veya failiyle yaptıkları konuşmalarda suça ilişkin bilgi edinmeyi gerektirmesidir. Böylece psikolog ve psikiyatristler bakımından sır saklama yükümlülüğü ile suçu bildirme yükümlülüklerinin çatışması ayrı bir öneme sahip olmaktadır⁴⁶. Suç tipi sağlık mesleği mensupları bakımından herhangi bir ayırım gözetmediğinden, psikolog ve psikiyatristlerin de danışanları ile yaptıkları görüşmeler sırasında fark ettikleri suça ilişkin belirtileri bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır⁴⁷. Bununla birlikte bildirilmesi gereken suçlara ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmeksizin böyle bir yükümlülük öngörülmesi, psikolog ve psikiyatristlerin mesleklerinin icrasını temelden etkileyebilecektir. Bu sağlık mesleği mensuplarını diğerlerinden ayıran nokta, diğer sağlık mensupları suç sebebiyle oluşan belirtiler üzerinde çalışmak-

⁴⁴ Erbaş, *Suçtu Bildirme*, s.148.

⁴⁵ 1219. s. Kanun Ek Madde 13 "*Klinik psikolog; psikoloji veya psikolojik danışma ve rehberlik lisans eğitimi üzerine klinik ortamlarda gerekli pratik uygulamaları içeren klinik psikoloji yüksek lisansı veya diğer lisans eğitimleri üzerine psikoloji veya klinik psikoloji yüksek lisansına ilaveten klinik psikoloji doktorası yapan sağlık meslek mensubudur.*".

⁴⁶ Erbaş, *Suçtu Bildirme*, s.149.

⁴⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.1188; Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s.335.

tayken; psikolog ve psikiyatristlerin doğrudan suçun üzerinde çalışmasıdır. Örneğin bir ev içi şiddet vakasında acil serviste çalışan doktor yalnızca meydana gelen yarayı tedavi ile yükümlüken, psikolog kişinin mağduru olduğu suç ile ilgilenir. Aynı vaka bakımından doktor ile psikoloğun mesleklerinin icrası için suça ilişkin bilginin edinilmesinin önemi birbirinden farklıdır. Bu sebeple TCK md.280 ile getirilen bildirim yükümlülüğünün, diğer sağlık mesleği mensuplarına nazaran psikolog ve psikiyatristler için daha ağır olduğunu söylemek mümkündür. Bu yükün dengelenmesi için psikolog ve psikiyatristlerin TCK md.280'den istisna tutulmasını sağlayacak bir kanun değişikliği yapılması gereklidir. Böylece psikolog ve psikiyatristlerin bildirim yükümlülüğü, herkes için geçerli olan, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte etkileri sınırlandırılabilir suçlarla sınırlı olacaktır (TCK md.278).

Tüzel kişiler bu suçun faili olamazlar. Ancak bir suçun işlendiğine ilişkin bilgi edinen özel hukuk tüzel kişisi kurumun organlarında yer alan kişiler herkes tarafından işlenebilen suç u bildirmeme suç u (TCK md.278); kamu tüzel kişisi kurumun organlarında yer alan kişiler kamu görevlilerinin suç u bildirmemesi suç u (TCK md.279) bakımından sorumlu olabileceklerdir⁴⁸.

c. Mağdur

Sağlık mesleği mensuplarının suç u bildirmemesi ile korunan hukuki değerin kamu düzeni olduğuna ilişkin açıklama dikkate alındığında, bu suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir.

d. Fiil

Suç, sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada işlenen bir suça ilişkin belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu bildirmemesi veya bildirmekte gecikme göstermesi şeklinde işlenebilmektedir. Suçun tipik fiili birden fazla unsuru barındırdığından, görevin yapıldığı sırada gerçekleşme, suça ilişkin belirti, bildirmeme ve bildirmekte gecikme ile ne anlaşılması gerektiği ortaya koyulmalıdır.

⁴⁸ Ünver, *Adliyeye Karşı Suçlar*, s.328; Erbaş, *Suç u Bildirme*, s.153.

i. Görevin Yapıldığı Sırada Gerçekleşme:

Tipik fiil için, bildirilmesi gereken suçun sağlık mesleği mensubunun mesleğini icra ettiği sırada öğrenilmesi gerekmektedir⁴⁹. Görevin icra edilmediği bir esnada suçun öğrenilmesi halinde, meslek sırrı niteliğini haiz bir bilgi meydana gelmeyecektir. Bu durumda ancak TCK md.278 bağlamında bir sorumluluk söz konusu olabilecektir⁵⁰.

“Görevin yapıldığı sırada” kavramı sağlık mesleği mensubunun görevi başında bulunduğu her anı ifade etmemektedir. Bir sağlık mesleği mensubu mesai saatleri içinde veya nöbeti sırasında görevi başındadır. Bu süre zarfında sağlık mesleği mensubunun fark ettiği her suç belirtisi bildirim yükümlülüğü kapsamına girmeyecektir⁵¹. Örneğin travma odasının yanından geçerken muayene olmayı bekleyen bir hastanın yarısından suç mağduru olduğunu anlayan doktor, o hastayı tedavi eden doktor değilse bildirim yükümlülüğü doğmayacaktır. Burada görev başında bulunan sağlık mesleği mensubu esasen sağlık hizmeti verme görevini icra etmemektedir. Bu sebeple yalnızca sağlık hizmetinin icra edildiği sırada karşılaşılan belirtilerle sınırlı olarak bildirim yükümlülüğü doğacaktır. Bu aynı zamanda özel hayatın gizliliği ve sır saklama yükümlülüğüyle de bağdaşan bir yorumdur. Çünkü hasta özel hayatının bir parçası olan vücudundaki suç belirtisini yalnızca tedavisini gerçekleştiren sağlık mesleği mensuplarıyla paylaşmaktadır. Bu özel bilgi tedavi yükümlülüğünü yerine getiren doktor tarafından sır olarak saklanmakta, yalnızca suç belirtisi olması halinde durum yetkili makamlara bildirilmektedir. Burada belirtisi teşkil eden ve özel hayata ilişkin bilginin hastayı tedavi etmeyen, dolayısıyla hastaya sağlık hizmeti sunmayan sağlık mesleği mensubu ile paylaşılmasında rıza bulunmamaktadır. Bu bilginin hastanın rızası olmaksızın edinilmesi ise hukuka aykırı olduğundan, hukuka aykırı elde

⁴⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.1184; Kolcu, s.162; Erbaş, *Suçtu Bildirme*, s.129; Mahmut Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, *İÜHFD*, C.3, S.1, 2012, s.125; Üzülmöz, s.828.

⁵⁰ Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s.331; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8329; İsmail Malkoç, *Türk Ceza Kanunu – Madde 242-345*, Ankara, Malkoç Yayınevi, 2013, s.4699; Zafer, *TCK md.280*, s.1338; Giyik, s.198.

⁵¹ Zafer, *TCK md.280*, s.1338.

edilen bilginin bildirim yükümlülüğü kapsamında olduğunu iddia etmek mümkün değildir.

Buna ek olarak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.3 uyarınca doktorlar acil vakalarda ilk yardımda bulunmakla yükümlü olduklarından, yalnızca görev yapılan yerde değil, bu yer dışında gerçekleştirilen ilk yardım hizmetleri sırasında öğrendikleri belirtileri de bildirmekle yükümlüdürler⁵².

ii. İşlenen Suç:

TCK md.280, “bir suçun işlendiği yönünde” ibaresi ile bildirilmesi gereken suçlar bakımından bir sınırlama getirmektedir. Maddede yer alan “işlenen” kelimesi hem “daha önce işlenen” bir suç hem de “işlenmekte olan” bir suç da işaret etmektedir⁵³. Bununla birlikte işlenmesi planlanan suçlar bakımından herhangi bir bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Örneğin kişinin tedavi sırasında iyileşir iyileşmez intikam peşine düşeceğini ifade etmesi halinde, tedaviyi yapan sağlık mesleği mensubunun bir bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır⁵⁴.

TCK md.280, bildirilmesi gereken olgunun bir suç olduğunu tanımlayarak, kabahat gibi fiiller için bildirim yükümlülüğü getirmemiştir. Bununla birlikte bildirilmesi gereken suçlar bakımından herhangi bir ayırım gözetmemiştir. İşlenen suçun kasten veya taksirle işlenmiş olması bildirim yükümlülüğü bakımından bir fark yaratmamaktadır.

Bildirilmesi gereken suçla ilişkin tartışmalı hususlardan biri ise şikâyete tabi suçların bildirim yükümlülüğüne dâhil olup olmadığıdır. Öğretide sağlık mesleği mensubuna bir suçun şikâyete tabi olup olmadığını bilme külfetinin yüklenemeyecek olması sebebiyle düzenlemenin böyle bir

⁵² Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.3 “Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.”, Çevrimiçi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020), Özgüç, s.1018.

⁵³ Erbaş, *Suçtu Bildirme*, s.132.

⁵⁴ Üzülmez, s.831; Alman Ceza Kanunu md.138 ise yalnızca işlenmesi planlanan belirli suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü getirmektedir (Bkz.: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach, *Münchener Kommentar zum Strafrecht*, 3. Band, 3. Auflage, C.H. Beck, 2017, Rn.6-12).

ayırım gözetmediği⁵⁵; şikâyete tabi suçlarda şikâyetin gerçekleşmemesi halinde yargılama mekanizmasının işlemeye başlamayacağı için TCK md.280 bağlamında korunan bir hukuki değer olmadığı ifade edilmiştir⁵⁶.

Suç ile korunan hukuki değer, işlenen suçun cezalandırılması ile ulaşılabilecek kamu düzeni olduğunu belirtmiştik. Bu bakımdan devlet, cezalandırmayı gerçekleştirmek için gereken bilgiyi elde etmek amacıyla bu bilginin paylaşılmasını cezalandırmaktadır. Cezalandırmanın mümkün olabilmesi için şikâyet koşulunun arandığı suçlarda ise devletin, şikâyete yetkili kişinin iradesine üstünlük tanıdığı görülmektedir. Bu bakımdan şikâyete yetkili kişinin şikâyette bulunmadığı bir durumda, devletin cezalandırma ile ulaşmak istediği yarardan vazgeçtiği kabul edilebilecektir. Devletin kamu düzenine ilişkin bu yararlarından vazgeçmesi halinde, bu yararları ulaşılmasını engellediği için bildirimde bulunmayan bir sağlık mesleği mensubunun cezalandırılması korunan hukuki değerle bağdaşmamaktadır.

Bildirim yükümlülüğünün şikâyete tabi suçları kapsamı ayrıca temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ölçülü olması gerekliliğine de aykırı bir düzenleme teşkil etmektedir. Sağlık mesleği mensuplarına getirilen bildirim yükümlülüğü hem hastanın özel hayatının gizliliğine hem de sağlık mesleği mensubunun çalışma özgürlüğüne bir müdahale teşkil etmektedir. Bu müdahaleyle bireylerin temel haklarına getirilen sınırlamanın ölçülü olduğundan söz edebilmek için müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, bu amacı gerçekleştirecek en az sınırlayıcı araç (gerekli) olması ve amaçla araç arasında bir orantı bulunması gerekir⁵⁷. Re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar bakımın-

⁵⁵ Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s.334; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8328; Erbaş, *Suç Bildirme*, s.134, Zafer, *TCK md.280*, s.1341; Rahime Erbaş/ Büşra Hazel Ateş Sarıdağ / Coşkun Yorulmaz, "15-18 Yaş Arası Gebeliklerde Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü", *TAAD*, Y.11, S.41, Ocak 2020, s.103. 765 s. TCK md.530'da düzenlenen bildirmeme kabahati bakımından ise sağlık mesleği mensupları yalnızca kişilere karşı işlenen suçları bildirmekle yükümlü kılınmışlardır.

⁵⁶ Kocasakal, s.183.

⁵⁷ Anayasa md.13 "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Ana-

dan bildirim yükümlülüğünün cezalandırmanın gerçekleşmesi için gerekli olan bilginin edinilmesine katkı sağladığı ve dolayısıyla elverişli bir müdahale olduğu açıktır. Sağlık mesleği mensuplarının bildirim yükümlülüklerinin yalnızca görevlerini icra ederken öğrendikleri suç belirtileri ile sınırlı olmasının gereklilik ölçütünü karşıladığı ve cezalandırma ile ulaşılacak kamu düzeni karşısında getirilen bildirim yükümlülüğünün orantılı olduğu kabul edilebilir. Buna karşın şikâyete tabi suçlarda devletin cezalandırma ile ulaşmak istediği amaçlardan bir anlamda vazgeçmesi söz konusudur. Bu durumda bildirim yapılması kamu düzeninin sağlanması bakımından herhangi bir katkı sağlamayacağından elverişli olmayacak; bildirim yükümlülüğü şeklindeki müdahalenin karşısında ile dengelebilecek bir amaç bulunmadığından müdahale orantısız olacaktır. Bu sebeple şikâyete tabi suçlarda bildirim yükümlülüğü getiren düzenleme ölçüsüz bir müdahale teşkil etmekte olup Anayasa'nın 13. maddesini ihlal etmektedir.

Yabancı hukuklar incelendiğinde, Portekiz Ceza Kanunu'nda TCK'dekine benzer bir düzenleme ile suçlar arasında ayırım yapılmadığı, Alman Ceza Kanunu'nda yalnızca işlenmesi planlanan belirli ve re'sen soruşturulan-kovuşturulan suçlar için bildirim yükümlülüğü düzenlenmiş, İtalyan Ceza Kanunu'nda ise yalnızca re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür⁵⁸. Türk kanun koyucunun da özel hayatın gizliliği hakkına müdahaleyi ölçülü kılabilecek cinsel istismar, cinsel saldırı, yaralama, öldürme, eziyet ve işkence

yasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." Yüksel Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?", *SDÜHFD*, C.7, S.1, 2017, s.6.

⁵⁸ Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s.336-337; Erbaş, *Suç Bildirme*, s.136; Kocasakal, s.23; Zafer, *TCK md.280*, s.1337; Göksu Işık, "Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Suçu Bildirmeme Suçu", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.6, Aralık 2017, s.173. Alman Ceza Kanunu §138'de düzenlenen bildirim yükümlülüğü belirli suçlarla sınırlı olmakla birlikte yalnızca "işlenecek" bir suçla ilişkin getirilmiştir; işlenmiş ve dolayısıyla önlenmesi mümkün olmayan bir suçla dair bildirim yükümlülüğü söz konusu değildir (Bkz.: Joecks/Miebach, Rn.1-4).

gibi belirli suçlar bakımından yahut yalnızca re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü getirmesi gereklidir.

iii. Suça İlişkin Belirti:

Sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü, bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması halinde doğmaktadır. Belirti kavramı sözlükte “*bir olayın veya durumun anlaşılmasına yardım eden şey, alamet, nişan, nişane*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁹. Belirti geniş bir kavram olup, kişi tarafından sarf ettiği sözleri⁶⁰ veya yazılı beyanını⁶¹, kişinin vücudundaki izleri⁶², kanında veya iç organlarında tespit edilen şeylere ilişkin bulguları⁶³ kapsamaktadır. Örneğin kişinin kanında uyuşturucu etken maddesi bulunması, karındaki kurşun yarası veya 14 yaşındaki bir çocuğun hamile olması suça ilişkin belirtidir.

Öğretide kişinin beyanının belirti kavramına dâhil olup olmadığı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş, belirti kavramını ceza muhakemesi hukukundaki deliller bahsi bağlamında ele alarak, belirtinin suçtan geriye kalan iz ve eser olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe göre beyan yine bir delil türü olup belirtiyi taşıyan mağdur veya tanıktan elde edilebilir; bununla birlikte beyan delilinin elde edilme yönteminin özel olarak düzenlenmiş olması, belirti delilinin dar yorumlanması gerektiğini ifade eder. Bu sebeple bu görüşe göre dar yorumlanması gereken belirti kavramı beyanı kapsamaz ve yalnızca hastanın beyanı bildirim yükümlülüğü doğurmaz⁶⁴. Diğer bir görüş ise kanunda yer alan belirti kavramının bir durumun anlamlandırılmasına yardımcı olan şey veya alameti ifade etmesinden dolayı, yalnızca fiziki belirtileri kapsam

⁵⁹ TDK, Çevrimiçi, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020).

⁶⁰ Şahbaz, s.319; Kocasakal, s.193; Erbaş, *Suçlu Bildirme*, s.139.

⁶¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.1188.

⁶² Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8326; Zafer, *TCK md.280*, s.1339.

⁶³ Malkoç, s.4699; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8326; Zafer, *TCK md.280*, s.1339.

⁶⁴ Zafer, *TCK md.280*, s.1339. Yalnızca beyanın söz konusu olması halinde bildirim yükümlülüğünün doğmayacağına, bu sebeple psikiyatristin de belirti olmaksızın yalnızca danışanın anlatımına dayanan bir suçu bildirmemesi bakımından suçun oluşmayacağına ilişkin görüş için bkz.: Üzülmöz, s.832.

dâhilinde sayarak daraltıcı bir yorum yapılamayacağını ileri süren görüşler de mevcuttur⁶⁵.

Belirti, sözlük tanımı itibariyle oldukça geniş bir kavram olup, ceza muhakemesi hukuku dışında da anlam ifade etmektedir. Her ne kadar belirti, muhakeme hukukunun deliller bahsinde ayrıca tartışılan bir kavram olsa da TCK md.280'nin lafzından belirtiyi ceza muhakemesi hukuku bağlamında değerlendirmek gerektiğine dair bir anlam çıkmamaktadır. Kanun koyucunun ceza muhakemesi hukukuna yollama yapmayı amaçladığında, bunu günlük hayatta da karşılık bulan kavramlar kullanarak değil, örneğin yalan tanıklık suçundaki (TCK md.272)⁶⁶ gibi yalnızca muhakeme hukuku bakımından anlam ifade eden kavramların kullanılması veya TCK md.136'daki⁶⁷ gibi doğrudan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddesinin zikredilmesi suretiyle yaptığını görmekteyiz. Kaldı ki ceza muhakemesi hukuku bakımından belirtinin dâhil olduğu dolaylı-doğrudan delil ayrımı üzerinde de bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre belirti delili (dolaylı delil) vakayı doğrudan ispat etmeyen ve genellikle doğrudan delilin elde edilmesine yarayan delili ifade etmektedir⁶⁸. Diğer bir görüşe göreyse her delil vakayı ispata yaradığından, dolaylı-doğrudan delil ayrımı yapılmamalıdır⁶⁹. Ceza Muhake-

⁶⁵ Erbaş, *Suçtu Bildirme*, s.139; Ünver, s.335. Buna ilişkin olarak Giyik "Belirti ifadesi, belge veya beyan delilinin suçu bildirme yükümlülüğüne esas alınmasını önlemek için değil; bildirme yükümlülüğünün doğması için suçun işlendiği yönünde kesin delillerin varlığının gerekmediğini belirtmek için kullanılmıştır." vurgusunda bulunmaktadır (Bkz.: Giyik, s.199).

⁶⁶ TCK md.272 "(1) Hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye, dört aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir. ..."

⁶⁷ TCK md.136 "... (2) Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanununun 136 ncı maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları uyarınca kayda alınan beyan ve görüntüler olması durumunda verilecek ceza bir kat artırılır."

⁶⁸ Yener Ünver / Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 3 Cilt*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.1455.

⁶⁹ Feridun Yenisey / Ayşe Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.507.

mesi Kanunu'nda bir tanımı veya karşılığı olmayan ve öğretinin de varlığının kabulünde hem fikir olmadığı bir kavram üzerinden bir suç tipinin tanımlanması belirlilik ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Bu durumda belirti kavramının dar yorum yapılarak yalnızca fiziki emareleri ifade ettiğini ileri sürmek için yeterli bir temel bulunmamaktadır. Sonuç olarak, belirtinin kişinin açıklamalarını da kapsadığı kabul edilmelidir.

Belirti ile karşılaşılması, mağdurdan veya failden kaynaklanabilir⁷⁰. Tedavi edilen kişinin, kendisini hastaneye getiren kişilerce alıkonulduğunu ifade etmesi halinde veya kanunda yüksek oranda zehirli madde bulunması halinde mağdurdan; bileğini kardeşini döverken incittiğini söylemesi halinde failden elde edilen belirti söz konusu olmaktadır.

iv. Bildirmeme ve Bildirmekte Gecikme:

Fiile ilişkin yukarıda açıklanan hususların sağlanması halinde, sağlık mesleği mensubunun işlenen bir suça ilişkin bir belirti ile karşılaşmasına rağmen bu belirtiyi bildirmemesi yahut bildirmekte gecikmesi ile suçun tipik fiili oluşacaktır.

Bu suç tipi, bildirme veya bildirmekte gecikme şeklinde işlendiği için bir sırf hareket suçudur. Ayrıca, kanunda gösterilen hareketin gerçekleştirilmemesi şeklinde işlendiğinden bir gerçek ihmali suçtur⁷¹. Sağlık mesleği mensubu bu hareket yükümlülüğünü, bildirimde bulunmayarak veya bildirimde bulunmakta gecikerek ihlal etmektedir.

Tipik fiil "bildirmeme" veya "bildirmekte gecikme" şeklinde ifade edildiğinden, suç tipi seçimlik hareketlidir.

Tipik fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi bakımından, hangi makamlara bildirimde bulunulması halinde yükümlü-

⁷⁰ Zeki Hafizoğulları/Bülent Hayri Acar, "Suçu Bildirmeme Suçları", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.1, Ocak 2016, s.197; Üzülmmez, s.833; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.1186; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8327; Erbaş, *Suçtu Bildirme*, s.140; Zafer, *TCK md.280*, s.1340.

⁷¹ Zafer, *TCK md.280*, s.1343; Kocasakal, s.167; Erbaş, *Suçtu Bildirme*, s.142; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8326; Giyik, s.197; Üzülmmez, s.836; Kolcu, s.25.

lüğün yerine getirildiği ve suçun oluşmadığı tespit edilmeli; “geç bildirme” unsuru bakımından ise hangi süredeki gecikmenin tipik fiili oluşturduğu hususlarına değinilmelidir.

Bildirim yapılacadığı makam bakımından Kanun’un “yetkili makam” ibaresini kullandığı görölmektedir. Suç duyurusunu almaya yetkili makamlar CMK md.158’de cumhuriyet başsavcılığı, kolluk, valilik, kaymakamlık, mahkeme, yurtdışında işlenen suçlar için elçilik ve konsolosluk, kamu görevi ile bağlantılı suçta kurum veya kuruluş idaresi şeklinde belirtilmiştir. Bu makamlar dışında bir yere yapılacak bildirim geçersiz sayılacağından bildirim yükümlülüğünün yerine getirildiğinden bahsedilemeyecektir.

Bildirim yapılacadığı yerle ilgili olarak özellikle hastanelerin idari birimlerine yapılan bildirim üzerinde durulması gerekir. Suça ilişkin belirti ile bir özel hastanede gerçekleştirilen sağlık hizmeti sırasında karşılaşıldığında bildirim özel hastanenin idaresine yapılmasının, bu makamın yetkili kabul edilmemesi sebebiyle yükümlülüğü kaldırmayacağı kabul edilmektedir⁷². Hastanenin devlet hastanesi olması halinde ise, sağlık mesleği mensubunun aynı zamanda kamu görevlisi olması sebebiyle CMK md.158/4 uyarınca kurum idaresine suç bildirmesi yükümlülüğün yerine getirilmesi için yeterli olacağı ifade eden görüşler mevcuttur⁷³. Belirtmek isteriz ki, CMK md.158/4, bir kamu görevinin yürütölmesi ile bağlantılı işlenen bir suçun varlığı halinde kurum idaresini yetkili makam kabul etmiştir. Örneğin, bir devlet hastanesi çalışanının rüşvet alması durumunda bu kamu kurumunda gerçekleştirilen kamu görevi ile bağlantılı bir suç işlenmiş olduğundan hastane idaresi ihbarı almaya yetkili olacaktır. TCK md.280 bakımından ise kamu göreviyle bağlantılı olarak işlenen bir suç mevcut değildir, bahsi geçen suç yalnızca bu kamu kurumunda yerine getirilen kamu görevi vesilesiyle öğrenilmektedir. Örneğin, evine giren hırsız tarafından yaralanan kişinin bir devlet hastanesinde tedavi edilmesinde, işlenen suç kamu göreviyle bağlantılı olmaksızın işlenmiş, suça ilişkin belirti devlet hastanesinde yürütölen kamu görevi sebebiyle

⁷² Zafer, *TCK md.280*, s.1344; Giyik, s.201.

⁷³ Hakeri, *Tip Hukuku*, s.1187; Karahan, s.953.

öğrenilmiştir. CMK md.158/4'ün lafzından devlet hastanesinde yerine getirilen sağlık hizmeti sebebiyle öğrenilen suçlar bakımından kurum idaresinin bildirim almaya yetkili makam olmadığı anlaşıldığından yukarıdaki görüşe iştirak etmemekteyiz.

Sağlık mesleği mensubunun işlenen bir suç başka kişilere haber vermesi halinde bu kişilerin bildirim yükümlülüğüne dair çeşitli ihtimaller söz konusu olacaktır. Öncelikle sağlık mesleği mensubunun bir kamu kurumunda çalışması halinde bu kurumda çalışanlar kamu görevlisi olduğu için TCK m.279 bakımından da bir değerlendirme yapılması gereklidir. Sağlık mesleği mensubunun işlenen suç idari amirine bildirmesi halinde idari amir, işlenen bir suç görevi gereği öğrenmektedir. TCK md.279'a göre, kamu görevlisi re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç görevi gereği öğrenip de bildirimde bulunmaz veya bunda gecikme gösterirse cezalandırılır. Bu doğrultuda, idari amirin haber aldığı suçun şikâyete tabi bir suç olmaması halinde, TCK md.279 gereği bildirim yükümlülüğü doğacaktır. Ancak şikâyete tabi bir suç söz konusu ise md.279 uygulama alanı bulmayacaktır. Hekimin durumu aynı kurumda çalışan herhangi başka birine bildirmesi halinde ise bu kişiler arasında bir hiyerarşi olmadığından, kişi kamu görevlisi olsa dahi suç işlendiğine ilişkin bilgiyi görevi gereği öğrenmemektedir. Bu sebeple md.279 bakımından bildirim yükümlülüğü doğmayacaktır. Sağlık mesleği mensubunun özel bir sağlık kurumunda çalışması halinde, suç öğrenen kişiler kamu görevlisi olmadığı için md.279 bağlamında bildirim yükümlülüğü doğmamaktadır. Bununla birlikte TCK md.278 herkes için, işlenmekte olan veya işlenmiş olmasına rağmen etkileri ortadan kaldırılacak bir suç bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Bu sebeple kamu kurumundaki diğer kamu görevlisi çalışanın veya özel kurumda çalışan kişilerin md.278 bağlamında bildirim yükümlülüğü doğacaktır. Örneğin özel kurumda çalışan sağlık mesleği mensubu, hastasının yanındaki kişilerce hürriyetinden yoksun kılındığını idari amirine bildirirse, kamu görevlisi olmayan bu idari amir TCK md.278 gereği, etkileri ortadan kaldırılacak bu suç bildirmekle yükümlü olacaktır.

Bu bağlamda neticelendirilmesi gereken bir diğer tartışmalı konu ise bildirim yükümlülüğünün bir başka kişi tarafından yerine geti-

rilmesinin sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğüne etkisidir. Örneğin yukarıdaki örnekte olduğu gibi bir devlet hastanesinde çalışan doktor karşılaştığı suç belirtisini idari amirine bildirdiği takdirde, idari amir kamu görevlisi olarak göreviyle bağlantılı şekilde (şikâyete tabi olmayan) bir suç belirtisiyle karşılaşıldığını öğrendiği için TCK md.279 uyarınca bildirim yükümlülüğü altında olacaktır. Kamu görevlisi olan idari amirin TCK md.279 uyarınca yükümlülüğünü yerine getirip bildirimde bulunduğu bir ihtimalde amirine haber veren doktorun ayrıca bildirimde bulunması gerekecek midir? Bu soruya ilişkin olarak öğretide bir görüş, makul süre içerisinde bildirim başka kişilerce yapılması veya yetkili makamlarca suçun öğrenilmesi halinde sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünün kalkacağını savunurken⁷⁴ bir diğer görüş, bildirim başka kişilerce yapılmış olması halinde dahi ilgili sağlık mesleği mensubunun sorumluluğunun devam edeceğini ileri sürmektedir⁷⁵. TCK md.280 ile korunan hukuki değerin yetkili makamların işlenen suçlardan haberdar olarak suç faillerinin yargılanması sonucu kamu düzeninin sağlanması olduğunu belirtmiştik. Buna göre suç tipinin oluşturduğu yükümlülük, yalnızca yetkili makamların haberdar olmadığı suçların bildirilmesini gerektirmektedir. Bu gerekliliğin sebebi, yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, bir diğer ifadeyle suçun işlenmesi durumunda bir hukuki değerin ihlal edilmesinin gerekmesidir. Hali hazırda yetkili makamlarca bilinen ve hatta soruşturması veya kovuşturması devam eden bir suçun yetkili makamlara yeniden bildirilmemesi halinde, bu ihmali hareketin ihlal ettiği bir hukuki değerden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Zira suçtan haberdar olunması sebebiyle artık kamu düzeninin sağlanması bakımından bir engel kalmayacaktır; bu durumda aynı suçun yeniden bildirilmesi, kamu düzeninin sağlanması bakımından bir etki yaratamayacaktır. Bu sebeple bildirim yükümlülüğünün yalnızca yetkili makamların haberdar olmadığı suçlarla sınırlı olarak mevcut olduğunun kabulü gerekir. Böylece yukarıdaki soruya, bildirim başka kişilerce yapılmış olması halinde sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünün sona ereceği şeklinde cevap vermek gerekecektir.

⁷⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8328; Kocasakal, s.203; Zafer, *TCK md.280*, s.1344.

⁷⁵ Ünver, *Adliyye Karşı Suçlar*, s.338.

Bildirimın geç yapılması bakımından gecikmenin süresine ilişkin olarak TCK md.280'de veya madde gerekçesinde bir açıklama bulunmamaktadır. Bu hususa ilişkin öğretide gecikmenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin somut olayın şartlarının hâkim tarafından değerlendirilmesi ile tespit edileceği belirtilmiştir⁷⁶. Bildirimde gecikildiğinden sözü edilebilmesi için öncelikle bildirim yükümlülüğünün ne zaman başladığı ortaya koyulmalıdır. Sağlık mesleği mensubunun suç işlendiğine ilişkin belirti ile karşılaştığı an bildirim yükümlülüğünün doğduğundan sözü edilebilecek midir yoksa bildirim yükümlülüğü öncelikle gerekli ve acil tıbbi tedavinin gerçekleştirilmesinden sonra mı doğacaktır? Öğretide bu soruya ilişkin olarak tıbbi tedavinin sağlık mesleği mensubunun asli faaliyeti olduğu, bu faaliyet yerine getirilmeden diğer yükümlülüklerin doğmayacağı ve bu sebeple bildirim yükümlülüğünün gerekli tıbbi tedavi yapılmadan doğmayacağını kabul eden görüşün⁷⁷ yanı sıra bildirim yükümlülüğünün belirti ile karşılaşılması anında doğduğunu ancak tıbbi tedavi uygulanmasının bir zorunluluk hali teşkil ettiği, tıbbi tedavinin gerçekleştirilmesi sonrasında bildirimde bulunulması halinde bildirimın geç yapılması fiilinin işlendiği ancak zorunluluk hali sebebiyle kişinin kusurlu olmayacağını ileri süren bir görüş de mevcuttur⁷⁸. Sağlık mesleği mensubunun suç belirtisiyle karşılaştığı an ile tedavi yükümlülüğünün başladığı anın çakışması halinde, öncelikle tedavi yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir. Bu sonuç, ihmali suçlarda ihmali hareketin varlığından söz edebilmek için söz konusu yükümlülüğünün yerine getirilebilir olması gerekliliğinden çıkmaktadır⁷⁹. Acil olarak tedavi edilmesi gereken bir hastanın söz konusu olması halinde, sağlık mesleği mensubu

⁷⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.1187; Ünver, *Adliyye Karşı Suçlar*, s.331; Kocasakal, s.202; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8326; Şahbaz, s.3191; Giyik, s.197.

⁷⁷ Erbaş, *Suçlu Bildirme*, s.145; Kocasakal, s.203; Giyik, s.197. 765 s. Kanun md.530'da sağlık mesleği mensuplarının gerekli yardımı ifa ettikten sonra bildirim yükümlülüğünün doğacağına ilişkin ibarenin 5237 s. TCK md.280'de yer almamasının, tıbbi tedavinin sağlık mesleği mensuplarının öncelikli görevi olması sebebiyle bu şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin görüşler için bkz.: Üzülmöz, s.830; Kolcu, s.169.

⁷⁸ Zafer, *TCK md.280*, s.1347.

⁷⁹ Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara Seçkin Yayıncılık, 2003, s.217.

mesleki yükümlülüğünü yerine getirene kadar bildirimde bulunma kabiliyetinde olmayacaktır, bildirimde bulunma imkânı ancak acil tıbbi tedaviden sonra doğacağı için bu tedavi gerçekleşene kadar bir ihmal söz konusu olmayacaktır.

2. MANEVİ UNSUR

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçu kasten işlenen bir suçtur. Bu suç bakımından sağlık mesleği mensubunun, karşılaştığı belirtinin bir suça ilişkin olduğunu bilmesi ve yetkili makamlara bile rek ve isteyerek bildirimde bulunmaması veya geç bildirimde bulunması gerekir⁸⁰.

Sağlık mesleği mensubu bir hukukçu olmadığı için, karşılaştığı belirtilerin suça ilişkin bir belirti olup olmadığı yönünde tespitte bulunurken hataya düşmesi mümkündür⁸¹. Şüphesiz ki sağlık mesleği mensuplarının tüm suç tiplerini ve bunlara ilişkin belirtileri bilmesi beklenebilir değildir. Böyle bir durumda, belirtinin işlenen bir suça ilişkin olduğunu bilmeyen sağlık mesleği mensubunun suçun maddi unsurlarında hataya düştüğü, bunun ise kastı ortadan kaldırdığı ve ceza sorumluluğunun doğmayacağı sonucuna ulařılmaktadır⁸². Benzer şekilde, sağlık mesleği mensubunun yanıtılması sonucu, belirtinin işlenen bir suça ilişkin olmadığını düşünmesinin sağlanması halinde, sağlık mesleği mensubu maddi unsurlara ilişkin hataya düşeceğinden bu hata kastı kaldıracaktır⁸³.

C. HUKUKA AYKIRILIK

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından ele alınabilecek hukuka uygunluk nedenleri bağlamında kanun hükmünün yerine getirilmesi ve hakkın kullanılması tartışılabilir.

TCK md.192'de 2016 yılında yapılan değişiklik sonucu sağlık mesleği mensubunun bildirimde bulunması gereken suçlara doğrudan bir istisna getirilerek bir hukuka uygunluk sebebi öngörölmüştür. TCK

⁸⁰ Erbaş, *Suçu Bildirme*, s.154; Üzülmöz, s.837.

⁸¹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.1187.

⁸² Zafer, *TCK md.280*, s.1345.

⁸³ Üzülmöz, s.837; Zafer, *TCK md.280*, s.1345.

md.192/4, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin soruşturma başlatılmadan önce tedavi olmak amacıyla bir sağlık kuruluşuna başvurması halinde, kamu görevlileri ile sağlık personelinin TCK md.279 ve md.280 bağlamında bildirim yükümlülüklerinin doğmayacağını belirtmektedir⁸⁴. TCK md.192/4 yalnızca tedavi olmak amacıyla sağlık kurulu-

⁸⁴ Hüseyin Turan/Osman Kodal, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçları Yönünden Kamu Görevlisi ile Sağlık Meslek Mensuplarının Suçu Bildirmemesine Yönelik Düzenlemenin Etkin Pişmanlık Kurumuna Etkisi", *Uyuşturucu Mahkemesi Dergisi*, Y.7, S.13, Haziran 2019, s.515; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.1190; Özgüç, s.1014; TCK md.192/4 "Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolünmaz. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/16 md.) Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmaz.". Maddeye bu istisna hükmü ekleyen 6763 s. Kanun'un 17. maddesinin gerekçesinde bu husus "Kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının işlendiğini öğrendikleri suçları ihbar etme yükümlülüklerinin bulunması ve bu yükümlülüğe uymayanlar hakkında, statülerine göre 5237 sayılı Kanununun 279 uncu veya 280 inci maddeleri uyarınca soruşturma ve kovuşturma yapılması, uyuşturucu kullananların, özellikle bağımlıların tedavi amacıyla resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına bizzat müracaat ederek tedavi yolunu seçmelerini engellemektedir. Kişi, tedavi amacıyla resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurduğunda, bir cezai müeyyideye muhatap olacağını düşünerek, tedaviden sarfı nazar edebilmektedir. Ayrıca, sağlık mesleği mensuplarının, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler bakımından varlığı kabul edilen ihbar yükümlülükleri dolayısıyla hasta-hekim arasındaki güven ilişkisi zedelenmektedir. İhbar yükümlülüğüne uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan ancak tedavi olarak bağımlılıktan kurtulmak isteyenler yönünden bir istisna tanınmadığı takdirde, bu suçla mücadele bakımından öngörülen tedavi ve ıslah amacının gerçekleşmesi zorlaşacaktır. Bu nedenle, 5237 sayılı Kanununun 192 nci maddesinin dördüncü fıkrasına hüküm eklenmekte ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini istemesi halinde, kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 5237 sayılı Kanununun 279 uncu ve 280 inci maddeleri uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmayacağı düzenlenmektedir." şeklinde açıklanmaktadır.

şuna başvuran kişiler için ngrldğnden⁸⁵, uyuşturucu kullandığı sağlık kuruluşunda tespit edilen ancak tedavi olmak istemediğini belirten kişiler bakımından bu hüküm uygulama alanı bulmayacak, böylece sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Örneğin aracıyla kaza yapan kişinin getirildiği sağlık kuruluşunda yapılan testlerinde uyururucu maddeye rastlanması sonrası tedavi olmak istemediğini belirtmesi halinde, TCK md.192/4'teki tedavi amaçlı istisna hal uygulama alanı bulmayacak ve uyururucu kullanma suçuna ilişkin belirtinin yetkili makamlara bildirilmesi gerekecektir.

Hukuka aykırılık bahsinde değinilmesi gereken tartışmalı bir husus ise "tanıklıktan çekinme" düzenlemesidir. Ceza Muhakemesi Kanunu md.46 uyarınca mesleki uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecek kişileri dzenlemektedir⁸⁶. Maddede yer alan "ekinebilecekler" ibaresi her ne kadar bir inisiyatifi ifade ediyor gibi görünse ve esasında bir zorunluluk teşkil etmektedir⁸⁷. Buna göre sağlık mesleği mensubu, ilgisinin rızası olmaksızın mesleğinin icrası bağlamında öğrendiği bilgilere ilişkin tanıklık yapamayacaktır.

CMK md.46 genel bir kural getirmekle birlikte, öğrenilen bilginin bir suça ilişkin belirti olması halinde tanıklıktan çekinmenin mümkün olup olmadığı hususunda tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre öğrenilen bilginin suç belirtisi olması halinde TCK md.280'deki bildirim y-

⁸⁵ Turan/Kodal, s.512.

⁸⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu md.46 "(1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan ekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: ... b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler. ... (2) Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgisinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan ekinemez."

⁸⁷ Yenisey/Nuhoğlu, s.514; Veli zer zbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geirilmif 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.615; Tülay Kitapoğlu Yüksel, "Meslek ve Sürekli Uğraşları Sebebiyle Tanıklıktan ekinme Yükümlülüğü Altındaki Kişilerin Suçu Bildirme Yükümlülüğü", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.13, S.38, Aralık 2018, s.202.

kümlülüğü doğacağı için aynı zamanda tanıklıktan çekinme imkânı bulunmayacak, sağlık mesleği mensubu suç belirtisine ilişkin tanıklık yapmak zorunda olacaktır. Bu doğrultuda CMK md.46'nın sağlık mesleği mensupları bakımından uygulama alanı yalnızca suç belirtisi teşkil etmeyen bilgilerle sınırlı kalacaktır⁸⁸. Bir diğer ifadeyle bildirim yükümlülüğü sır saklama yükümlülüğüne bir istisna teşkil ettiği için tanıklıktan çekinme zorunluluğunun da istisnası haline gelecektir⁸⁹. Diğer bir görüşe göre ise CMK md.46 bahsi geçen kişilere tanınan bir hak olarak değerlendirilmelidir. Ancak çekinme hakkı kamu davasının açılmasından sonra uygulanması söz konusu olabilecek bir kurum olduğu için, bildirimde bulunulması gereken anda bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacaktır. Buna göre sağlık mesleği mensubu suç belirtisiyle karşılaştığında bildirimde bulunmakla yükümlü olacak; ancak kamu davası açıldıktan sonra md.46'da tanınan hakkını kullanarak suç belirtisine ilişkin tanıklıktan çekinebilecektir⁹⁰. Başka bir görüş ise tanıklıktan çekinme düzenlemesinin bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edeceğini ileri sürmektedir⁹¹.

Yukarıda bahsedildiği üzere özel hayatın gizliliğini koruyan çeşitli mekanizmalar mevcuttur. Ancak özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılabilir olması, bu hakkı korumaya yarayan mekanizmalar bakımından da bir karşılık bulmaktadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.4,

⁸⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s.514; Kolcu, s.166. Yenisey/Nuhoğlu, Adalet Komisyonu'nda TCK md.280 bağlamında yapılan tartışmalarda, "Suç vakiasına ilişkin olarak tanıklıktan çekinmenin söz konusu olamayacağı, tanıklıktan çekinme hakkının suç oluşturmaya vakıalar bakımından geçerli olduğu ... aksi halde hukuk düzeninde ciddi suiistimallerin olacağı ... suç vakiasının bildirilmesi gerektiği" şeklinde açıklama yapıldığını ifade etmiştir (bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s.514).

⁸⁹ Zafer, TCK md.280, s.1340.

⁹⁰ Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s.346; Kitapçioğlu Yüksel, s.206; Erbaş, *Suç Bildirme*, s.167-169; Karahan, s.967.

⁹¹ İzzet Özgenç, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları", Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu, Çevrimiçi, <https://www.sdplatform.com/Dergi/169/Saglik-meslegi-mensuplarinin-sucubildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari.aspx>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020).

meslek sırrını koruma yükümlülüğü getirmekle birlikte kanuni mecburiyetler sebebiyle bu yükümlülüğe istisna oluşturulabileceğini de düzenlemektedir⁹². Bu kanuni mecburiyetlerden birini TCK md.280 oluşturmaktadır. Bu sebeple özel hayatın gizliliği ve meslek sırrını koruma yükümlülüğü bu istisna bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmemektedir. Bir diğer ifadeyle suç belirtisiyle karşılaşan sağlık mesleği mensubunun, meslek sırrını koruma yükümlülüğü bağlamında kanun hükmünü yerine getirdiğini belirterek bildirimde bulunmaması halinde, fiil hukuka uygun olmayacak ve sağlık mesleği mensubu cezalandırılacaktır. Tanıklıktan çekinme her ne kadar kamu davasının açılmış olması halinde uygulama alanı bulan bir muhakeme kurumu olsa da suç belirtisine ilişkin tanıklıktan çekinmenin mümkün olup olmadığı yine bildirim yükümlülüğünün istisna konumu için yapılan tespitle açıklanabilecektir. CMK md.45'te yer alan kişiler akrabalık ilişkileri, md.46'da yer alan kişilerse meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle kişilerin özel hayatlarına ilişkin pek çok bilgiyi sırf bu sıfatları sebebiyle öğrenebilmektedirler. CMK md.46'da sayılan kişilerin öğrendikleri bilgileri ilgisinin rızası olmaksızın açıklamamaları meslek sırrını koruma yükümlülüğüyle paralel bir düzenleme olup, özel hayatın gizliliğini koruyan mekanizmalardan birini teşkil etmektedir. Bu bağlamda tanıklıktan çekinmenin meslek sırrının korunması yükümlülüğünün ceza muhakemesindeki karşılığına denk düştüğü söylenebilir. Nasıl ki bildirim yükümlülüğü özel hayatın gizliliği ve meslek sırrının korunması yükümlülüğü bakımından bir istisna teşkil ediyorsa, sağlık mesleği mensubunun bildirimde bulunduğu suç belirtisiyle ilgili tanıklık yapması da CMK md.46 bakımından istisna teşkil etmektedir. Bir başka ifadeyle TCK md.280, hastanın özel hayatına ilişkin bilginin suç belirtisi teşkil etmesi halinde bildirim yükümlülüğü getirerek, bu bilginin meslek sırrı kapsamında bir korumadan yararlanması imkânını ortadan kaldırmaktadır. Artık meslek sırrı bağlamında korunmayan bu bilginin, esasen meslek sırrının korunmasına hizmet eden tanıklıktan çe-

⁹² Kocasakal, s.212; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.4 "Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez."

kinme kurumu (md.46) bağlamında değerlendirilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu sebeple suç belirtisiyle karşılaşan sağlık mesleği mensubu hem bu belirtiyi yetkili makamlara bildirmek hem de çağrıldığı takdirde tanıklık yapmak zorunda olacaktır.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni bakımından, Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında⁹³ düzenlenen *nemo tenetur* ilkesi bakımından bir değerlendirme yapılması gerekir. AY md.38/5 uyarınca, kişinin kendisini veya yakınlarını suçlayacak bir beyanda bulunması ya da bu anlama gelebilecek bir delil sunması beklenemez. Aleyhe delil verme yasağı, kişinin beyanda bulunma yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda yükümlülüğün yerine getirilmemesi bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir⁹⁴. Örneğin kardeşini tedavi eden bir doktorun, kan tahlili raporunda uyuşturucu etken maddesi bulunduğunu fark etmesi ve kardeşinin tedavi olmak istememesi halinde, karşılaştığı suça ilişkin belirtiyi bildirmesi yükümlülüğünün yerine getirilmesi kardeşini suçlayacak bir delili göstermeye zorlanması anlamına gelecektir. Bu durumda bildirimde bulunmayarak kardeşi aleyhine delil sunmayan doktor, anayasal hakkını kullanmış olacak ve fiili haksızlık teşkil etmeyecektir.

D. KUSURLULUK

Suça ilişkin belirtiyi karşılaşılmasına rağmen bildirimde bulunulmaması ya da bildirimde gecikilmesinin sebebinin bir zorunluluk hali,

⁹³ AY md.38/5 "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."

⁹⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.1189; Kocasakal, s.185; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8330; Şahbaz, s.3191; Malkoç, s.4698; Giyik, s.196; Çakmut, s.1056; Karahan, s.964. Ünver, maddede buna ilişkin özel hüküm olmasına rağmen 280. maddede böyle bir hükmün yer almamasının bilinçli olduğunu ve AY md.38/5'e dayanılmayacağını ifade etmektedir (Bkz. Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s.330). Zafer ise, böyle bir açıklığın maddede yer almaması sebebiyle ilgili düzenlemenin AY md.38/5'e aykırı olduğunu savunmaktadır (bkz. Zafer, *TCK md.280*, s.1346). Bununla birlikte AY md.38/5'in bir hukuka uygunluk nedeni değil bir mazeret sebebi olduğu yönündeki görüş için bkz.: Üzülmüş, s.839.

cebir veya tehdit olması halinde, kişinin kusurunun bulunmadığı söylenebilecektir⁹⁵. Örneğin küçük bir yerleşim yerinde, şiddet gördüğü tespit edilen çocuğa ilişkin hazırladığı raporu yetkili makama vermemesi için çocuğun yakınları tarafından tehdit edilen doktor, evinin hasta yakınları tarafından bilindiğinden korkarak bildirimde bulunmadığında kusurlu kabul edilmeyebilecektir.

E. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Gerçek ihmali suçlar, kanunda öngörülen yükümlülüğün yerine getirilmemesiyle işlenmektedir. Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi veya bildirmekte gecikmesi ile suç tamamlanmaktadır. Bildirimin yapılmaması ya da bildirimde bulunmakta gecikilmesi ile suç ta-

⁹⁵ Kocasakal, s.207; Şahbaz, s.3191; Zafer, *TCK md.280*, s.1347.; Erbaş, Suçu Bildirmeme, s.1173-174. Öğretide ihmali suçlarda kusur bahsinde ayrıca beklenebilirlik kavramının de değerlendirilmesi gerektiğini ifaden eden yazarlar mevcuttur. Buna göre bir ihmali hareketin varlığından söz edebilmek için, ihmal etmeme yükümlülüğünün yerine getirilmesi imkanının yani hareket olanağının bulunması gerekmektedir. Bu olanağın mevcut olması halinde, failden yükümlülüğünü yerine getirmesinin ne ölçüde talep edilebileceği değerlendirilir. Hareket olanağı olan failden bu hareketi gerçekleştirmesinin beklenemeyeceği durumlar söz konusu olabilir. Bu durumda kişinin kusurlu olmadığı kabul edilmektedir (bkz. Hakeri, *İhmali Suçlar*, s.248). Beklenebilirlik, failin maruz kalacağı tehlike veya zarar ile hareket edilmezse meydana gelecek netice arasındaki orana, tehlikenin yakınlığına ve hukuki değere göre takdir edilir. Örneğin, hastanın bulaşıcı hastalık taşımasına rağmen sağlık mesleği mensubundan hastayı tedavi etmesi beklenir. Burada sağlık mesleği mensubuna hastalığın bulaşması tehlikesi, tedavi edilmeyen hastanın yaşamı üzerinde tehlike doğan tehlikenin daha düşük olacağından, sağlık mesleği mensubunun tedavi etmemesi halinde kusurlu olduğu kabul edilecektir. Ancak hastanın çıkardığı bir yangında sağlık mesleği mensubunun yanma pahasına hastanın yanına gidip tedavi etmesi kendisinden beklenmeyecektir (bkz. Hakeri, *İhmali Suçlar*, s.250-251). Bununla birlikte beklenebilirlik kavramının kusurluluk, tipiklik ve haksızlık değerlendirmelerinden hangisi bağlamında ele alınması gerektiğine ilişkin öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır (Hakeri, *İhmali Suçlar*, s.254).

mamlandığından bu suça teşebbüsün mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁹⁶. Ancak öğretilerde, bildirimde bulunmada gecikme fiili bakımından bildirim yükümlülüğünün başlaması için belirli bir süre öngörüldüğü için bu fiil bakımından teşebbüsün mümkün olduğunu savunan görüşler de yer almaktadır⁹⁷.

Sağlık mesleği mensubu suç belirtisiyle karşılaştıktan sonra, olayın koşullarına göre makul bir süre içerisinde bildirimde bulunmalıdır. Bu makul süre içinde “bildirimde bulunmama” veya “bildirimde bulunmada gecikme” filleri henüz işlenmemiştir. Dolayısıyla makul süre bitene kadar bildirimde bulunmamaya teşebbüs edilmesi mümkündür. Örneğin, bir çocuğun cinsel istismara uğradığını fiziksel muayeneden anlayan doktorun bu suçu bildirmek için durumun koşullarına göre bir saati bulduğu bir ihtimalde, doktorun suçun açığa çıkmaması için muayene raporunu yok ederek yeni ve suç belirtisi içermeyen bir rapor hazırlarken idari amiri tarafından durumun fark edilmesi halinde, doktorun süre bitiminde bildirimde bulunmayacağı yani bir adım sonrasında suçun işlenmiş olacağı anlaşıldığından teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekir.

2. İştirak

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçu bir özgü suç olduğundan, sağlık mesleği mensubu olmayanlar bu suçun faili olmazlar; ancak bildirim yapılmamasına veya geç yapılmasına ilişkin hareketleri yardım etme veya azmettirme bağlamında değerlendirilebilir⁹⁸. Örneğin suç belirtisiyle karşılaşan doktorun bildirimde bulunmak üzere görev yerinden ayrılacağını mesai arkadaşına haber vermesi, arkadaşının ise doktoru bildirimde bulunmaması için ikna etmesi halinde azmettirme söz konusu olabilecektir. Yahut bildirimde bulunmak istemeyen doktorun suç belirtisinin başka kişilerce öğrenilmesini engelleyerek bildirimde bulunmama suçunu daha kolay işlemek için sağlık kurumunda çalışan bir kişiden dosyayı saklamasını istemesi halinde, dosyayı saklayan kişi yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

⁹⁶ Üzülmöz, s.841; Kocasakal, s.219; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8331; Şahbaz, s.3193.

⁹⁷ Ünver, *Adliyyeye Karşı Suçlar*, s.348; Erbaş, *Suçtu Bildirme*, s.179; Karahan, s.970.

⁹⁸ Üzülmöz, s.841; Kocasakal, s.219; Erbaş, *Suçtu Bildirme*, s.179.

3. İçtima

TCK'de suçların bildirilmesi yükümlülüğü getiren md.278, md.279 ve md.280 olmak üzere üç farklı düzenleme mevcuttur. Bu suçlar bildirilmesi gereken suçların niteliğı ile bildirimde bulunması gereken kişilerin nitelikleri bakımından birbirinden ayrılmakta olup, bunlar arasındaki içtima ilişkisinin değerlendirilmesi gerekir.

TCK md.278, bildirim yükümlüğünü herkes için getirmiştir. Bildirilmesi gereken suç ise işlenmekte olan veya işlenmiş olmasına rağmen etkileri ortadan kaldırılabilecek suçtur⁹⁹. TCK md.279, kamu görevlileri için bildirim yükümlülüğü getirmekle birlikte bu yükümlülük ancak suçun görev gereğı olarak öğrenilmesi halinde doğmaktadır. Bildirilmesi gereken suç ise yalnızca re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçtur¹⁰⁰.

TCK md.280, bildirim yükümlülüğü getirilen kişiyi yalnızca sağlık mesleğı mensubu olarak belirlediğı için md.278'e göre daha özel niteliklidir. Ancak md.278'in genel nitelikli norm olduğunun söylenebilmesi için, md.280'i kapsamaması gerekmektedir¹⁰¹. Diğer bir anlatımla, TCK md.278'in yalnızca belirli bir kısmının md.280'i oluşturması halinde genel norm olması mümkün olacaktır. Bildirilmesi gereken suçlar iki suç tipinde de aynı olsaydı bu yorumu yapmak mümkün olacaktı. Ancak md.278'de bildirim yükümlülüğü yalnızca işlenmekte olan veya etkileri ortadan kaldırılabilecek suçla sınırlı tutulmuş, işlenmiş olan ve etkileri devam etmeyen suçlar için bildirim yükümlülüğü getirilmemiştir. İşlenmiş ve etkileri devam etmeyen bir suç bakımından bildirimde bulunulmaması halinde bakımından md.278 ile md.280 arasında bir içtima ilişkisi doğmayacaktır. Ancak işlenmekte olan veya işlenmiş olmasına rağmen

⁹⁹ TCK md.278 "(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır..."

¹⁰⁰ TCK md.279 "(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır."

¹⁰¹ Zafer, TCK md.280, s.1336.

etkileri ortadan kaldırılabılır olan suçların bildirilmesi bakımından ise, md.279 karşısında md.280 özel norm teşkil ettiğinden özel norm-genel norm ilişkisi doğacak ve sağlık mesleği mensubu fail md.280 uyarınca cezalandırılacaktır.

TCK md.280 ile md.279'u birbirinden ayıran nokta ise failerin sıfatıdır. TCK md.278'den farklı olarak bu iki suç tipinde de failin belirli bir sıfatının bulunması gerekir. Kamu görevlisi olmak ile sağlık mesleği mensubu olmak, herkes tarafından işlenebilen suçlar karşısında özel norm yaratılması için sıklıkla kullanılan özelliklerden ikisidir. Ancak kamu görevlisi ile sağlık mesleği mensubu sıfatı arasında bir genel-özel sıfat ayrımı yapmak mümkün değildir¹⁰². TCK md.280'in kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarını içermesi sebebiyle, md.279'a nazaran özel norm olduğu söylenemeyecektir, zira md.279 yalnızca kamu görevlisi sıfatı taşıyanların cezalandırılabileceği bir normdur. Bu sebeple genel normun gerektirdiği özel normu kapsama niteliği bulunmamaktadır. Diğer taraftan, md.279 da sağlık mesleği mensubu olmayan kamu görevlilerini ihtiva etmekte olup, md.280'e göre özel norm olması mümkün değildir; çünkü md.280 yalnızca sağlık mesleği mensuplarını cezalandıran bir normdur. Bu durumda da genel normun gerektirdiği özel normu kapsama niteliğinden söz edilememektedir.

Bu iki norma arasında özel norm-genel norm ilişkisi kurulamadığından, bir kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubunun re'sen kovuşturulabilir bir suçu bildirmemesi halinde ceza sorumluluğu farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre belirlenmelidir¹⁰³. Ancak suçun

¹⁰² Aynı yönde bkz. Özgüç, s.1032. TCK md.280'nin gerekçesinde devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensuplarının kamu görevlisi olduğu, bu kişilerin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde yukarıdaki maddenin uygulanacağı ifade edilmiştir. Gerekçe yukarıdaki madde ibaresiyle md.279'a işaret etmektedir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. bkz. Y. 4. CD, E.2008/1710, K.2009/15748, T.07.10.2009. Bu yöndeki görüşler için bkz. Kocasakal, s.175; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8324; Şahbaz, s.3193; Malkoç, s.4698; Üzülmöz, s.837; Çakmut, s.1053.

¹⁰³ Zafer, *TCK md.280*, s.1336. Üner bu hususa ilişkin olarak kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubu için md.279'un kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubu içinse md.280'nin uygulanmasının md.280'nin düzenlenme

şikâyete tabi bir suç olması halinde, fail kamu görevlisi olsa dahi, re'sen kovuşturulan suçlar için bildirim yükümlülüğü getiren md.279'un tipik fiili oluşmayacağından, yalnızca md.280'deki suçtan sorumluluk söz konusu olacaktır.

Sağlık mesleği mensubunun işlenen suça ilişkin edindiği bilgiyi bildirmemesi aynı zamanda TCK md.283'te düzenlenen suçluyu kayırma¹⁰⁴ ve TCK md.284'te düzenlenen tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme¹⁰⁵ suçunun tipik fiillerini oluşturabilecektir. Bu durumun fikri içtima hükümleri çerçevesinde ele alınması gerekmektedir¹⁰⁶. Örneğin tedavi ettiği hastanın infaz kurumundan kaçtığını, kaçarken infaz memurunu bıçakladığını, memurun da kendisine ateş etmesi sebebiyle yaralandığı belirtmesi halinde tedaviyi yapan sağlık mesleği mensubunun, durumu yetkili makamlara bildirmemesi TCK md.280 suçuyla birlikte, tutuklu veya hükümlünün bulunduğu yerin bilinmesine rağmen

amacıyla bağdaşmadığını, sağlık personelinin kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın md.280'den sorumlu olması gerektiğini belirtmektedir. (Bkz. Ünver, *Adliyeye Karşı Suçlar*, s.328). Benzer şekilde TCK md.280'de sağlık mesleği mensubu olmak dışında kamu görevlisi sıfatını taşımamak şeklinde bir ibarenin bulunmaması sebebiyle bu madde kapsamına kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensuplarının da dâhil olduğu yönündeki görüş için bkz. Özgüç, s.1009.

¹⁰⁴ TCK md.283 "(1) Suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükümün infazından kurtulması için imkân sağlayan kimse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suçun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (3) Bu suçun üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi halinde, cezaya hükümlenmez."

¹⁰⁵ TCK md.284 "(1) Hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü bir kişinin bulunduğu yeri bildiği halde yetkili makamlara bildirmeyen kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İşlenmiş olan bir suça ilişkin delil ve eserlerin başkaları tarafından saklandığı yeri bildiği halde yetkili makamlara bildirmeyen kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (3) Bu suçların kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Bu suçların üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi halinde, cezaya hükümlenmez."

¹⁰⁶ Erbaş, *Suç Bildirme*, s.188.

bildirilmemesi anlamına geldiğinden TCK md.284 suçu bakımından da sorumluluk doğuracak; ceza sorumluluğu farklı neviden fikri içtima hükmü uyarınca belirlenecektir.

F. YAPTIRIM VE MUHAKEME

TCK md.280, bildirimde bulunmayan veya geç bildirimde bulunan sağlık mesleği mensubu için bir yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Böylece temel ceza bir ay (TCK md.49) ile bir yıl arasında belirlenebilecektir. Hapis cezasının üst sınırı bir yıl olduğu için kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK md.50), hapis cezasının ertelenmesi (TCK md.51) veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi (CMK md.231) mümkündür.

Suç tipi re'sen soruşturulup kovuşturulmaktadır. Suç uzlaşmaya ve önödemeye tabi değildir. Seri muhakeme usûlünün uygulanabileceği suçlar arasında yer almamaktadır (CMK md.250). Bununla birlikte hapis cezasının üst sınırı iki yıldan az olduğu için basit yargılama usûlünün uygulanabileceği suçlardandır (CMK md.251).

SONUÇ

Suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında yaşanan güçlüklerin önüne geçebilmek ve cezalandırma ile ulaşılmak istenen amaçlara erişilebilmesi için yargı makamlarının öncelikle suçtan haberdar olmaları gereklidir. Ancak ilgililerin, özellikle de mağdurların doğrudan yetkili makamlara başvurması bazen kendi iradeleriyle bazen de diğer etkenler sebebiyle mümkün olmamaktadır. Bu noktada suça ilişkin bilginin edinilebilmesi için farklı yolların geliştirilmesi gereklidir. Kişilerin işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlara dair özel nitelikteki bilgileri edinme ihtimalleri olan çeşitli özellikteki kişilere bu sebeple bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüklerden biri TCK md.280'de düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunda öngörülmektedir.

Sağlık mesleği mensupları, yerine getirdikleri sağlık hizmetleri vasıtasıyla tedavi ettikleri kişilerden özel nitelikteki pek çok bilgiyi edinirler. Bu bilgilerin bir kısmı da işlenmiş veya işlenmekte olan suçlara iliş-

kin olabilmektedir. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması bakımından sağlık mesleği mensuplarına bildirim yükümlülüğü getirilmesi, açığa çıkmayan suçların yarattığı zararı gidermeye yönelik bir düzenleme teşkil etmektedir.

Özellikle cinsel istismar¹⁰⁷, eziyet gibi suçların sağlık hizmetinin sunulması sırasında ortaya çıkması mümkün olmakta; bu suçlardan yargılama yapılabilmesini sağlayan en önemli araçlardan biri sağlık mesleği mensubunun bildirimidir. Bu bakımdan sağlık mesleği mensuplarına bu yönde bir ykmllk getirilmesi makul bir yaklaşımdır.

Ancak bu ykmllk bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Suç işleyen kişilerin bu durumun ortaya çıkması için sağlık hizmeti almaktan kaçınma yoluna gitmesi bu düzenlemeler bakımından getirilen en büyük eleřtiridir¹⁰⁸. 765 s. TCK md.530’da kişilerin suç soruşturmasına tabi tutulmasını gerektiren bildirimler ykmllk dışında bırakılarak bu yöndeki endişeleri gideren bir düzenleme mevcuttu¹⁰⁹; ancak 5237 s. TCK bu istisnaya yer vermediğinden bahsi geçen eleştiri güncelliğini korumaktadır.

Düzenlemeye ilişkin bir diğer sorunlu husus ise, sağlık mesleği mensubunun Şikâyete tabi suçlar bakımından da bildirim yükümlülüğü altında olmasıdır. Her ne kadar bu husus sağlık mesleği mensuplarına suç tipleri bakımından ayırım yapma külfeti getirilmemesi ile açıklansa da TCK md.279’da kamu görevlileri bakımından yalnızca re’sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar için bildirim yükümlülüğü getirilmesi bağlamında kamu görevlilerine böyle bir ayırım yapma imknu tanınmıştır.

¹⁰⁷ Cinsel istismar ve reşit olmayanla cinsel ilişki sularının bildirilmesine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Erbaş/Ateş Sarıdağ/Yorulmaz, s.97 vd.; “34 Hamile ocuk Davası: 18 Doktorun Yargılanmasına Başlandı”, Hürriyet Gazetesi, evrimii, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/34-hamile-cocuk-davasi-18-doktorun-yargilanmasina-baslandi-41341821>, (Erişim Tarihi. 01.09.2020).

¹⁰⁸ Rahime Erbaş, “Die rztliche Schweigepflicht und die Anzeigepflicht von Straftaten im türkischen Recht”, *eza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C.5, s.1, 2017, s.107.

¹⁰⁹ Giyik, s.199; zlmez, s.826. Türk Tabipleri Birliği’nin bu yöndeki eleştirileri için bkz.: Arslan Hızal, s.129.

Kamu görevlisi ile sağlık mesleği mensubunun suç tiplerine ilişkin hukuki bilgileri arasında anlamlı bir fark olmadığı dikkate alındığında, yapılan izahat yeterli olmamaktadır. Ayrıca şikâyete tabi suçlarda şikâyetin gerçekleşmemesi halinde devletin cezalandırma yetkisinin bulunmamasına karşın, sağlık mesleği mensubunun mutlak olarak bildirim yükümlülüğü altında olması ölçülülük ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu suçun, re'sen soruşturulabilir ve kovuşturulabilir ya da yalnızca belirli ağır suçlarla sınırlı olarak yeniden düzenlenmesi, bu düzenlemede psikolog ve psikiyatristlerin bildirim yükümlülüğünden muaf tutulması yerinde olacaktır.

ZUSAMMENFASSUNG

Nichtanzeige von Straftaten durch medizinisches Fachpersonal

§ 280 t.StGB

„(1) Das medizinische Fachpersonal, das bei der Erfüllung seiner Aufgaben von Spuren einer begangenen Straftat erfährt und dennoch den zuständigen Behörden keine Anzeige davon macht oder diese verzögert, wird mit bis zu einem Jahr Gefängnis bestraft.

(2) Als medizinisches Fachpersonal gelten Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen, Krankenschwestern oder sonstige Personen, die die Gesundheitsdienstleistungen erbringen.“

§ 280 t.StGB regelt eine Anzeigepflicht von medizinischem Fachpersonal, das über strafrechtlich relevante Spuren informiert ist.

In der vorliegenden Studie wurden die rechtlichen Grundlagen für den Schutz der Privatsphäre und der Begriff des Berufsgeheimnisses, das ein die Privatsphäre schützendes Instrument darstellt, beschrieben. Es wurde die Wichtigkeit der Anzeigepflicht der Straftaten erklärt, die einen Einschränkungsgrund für das Recht auf Privatsphäre darstellt. Dadurch wurde erklärt, dass die Straftat in § 280 tStGB eine Ausnahmegesetzvorschrift ist, die den Schutz des Berufsgeheimnisses und die Privatsphäre beschränkt.

Bei der Erläuterung zum Rechtsgut gelangt man zu dem Ergebnis, dass das Rechtsgut die öffentliche Ordnung ist, die durch die Bestrafung der Straftäter infolge der Anzeige einer Straftat gesichert wird.

Die im Paragraph genannten medizinischen Personen sind nur Regelbeispiele. D.h., alle, die einen medizinischen Dienst leisten, können Täter sein. An dieser Stelle wurde die Situation für Psychologen und Psychiater besonders bewertet. Die Anzeigepflicht für alle erkannten Straftaten wurde als eine große Bürde für Psychologen oder Psychiater betrachtet. Deshalb wurde dargelegt, dass sie von § 280 tStGB entlastet und nur in Bezug auf fortlaufende Taten (§ 278 tStGB) zur Verantwortung gezogen werden sollen.

Weil der Paragraph keine besondere Regelung dazu enthält, gilt die Anzeigepflicht sowohl für Antrags- als auch für Offizialdelikte. Es wurde festge-

stellt, dass diese Anzeigepflicht für Antragsdelikte wegen der fehlenden Möglichkeit, bei fehlendem Antrag ein legitimes Ziel zu erreichen, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt. Es wurde angenommen, dass nicht nur eine physische Spur, sondern auch mündliche Mitteilungen des Patienten ein Anzeichen i.S.d. § 280 tStGB darstellen.

Es wurde festgestellt, dass § 280 tStGB ein Unterlassungsdelikt darstellt, da die tatbestandliche Handlung „Nichtanzeige“ oder „Verzögerung der Anzeige“ ist. In dieser Hinsicht wurde die zu benachrichtigende zuständige Behörde, der Entstehungszeitpunkt der Anzeigepflicht, Anzeigefrist und die Auswirkungen der Anzeige einer Person auf andere Personen, die ebenfalls über die Spur informiert sind, beschrieben.

Im Rahmen der Rechtswidrigkeit wurde hingewiesen, dass die Anzeigepflicht aufgrund der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht eine rechtfertigende Wirkung bezüglich der Straftaten gegen das Recht auf Privatsphäre hat.

Es wurde der Schluss gezogen, dass das nemo - tenetur-Prinzip (gemäß §38 Abs. 5 tGG) einen Rechtfertigungsgrund für eine Straftat in § 280 tStGB sein könnte, falls die Anzeige Beweise für eigene Straftaten oder von Angehörigen liefert.

Hinsichtlich der besonderen Erscheinungsformen der Straftat wurde insbesondere die Konkurrenz zwischen § 279 tStGB und § 280 tStGB erläutert. Es wurde festgelegt, dass zwischen den Tatbeständen kein Spezialitätsverhältnis vorliegt und die Verantwortung nach ungleichartiger Idealkonkurrenz bestimmt werden muss.

Abschließend wurde eine Änderung vorgeschlagen, die eine Ausnahmvorschrift für Psychologen und Psychiater sowie Antragsdelikte aus § 280 t.StGB vorsieht.

KAYNAKÇA

- AMİKLİOĞLU Hüseyin, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", *FÜHFD*, C. 3, S.1, 2015, s.97-115.
- ARSLAN HIZAL Sevinç, "Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü", *Ceza Hukuku Dergisi*, C.5, S.13, AĞustos 2010, s.125-150.
- ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / ALŞAHİN M. Emin / ÇAKIR Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2011.
- ÇAKMUT Özlem, "Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md.280)", *MÜHF-HAD*, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, s.1051-1060.
- ERBAŞ Rahime, *Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- ERBAŞ Rahime, "Die ärztliche Schweigepflicht und die Anzeigepflicht von Straftaten im türkischen Recht", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C.5, S.1, 2017, s.99-123.
- ERBAŐ Rahime / ATEŐ SARIDAĐ Bűőra Hazel / YORULMAZ CoŐkun, "15-18 Yaő Arası Gebeliklerde SaĐlık MesleĐi Mensuplarının Suçu Bildirme YükümlülüĐü", *TAAD*, Y.11, S.41, Ocak 2020, s.95-111.
- EREM Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHFD*, C.1, S.1, 1943, s.35-72.
- EREM Faruk, *Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1959.
- GİYİK Abdalbaki, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması", *EÜHFD*, C.9, S:2, Aralık 2014, s.175-214.
- HAFIZOĞULLARI Zeki / ACAR Bülent Hayri, "Suçu Bildirmeme Suçları", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.1, Ocak 2016, s.179-199.
- HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- HAKERİ Hakan, *Tıp Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, SeÇkin Yayıncılık, 2018.

- HAKERİ Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara Seçkin Yayıncılık, 2003.
- IŞIK Göksu, "Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Suçu Bildirmeme Suçu", *Beyken Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.6, Aralık 2017, s.163-187.
- JOECKS Wolfgang / MIEBACH, Klaus, *Münchener Kommentar zum Strafrecht*, 3. Band, 3. Auflage, C.H. Beck, 2017.
- KARAHAN Burak, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", *MÜHF-HAD*, C.25, S. 2, Aralık 2019, s.948-978.
- KARAKAŞ DOĞAN Fatma, "Cezanın Amacı ve Hapis Cezası", *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, 2009.
- KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL Tülay, "Meslek ve Sürekli Uğraşları Sebebiyle Tanıklıktan Çekinme Yükümlülüğü Altındaki Kişilerin Suçu Bildirme Yükümlülüğü", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.13, S.38, Aralık 2018, s.193-215.
- KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- KOCA Mahmut, "Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü", *İÜHFD*, C.3, S.1, 2012, s.113-128.
- KOCASAKAL Ümit, *Suçtu Bildirmeme Suçları*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- KOLCU Selahattin, *Suçtu Bildirmeme Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- MALKOÇ İsmail, *Türk Ceza Kanunu – Madde 242-345*, Ankara, Malkoç Yayınevi, 2013.
- METİN Yüksel, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?", *SDÜHFD*, C.7, S.1, 2017, s.1-74.
- OKAY TEKİNSOY Özge, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar / TEPE İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

- ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 12. Baskı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14.Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- ÖZGENÇ İzzet, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları", Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu, Çevrimiçi, <https://www.sdplatform.com/Dergi/169/Saglik-meslegi-mensuplarinin-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari.aspx>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020).
- ÖZGÜÇ Levent Emre, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md.280)", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C.77, S.2, 2019, s.999-1040.
- ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- ŞAHBAZ İbrahim, *Türk Ceza Kanunu – 2. Cilt*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- TOROSLU Haluk, "Ceza Müeyyidesi", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- TOROSLU Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 24. Baskı, 2018.
- TURAN Hüseyin / KODAL Osman, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçları Yönünden Kamu Görevlisi ile Sağlık Meslek Mensuplarının Suçu Bildirmemesine Yönelik Düzenlemenin Etkin Pişmanlık Kurumuna Etkisi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y.7, S.13, Haziran 2019, s.501-522.
- ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 3 Cilt*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÜNVER Yener, *Adliyyeye Karşı Suçlar*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- ÜNVER Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

ÜZÜLMEZ İlhan, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK md.280)” in: *V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu – Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.

YAŞAR Osman / GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, *Türk Ceza Kanunu – 6. Cilt*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.507.

YOKUŞ SEVÜK Handan, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması” in: *V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu – Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.

ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK Md.1-75*, 5. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2015.

ZAFER Hamide, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”, *İÜHFM*, C.71, S.1, 2013, s.1327-1352.

Çevrimiçi Kaynaklar

Türkiye Tabipler Birliği: Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Mayıs 2012, https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf

Yargıtay Kararları: www.kazanci.org

İMAR PLANLARINDA KAMUSAL KULLANIMA AYRILAN YERLERİN UZUN SÜRE KAMULAŞTIRILMAMASI KARŞISINDA ALMAN HUKUKUNDAN BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ: YÜKÜMLÜLÜK DAVASI

LANGANDAUERNDEN UNTERBLEIBEN DES VOLLZUGS BAUPLANUNGSRECHTLICH VORGESEHENER ENTEIGNUNGEN - RECHTSSCHUTZ DURCH VERPFLICHTUNGSKLAGEN?

Araş. Gör. Ahmet Çağrı YILDIZ*

ÖZ

İmar planlarında kamusal kullanıma ayrılan yerlerin uzun süre kamulaştırılmaması, taşınmaz maliklerinin mülkiyet hakları bakımından bir ihlal teşkil etmektedir. Zira her ne kadar fiilen kamulaştırma veya el atma gerçekleşmemiş olsa da mülkiyet hakkının gerçekte kullanılması yönünden olumsuzluklar doğmaktadır. Bu sorunun çözümüne yönelik olarak yargısal koruma sağlanması bakımından ülkemizde geçmişten beri çeşitli içtihatlar geliştirilmiştir. Bununla birlikte, öğretide ve yargı kararlarında hukuki el atma olarak isimlendirilmiş olan bu sorunun çözümüne yönelik etkili ve tutarlı bir yargısal koruma yolu halen bulunabilmiş değildir. Yargısal korumanın etkili ve tutarlı bir şekilde sağlanabilmesi, idari yargı sistemimizde, sorunun özelliklerine uygun çözümler sunmaya elverişli usullerin ve dava türlerinin bulunmasına bağlıdır. Alman idari yargılama hukukuna özgü bir dava türü olan yükümlülük davası, hukuki el atma ve benzeri özellikteki hukuki sorunlar için uygun bir çözüm sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Hukuki el atma, yargısal koruma, idari dava türleri, Alman idari yargılama hukuku, yükümlülük davası*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (ac.yildiz@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-2866-7555.

**LONGLASTING NON-EXECUTION OF EXPROPRIATIONS
INTENDED BY DEVELOPMENT PLANS – JUDICIAL PROTECTION
BY THE ACTION FOR OBLIGATION?**

ABSTRACT

It constitutes a violation of the property right, when the real properties intended to be expropriated by development plans, however the expropriations are not executed for a long time. In this case, even though there is not any actual expropriation or confiscation, there are practical limitations in the use of the property right. Difficulties in selling the real property is an example. Various solutions have been developed by the jurisprudence in Turkey since the past, in terms of providing judicial protection against this problem. It has been named as "de jure confiscation" by the courts and the doctrine. However, an effective and noncontradictory way of judicial protection has not yet been found to solve this problem. Such judicial protection depends on the existence of appropriate procedures and types of legal actions in the administrative procedure law system. These procedures should be able to offer solutions, which are appropriate to the nature of the problem. The action for obligation, a type of legal action specific to German administrative procedure law, offers a suitable solution for de jure confiscation and legal problems of similar nature.

Keywords: *De jure confiscation, judicial protection, types of administrative legal actions, German administrative procedure law, action for obligation*

GİRİŞ

İmar planlarında kamusal kullanıma ayrılan yerlerin uzun süre kamulaştırılmaması, ÷lkemizde gemiŐten beri güncelliğini koruyan bir hukuki sorundur. Bu sorun gerek mahkemelerimizin gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına konu olmuş ve çeşitli içtihatlar oluŐmuŐtur. Öğretide ve yargı kararlarında *hukuki el atma* olarak isimlendirilmiş bulunan bu soruna yönelik olarak oluşan içtihatların ise aynı kalmadığı, zaman içerisinde önemli ölçüde değişim gösterdiği gözlemlenmektedir. Bununla birlikte, bu çalışmanın oluŐmasına temel teşkil eden kanaate göre, bu soruna karşı yargısal koruma sağlanması bakımından tutarlı ve etkili bir çözüm yolu halen bulunabilmiş değildir.

Çalışmada öncelikle hukuki el atma sorununun özölmesine yönelik tercih edilen yargısal koruma usullerinin zaman içerisinde nasıl değişim geçirdiği, konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da değinilerek aktarılacak ve mevcut sistemimiz dâhilindeki çözüm yöntemlerinin kanaatimizce eksik yönlerine ilişkin izahatlerde bulunulacaktır. Sonrasında bu sorunun çözümü için uygun olabilecek, Alman idari yargılama hukukuna özgü bir dava türü olan yükümlölük davasına ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Nihayetinde yükümlölük davasının işlevini karşılamaya elverişli bir dava türünün hukuki el atma sorununun yargısal çözümü için nasıl bir alternatif olabileceği ortaya konulacaktır.¹

A. Yıllar İçerisinde Hukuki El Atma Sorununa İlişkin Yargısal Koruma Arayışı

1. Hukuki El Atmada 1. Dönem (2010 Öncesi)

Hukuki el atmada ilk dönem olarak isimlendirdiğimiz bu dö-

¹ "Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Ekseninde Alman İdari Yargılama Hukukuna Özgü Bir Dava Türü: Yükümlölük Davası" başlıklı yüksek lisans tezi, 2019 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı bünyesinde tarafımca savunularak oybirliğiyle kabul edilmiştir. Yükümlölük davası ve Türk hukukunda uygulanabilirliği konusunda detaylı bilgi için sözü edilen çalışma incelenebilir. Bu makalede ise hususi olarak yükümlölük davasının uygulanabilirlik alanlarından yalnızca birisine örnek teşkil eden hukuki el atma sorunu ele alınmıştır.

nemde ne idari yargı ne de adli yargı kolunda hukuki el atma konusunda sorunun çözülmesini sağlayacak kararlar verilmektedir. Adli yargı kolunda bu hususta davanın reddedilme gerekçesi olarak kamulaştırmasız el atma şartlarının gerçekleşmemiş olması ileri sürülmektedir. Bu dönemde, hukuki el atmanın ayrı bir sorun olarak ele alınması söz konusu olmamıştır. Dava konusu hukuki sorun, kamulaştırmasız el atma olarak kabul edilerek buna yönelik bir inceleme yapılmıştır. Bu inceleme sonucunda, mahkemenin ifadesiyle kamulaştırmasız el atma hükümlerinin uygulanmasının, mal sahibinin malı kullanımına engel olunarak taşınmazın elinden alınmasını gerektirdiği; mevcut durumda ise taşınmaz malın malikin elinden alınmadığı ve kullanma hakkına sahip olduğu gerekçeyle kamulaştırmasız el atma şartlarının gerçekleşmediğine karar verilmiştir². Kamulaştırmasız el atmanın gerçekleşmesi için taşınmaz mala fiilen el atılması gerekmektedir. Hukuki el atmada ise böyle bir durum söz konusu olmadığı için mahkemeler tarafından taşınmaz malın parasal karşılığının maliklere ödenmesi taleplerinin reddine karar verilmiştir.

İdari yargı organı ise kamulaştırma talebinde bulunan ilgilinin talebinin idare tarafından reddedilmesi üzerine açılan iptal davalarında, mahkemenin idareyi bir işlem yapmaya zorlayamayacağı gerekçesine dayanarak davaları reddetmiştir. Burada, Anayasa'da ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan, idari yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğuna ve yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hükümlerine dayanılmıştır. Buradan hareketle, mahkemenin idareyi kamulaştırma işlemi yapmaya zorlayacak bir karar veremeyeceğine karar verilerek davalar reddedilmiştir³. Bu dönem ve sonrasında uzun süre, imar planında kamusal kullanıma ayrılmış olmasına rağmen kamulaştırılmamış olan alanlarda taşınmaz maliki olan ilgililerin mülkiyet haklarının kullanımının sınırlandırılmış olmasından kaynaklanan zararlarının tazmin edilmesi talebiyle açtıkları tam yargı davalarında hukuken mülkiyet hak-

² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2007/5-805 K. 2007/826, T. 07.11.2007.

³ Danıştay 6. Daire, E. 2002/3693, K. 2004/125, T. 14.01.2004.

kının kullanımında herhangi bir kısıtlama bulunmadığı gerekçesiyle davalar reddedilmiştir⁴. Netice itibariyle bu dönemde imar planlarında kamusal kullanıma ayrılmış alanların uzun süre kamulaştırılmamasından kaynaklanan mağduriyetlerin yargı yoluyla giderilmesi konusunda herhangi bir çözüm veya gelişme görülmemektedir.

2. Hukuki El Atmada 2. Dönem (2010-2012)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, hukuki el atma sorununun iç hukukumuzda çözümünü bakımından önemli bir adım atarak, idarenin tazminat sorumluluğunun doğması için fiilen el atma şartının gerçekleşmiş olması kabulünden dönmüş ve *“uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaz müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu”*na karar vermiştir⁵. Burada Yargıtay, mülkiyet hakkının kısıtlanması bakımından kamulaştırmasız el atmanın sonuçları ile hukuki el atmanın sonuçları arasında bir fark bulunmadığı gerekçesine dayanarak mülkiyetin bedele çevrilmesi amacıyla idareden tazminat istenebileceğine hükmetmiştir.

Yargıtay'ın verdiği bu kararın temel dayanağı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 23.09.1982 tarihinde verilen Sporrong ve Lönnroth v. İsveç kararı olmuştur⁶. Bu karara konu olayda, Stockholm İdare Kurulu, Sporrong miras şirketine ait taşınmaz için 1954 ve Bayan Lönnroth'a ait taşınmaz için 1968 yılında imar yasağı getirmiştir. İsveç hükümeti tarafından Stockholm Belediyesi'ne Sporrong miras şirketine ait taşınmaz için 1956 ve Bayan Lönnroth'a ait taşınmaz için 1971 yıllarında kamulaştırma izni verilmiştir. Belediye, taşınmazların kamulaştırılması için gerekli işlemleri yapmamıştır. Sporrong miras şirketinin taşınmazı üzerindeki kamulaştırma izni 23 yıl, imar yasağı 25 yıl; Bayan Lönnroth'un taşınmazı üzerindeki kamulaştırma izni 8 yıl, imar yasağı 12 yıl

⁴ Danıştay 6. Daire, E: 2010/8980, K. 2011/131, T. 01.02.2011.

⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2010/5-662, K. 2010/651, T. 15.12.2010.

⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sporrong ve Lönnroth v. İsveç, Başvuru No. 7151/75, 7152/75, T. 23.09.1982.

sürmüştür. Kamulaştırma izinleri ve imar yasakları sebebiyle başvuru-
 lar taşınmazlarını satma, kiralama, kullanma, değişiklik yapma, ipotek
 etme gibi yetkilerini kullanma konusunda sorun yaşamışlardır. Kamulaştır-
 ma izinlerinin hükümet tarafından kaldırılmasının ardından malikler
 İsveç mahkemelerinde mülkiyet haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle taz-
 minat talebinde bulunmuştur. Mahkeme, kanunlara uygun biçimde ve
 kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkına kısıtlama getirildiğine karar ver-
 miştir. Kamulaştırma izni, maliklerin sahibi oldukları şeyleri kullanma ve
 tasarruf etme haklarına dokunmadığı halde, bu hakların fiilen kullanılma
 olasılığını önemli ölçüde düşürmektedir. Bu nedenle, başvuru-
 cuların mülkiyet hakkına bir müdahale vardır. Kamulaştırma izinleri ve inşaat
 yasaklarının uzun bir süre devam etmesi müdahalenin sonuçlarını ağır-
 laştırmıştır⁷. Mahkeme, ilk olarak İsveç makamlarının başvuru-
 cuların taşınmazlarını kamulaştırmadığını belirtmiştir. Bu nedenle başvuru-
 cular şekli olarak hiçbir zaman mülkiyetlerinden yoksun bırakılmamışlardır.
 Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hakları “pratik ve etkili” bir şe-
 kilde güvence altına almayı amaçladığından, başvuru-
 cuların iddia ettiği gibi de facto bir kamulaştırma bulunup bulunmadığı belirlenmek zorun-
 dadır⁸. Mahkemeye göre şikâyet konusu sonuçlar, malvarlığı üzerinde ta-
 sarruf etme imkânının daraltılmasından kaynaklanmaktadır. Burada hak,
 tamamen kaybolmamakla birlikte özünden birazını yitirmiştir. Söz ko-
 nusu durum, mülkiyetten yoksun bırakma değildir. Ancak mülkiyet hak-
 kının kullanılmasının sınırlandırılması söz konusudur. Başvuru-
 cular bütün bu dönem boyunca, mülklerinin geleceği konusunda tamamen belir-
 siz bir durumda bırakılmışlardır. Mahkemeye göre, Sporrong Miras Şir-
 keti ile Bayan Lönnroth, ancak sürelerin kısaltılması veya tazminat için
 talepte bulunma imkânları kendilerine verilmiş olması halinde meşru sa-
 yılabilecek olan ferdi ve aşırı nitelikte bir yük taşımışlardır. Mahkeme’nin
 görüşüne göre, başvuru-
 cuların gerçekten zarar görüp görmediklerini bu
 aşamada belirlemek gerekli değildir. Gerekli dengenin bulunmamasına
 yol açan şey, onların hukuki durumlarıdır⁹. Bu gerekçelere dayalı olarak

⁷ Sporrong ve Lönnroth v. İsveç, para 60.

⁸ Sporrong ve Lönnroth v. İsveç, para 63.

⁹ Sporrong ve Lönnroth v. İsveç, para 73.

mahkeme, başvuruclarının mülkiyet haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla bu kararda, mülkiyet hakkı ihlalinin gerçekleşmiş sayılması için idare tarafından taşınmaza fiilen el atılması şartının gerçekleşmiş olması gerekmediği ortaya konulmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aradan uzun süre geçmiş olmakla birlikte, bu karara dayanarak hukuki el atma sorununu kamulaştırmasız el atmadan farklı bir husus olarak ele almıştır. Danıştay'ın önceki yaklaşımı ise bu dönemde devam etmektedir.

İfade edilmesi gerekir ki 2011 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hakan Arı başvurusunda Türkiye aleyhine imar planında kamusal kullanıma ayrılan bir alanda bulunan taşınmazın uzun süre kamulaştırılmaması nedeniyle mülkiyet hakkı ihlali kararı vermiştir. Türkiye'de yargı organlarının hukuki el atma sorunu konusunda çözüm yolu arayışında bu kararın da etkisi bulunmaktadır. Bu karara aşağıda değinilecektir.

3. Hukuki El Atmada 3. Dönem (2012-2013)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, hukuki el atmaya tanıması ve adli yargıyı bu konuda görevli bulmasının ardından hukuki el atma davalarında yapılan görev itirazları neticesinde meseleyi Uyuşmazlık Mahkemesi ele almıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi, 09/04/2012 tarihinde verdiği E. 2011/238, K. 2012/63 ve E. 2012/41, K. 2012/77, sayılı kararlarıyla; "...davanın konusunun, davalı idarece 3194 sayılı Kanunu uyarınca kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade ile yapılan imar planlarında yeşil alan olarak yer alan davacılara ait taşınmazın bedelinin tazminine ilişkin bulunduğu anlaşılmış olup, belirtilen duruma göre, imar planı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde yer alan "İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları" kapsamında idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir." ifadeleriyle hukuki el atma uyuşmazlıklarının çözümü bakımından idari yargıyı görevli bulmuştur¹⁰.

¹⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2011/238, K. 2012/63, T. 09.04.2012, Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2012/41, K. 2012/77, T. 09.04.2012.

Danıştay ise bu dönemde hukuki el atma uyuşmazlıklarının tam yargı davası yerine iptal davası yoluyla çözümlendirilmesi yönünde bir yaklaşım sergilemektedir. 24.05.2012 tarihinde, *“Bu nedenle, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğundan ve mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe itildiğinden söz edilebilmesi için, imar planının onaylanmasından sonra kamulaştırmanın ne kadar zaman içinde yapılması gerektiği belirlenmelidir. Bugün itibarıyla, mevzuatta bu konuyu düzenleyen açık bir düzenleme yer almamaktadır. Diğer yandan, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesinde, kamulaştırma bedelinin kesilmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz malın olduğu gibi bırakılması şartıyla malike taşınmazını geri alma hakkı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, yasa koyucu, mülkiyet hakkını ilgilendiren konularda, idarenin beş yıl boyunca hareketsiz kalmasını, malikler lehine bazı haklar doğması bakımından yeterli görmüştür. Yasa koyucunun bu eğiliminin, uyuşmazlık konusu olayda da kıyasen uygulanması hukuka ve hakkaniyete uygun olacağından, imar planlarının onaylanmasından itibaren beş yıl geçmesine karşın, ilgili idarelerce kamunun kullanımına ayrılan taşınmazların kamulaştırılmaması durumunda, mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe itildiğini, dolayısıyla, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğunu kabul etmek gerekmektedir. Uyuşmazlık konusu olayda da, söz konusu beş yıllık süre geçmiştir. Bu itibarla, davacıların başvurusu üzerine 3194 sayılı İmar Kanununun 10. Maddesi hükmü uygulanmak suretiyle maliki oldukları taşınmazın davalı belediyece imar programına alınması, bu program dahilinde geciktirilmeksizin kamulaştırılması zorunludur.”*¹¹ şeklinde karar vererek bu yaklaşımını açıkça ortaya koymuştur.

4. Hukuki El Atmada 4. Dönem (2013 ve sonrası)

Anayasa Mahkemesi, Kamulaştırma Kanunu’nun Geçici 6. maddesindeki bazı düzenlemelere ilişkin iptal davasında 25.09.2013 tarihinde verdiği kararında *“Sonuç olarak, davacının taşınmazının imar planlarında “dere mutlak koruma alanı”nda bırakılması nedeniyle, tasarruf hakkının kısıt-*

¹¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2007/2255, K. 2012/801, T. 24.05.2012.

lanmasının kamulaştırmaz el atma sonucu olduğu ve tasarruf hakkının kısıtlanması sebebiyle doğan zararın ancak idari yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.” ifadelerine yer vererek hukuki el atma sorununun idari yargıda tam yargı davasıyla çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir¹².

Bu dönemde Danıştay, aynı yaklaşımı Anayasa Mahkemesi'nin kararından da önce sergilemeye başlamıştır. 17.04.2013 tarihinde 6. Daire tarafından verilen kararda, “*Bu durumda, davacıya ait taşınmazın imar planında “yol ve otopark” olarak belirlenmesi nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programının belediyece hazırlanmaması ve bunun sonucunda taşınmazının kamulaştırılmaması nedeniyle davacının mülkiyet hakkının belirsiz bir süre ile kısıtlandığı ve bu kısıtlanmanın idarece bir karar alınarak kaldırılmadığının sabit olması karşısında, taşınmaz malın değerinin hesaplanarak ilgisine ödenmesi dışında başka bir yol kalmamıştır. İdarece taşınmaz kamulaştırılmış olsaydı taşınmaz bedelinin mahkemece Kamulaştırma Kanunu hükümleri çerçevesinde tespit edilerek hak sahibine ödenmesi gerekecekti; bu nedenle taşınmaz değerinin belirtilen Kanun hükümleri dikkate alınarak saptanması gerekmektedir. Öte yandan, davacıya ödenmesine hükmolunacak tazminat tutarının, taşınmazın idare adına tapuda tescil edilmesi sırasında kamulaştırma bedeli yerine geçecek miktar olarak kabul edilmesi ve buna göre işlem yapılması zorunludur.*” ifadeleri yer almaktadır¹³. Bu karardan anlaşıldığı üzere artık hukuki el atma uyuşmazlıkları tam yargı davası formunda görülmeye başlanmıştır. Bu davada kamulaştırma bedeli hesaplanıp, tazminat olarak bu miktara hükmedilmekte ve bu miktar kamulaştırma bedeli sayılmak suretiyle taşınmazın kamulaştırılması gerektiğine karar verilmektedir.

Bu dönemde Yargıtay ise hukuki el atma uyuşmazlıklarını kamulaştırmaz el atma uyuşmazlıklarından tamamen ayırarak, hukuki el atma uyuşmazlıkları bakımından idari yargının görevli olduğuna açıkça karar vermektedir¹⁴.

¹² Anayasa Mahkemesi, E. 2013/93, K. 2013/101, T. 25.09.2013.

¹³ Danıştay 6. Daire, E. 2011/8152, K. 2013/2702, T. 17.04.2013.

¹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/603, K. 2013/1503, T. 30.10.2013.

B. Mevcut İdari Yargılama Hukuku Sistemi Dâhilinde Çözüm Arayışı

Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhine verdiği Hakan Arı kararının ardından hukuki el atma konusunda yargısal çözüm arayışları daha etkin bir hal almıştır. Hakan Arı kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 11 Ocak 2011 tarihinde verilmiştir. Bu karara konu olayda Hakan Arı, tapu sicilinde fidanlık olarak kayıtlı bulunan taşınmazın imara açık alana dâhil olduğunu öğrenmesi üzerine imar izni almak üzere Mersin Belediyesi'ne başvurmuştur. Taşınmazın imar planında okul alanı olarak gözüktüğü ve hakkında kamulaştırma kararı alındığı gerekçesiyle imar izni verilmemiş; fakat kamulaştırmanın kaynak yetersizliği nedeniyle derhal yapılamayacağı bildirilmiştir. Başvurucu bir yıl sonra maliki olduğu araziden yararlanma hakkının kısıtlanması suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat davası açmış, tüm yargısal süreç sonucunda 2007 yılına kadar bir sonuç alamamıştır. Bunun üzerine mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Mahkemeye göre, başvuranın mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale söz konusudur. Taşınmazın şehir imar planında okul yapımı için öngörülmesi yalnızca imar yasağından etkilenmesine yol açmamış, aynı zamanda araziden istifade edilmesini de olanaksız hale getirmiştir. Mahkeme, başvuranın taşınmazına el atılmaması nedeniyle re'sen gerçekleşmiş bir müdahalenin olmadığını; bunun yanında mülkiyetin devrinin gerçekleşmemiş olduğunu, fakat meseleyi görünenlerin ötesine geçerek gerçek yüzüyle inceleyeceğini belirtmiştir. Bu bağlamda, başvuran tarafından öne sürülen durumun etkilerinin mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamalardan ileri geldiğini ve sonucu itibarıyla bütün olarak taşınmazın kullanılabilirliğini azalttığını, hakkın özü bakımından bir kayıp bulunsa da tam olarak kaybolmadığını belirtmiştir. Bunun ardından mahkeme, kamu yararının gerekleri ile başvuranın temel haklarının korunması arasında bulunması gereken adil dengenin gözetilip gözetilmediğini incelemeye almıştır. Böylesi karmaşık ve düzenleme yapılmasını gerektiren alanlarda devletlerin şehir planlamasına yönelik politikalarında belirli bir takdir payından yararlanmalarını doğal karşılamaktadır. Mevcut şartlar çerçevesinde mahkeme, başvuranın hakkına yönelik müdahalede genel kamu menfaatlerine riayet edildiği kanaatine ulaşmıştır. Bununla birlikte,

başvuran ilgili bütün bu dönem boyunca mülkiyetinin akıbeti konusunda bir belirsizliğe itilmiştir. Söz konusu bu durumun başvuranın mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanması önünde engel teşkil ettiğine ve arazinin satış şansı da dahil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini önemli ölçüde azalttığına karar vermiştir. Ayrıca başvuranın uğradığı kayıp hiçbir tazminat miktarı ile giderilmemiştir. Bütün bu sözü edilenler neticesinde mahkeme, başvuranın kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan alışılmışın dışında ve ölçsüz bir yüke katlanmak zorunda kaldığı gerekçesiyle mülkiyet hakkı ihlaline ve tazminata hükmetmiştir^{15, 16}

İfade edildiği gibi, bu kararın da etkisiyle Türkiye’de imar planlarında kamu hizmetine ayrılan yerlerin uzun süre kamulaştırılmamasından kaynaklanan mülkiyet hakkı ihlali sorunlarının çözümü bakımından yeni bir arayışa girilmiştir. Bu konuda görevli yargı kolunun idari yargı olduğuna, Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının ardından kesin kanaat getirilmesiyle birlikte, idari yargı kolu içerisinde uyuşmazlıklar çözümlendirilmeye çalışılmıştır. Bu arayış, elbette mevcut idari yargılama hukuku sistemimizin imkânları çerçevesinde olmuştur.

Bilindiği üzere, idari yargılama hukuku sistemimizde yalnızca iptal ve tam yargı davaları bulunmaktadır. Dolayısıyla uyuşmazlıkların bu iki dava türünden birisiyle çözüme kavuşturulması zorunluluğu hâsıl olmaktadır. İptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarının biri yönünden hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olup, yalnızca idari işlemlerin iptalini sağlamaktadır. Tam yargı davaları ise kanuni ifadesiyle “*idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm, tam yargı davalarının uygulamadaki kapsamı ve işlevini tam olarak yansıtmamaktadır. Zira hukukumuzda tam yargı davası hem uygulanmasıyla hem öğretilde ele alınış şekliyle hem de 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun m. 3/2 (d), m. 16/4 c. 2, m. 17/1

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hakan Arı v. Türkiye, Başvuru No: 13331/07, T. 11.01.2011.

¹⁶ Benzeri için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hüseyin Kaplan v. Türkiye, Başvuru No: 24508/09, T. 01.10.2013.

c. 1, m. 24 (e), m. 28/6, m. 45/1 c. 2 ve m. 46/1 (b) hükümlerinde ele alınış şekliyle idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararların tazmin edilmesine yönelik bir dava türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, tam yargı davaları salt birer tazminat davası olarak uygulanmaktadır. Fakat öğretimizde, tam yargı davasının salt bir tazminat davası olmadığı; aynı zamanda idarenin bir takım edim yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, mahkeme tarafından bir eda hükmü verilmesi suretiyle idarenin bu yükümlülüklerini yerine getirmesine karar verilmesine imkan tanıyan bir dava türü olduğu da savunulmaktadır¹⁷. Fakat bu görüş, öğretime genel kabul gören ve uygulamada cari olan bir görüş değildir. İfade edildiği gibi, tam yargı davası yalnızca bir tazminat davası olarak kabul edilmektedir¹⁸. Mahkemenin, idarenin bir işlem tesis etmesine veya eylemde bulunmasına karar vermesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle, hukukumuzda idari yargı mercilerinin idareye yönelik olarak bir işlem tesis etme veya eylemde bulunmayı içeren bir eda hükmü vermesi mümkün değildir.

İptal davasında mahkeme, idari işlemin hukuka aykırı olduğunun anlaşılması halinde işlemin iptaline hükmeder. Bu hüküm, kurucu nitelikte bir hükümdür. Hükmün kurucu özelliği, işlemi kendiliğinden hukuk âleminden kaldırması anlamına gelmektedir¹⁹. İptal davalarında mahkemenin yetkisi bu şekilde bir olumsuz kurucu hüküm vermekle sınırlıdır. Mahkeme, idarenin yerine geçerek bir karar veremeyeceği gibi

¹⁷ Turan Yıldırım vd., *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 733; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 707; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004, s. 230; Lutfi Duran, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 4, Aralık 1987, 1-17, s. 9.

¹⁸ Yıldırım v.d., s. 733; İl Han Özay, *Günışığında Yönetim II Yargısal Koruma*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 181; Çağlayan, s. 100; Celal Erkut, "İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı", *2000 Yılında Danıştay İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2000, 89-93, s. 93.

¹⁹ Yıldırım v.d., s. 797; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 422; Şeref Gözübüyük, Şeref/Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 544.

idareyi bir işlem tesis etmeye de zorlayamaz. Bu husus, hem Anayasa'da hem İYUK'ta düzenleme altına alınmıştır. Anayasa m. 125/4'e göre "Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.". İYUK m. 2/2 hükmü ise "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler." şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümler, yargı organının, idareyi belirli bir işlem tesis etmeye zorlayamayacağı şeklinde yorumlanmaktadır²⁰. Başka bir ifadeyle, idare mahkemesi bir eda hükmü tesis edemez. Bu nedenle idarelerin karşısında kendisi zorlayıcı bir güç bulunmadığı gibi²¹, mahkeme tarafından verilen kararların ne şekilde uygulanacağı idarenin hukuk devleti anlayışına baęlıdır²².

Mahkemenin, idareye yönelik bir eda hükmü veremeyeceği kabul edilmekle birlikte sıklıkla mahkeme kararlarının gerekçe kısmında idarenin hangi işlemi yapması gerektiği veya ne şekilde işlem tesis etmesi gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Bu şekilde yargısal korumanın daha etkili hale gelmesi amaçlanmaktadır²³. Zira hukuka uygunluk denetimi yapan yargı organı, doğrudan eda hükmü vermesi söz konusu olmadığı için hangi davranışın hukuka uygun olduğunu bu şekilde idareye göstermektedir. Bu durum, bazı durumlarda idarenin ne şekilde karar vermesi gerektiğinin mahkeme tarafından gösterilmesi gerektiğini, bunun bir ih-

²⁰ Yıldırım v.d., s. 664; Gözübüyük/Tan, s. 529.

²¹ Ragıp Sarıca, *İdari Kaza, Cilt: 1, İdari Davalar*, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949, s. 122; Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 103.

²² Çağlayan, s. 274; Ender Ethem Atay, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, 123-148, s. 141.

²³ şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 250.

tiyaç olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle, idarenin nasıl bir işlem tesis etmesi gerektiğinin karar gerekçelerinde açıkça gösterilmesi uygulaması karşısında idari yargı sistemimizin idareyi bir işlem yapmaya zorlamama özelliği tartışma konusu edilebilir bir husus haline gelmektedir.

Hukuki el atmada 3. dönem olarak ele aldığımız süreçte mahkemelerin, her ne kadar idareyi kamulaştırma yapmaya zorlaması teorik olarak mümkün olmasa da verilen kararların pratik sonuçları bakımından ele alındığında esasında bunu yaptığı görülmektedir. Bu durum da aynı şekilde, bazı hallerde mahkemenin idareyi belirli bir işlem yapmaya zorlamasının hukuk devletinde gerekli olduğunu göstermektedir. Mahkemenin, idareyi kamulaştırma işlemi yapmaya zorlama yetkisinin bulunması halinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilgili kararlarında tespit edilen mülkiyet hakkı ihlallerinin önüne geçilmesine imkân tanıyan ve kendi içerisinde tutarlı bir yargısal koruma sistemi tesis edilmiş olacaktır.

2013 sonrası dönemde ise idari yargı organları, yaklaşımlarında değişikliğe giderek tekrar mahkemenin idareyi işlem tesis etmeye zorlamayacağı gerekçesine dayanmaya ve iptal davalarında ret kararı vermeye başlamışlardır. Bu yaklaşım nedeniyle hukuki el atma uyuşmazlıkları iptal davası yerine tam yargı davası yoluyla çözüme kavuşturulmaya çalışılmaya başlanmıştır. Tam yargı davası uygulamasında mahkemeler, idarelerin imar planlarında kamusal kullanıma ayrılan yerlerin uzun süre kamulaştırılmamasının mülkiyet hakkı ihlali meydana getirmesi nedeniyle tazminata hükmedilmesi gerektiği kanaatini ortaya koymakla birlikte mevcut idari yargılama hukuku sistemimizde tam yargı davalarının sunduğu imkânlar çerçevesinde bir çözüm uygulamak mecburiyetindedirler. Bu kapsamda ulaşılan çözüm ise 2013 öncesi dönemdeki iptal davası uygulamasından daha çelişkili ve tutarsız bir çözüm yoludur. Bu dönemde mahkemeler, tam yargı davasında hükmedecekleri tazminatı kamulaştırma bedelinin hesaplanması usulüne göre hesaplamaktadır. Bu kararın ardından mahkemenin hükmettiği tazminat miktarının kamulaştırma bedeli kabul edilerek ödenmesi ve taşınmazın kamulaştırılması gerekmektedir. Bu ise mahkemenin idareyi kamulaştırma işlemi yapmaya zorlayamaması kabulüyle çelişmesi bir yana, kamulaştırma bedelinin bile mahkeme tarafından belirlenmesi anlamına gelmektedir. İptal davasında

yerine geçme yasağını ihlal etmeme gerekçesi ve nedeniyle tercih edilen bu çözüm yolu yerine geçme yasağını çok daha vahim Şekilde ihlal etmektedir. Bu durumun idari yargılama hukuku sistemimize teorik olarak aykırı olduğu ve çok çelişkili bir uygulama teşkil ettiği açıktır. Bununla birlikte, bir önceki paragrafta ifade edildiği gibi böyle bir çözüm yolunun uygulanması mecburiyeti esasında hukuk devletinde mahkemenin yeri geldiğinde idarenin belirli işlemleri yapmasına hkmedebilmesi gerekliliğini de ortaya koymaktadır. Fakat idari yargılama hukuku sistemimizde bu ihtiyaı karşılamaya elverişli imkânlar bulunmamaktadır.

C. elişkisiz Bir özüm Yolu: Ykmllk Davası

Ykmllk davası, Alman idari yargılama hukukuna özgü bir dava türüdür. Bu dava, bir ilgilinin idareden bir işlem yapma talebinde bulunmasından sonra idarenin bu talebi reddetmesi veya talep karşısında hareketsiz kalması sonucunda açılan bir davadır. Bu dava ile mahkemeden, idarenin hukuken yapmakla yükümlü olduğu, fakat ilgilinin talebine rağmen yapmadığı idari işlemin yapılmasına hükmetmesi talep edilir. Davanın kabul edilmesi durumunda mahkeme idarenin bu işlemi yapmasına hükmedebilir. İdare bu kararı uygulayarak işlemi tesis etmek zorundadır²⁴.

Bu dava, hukukumuzdaki İYUK m. 10 başvurusu sonrasındaki yargısal sürece bir alternatif olarak düşünülebilir. Zira İYUK m. 10 başvuruları da aynı Şekilde ilgililerin idareden bir işlem tesis etme taleplerinden ibarettir. İdarelerin bu talepleri açıkça reddetmesi veya talep karşısında altmış gün boyunca hareketsiz kalarak zımnen reddetmesi karşısında ilgili iptal davası aarak ret işleminin iptal edilmesini talep edebilmektedir. Dolayısıyla hukukumuzda idarelerin ilgililer hakkında hukuken yapmaları gerektiği halde yerine getirmedikleri yükümlülüklerinin yerine getirilmesine yönelik olarak uygulanan yargısal denetim usulü

²⁴ Ykmllk davası hakkında detaylı bilgi için bkz. Rolf Schmidt, *Verwaltungsprozessrecht*, Verlag Dr. Rolf Schmidt, Hamburg 2016, s. 187-206, 272-274; Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2016, s. 342-365, 477-488; Wilfried Erbguth, Anette Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsverfahren und Staatshaftungsrecht*, Nomos, 2018, Baden-Baden, s. 482-497.

İYUK m. 10 kapsamında iptal davasıdır. Bununla birlikte, iptal davası idari yargılama usulünün klasik dava türü olup, idarenin hukuka aykırı müdahalelerinin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak tasarlanmıştır. Yükümlülük davası ise idarenin hukuki edim yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda ilgililere yargısal korunma imkânı tanımak üzere öngörülmüş bir dava türüdür.

İmar planlarında kamusal kullanıma ayrılmış yerlerin uzun süre kamulaştırılmamasının meydana getirdiği mülkiyet hakkı ihlalinin ortadan kaldırılması, bu alanların idareler tarafından mümkün olduğunca hızlı şekilde kamulaştırarak bedellerin taşınmaz maliklerine ödenmesine bağlıdır. Başka bir ifadeyle, idarelerin imar planlarında kamusal kullanıma ayrılmış yerleri belirli bir süre içerisinde kamulaştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi karşısında hakları ihlal edilenler için haklarının yerine getirilmesini temin edecek yargısal korunma yollarının bulunması hukuk devletinin bir gereğidir. Zira etkili yargısal koruma kavramı, aynı zamanda eksiksiz bir yargısal korumanın gerekliliğini de ifade etmektedir. Eksiksiz yargısal koruma, idari yargı bakımından, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargısal koruma imkânlarının tanınmasının yanında idarenin eylemsizlik ve işlemsizlik durumlarında da bireylere yargı organı tarafından korunma imkânı tanıyan bir yargısal sistemin bulunması gerektiğini ifade etmektedir²⁵. Başka bir ifadeyle, yalnızca idarenin bireylere müdahalelerine karşı değil, aynı zamanda idarenin yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlara karşı hukuken korunma taleplerinin de karşılanmasına uygun türden kararlar verilmesini sağlayacak bir yargı sistemi tasarlanması gerekmektedir²⁶. Bunun tasarlanması ise kanun koyucunun sorumluluğundadır²⁷. İdarenin edim yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlar bakımından bu gerekliliğin karşılanması, idari yargı mercilerinin idarenin

²⁵ Hans Hofmann vd., *Kommentar zum Grundgesetz*, Carl Heymanns, 2011, s. 637; Peter Micheal Huber vd., *Kommentar zum Grundgesetz*, Franz Vahlen, München, 2010, s. 1889; Thomas Würtenberger, *Verwaltungsprozessrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2011, s. 2.

²⁶ Huber, s. 1889.

²⁷ Huber, s. 1891; Würtenberger, s. 2; Jörn Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Carl Heymanns, Berlin, 2007, s. 291.

bir işlem tesis etme veya eylemde bulunmasına yönelik bir eda hükmü verebilme yetkisine sahip olmasına bağlıdır.

Bu tür durumlara çok tipik bir örnek teşkil eden hukuki el atma sorunu ülkemizde yıllardır gündemde olan bir husustur. Bu soruna karşı yargısal korunma yöntemi arayışı halen devam etmektedir. Yükümlülük davası ise tasarlanma amacı ve şekli itibariyle tam olarak bu türden sorunlara yöneliktir.

Yükümlülük davasının kabulü ve uygulanması bakımından akla gelecek en önemli soru idarenin takdir alanına ilişkindir. Zira ifade edildiği üzere, mahkemelerin idarenin takdir yetkisini sınırlandıracak, yönlendirecek veya ortadan kaldıracak kararlar vermeleri mümkün değildir. Ancak bu durum idarenin takdir yetkisinin sınırsız olduğu ve takdir yetkisine dayanan idari işlemlerin hiçbir yargısal denetime tabi olmayacağı anlamına gelmemektedir²⁸. İdari yargı mercileri, idarenin işlemlerinin yerindeliliğini denetleyemez. Fakat takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını denetleyebilir. Yükümlülük davasında da mahkemenin denetim yaparken idarenin takdir alanına müdahale etmemesi öngörülmüştür. Mahkemenin yetkisi bu dava da aynı iptal davasında olduğu gibi hukuka uygunluk denetimi yapmakla sınırlıdır. Alman İdare Mahkemeleri Kanunu'nun (WvGO) m. 114 hükmü bunu düzenlemektedir. Maddeye göre, "İdare, kendi takdirine dayanarak muamelede bulunmaya yetkili ise mahkeme; idari işlemin, işlemin reddedilmesinin ya da talebin ihmal edilmesinin, takdir yetkisinin kanuni sınırlarının açılmış olması ya da takdir yetkisi tanıyan normun amacına uygun olarak kullanılmamış olması sebebiyle hukuka aykırı olup olmadığını denetler. İdare, takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin gerekçesini yargı süreci devam ederken de tamamlayabilir.". Buna göre, yükümlülük davasında da mahkeme idarenin takdir alanına müdahale etmemekte, yalnızca takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını denetlemektedir. Yükümlülük davasında mahkeme, gerekli hallerde

²⁸ Sait Güran, "İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, 57-61, s. 60; Ali Ülkü Azrak, "İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi", *İdare Hukuku İlimleri Dergisi*, Y. 6, S. 1-3, Aralık 1985, 17-28, s. 27; Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 120.

bir eda hükmü ile idareyi belirli bir işlemi tesis etmeye mahkûm etse de takdir alanına ilişkin düzenlemeler nedeniyle sınırlı bir denetim yetkisine sahiptir²⁹. İdarenin takdir yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin hukuka uygun kullanıldığı hallerde mahkeme yükümlülük davasını reddetmektedir. İdarenin takdir yetkisini hukuka aykırı şekilde kullandığı durumlarda ise mahkeme, hukuka aykırılığın belirlenmesiyle yetinmekte ve idarenin takdir yetkisini tekrar hukuka uygun şekilde kullanarak yeniden bir işlem tesis etmesine hükmetmektedir. İdarenin bu hükmü uygularken mahkemenin karar gerekçesinde yer alan hukuki mütalaasına riayet etmesi gerekmektedir³⁰. Bu şekilde yeniden hukuka aykırı şekilde bir karar verilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Tekrar vurgulamak gerekir ki mahkeme verdiği kararda ve kararının gerekçesinde idareyi takdir yetkisini ne şekilde kullanacağı konusunda yönlendiremez. Bu hususlar göstermektedir ki hukukumuzda yabancı olan bu dava türünün hukukumuzda kabul edilegelen idarenin takdir alanına müdahale etmeme ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki kanaatimizce, idarenin takdir alanına müdahale etmeme ve yerine geçerek karar vermeme hususları hukukumuzda doğru yorumlanmamakta ve çok geniş şekilde uygulanmaktadır. Mahkemenin bazı durumlarda idareye hukuka uygun davranmış olmak için nasıl bir karar vermesi gerektiğini göstermesi idari yargının varlığının çok doğal bir sonucu olmasına rağmen bu yetki hukukumuzda kabul edilmemektedir. Hâlbuki burada mahkeme yalnızca idareye hukukun ne olduğunu göstermektedir. Bunun ise kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Aksine kuvvetler ayrılığı ilkesinin gerektirdiği denge ve fren mekanizmasının sağlanması bakımından önem arz etmektedir.

Yükümlülük davasında idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı, bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda ise mahkeme, idarenin, ilgilinin talep ettiği işlemi tesis etmesine doğrudan hükmedebilmektedir. Zira bu tür durumlarda zaten idarenin hukuka uygun davranmış olmak için elinde bulunan tek seçenek bu işlemi tesis etmektir. Yükümlülük davasında mahkemenin vermiş olduğu bu karar, idareye hukuka uygun tek

²⁹ Hufen, s. 447; Ipsen, s. 157.

³⁰ Hufen, s. 453; Ipsen, s. 356; Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, München, 2017, s. 103.

alternatif olan davranışı göstermekten ibarettir. Böylesi bir kararın idarenin yerine geçerek işlem tesis etme yasağına aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir. Belirtilmesi gerekir ki burada söz konusu işlem mahkeme kararıyla tesis edilmiş sayılmamakta, idarenin mahkeme kararını uygulayarak işlemi bizzat kendisinin tesis etmesi gerekmektedir³¹.

SONUÇ

Hukuki el atma olarak bilinen imar planlarında kamusal kullanıma ayrılan alanların uzun süre kamulaştırılmaması sorunu yukarıda ifade edildiği gibi bir mülkiyet hakkı ihlali teşkil etmekte ve bu alanlarda bulunan taşınmazların makul bir süre içerisinde kamulaştırılması idarenin bir yükümlülüğü haline gelmektedir. İdarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda ilgililere sağlanacak yargısal korumanın ise sorunun niteliğine uygun ve uyuşmazlığı hukuki şekilde giderici nitelikte olması gerekmektedir. İfade edildiği üzere, hukukumuzda bu tür uyuşmazlıklar için ngrlmş olan İYUK m. 10 kapsamında açılan iptal davaları uyuşmazlıkları çelişkisiz biçimde ozememektedir. Son dönemde gündeme gelen uygulama olan tam yargı davası yoluyla hukuki el atma uyuşmazlıklarını ozmeye çalışmak ise çok daha tutarsız ve isabetsiz bir ozm yoludur. Zira bu durumda idarenin olağan kamulaştırma usulünü uygulamasının da önüne geçilmiş olmaktadır.

Yapılan açıklamalar neticesinde mahkemenin belirli durumlarda idareyi yükümlülüklerini yerine getirerek belirli işlemleri yapmaya zorlama imkânının bulunması gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. Hukuki el atma sorunu da bu ihtiyaca çok önemli bir örnek teşkil etmektedir. İmar planlarında kamusal kullanıma ayrılan alanlarda bulunan taşınmazların makul süre içerisinde kamulaştırılmaması halinde mahkemenin idareyi kamulaştırmayı yapmaya zorlayabilmesi bir gereklilik arz etmektedir. Fakat mevcut idari yargılama hukuku sistemimizde yer alan müesseseler böylesi bir imkna göre tasarlanmamıştır. Bu nedenle idarenin yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlar için esasında idarenin hukuka aykırı müdahalelerini ortadan kaldırmak amacıyla kurgulanmış bulunan iptal davası uyarlanmaya çalışılmaktadır. Buna rağmen, iptal davasının

³¹ Schmidt, s. 124; Hufen, s. 594.

özellikleri, bu işlevin yerine gelmesini temin etmek bakımından yetersiz kalmaktadır. Hukuki el atma sorunun çözülmesi için salt tazminat davası niteliğindeki tam yargı davasının uygulanmaya çalışılması ise çok daha vahim bir durumdur.

İdarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine açık olması, başka bir ifadeyle, tam ve etkili yargısal korumanın sağlanabilmesi, kanunlarla buna yönelik bir sistemin kurgulanmasına bağlıdır. Aynı zamanda bu ilkenin gerçekleştirilebilmesi kanunla kurgulanan bu sistemin her türlü dava edilebilir uyuşmazlığın tam ve hukuki şekilde çözümlenebilmesini sağlayabilecek müesseseleri barındırmasına bağlıdır. İdarenin, edim yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde sağlanacak yargısal korumanın şartlarından birisinin de yukarıda yapılan açıklamalar gereğince, idareyi -şartları varsa- belirli bir işlemi tesis etmeye açıkça mahkûm edebilme imkanının bulunması olması gerekmektedir. Aksi halde bu tür uyuşmazlıkların tam, hukuki ve çelişkisiz şekilde çözüme kavuşturulması mümkün olmayacaktır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için ise Alman idari yargılama hukukunda tekemmül etmiş bulunan yükümlülük davası veya idari yargı organını yükümlülük davasının işlevini karşılamaya yetkili kılan benzeri bir dava türü kanaatimizce uygun bir çözüm imkânı sunabilir.

ZUSAMMENFASSUNG

Es stellt eine Verletzung des Eigentumsrechts dar, wenn bauplanungsrechtlich vorgesehene Enteignungen lange Zeit nicht vollgezogen werden. In diesem Fall, obwohl eine tatsächliche Beschlagnahme nicht vorliegt, bestehen dennoch rechtlich relevante Beschränkungen. Zum Beispiel ist es nicht einfach, das Grundstück zu verkaufen, da es bauplanungsrechtlich für eine Enteignung vorgesehen ist. Deswegen muss die Verwaltung solche Grundstücke -so schnell wie möglich- enteignen und die unangenehme Situation für den Eigentümer beseitigen. In der Türkei gibt es seit Jahren unterschiedliche Rechtsprechung, um dieses Problem, das als „de jure Beschlagnahme“ bezeichnet wird, gerichtlich zu lösen. Es wurde jedoch noch kein wirksamer bzw. effektiver Rechtsschutz entwickelt. Dieser hängt von der Existenz insbesondere geeigneter Verfahren und Klagearten ab.

Im deutschen Verwaltungsprozessrecht existieren verschiedene Klagearten, nämlich die Anfechtungsklage, die Verpflichtungsklage, die allgemeine Leistungsklage, die Feststellungsklage, die Fortsetzungsfeststellungsklage usw. Dagegen bestehen im türkischen Verwaltungsprozessrecht nur zwei Klagearten, die Anfechtungsklage und die verwaltungsgerichtliche Schadensersatzklage. Diese Klagearten sind nicht nur zahlenmäßig weniger, sondern auch unzureichend hinsichtlich der vollständigen Realisierung der Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dieses Problem folgt aus dem Umfang der Anfechtungsklage. Durch die Anfechtungsklage wird die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsakte geprüft und rechtswidrige Verwaltungsakte gerichtlich aufgehoben. Allerdings müssten in bestimmten Fällen neue Verwaltungsakte nach der Aufhebungsentscheidung des Gerichtes erlassen werden, um einen rechtmäßigen Zustand herzustellen. Dennoch ist es im türkischen Verwaltungsprozessrecht für das Gericht nicht möglich, zum Erlass eines neuen Verwaltungsaktes zu verpflichten. Hiergegen spricht die enge Auslegung des Art. 125 Abs. 4 der Türkischen Verfassung. Diese Problematik wurde im französischen Recht gelöst. Das Gericht verurteilt zum Erlass eines neuen Verwaltungsaktes. Aber diese Lösung wird im türkischen Recht nicht akzeptiert. Im deutschen Recht existiert nach § 42 VwGO eine effektive Rechtsschutzmöglichkeit in Form der selbständigen Verpflichtungsklage. Dabei begehrt der Kläger die Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes. Durch die Verpflichtungs-

klage gestaltet nicht das Gericht selbst die Rechtslage per Urteil, sondern verpflichtet die Verwaltung zum Erlass eines Verwaltungsaktes. Die Rechtsnatur der Verpflichtungsklage als Leistungsklage (keine Gestaltungsklage) kann mit der türkischen Doktrin zur Gewaltenteilung in Übereinstimmung gebracht werden.

De jure Beschlagnahme ist ein gutes Beispiel dafür, dass das Verwaltungsgericht in bestimmten Fällen zum Erlass eines Verwaltungsaktes verpflichtet muss. Denn um die Verletzung des Eigentumsrechts zu beheben, müsste die Verwaltung die Grundstücke so schnell wie möglich enteignen und die Entschädigung bezahlen. Wenn die Verwaltung die Enteignung nicht vollzieht und dadurch die Nutzung des Eigentums beschränkt, muss das Gericht zur Vollziehung der Enteignungsmaßnahme verpflichtet. Das ist im türkischen Recht allerdings prozessrechtlich nicht möglich. Deswegen konnten die Gerichte dieses Problem lange Zeit nicht lösen. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen „Hakan Ari“ hat sich eine neue Perspektive zur Problembewältigung ergeben. Die damit verbundenen Vorschläge werden bewertet. Verschiedene Gerichte, einschließlich das Verfassungsgericht haben verschiedene Lösungsansätze entwickelt. Diese Lösungen sind jedoch nicht zufriedenstellend und ohne rechtliche Bedenken. Meiner Meinung nach wäre die beste Lösung für dieses Problem die Verurteilung durch das Verwaltungsgericht zum Erlass eines Verwaltungsaktes. Danach müsste die Verwaltung den Enteignungsprozess per Verfügung beschleunigen.

Dieser Aufsatz verdeutlicht, dass aus rechtsstaatlichen Gründen die (behördliche) Verpflichtung zum Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtlich ausgesprochen werden muss. Das ist eine rechtsstaatliche Anforderung. De jure Beschlagnahme ist somit ein typischer Fall für diese Anforderung. Eine Klageart, die die Funktion der Verpflichtungsklage erfüllt, kann eine angemessene Lösung sein, um dieses Problem und die Probleme ähnlicher Art im Einklang mit den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und der Gewaltenteilung zu bewältigen.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

ATAY, Ender Ethem, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, s. 123-148.

AZRAK, Ali Ülkü, "İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi", *İdare Hukuku İlimleri Dergisi*, Y. 6, S. 1-3, Aralık 1985, s. 17-28.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Asil Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Ankara, 2004.

DETTERBECK, Steffen, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 15. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2017.

DURAN, Lütfi, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 4, Aralık 1987, s. 1-17.

ERBGUTH, Wilfried/GUCKELBERGER, Anette, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwawltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht*, 9. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2018.

ERKUT, Celal, "İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı", *2000 Yılında Danıştay İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2000, s. 89-93.

GORNİNG, Gilbert/DEPENHEUER, Otto/BECKER, Ulrich/BRENNER, Micheal/HUBER, Peter Michael, *Kommentar zum Grundgesetz*, 6., vollständig neuarbeitete Auflage, München, Franz Vahlen, 2010.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, 35. Baskı, Ankara, 2016.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, "İptal Davasının Sonuçları", *Yavuz ABADAN'a Armağan*, Ankara, 1969.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku Cilt II*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

GÜRAN, Sait, "İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, s. 57-61.

HOFMANN, Hans(Hrsg.)/HOPFAUF, Axel(Hrsg.) v.d., *Kommentar zum Grundgesetz*, 12. Auflage, Lavis, Carl Heymanns, 2011.

HUFEN, Friedhelm, *Verwaltungsprozessrecht*, 10. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2016.

IPSEN, Jörn, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5., neu bearbeitete Auflage, Berlin, Carl Heymanns, 2007.

KAYA, Cemil, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2014.

KAYA, Cemil, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay'ın Yaklaşımı*, Legal, İstanbul, 2011.

ÖZAY, İl Han, *Günüşğında Yönetim II Yargısal Koruma*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

SARICA, Ragıp, *İdari Kaza, Cilt 1, İdari Davalar*, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949.

SCHMİDT, Rolf, *Verwaltungsprozessrecht*, 18. Auflage, Hamburg, Verlag Dr. Rolf Schmidt, 2016.

ULER, Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

WÜRTEMBERGER, Thomas, *Verwaltungsprozessrecht*, 3. neu bearbeitete Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2011.

YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, İstanbul, 2018.

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN

HUKUKİ POZİTİVİZMİN RADİKALLIĞI*

Çev. / Übersetzt von

Dr. Engin ARIKAN**

“Hukuki pozitivizm”, hukukun doğası hakkında bir kuramdır. İki yüz yıl öncesinden günümüze Jeremy Bentham, Hans Kelsen, H. L. A. Hart, Joseph Raz ve diğerleri tarafından geliştirilen bu kuram, hukuk felsefesindeki muhalifleri tarafından genellikle karikatürize edilmiştir. Bu muhaliflere, felsefi incelemelere özel bir ilgisi olmayan hukukçular ve akademisyenler de katılmıştır. “Pozitivist”, hukuk dilinde genellikle bir “yakıştırma” olarak kullanılır ve hatalı bir şekilde “formalizm” ile ilişkilendirilerek hâkimlerin hukuku “yazılı olduğu haliyle”, sonuçlarına bakılmaksızın uygulamasını savunanları ifade eder. Harvard Hukuk Fakültesi’nin eski bir üyesi olan Lon Fuller, öyle ileri gitmiştir ki Nazi Almanyası’ndaki hâkimlerin yaptıkları ahlâk garabetlerinin sebeplerinden birinin “pozitivizm” olduğunu öne sürmüştür!¹ Fuller’ın muazzam yanlışları, döneminin hukuk öğrencilerinin tamamının aklını zehirlemiş olabilir. Genellikle “liberal” bir hukuk felsefecisi olarak görülen Ronald Dworkin² ise, pozitivist hukuk kuramını akıl almaz şekilde karikatürize

* Brian Leiter, "The Radicalism of Legal Positivism", *National Lawyers Guild Review*, Cilt: 66, Sayı: 3, 2009, s. 165-172.

** Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, (arikan@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-4264-706X.

¹ Bakınız: H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Cilt: 71, Sayı: 4, 1958, ss. 593-629 ve Lon Fuller, “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Cilt: 71, Sayı: 4, 1958, ss. 630-672. [H.L.A. Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, Çeviren: Ertuğrul Uzun, *H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, 2. Baskı, Editör: Sercan Gürler, Tekin Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 101-151 ve Lon L. Fuller, “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık – Profesör Hart’a Bir Cevap”, Çeviren: Sevtap Metin, *H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı*, 2. Baskı, Editör: Sercan Gürler, Tekin Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 153-215.]

² Amerikan standartlarına göre Dworkin kesinlikle bir liberaldir [Amerika’da sol tandanslı kişiler liberal olarak nitelenir.]. Ancak daha kozmopolit standartlara

etmek suretiyle kariyerini ilerletmiştir³. Aşağıda ele alacağım "Eleştirel Hukuk Çalışmaları" ile ilişkili yazarlar da "pozitivizmin" kısır bir siyasi pozisyon olduğu algısına katkıda bulunmuştur.

Bu kısa yazımda, Bentham, Hart ve Raz gibi pozitivist filozoflar tarafından geliştirilen bu hukuk kuramının *aslımı* yeniden gözden geçirmek ve bu düşünürlerin hukuki pozitivizmi aslında statükoya ve hukuka itaati esas kabul eden hâkim veya vatandaşlara karşı muhalif, *radikal* bir hukuk kuramı olarak ele aldıklarını açıklığa kavuşturmak istiyorum. Açık olmak gerekirse, hukuki pozitivizmin önde gelen kuramcıları, kuramlarının toplumsal bir kurum olan hukukun doğasını *doğru* bir şekilde açıkladığını düşünüyorlardı. Kendi siyasi görüşlerini destekleyen çıkarımlara vardığı için bu kuramı benimsemediler. Bununla birlikte bu kuramcılar hukukun doğası hakkında doğru bir açıklama getirmenin, hukuka dair genel kabullere ilişkin radikal sonuçlar doğuracağını fark etmişlerdir. Bugün onların bilgeliğinden tekrar faydalanabilirsek iyi ederiz.

Pozitivist hukuk kuramlarının ana fikrini basit bir şekilde şöyle ifade edebiliriz: hukuk, insanın *koyduğu* (*posit*) bir şeydir. Normatif bir buyruk (örneğin "bankaları soymayın" veya "saatte 55 milden hızlı gitmeyin"), insanlar tarafından gerçekleştirilen eylemlerden ötürü bir yasadır, hukuktur (*law*), ya da aynı anlamda kullanacağım üzere, hukuken geçerlidir (*legally valid*). Yasalar Tanrı'nın buyrukları değildir, "yukarıdan" indirilmezler. Belli insan eylemleri vasıtasıyla var olurlar. İnsanlar tabii ki bir sürü şey yapar ve söyler. Bu yapılanlar ve söylenenlerin hepsi "yasa" olamaz. Aynı şekilde, insanların sırf yasaları yaratan belli şeyleri yapmaları ve söylemeleri de, bu yaptıklarının iyi, duyarlı, makul, adil veya itaimize ve hatta sadakatimize layık olduğunu düşünmemiz için bir sebep teşkil etmez. İçinde yaşadığımız toplumda hukukun ne olduğu bir şeydir,

göre ayan beyan bir sosyal devlet kapitalizmi savunucusudur.

³ Daha ayrıntılı bir inceleme için şu makaleme bakınız: Brian Leiter, "Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence", *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2007, ss. 153-181. Dworkin'in yanlış beyanlarını düzeltmeye çalışanlara bir sürü atıf içeren, daha kısa ve daha polemikçi bir inceleme için bakınız: Brian Leiter, "The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century", *Rutgers Law Review*, Cilt: 165, Sayı: 36, 2006, ss. 165-181.

ahlâken hukukun ne olması gerektiği ve bizim bu var olan hukuka itaat etmemiz veya onu onaylamamız gerekip gerektiği ise tamamen başka bir şey. Pozitiviste göre bu iki şeyi karıştırmamak iyi olur. Örneğin, sırf Amerikan Yüksek Mahkemesi hukukun X olduğunu söyledi diye X'e uymak, onu övmek veya ona saygı göstermek için ahlâki bir yükümlülük altında olduğumuzu düşünmemeliyizdir. Ya da Bentham'ın özellikle altını çizdiği üzere, belli yasaların Parlamento tarafından usulüne uygun olarak çıkartılması ve bu sebeple bunların "hukuk" oldukları gerçeği ile şu soruları birbirine asla karıştırmamalıyız: Bu yasalar ahlâki midir? Bu yasalar insanların genelini daha iyi bir duruma getirir mi? Bunlara saygı mı duymalıyız yoksa alaya alıp, yürürlükten kaldırılması için harekete mi geçmeliyiz?

Hukuki pozitivizmin altında yatan ana fikri ifade etmenin basit biçimi yukarıdaki gibidir. Şimdi bunu biraz daha resmî, usulüne uygun biçimde yapalım. Hart'ın ünlü ifadesiyle hukuk, "birincil ve ikincil kuralların birliğidir". Birincil kurallar, vatandaşlara neleri yapabileceklerini ve yapamayacaklarını söyleyen kurallardır. Ama bir hukuk sistemi bundan fazlasıdır. Çünkü kuralları nasıl değiştirebileceğimizi, kurallar hakkındaki uyuşmazlıkları nasıl yargılayacağımızı ve en önemlisi, *bizim* hukuk sistemimizin kurallarının ne olduğunu belirlememizi sağlayacak ikincil kurallara da ihtiyaç vardır. Bu en son işlevi yerine getiren kuralı Hart, "Tanıma Kuralı" olarak isimlendirir. Tanıma kuralı, hukuki geçerlilik ölçütlerini yani hukuk sisteminin kuralları olarak sayılmak için diğer tüm kuralların sağlaması gereken ölçütleri belirleyen kuraldır. Doğal olarak, eğer "tanıma kuralı" da sonuçta diğer kurallar gibi bir kural ise şu soru da tabii ki akla gelecektir: peki *bu tanıma kuralının*, hukuk sistemimizin kuralı olduğunu nasıl bileceğiz? Tanıma kuralını tanıyıcısı olmadığına göre sonu gelmeyen bir silsile karşımızda belirir.

Buna karşılık Hart, tanıma kuralını "toplumsal bir kural" olarak niteleyerek onu özel bir kural olarak ele alır. Hart, "toplumsal kural" kavramını, iki ayırt edici özelliğe sahip özel bir toplumsal pratiği ifade etmek için kullanır. Bir toplumsal kuralın varlığından ancak belli koşulların sağlanması halinde bahsedebiliriz. İlk olarak, bir grup insanın birbirleriyle ortak bir davranış pratiği geliştirmiş olması gerekir. İkinci olarak, bu dav-

ranış pratiğine katılanların söz konusu davranışlarda bulunmakla *yükümlü* olduklarına *inanmaları* gerekir (Hart'ın terminolojisiyle ifade edersek, bu davranış pratiğine katılanların yaptıkları şeylere karşı "içsel bakış açısını" benimsemeleri gerekir). İlk koşul olan ortak davranış pratiği, akli olmayan birçok grup davranışında görülür. Tüm çocuklar dondurmacıda çikolatayı tercih eder; tüm işçi karıncalar kraliçe karıncaya hizmet eder. Hiç kimse çocukların çikolatayı tercih etmekle *yükümlü* olduğunu düşünmez, çocukların huyları böyledir. İşçi karıncalar da kraliçe karıncaya hizmet etmeleri *gerektiğini* asla akıllarından geçirmez, yalnızca işlerini yaparlar!

Tanım kuralı bundan fazlasını ifade eder. Ortak davranış pratiği de vardır tabii ki. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki hâkimler, yasama meclisi olan Kongrenin kabul ettiği (ve Başkanın imzaladığı) bir yasayı önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümünde uygulamakla *yükümlü* olduklarını teslim ederler. Dolayısıyla hâkimler, hukuki geçerlilik ölçütü olarak "normların Kongre tarafından oluşturulmuş olmasını" *ortaklaşa* kabul eder. Ancak hâkimler, alışkanlıkları doğrultusunda çikolata isteyen çocuklara veya kraliçelerine hizmet eden işçi karıncalara benzemez. Hâkimler "gayriihtiyari" Kongrenin yasama faaliyetlerini hukuken geçerli addetmez, bu yasama faaliyetlerini bağlayıcı kabul etmekle *yükümlü* olduklarına inanırlar. İşte bu, Hart'ın ifade ettiği toplumsal bir kuralın varlığı için gerekli olan ikinci kritik bileşendir. Tanım Kuralı, toplumsal bir kuraldır. Dolayısıyla bir tanım kuralının varlığından bahsedilebilmesi için *ilk olarak* resmî devlet görevlilerinin (özellikle de hâkimlerin) hangi normların hukuk olduğunu belirlemede kullanacakları hukuki geçerlilik ölçütleri konusunda ortak bir pratik geliştirmesi, *ikinci olarak da* resmî devlet görevlilerin bu pratiğe karşı "içsel bir bakış açısı" geliştirmeleri, yani bunu yapmakla *yükümlü* olduklarına inanmaları gerekir.

Şimdi artık hukukun insan eylemlerinin bir ürünü olduğu konusunda daha ayrıntılı bir resme ulaştık: bir norm ne zaman söz konusu toplumun tanım kuralının hukuki geçerlilik ölçütlerini sağlarsa işte o zaman o toplumda hukuken geçerli olur. Tanım kuralı da girift bir sosyopsikolojik olgu neticesinde var olur: sistemin resmî devlet görevlilerinin belli ölçütleri ortaklaşa uygulaması ve bunları uygulamaları *gerektiğine*

inanmaları icap eder. Dikkat ederseniz pozitivist hukuk kuramı resmî devlet görevlilerinin bu ölçütleri uygulamaları gerektiğine inanmalarında *haklı* olduklarını iddia *etmez*. Bu kuram sadece, belli bir toplumda hukukun var olması için o toplumda bir toplumsal kuralın, yani tanıma kuralının olması gerektiğini iddia eder⁴. Bu da bir olasılığa açık kapı bırakır ki *oldukça önemlidir*: sistemin resmî devlet görevlileri fiiliyatta uyguladıkları hukuki geçerlilik ölçütlerini uygulamaları *gerektiğini* düşünmekte *haksız* olabilirler. Tipik bir pozitivist, Nazi Almanyası'nda, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki güney "Jim Crow" eyaletlerinde veya Pinochet'in Şili'sinde yaşananlar için işte tam olarak bunu söyleyecektir. Musevileri, Afrika-Amerikalıları veya sosyalistleri ikinci sınıf vatandaş olarak (veya daha da kötü) gören yasaları uygulamakla yükümlü olduklarını düşünen hâkimler, esasında ahlâki bir hata yapmışlardır. Bu hâkimlerin parçası oldukları sistemin geçerli yasaları ahlâken kabul edilemezdir; bunlara itaat değil, başkaldırı icap eder. Ancak Amerika Birleşik Devletleri'nin güney eyaletlerinden biri olan Alabama'nın 1950'de bir hukuk sisteminin olup olmadığı, bu sistemin *iyi* bir hukuk sistemi olup olmadığından başka bir sorudur. Bir tane tanınmış hukuki pozitivistin ikinci soruya olumlu cevap verdiğini görmedim, duymadım.

Jeremy Bentham ise erken on dokuzuncu yüzyıldaki İngiliz ahlâk düşüncesinin, akıl almaz saçmalıklardan ve imtiyazlıların işine gelen safsatalardan ibaret olduğunu düşünen bir radikaldi. Bentham'a göre bu ahlâk, insanların çoğunluğunun içinde bulunduğu yoksulluğa ve acıya neredeyse bilinçli bir şekilde sırtını çeviriyordu. Bentham, bugünün dünyasında adap meseleleri olarak ifade edebileceğimiz konularla uğraşan dönemin "ahlâkını", hangi kural veya eylemin insanların mutluluğunu azami hale getirdiğini veya getirebileceğini sorgulayan faydacılık (*utilitarianism*) ile değiştirmek istiyordu. Kuramı radikal bir eşitlik doktrini idi: her kişi faydacı hesapta bir sayılıyordu, hiç kimse bir diğerinden daha fazla değerli değildi. Lordların ve bankerlerin mutluluğu, fakir fukaranın mutluluğundan daha önemli değildi. Bentham, "bu kural hukukun bir parçası mı?" sorusunu "bu kural faydayı azami hale getiriyor

⁴ Bu noktadaki kafa karışıklığı, hukuki pozitivistlere karşı Dworkin'den başlayıp John Finnis'e kadar devam eden "doğal hukuk" eleştirilerindeki sorunları açıklamaktadır.

mu?” sorusundan ayrı tutmanın önemli olduğunu düşünüyordu. Bunun nedeni de, Bentham’ın İngiliz yasalarının çoğunun kabul edilemez olduğuna ve faydacı ilkeler doğrultusunda radikal bir revizyondan geçmesi gerektiğine inanmasıydı. Bentham’ın radikalliği herkesçe bilindiği üzere ölümünden sonra dahi devam etti. Batıl inançlı yurttaşlarının ölü bedenler hakkındaki korkularından kurtulmaları için vasiyetinde bedeninin mumyalanmasını ve sergilenmesini istemiştir. Kendi kuramının ikonu (“*autoicon*”) haline gelen mumyası doğal olarak bir miktar değişime uğrasa da bugüne kadar gelmiştir.

Hart ve Raz ise, her ne kadar Bentham gibi statükonun azılı bir düşmanı olmasalar da, onların da “hukuku” mistik öğelerden arındırma konusunda Bentham gibi ilerlemeci istekleri ve gayeleri vardı. Hukukun doğru bir şekilde açıklanmasıyla beraber artık kimse “belli bir şeyin hukuk olduğu” yargısından hareketle “bu şey olması gereken şey mi?” sorusunun üstünü kapatamayacaktı. Örneğin İngiltere’de homoseksüelliğin suç olmaktan çıkarılması konusunda hiçbir tanınmış entelektüel Hart kadar emek harcamadı⁵. Raz da bir İsrail vatandaşı olarak, İsrail’in Filistin meselesinde yaptığı kötü muameleler ve diğer insan hakları ihlalleri konusunda sert bir muhalif olmuştur. Ancak Raz’ın görüşlerindeki asıl radikallik, aşağıda ele alacağım hukuk ve siyaset felsefesindeki ince detaylarda gizlidir⁶.

Tüm hukuk sistemleri vatandaşlara ne yapmaları gerektiğini söyleme hakkının olduğunu iddia eder. En kötü hukuk sistemleri, en aptal yasalar dahi, kendilerini *otoriteyi haiz* ve *bağlayıcı* olarak addeder. Eğer hız sınırını aştığınız için polis sizi durdurduğunda “ama buradaki hız sınırının bu kadar düşük olmasının akıl alır tarafı yok” diye itiraz ederseniz, hukukun temsilcisi olan polis memuru size “nefesini harcama, yasaları ihlal ettin işte” diye kısa ve öz bir karşılık verecektir. Raz’ın işaret ettiği üzere hukuk, “otorite” iddiasındadır. Hukuk, sükûletlerine ne yapmaları

⁵ Bakınız: H. L. A. Hart, *Law, Liberty, Morality*, 1963, s. 9, ss. 13-14, s. 25, s. 45, <http://books.google.com>. adresinden erişilebilir. [Hart, H. L. A., *Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*, Çeviren: Erol Öz, İstanbul: İslık Yayınları, 2020.]

⁶ Bakınız genel olarak: Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, 1986. [Joseph Raz, *Özgürlük Ahlâkı*, Çeviren: Gürkan Özturan, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, Sakarya, 2016.]

gerektiğini söyleme hakkının olduğunu iddia eder. Onları hukukun arkasındaki gerekçelerin iyi, mantıklı veya makul olup olmadığına ilişkin bir diyaloga davet etmez. Hukukun ifadesi şu manaya gelir: “*işte böyle yapman gerekiyor, mesele kapanmıştır.*”

Otorite iddiası her ne kadar yasaların ve hukuk sistemlerinin bir alametifarikası olsa da, bu tabii ki belli bir hukuk sisteminin bu otorite iddiasında *meşru* olduğu manasına gelmez. Raz’ın etkileyici kuramına göre hukukun otorite iddiası ancak şu şekilde meşru olabilir: hukukun süjelerine emrettiği şeylerin, bu süjelerin *ahlâki anlamda gerçekten yapmaları gereken şeylere* olabildiğince yakın olması ve süjelerin kendi başlarına bırakıldığında yapmaları gerekenleri şeyleri yapmakta görece başarısız olacak olmaları gerekir. Raz buna “hizmet temelli otorite anlayışı” der. Temel fikri oldukça basittir: otorite, ancak süjeleri için hakiki bir hizmet sağlaması, otoritenin müdahalesinin olmamasına kıyasla onlara *gerçekten* yardımcı olması hâlinde meşru olabilir.

Örneğin bir ebeveynin çocuğuna “Bugün yağmurluğunu giymelisin.” dediğini düşünün. Çocuk da yağmurun çiselemeye başlamasına ve bulutların kararmasına rağmen “Neden ki? Yağmur yağmıyor.” diye karşılık versin. Ebeveynin çocuğu üzerinde meşru bir otorite iddiası vardır çünkü çocuk, ebeveyninin müdahalesi sayesinde Raz’ın “doğru sebep” dediği şeye, yani aslında gerçekten yapması gereken şeyi yapmaya (yağmurluğunu giymeye), ebeveynin müdahalesinin olmadığı duruma kıyasla daha yakın olacaktır. Herhalde hepimiz bu tip durumlarda ebeveynlerin çocukları üzerinde haklı otorite iddialarının olduğunu kabul ederiz. Bununla birlikte Raz’a göre bir hukuk sistemi de aynı ağır şartları sağlamadıkça otorite iddiasını meşrulaştıramaz.

Hukuk sistemleri bazen bu şartları sağlar. Mesela hukuk sistemi, her gelişmiş toplumda var olan koordinasyon sorunlarını çözdüğünde otorite iddiasının meşruluğundan bahsedilebilir. Örneğin trafik sağdan mı yoksa soldan mı akmalı? Tabii ki bunun ahlâki bir önemi yoktur! İngilizler arabalarını soldan sürer ama bu bizim gayrı ahlâki sürücüler olduğumuzu göstermez! Önemli olan toplumdaki herkesin aynı şeyi yapması, yani davranışlarımızı koordine etmemizdir. Hukuk, bu sonucu sağlamak için biçilmiş bir kaftandır. Hukukun süjelerine herkesin sağdan (veya soldan, fark etmez) süreceğini söylemesi, Razcı anlayışta hukukun süjeleri

üzerindeki otorite iddiasının meşru bir uygulaması olarak görülebilir. Hukuk bu şartı bazen de sıradan vatandaşların sahip olmadığı teknik uzmanlık gerektiren faaliyetlerde bulunduğu anda sağlayabilir.

Ama asıl mesele şudur ki Razcı anlayışta çoğu yasanın ve çoğu hukuk sisteminin vatandaşları üzerindeki otorite iddiası meşru *değildir*. Zenginlerin idaresindeki Amerika Birleşik Devletleri'nin hukuk sistemini ele alalım. Amerikan vergi sistemi ve piyasaları regüle eden kanunlar, nüfusun ezici çoğunluğunun refahı hilafına mütemadiyen küçücük bir azınlığı (nüfusun %1-2'sini) zenginleştirir⁷. Amerikan hukuk sistemi pek tabii ki sükeleri üzerinde otorite iddiasındadır ama bu iddiasında haklı mıdır? Halkın ezici çoğunluğunun kendi esaretini bilinçli olarak istemesi ihtimali gerçekleşmediği sürece Razcı cevap tabii ki hayır olacaktır⁸. Öyleyse Amerikan hukuk sistemi sükeleri üzerinde otorite iddiasında olsa dahi bu iddia ahlâken kabul edilebilir değildir.

Stalin tarafından öldürülen Marksist hukuk kuramcısı Evgeny Pashukanis, 1929'da yayınladığı klasik eseri *The General Theory of Law and Marxism*⁹ [*Genel Hukuk Kuramı ve Marksizm*]'de Marksist hukuk kuramının "hukuki formun esas niteliklerini ifade eden temel soyutlamaları terk

⁷ Bakınız: "Income Inequality: Top 400 U.S. Earners See Income Rise 476% In Last 15 Years" [Gelir Eşitsizliği: En Çok Kazanan 400 Amerikalının Gelirleri Son 15 Yılda %476 Arttı], *Huffington Post*, http://www.huffingtonpost.com/2010/03/05/income-inequality-top-400_n_487878.html. adresinden erişilebilir. Aynı zaman aralığında orta gelir grubundaki ailelerin gelirleri sadece %13.2 arttı.

⁸ Otuz yıldır süregelen gerici propaganda neticesinde Amerikan halkının bilişsel ve duygusal yetilerinin oldukça ağır bir hasar aldığı düşünülürken, insanların otorite olmaksızın kendi başlarına şu anki hallerinden de kötü olabilecekleri ihtimalini tabii ki dışlayamayız. Frankfurt Okulu bu felaket senaryosunu yarım yüzyıl önce öngörmüştü tabii ki ama insan yine de zenginlerin malikânelerine vergi konulmasındaki haklılığı halkın idrak edebileceğini ümit ediyor.

⁹ Evgeny Pashukanis, *The General Theory of Law and Marxism*, Çeviren: Barbara Einhorn, Pluto Publishing, Worcester, 1989. [Evgeny Pashukanis, Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Çeviren: Onur Karahanoğulları, 2. Baskı, Birikim Yayınları, İstanbul, 2011.]

etmesinin” bir hata olacağı konusunda uyarıda bulunmuştur¹⁰. Pashukanis’e göre Marksist hukuk kuramı, “hukuki formun en soyut ve saf biçiminin analizinden başlamalı ve tarihsel bağlamdaki somut olana ilerlemelidir.”¹¹. Hukuku ve otorite iddiasını Hart’ın ve Raz’ın ifade ettiği şekilde anladığımızda, yasaların ve hukuk sistemlerin somut görünümünün adaletsiz olabileceği ve sadakatimize, itaatimize layık olmayabileceği ihtimalini açığa çıkarırız. Pashukanis’in anladığı şekliyle hukukun radikal bir eleştirisinin yapabilmek için onun temel niteliklerini saptamamız gerekir ki bu sayede hukukun somut görünümünü şüpheli bir değerlendirmeye tabi tutabilelim.

Amerikan hukuk fakültelerinde ne yazık ki hiçbir zaman mevcut hukuk düzenine karşı Marksist bir eleştiri geliştiren ciddi bir ekol olmamıştır. Amerika Birleşik Devletleri’nde son otuz yılda devrimci siyasi kültüre en yakınsayan şey, “Eleştirel Hukuk Çalışmaları” hareketi (bundan sonra EHC) olmuştur. Bu hareket, Harvard Hukuk Fakültesi’nin felsefi açıdan zayıf ve etkisiz kuramcılarını Duncan Kennedy ve Roberto Unger ile birlikte anılır. Pashukanis veya herhangi bir Marksist hukuk ve toplum kuramı açısından, EHC’nin 1970 ve 1980’lerdeki yükselişi (belirtmek gerekir ki aynı dönemde “hukuk ve ekonomi” hareketinin serbest piyasa ideolojisi de kuvvetlenmekteydi) ironilerle doludur. Birkaç istisna dışında¹² EHC, 1830’larda Almanya’daki Genç (Sol) Hegelcilere dayanan sol bir eleştiri stratejisini canlandırmaktan başka bir şey yapmadı. Fikirlerin tarihsel değişimin lokomotifini olduğunu savunan Hegelci anlayıştan hareketle Sol Hegelciler, hâlihazırda hüküm süren muhafazakâr fikirlerin temelinde çelişkili ve bu sebeple dayanaksız olduğunu göstererek top-

¹⁰ Karahanoğulları, s. 49.

¹¹ Karahanoğulları, s. 95.

¹² Amerikan hukuk sistemine karşı EHC içinden Marx’ın anlayışına paralel eleştiriler getiren yazarlar Richard Abel ve Karl Klare’dır. Bu düşünürler, haksız fiil ve iş hukukundaki aleni ideallerin pratikteki gerçeklikle uzaktan yakından uyuşmadığına işaret etmişlerdir. Katkıları için bakınız: *The Politics of Law: A Progressive Critique*, Editör: David Kairys, 1982, ss. 445 ve devamı, ss. 539 ve devamı. <http://books.google.com>. adresinden erişilebilir.

lumsal değişimi gerçekleştirmeye çalışmışlardı. Bu yaklaşıma göre çelişkileri aşmak için fikirlerimizi değiştirmek gerekir ve bu sayede dünya da değişmiş olur.

Hegeliğin bu kolu 1850'ler itibarıyla artık ölü topraktı. Bunun birçok sebebi vardı: Schopenhauer'in dehşetli anti-Hegelci polemikleri, aşağıda daha fazlasına değineceğim Marx'ın eleştirileri ve genel itibarıyla Feuerbach ve "Alman Materyalistleri" denilen grupla beraber Alman entelektüel yaşamında gerçekleşen "materyalist" ve "pozitivist" dönüşüm¹³. Bu akım, 1922'de Georg Lukács'ın *Tarih ve Sınıf Bilinci* kitabında (özellikle de bu kitabın "Burjuva Düşüncesindeki Çelişkiler" başlıklı esas kısmında) yaptığı toplumsal eleştiride Sol Hegelci öğeleri Marksist gelenekle yeniden buluşturmasıyla tekrar canlanmıştı. EHC ise Lukács'ın argüman tarzını takip etmektense (Lukács EHC makalelerinin dipnotlarında sıkça yer alan bir figürdür), EHC'nin "kurucu babası" Roberto Unger'i izlemektedir. Unger'in 1975 tarihli kitabı *Knowledge and Politics*'te [*Bilgi ve Siyaset*] çok açık bir şekilde *Tarih ve Sınıf Bilinci*'ndeki ana argümanları ve temaları tekrar etmektedir.

EHC yazarlarının pek farkında olmadıkları bir ironi ise EHC'nin Marx'ın tam 150 yıl önce acımasızca alaya aldığı sol düşünce geleneğinin hayata gelmiş hali olmasıdır!¹⁴ Nitekim EHC'nin bugün neden can çekiştiğini Marx ve Engels'in Genç Hegelcilere karşı yaptıkları eleştirilerde Genç Hegelciler yerine EHC'yi koymak kaydıyla görebiliriz:

[EHC]; anlayışları, fikirleri, düşünceleri, kısacası özerklik attettikleri bilinç ürünlerini, insanların gerçek zincirleri olarak gördüğünden dolayı, yalnızca bilincin bu yarılsamalarına karşı mücadele etmek durumunda kalır. İçinde yaşadıkları bu fantezide insanların ilişkilerini, eylemlerini, zincirlerini ve kısıtlamalarını, onların bi-

¹³ Bakınız: Frederick Gregory, *Scientific Materialism in 19th-Century Germany*, D. Reidel, Dordrecht, 1977.

¹⁴ Marx ve Engels'in Bruo Bauer gibi Sol Hegelcilere karşı yaptıkları eleştiri için özellikle bakınız: Karl Marx, Friedrich Engels, "The German Ideology: Part I", *The Marx-Engels Reader*, 2. Baskı, Editör: R. C. Tucker, Norton, New York, 1978.

linçlerinin bir ürünü olarak gördükleri için [EHÇ] tutarlı bir şekilde, önümüze şu ahlâki tezi koyar: insanlar mevcut bilinçlerinin yerine, eleştirel veyahut kendini önceleyen bir bilinç geliştirerek içinde oldukları kısıtlamalardan kurtulabilirler. Bilince ilişkin bu değişim isteği, gerçekliğin farklı bir şekilde yorumlanması, yani farklı bir yorumla gerçekliği tanımanın gerektiği manasına gelir. Ancak [EHÇ] [eski yorumların] tumturaklı laflarının karşısına gene tumturaklı laflardan başka bir şey koymadığını ve yalnızca tumturaklı laflara karşı mücadele etmekle, gerçekte var olan düzene karşı gelmiş olunmadığını unutuyor.

Sağcı profesörlerin düşüncelerinin çelişkili olduğunu göstermek ve düşüncelerini değiştirmelerini talep etmek Marx'a göre siyaseten anlamsızdır. Hayatın *maddi* koşullarındaki "çelişkiler", tarihsel değişimin esas lokomotifidir. EHÇ'nin yaptığı tek şey, bu itibarsızlaşmış eleştirel kuramı (fikirlerin veya "bilincin" eleştirisini) canlandırmak olmuştur. EHÇ'nin eleştirisini geliştirdiği sırada "hukuk ve ekonomi" kuramının sağcı ideolojisinin Amerikan hukuk fakültelerinde elde ettiği üstünlük, bu eleştiri stratejisinin 1840'takinden daha fazla önem arz etmediğinin iyi bir kanıtıdır.

Ne acıdır ki bir dönemin hukuk kuramcılarının EHÇ'nin Sol Hegelciliği ile yaptığı flört, onların neslinin tamamını entelektüel olarak sakat bıraktı. Bunun yerine hukuki pozitivizmin hukukun özelliklerine ilişkin akliselim anlayışından faydalanabilirlerdi. Muhakkak ki gözü pek bir pozitivist neslin Amerikan hukukunda son otuz yılda gerçekleşen gerici dönüşümleri kendi başlarına durdurabileceğini düşünmek abes olur. Hukuk ve siyasetteki asli gelişmeleri içinde hala yaşadığımız maddi koşullar belirlemektedir. Bununla birlikte Marx'ın da fark ettiği üzere, öyle tarihsel anlar gelir ki toplumsal gerçekliğe dair entelektüel bir zihin açıklığına sahip olmak siyasi hareket için elzem olabilir¹⁵. Bu toplumsal gerçekliğin bir parçası da hukuktur ve pozitivism de işte bu noktada gereken zihin

¹⁵ Marx incelemem için bakınız: Brian Leiter, "The Hermeneutics of Suspicion: Recovering Marx, Nietzsche, and Freud", *The Future For Philosophy*, Editör: Brian Leiter, Clarendon Press, Oxford, 2004.

açıklığını sağlayan kuramdır. Toplumsal değişim için pek tabii ki hukukun doğasına ilişkin gerçekçi bir resimden çok daha fazlası gerekir. Ancak bu durum, günümüz kapitalist toplumlarının hukukuna karşı radikal bir eleştiri geliştirilecek ise bu eleştirinin kavramsal temelini hukuki pozitivizm tarafından oluşturulduğu gerçeğini değiştirmez.

HUKUKİ POZİTİVİZM VE KANUNİ POZİTİVİZM*:*Hukuki pozitivizmin doğal hukuksal savunması üzerine düşünceler*

Çev. / Übersetzt von

Dr. Melike Belkis AYDIN**

Hukuki pozitivizm tartışması bugün ellili yıllara kıyasla daha sakin ve objektif bir düzlemde sürmektedir. Çünkü birinci dünya savaşı sonrası ortamın, tinsel iklimi uzun zaman önce atlatılmış görünüyor. Bu, her hukuk teorisinin her yönü anlık politik tutkulara dönüşen ve yakın geçmişin olaylarının ahlaki bir yargıya evrildiği bir tinsel iklimdir¹. Bu iklimde hukuk düşüncesinin ve ideolojik koşulların köküne inerek hukuk ideolojisinin incelikli bir eleştirisini yapan hukuk düşüncesine ait kültür tarihinin içsel eleştirisine olumlu bir eğilim gelişir. Bu eğilimde ve objektif ve geri çevrilemez bir çelişki üzerine sakin ve nesnel bir tartışmada benzer eğilimi görmemiz gerekir: Doğal hukuk ya da hukuki pozitivizm.

Tıpkı mesafenin, zor kullanma ile hukuk arasındaki korkunç bağına dikkati çeken bir dünyanın çarpık yanlarını yavaşça ortaya çıkardığı gibi, hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki polemik de din savaşlarına benzer uzlaşmaz karakterini yitirir ve daha objektif ve verimli bir

* Alessandro Baratta, *ARSP Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1968, Cilt. 54, No. 3 (1968), sayfa: 325-350.

** Dr., Türkiye Felsefe Kurumu, melikebelkisaydin@gmail.com ; ORCID: 0000-0003-3509-402X

¹ Mesele, yazarın 20 Haziran 1966'da Saarland Üniversitesi'nde Hukuk ve İktisat Bilimleri Fakültesi'nde sunduğu bir konferans hakkındadır. İlk savaş sonrası dönemde Almanya'da doğal hukuk eğilimlerinin ayrıntılı bir betimlemesi Th. Württemberg'in makalesiyle bizlere tanıtılır: "Wege zum Naturrecht in Deutschland" (1946-48) in *ARSP*, 38, 1949/50, s. 98devamı için.; „*Neue Stimmen zum Naturrecht in Deutschland*" (1948—1951), in *ARSP*, 40, 1952/53, S. 576. Werner Maihofer tarafından hazırlanan ciltte, "Naturrecht oder Positivismus?" da metinlerin yanında doğal hukuk ve pozitivizm tartışmasına dair zengin bir bibliyografya vardır. Savaş sonrasında neo-doğal hukukçu yönelimlerin parçaları için doğal hukuksal öğretinin tarihi bir tipolojisi için bkz. Erik Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 3. Aufl., Karlsruhe, 1964. Tartışmanın anlık durumu için de bkz. F. Wieacker, *zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion*, Köln-Opladen, 1965.

hale gelir. Duygusal yargıların yerini yavaş yavaş daha yakın tarihe dayalı incelemeler olarak farklı ülkelerin hukuk uygulamalarının tarihinde tanınan kıyaslar alır. Farklı ülkelerdeki hukuki deneyim tarihi içinde tanınan karşılaştırmalar, şiddet ve hukuk, yasallık ve adalet, hukukun üstünlüğünün biçimsel geçerliliği ve etik yükümlülüğünün tanıdığı tipik durumları keşfetme fırsatı sunar. Pozitivizm ve doğal hukuk doktrininin farklı "anımlarının" ve hukuki pozitivizm ile doğal hukuk doktrini arasındaki alternatifin daha katı ve net bir anlam kazandığı çeşitli ilgili sorunların (hukuk geçerliliği sorunu, adalet sorunu, hukuka itaat, yasaların yorumu ve yasa hazırlama yöntemleri sorunu²) analitik olarak farklılaşması, belki de hukuk felsefesi tarihinde ilk kez, bu alternatifle yeni bir şekilde yüzleşmeyi mümkün kılmıştır. Hukuk uygulamasının alacak kısmını kimin hesaplayacağı bir sorundur. Böylece de, bunun ancak hukuk uygulaması tarihinin çok özel bölümlerine atıfta bulunarak çözülebileceği fark edilmeye başlanır.

Erken çalışmalarımdaya vardığım *Geschichte des Strafrechts in Deutschland* (Almanya'da ceza hukukunun tarihi) hakkında anlamlı bir yere dayanan sonuçları burada anmama müsaade edeceğim³. Bununla sosyalizmin egemenliğinin sürdüğü otuz yıllık devre düşünülüyor. Bu çalışmada, tarihsel belgeler sayesinde, yasal pozitivizm ile 1933'ten sonra Alman hukuk sisteminin otoriter bozunması arasındaki ilişkiye dair daha net bir karara katkıda bulunmak istedim.

Yüzyılın İlk otuz yılının hukuk düşüncesi eğilimlerinden, bana

² Bkz. Hart, „*Positivism and Separation of Law and Moral*“, in *Harvard Law Review*, 71,1958, S. 593devamı için. (özellikle s. 601 devamı için.),- Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, S. 103 devamı için. Cattaneo, „*Il positivismo giuridico e la separazione tra il diritto e la morale*“, in *Rendiconti del l'istituto lombardo — Accademia di Scienze e Lettere*, Band 94,1960, S. 701 devamı için. aynı, *Il positivismo giuridico inglese*, Hobbes, Bentham, Austin, Milano, 1962, Einführung; Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965.

³ *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966. Bu makale, bahsedilen araştırmanın felsefi sonuçlarını içermektedir. Bu, otoriter ceza hukukunun gelişimi hakkında içerdikleri kanıtlara yapılan sürekli (ayrıca söylenmemiş) atıfları açıklar ve haklı çıkarır.

öyle geliyor ki, yorumun mantıki formel yönteminin krizi ile yasallık ilkesi krizi, bana göre ikisi de hukuki pozitivistizmin temel motiflerindedir, öne çıkar⁴. Nazi hukuk düşüncesi ile, söz konusu çalışmada otoriter dönemden önce Alman ceza hukukunda varlığını vurguladığım anti-formalist ve anti-pozitivist hareketler arasındaki ilişkiye dair bir yargıya hala net olarak varılabilmiş değil⁵.

⁴ Yasaya uyan hukuku bulmak ve yorumlamanın mantıksal olarak biçimsel bir yöntemi olarak anlaşılan yasal biçimcilik ve yasal pozitivistizmin krizi, geçen yüz yılın son on yılına kadar uzanır, ancak görünürleşmesi yüzyılımızın başını bulur. O dönemde Avrupalı, özellikle de Alman hukuk düşüncesinde, doğrudan alternatifte yasal pozitivistizme ve yasal biçimciliğe karşı çıkan bir dizi farklı yönetsel yön ve hareket ortaya çıktı: Serbest Hukuk Hareketi, Menfaatler İçtihadı, Sosyolojik Okul, Hukuki Yorum öğretisinin yeni-kantçı değer ilişkileri öğretisinin etkisinde kalan teleolojik yönleri, ve ardından da, genel olarak, hukukun benzer uygulamasının rolünü genişletme eğilimi, yasal düzenin Hetero-integrasyon ilkesini aşırı vurgulaması, hukukun yorumlanmasında değer yargılarını cömertçe uygulama ve yasama tekniğinde genel hükümler. Bunlar, hukuk dogmasının gelişimini, hukukun çeşitli alanlarında, özellikle de ceza hukukunda var eden hareketlere paralel metodolojik, anti-pozitivist ve anti-formalist hareketlerdir. Burada üzerinde durulan metodolojik yön için dipnotlar 21a'dan 27'ye dek *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, s. 38 adlı kitaba bakılmalı. Sözü edilen dönemin alman ceza hukuku dogmasında antiformalizme değinilecektir. Konunun ayrıntılı ele alınması ve ilgili bibliyografya için bkz. *e Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, passim. Benim daha önceki, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza Contributo alla filosofia e alia critica del diritto penale*, Milano, 1963, passim monografimi de karşılaştırınız.

⁵ Hukuki pozitivistizmin, otoriter hukukun dejenerasyonundan, hukuk kılığındaki adaletsizliklere karşı, "yasa yasadır" ile eleştirel olmayan hukuk kültürünü tutarak savunmasız ve güçsüz bıraktığı için sorumlu olduğu iddiası, Radbruch'un „*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*“, in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, S. 105 devamı için., *Rechtsphilosophie* iç., 5. bası, yayına haz. Erik Wolf, Stuttgart, 1963, Anhang, S. 347 tanınmış makalesine dek uzanır. Fakat Radbruch'un bu polemiki çöküşün ardından doğrudan alman kültürünün ilk tepkilerinin verildiği tarihsel bağlamdaki bir ruh olarak anlaşılmalıdır. Radbruch'un bu pozitivistizm eleştirisini, (başından beri temelde, pozitivistliğin hukukun özü olarak tanınması ve hukuk güvenliğinin kaçınılmaz değeri olarak kabul edilme-

Hukuki pozitivistizmin, nasyonal sosyalizm için sorumlu olduğuna dair tartışma bu ifadenin çift anlamlılığından dolayı sorunluydu⁶. Bu düşünce birçok yazar tarafından farklı anlamlarda, hukuk düşüncesine dair bazı iddia ve tutumların tarihsel bağlamla bir ilişkisi olmaksızın ortaya koyulması için kullanılmış ve kullanılmaya da devam edilmektedir. Bu sebeple "hukuki pozitivistizm" ifadesi, hukuk düzenlerinin otoriter dejenerasyonunun "nedenleri" olarak, çeşitli yazarları birbirine bağlayan duygusal koşullanmış önyargılar ile değer yargılarının sunulması tartışmasında, seyrek olarak bir nesnedir.

Böylece, terim, hukuk bilimi ve hukuk felsefesinde ilgililerince "iyi" veya "kötü" olarak kabul edilen şeyin kolektif bir terimi olma riskini taşır. Bununla birlikte, yasal pozitivistizm, ilk ve sonraki gelişmelerinde ve işlediği somut tarihsel durumlarda göz önüne alındığında, "iyi" ve "kötü" yasal pozitivistizm arasında ayırım yapmanın mümkün ve gerekli olduğuna inanıyorum, aynı doğal hukuk doktrini için de yapılabileceği ve yapıl-

siyle, aynı zamanda pozitif hukukun pozitif üstü değerlendirmesinin yeri doldurulamaz rolüne vurgu yaparak karakterize edilen) kendi hukuk düşüncesinde 1945 yılında oluşan bir kırılma olduğunu reddedersek, *sağlıklı pozitivistizm* (yani vicdanın pozitif üstü denetimiyle düzeltilen pozitivistizm) karşı olarak değil aksine pozitivistizmin dejenerasyonuna karşı, yani yasaya karşı vicdanın kritik rolünü ifşa etme olarak, bir isyan olarak kabul edilmelidir. Bu, yasanın, yasaya koşulsuz itaat için sözde ahlaki bir görevle en başından beri güvenceye alındığı, yasanın yanlış bir etikleştirilmesi sonucuydu. Buradaki Radbruch düşüncesinin doğal hukuk üzerindeki gelişimi için bkz. Erik Wolf, *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?* ARSP'de, 45, 1959, S. 481 devamı için., und Baratta, "*Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs*", ibidem, s. 5.

⁶ Yasal pozitivistizmin anlamını tek tip olarak tanımlamaya yönelik çeşitli girişimler için, bkz. Scarpelli Scarpelli, belirtilen yerde, Shuman, *Legal Positivism. Its Scope and Limitations*, Detroit, 1963; Lumia, *Empirismo logico e positivismo giuridico*, Milano, 1963; Shklar, *Legalism*, Cambridge (Mass.), 1964; Tsatsos, *Zur Problematik des Rechtspositivismus*, Stuttgart, 1964; Viehweg, "*Que veut-on dire par positivisme juridique?*" iç. Archives de philosophie de droit, 1965, S. 181 devamı için. Von Cattaneo karşı., zaten alıntılanan yazılar dışında, "*Positivismismo giuridico*", in *Novissimo digesto italiano*, XIII, Torino, 1966, S. 315.

ması gerektiği gibi. Hukuki bilinçte kullanılan, hukuki pozitivistizmin değeri ve doğal hukuk teorisi arasındaki alternatife dair birçok tartışma için sık sık konuşulmayan bir ön koşul olan bu ayrım, bana kalırsa hukuki pozitivistizmin “açıklayıcı” (yani saf konvansiyonel değil) ve başlangıç noktası hukuk bilinci olan, üzerinde durduğumuz kavramla ilişkilendirilen teorik anlamda ve aksiyolojik işlevini açıklığa kavuşturma görevine dair tanımla uzlaştırılmaz.

Aşağıdaki ifadelerde “hukuki pozitivistizm” ifadesi üç ayrı sorunla ilişkili olan üç iddiaya odaklanır. Bu sorunlar, birbirlerinden ayrı olduklarından üçüne de uyan iddialar mutlaka birbirlerine bağlı değildir. Aslında, içlerinden en az ikisi var olduğunda, “pozitivist” teoriler olarak adlandırmaya alıştığımız hukuk teorilerinde her zaman birlikte temsil edildiğini görmüyoruz. Öte yandan, son literatür tarafından analiz edildiği biçimiyle, hukuki pozitivistizm kavramının tamamını yorumlayan yalnızca bu üç belirti değildir. Bu terimin bazı olası anlamları, ceza hukuku tarihi bölümünü doğrudan ilgilendirmeyen, aşağıdaki gözlemlerden esinlenen soruşturmadan kasıtlı olarak ihmal edilmiştir ve dahası, hukuki pozitivistizmi hukuki düşüncenin diğer tutumlarından ayırmak için çok önemli görmemektedir.

İlk açıdan, hukuki pozitivistizm, hukuk normlarının geçerliliğini, yalnızca yasal yetkinliği yasal düzenin organizasyonunu düzenleyen normlardan kaynaklanan yasal organlar tarafından oluşturuldukları gerçeğinden alan bir tür hukuki teori olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, bu teori, hukuki normların geçerliliğini maddi adalet ya da eşyanın tabiatına uygunluğundan alan doğal hukuk tezini dışlar. Bu anlamda, yasal pozitivistizm, hukukun olması gerektiği gibi, birbirinden ayrılabilen iki sorun olarak, yasadaki ayırt edilmesi gereken bir zihin durumuna bağlıdır.

Hukuki pozitivistizm ikinci anlamında olması gerekenin olandan çıkarılmayacağı bir değer teorisi olarak görünür. Bu nedenle hukuku olması gerektiği üzere gözlemleyen değer yargıları rasyonel olarak haklı, yani kanıtlanabilir değildir. Bu anlamda da hukuki pozitivistizm, hukuki bir kararın maddi adaletinin şeyin veya insan aklının doğasından ve dolayısıyla hukuki değer yargılarının rasyonel kanıtlanabilirliğinden kay-

naklanabileceğini iddia eden doğal hukuk doktrinine karşı durur. Bu koşullar altında, yasal pozitivizm, doğal hukuk öğretisi olarak, adaletsizlik en azından belirli bir sınırı aştığında ve vicdan için tamamen kabul edilemez hale geldiğinde, haksız bir yasaya itaat etmek için ahlaki bir yükümlülüğün reddedilmesiyle aynı sonuca varabilir. Doğal hukuk doktrini, olan hukuk ile olması gereken hukuk arasında ayrımı dışladığı için bu sonuca varır. Bu nedenle kesinlikle adaletsiz hukukun da kanun olmadığını savunur. Hukuksal pozitivizm ise bu sonuca olan hukuk ile olması gereken hukuk arasındaki ayrımı korur. Böylelikle hukuk ile ahlak arasındaki herhangi bir karışıklığın önüne geçer. Bu durumda hukuki pozitivizm, hukuk kurallarının ilgilendiği kişinin ahlaki vicdanına, içeriğine dair hüküm verme sorumluluğu ve yanlış olduğu düşünülen hukuka ne ölçüde uyulup uyulmayacağına karar verme olanağı tanır. Öte yandan, hukuk ve ahlak kavramlarının bir karışıklığına düşersek, hukuki pozitivizm, hukukun ve devletin en başından beri etik olarak değerli ve dolaşısıyla yasaların ahlaki olarak zorunlu olduğu fikrine dayanan hukuki ahlak doğrultusuna yönelmeye başlar. İşte bu, incelediğim dönemin Alman hukuki pozitivizmini içinde gerçekleştirir⁷.

Pozitivist ilke: hukuk, hukuktur ve hukuk ve ahlak arasındaki ayrımı destekleyen, yasanın pozitif yasadan başka bir şey olmadığı anlamına gelir (bu nedenle yasal zorunluluğun ahlaki vicdan tarafından kontrol edilmesi gerekir ve kontrol edilebilir). en baştan etik ilkelerin nesnelleştirilmesi olarak görülen hukukla ilgili olarak bireyin ahlaki vicdanının ortadan kaldırılması başlangıç noktası olarak reddedilir. Ancak şu ana kadar sunduğumuz iki sağ pozitivist tez arasında mantıksal olarak gerekli bir bağlantımız yok, yani hukuk kurallarının geçerliliği adaletten bağımsızdır. Adaletin materyal içeriği, olandan veya rasyonel gerekçelendirmeyle temellendirilemez. Daha ziyade, devletin etik temeli mitine ve hukukun etik içeriğine dayanan pozitivist bir ahlakla karşı karşıyayızdır.

⁷ Hukukun etikleştirilmesinden ahlakın yasallaşmasına lojistik geçiş 1933 bkz. Baratta, *Antinomie giurididie e conflitti di coscienza*, belirtilen yerde, S. 155 devamı için. Hukuk ve ahlak arasındaki karışıklığın tehlikelerine ve hukukun yo-zlaşmasına yönelik bu kafa karışıklığının sorumluluğuna dair net bir örnek Hart'ta bulunabilir, 3.a.O., veders., *Law, Liberty and Morality*, Stanford j. Cal.), 1.

Bu da yukarıda sözü edilen iki yasal pozitivizm ilkesinin dikkate değer bir çarpıtılmasına neden olur.

Hem hukukun üstünlüğünün geçerliliğinin adaletten ayrılığını savunan hem de değer yargılarının kanıtlanamazlığı ve materyal adaletin içeriğinin reddinin, aslında hukuk ile ahlak arasındaki kavram karmaşasına dayandığı kolaylıkla görülebilir. Bu karmaşa olan hukuk olması gereken hukukun anlamını vererek ve objektiflikle ilgili olarak, etik ilkeleri pozitif hukuk sisteminde ortaya konan ve dolayısıyla ortak olarak belirlenecek olanlarla karıştırarak sonlanır.

Üçüncü anlamıyla hukuki pozitivizm, hukuki kesinlik fikrine dayanarak hukuku tasarlama ve yorumlama yöntemi olarak ortaya çıkar. Bu hukuki kesinlik, yasama organı tarafından, öncelikle açık anlamı olan tanımlayıcı ve değerlendirci unsurlara dayanan soyut ve genel tüzükler çizilerek ve ikinci olarak yasa yorumlayıcısını hukuk iradesine sunarak sağlanır. Yasada doğrudan atıfta bulunulmayan siyasi, ahlaki ve sosyolojik ilkelere başvurarak hukukun içeriğini genişletme ve düzeltmeye olanak tanınmamıştır. Bu bakımdan “kapalı bir sistem”i temsil ederler. Yürürlükteki hukukun bu bilimsel olarak işlenmesinin ve yorumlanmasının yasanın yorumunun özgürlüğünü ve yaratıcı işlevini olabildiğince dışlama eğiliminde olan, bu pozitivist yönetime serbest hukuk okulu, sosyolojik okul ve hukuki realizm gibi (Kantarowicz’teki gibi “yaşayan hukuk” doğal hukuk fikrine doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olan bazı modern hareketlerin tersidir. Yorumcu, somut doğal hukuk veya yaşayan hukuka başvurmalı, yasa koyucu tarafından belirlenen hukuku genişletmek ve soyut olguların somut durumlarının soyut gerçeklerine uyarlamak için yapmalıdır.

Eğer ki, hukuki pozitivizm ile doğal hukuk öğretisinin bu gerekli soyut ve şematik karşılaştırılmasını daha önce andığımız sorunlarla, özgün temel motiflere kısa tarihsel bir göz atarsak, Fransa, Almanya ve İngiltere’deki hukuki pozitivizmin kökenini bulabileceğimiz entelektüel hareket, böylece hukuki pozitivizm ve modern doğal hukuk okulu geleneği arasındaki ilişki de ayırım gibi önemli görünür. Şimdi hukuki pozitivizm ile doğal hukuk öğretisi, Bobbio’nun çok yerinde saptamasıyla⁸

⁸ Belirtilen yerde, S. 145.

“düşman kardeşler” gibi karşı karşıya gelir. Bana kalırsa düşmandan çok, aynı devrin çocukları, kardeş demek daha yerinde olur. Önce doğal hukuk öğretisi ve ardından hukuki pozitivizm, aydınlanmanın hukuk felsefesi mirasında var olan aynı temel merciler olarak gelir⁹. Onların hukuk düşüncesi, bireysel hukuki atmosferin özgürlük ile güvenliğinin teminatı olarak yasanın tanınmasına çalışır ve devlet iktidarı için bir yasal sınırlar sistemi kurulmasını amaçlar. Bunlar, modern doğal hukuk öğretisinin ve yasal pozitivizmin ortak destekleyici temelini oluşturan ve her katı muhalefeti tarih dışı, soyut ve kısır kılan fikirlerdir. Buradan, bazı temel tezlerinin aşılmasına veya eskimesine rağmen, hukukumuz ve toplumumuz için hukuki pozitivizmin hala geçerli bir işlevi olduğu sonucu çıkar (Kapalı bir sistem olarak anlaşılan hukuk düzeninin bütünlüğü tezinde karşılaşılan zorluklara, hukuk ile hukukun, hukuk kuralının ve hukuk normunun karıştırılmasına ve dolayısıyla hukukun karmaşasına değinmek yeterlidir. Bunun somut, varoluşsal geçerliliğiyle soyut geçerliliği: yasal pozitivizm, kendisini yasal perspektifinin bu sınırlamalarından kurtarmış görünmüyor). Ben bu dejenere olmuş anlamı, hukuki pozitivizmdense yasal pozitivizmden söz ederek vurgulayacağım.

Sadece bir çalışma hipotezi ve tartışmaya katkı olarak önerdiğim ve yalnızca ayrı yerde tamamen geliştirilebilir ve zorluklarına tamamen vakıf olduğum bir bakış açısına değineceğim.

II.

Fransa'da yasal pozitivizm, Ecole de l'Exégèse ile, doğal hukukun açıklayıcı doktrininin teşvik ettiği fikirlere, eski rejimin üstesinden gelmenin ve özgürlüğü garanti etmenin bir yolu olarak soyut ve genel hukukun değerini abartmak için doğrudan bağımlı olarak ortaya çıkar. Tüm bireylerin güvenliği ve eşitliği ve 1804 yasasında ifade bulmuştur¹⁰.

⁹ Bugün İtalya'da, aydınlanmanın yasal düşüncesine olan ilgi, burada bizi ilgilendiren şeyle ilgili olarak da çok canlıdır, kz. u. a. d'Amelio, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965; Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1.

¹⁰ Burada özellikle, Boncase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris 1924, und Bobbio, 11 positivismo giuridico. Lezioni raccolte dal Dr. Morra (lit.), Torino 1960/61; Cattaneo, a.a.

Yasallık ilkesi, doğal hukuk kökeni olarak anlaşılır ve bireysel özgürlüğü garanti etme değerine ve işlevine karşılık gelen özel anlamı, düzenleyici mevzuat olarak hukuki güvenlik anlamına gelen ideale dayanır. Bu, yasa sisteminin sadeliği ve birliği ilkelerine, makam temsilcilerinin rasyonel ve anayasal kuvvetler ayrılığına göre yorumlanmasına ve içtihadına dayanır. Bu, hukuk sisteminin birliği ve sadeliği ilkelerine dayanırken, Ecole L'Exégèse temsilcilerinin akıl hukuku-hukukun üstünlüğü ilkesine göre, hukukun nesnel iradesini genişletmek ve düzeltmek için değil fakat sadece açıklamak ve tanımak adına küçük bir rol oynar. Ancak görebildiğimiz gibi, Bobbio'nun yerinde vurguladığı birkaç değişikliğe rağmen, Ecole de l'Exégèse'nin temel prensibi olan hukuki kesinlik, mevzuat yazarlarının doğal hukuk doktrini ve kendi içinde bir amaç değil, devletle özneler arası ilişki içindeki bireyin amacı olarak anlaşılmalıdır.

Genel irade veya hukukta ifade edilen rasyonalite ile iktidarın keyfiliğinden kurtulmuş bireyin özerkliği, hukukilik ilkesine ve hukukun güvenliği fikrine tarihsel ve açık içeriklerini veren değerdir. Bunlardan, yasama organı tarafından soyut biçimde (toplumsal yaşamın durumunun tipik ve genel unsurunu değişken ayrıntılarına girmeden belirleyen biçim) ve genel biçimde ifade edilen emirlerin açıklık ve belirsizlik talebini, yine ayrıca yargıcın sübjektif değerlendirmesini yasama organı tarafından belirtilen hukuk dışı veya etik kriterleri belirlemeye bırakan kapsamlı kanunların ve genel hükümlerin yasaklanması; vatandaşın izin verilen bir eylemin kesin sınırlarını ve davranışının yasal sonuçlarını bilmekten mahrum bırakan geriye dönük normların yasaklanmasını yeniden türetir. Hukuk sisteminin bütünlüğü ilkesine dayalı olarak karşılaştırma prosedürünün katı sınırı suretiyle hukuk sistemi analojisi herhangi bir bütünlüştürücü işlevden mahrum bırakılır. Böyle bakılınca, bireyin özerkliğinin bir teminatı olarak kanunilik ilkesi, Fransa'daki yasal pozitivizmi, Rousseau, Montesquieu ve Napoléon Kodu'nun yazarlarının öğretileriyle doğrudan 18. yüzyıl doğa hukuku doktrinine bağlayan görünmez bağıdır.

Fransa'da yasal pozitivizmin altında yatan bu verimli ilke, doğal hukuk doktrinine karşı soyut bir polemik bir sonucu olarak yavaş yavaş yanlış anlaşılır ve aşırı yükleniyor. Değersiz hale gelen yasal pozitivizm, kanunilik ilkesini boşaltır ve onu hukuk ile yetkili yargı organı arasında resmi ve değerden bağımsız bir bağlantıya dönüştürür. Böylelikle hukuk

güvenliği, bireyin güvenliği için bir araçtan kendi başına bir amaca dönüşür. Hukuki pozitivizmin temel, değerle ilgili fikirlerinden bu şekilde koparılmasının bir sonucu olarak, hukukun değeri hukuk kuralının soyut bir geçerliliğine inmiştir, örn. Kelsen'de durum böyledir.

İngiltere'nin hukuk geleneğinde, yasal pozitivism, on sekizinci yüzyıl doğal hukuk okulunun klasik ve orta çağ doğa hukukuna göre belki de en belirleyici ve devrimci fethini temsil eden temel bir güdü olan ve Bentham'dan ve Austin'den bugüne dek uzanan¹¹ bir gelişim çizgisini kavrar ve gerçekleştirir. Özellikle Almanya'da Thomasius ve Kant tarafından geliştirilen bu güdü, hukukun ve ahlakın bağımsızlığı, insan davranışının dışsal ve zorlayıcı kurallarının, bireyin vicdanında ifadelerini bulan iç ve zorlayıcı ilkelerden farklılaşmasını ifade eder¹².

Bu bağımsızlık, bir ayrılık ya da çelişki anlamına gelmez; bunun yerine, hukuk düşüncesi tarihinde belki ilk kez modern doğa hukuku teorisi ve ardından hukuk pozitivismiyle ortaya çıkan pozitif hukukun aşırı pozitif incelenmesinin mantıksal olasılığını ve Hukuk ve ahlak karmaşasından kaynaklanan herhangi bir yasal ahlak tehlikesini önleyen hukuk ve ahlak arasındaki bir ilişkiyi beraberinde getirir (Hart)¹³. Öte yandan, hukukun ve ahlakın ayrılması, hukukun iç otoritesinin, hukuksal yasanın tamamen dış otoritesinin yanına yerleştirilmesine izin verir. Böylece ahlaki yasa, pozitif yasanın içeriğinin değerlendirileceği ve kontrol edileceği bir kriter haline gelir.

Hukuk ve ahlak arasındaki bu ayırım, herhangi bir heteronomik gerekçelendirmeden ayrılarak, özerkliğin etiği olduğu ortaya çıkan modern etik anlayışıyla örtüşmektedir. Bu anlayış, İngiliz hukuk pozitivisminin kurucuları tarafından henüz açıkça tanınmamış olsa bile, bireyin

¹¹ Krş. Hart, „*Positivism and Separation of Law and Moral*“, belirtilen yerde; Agnelli, John Austin alle origini del positivismo giuridico, Torino, 1959; Cattaneo, „II positivismo giuridico inglese“, belirtilen yerde Siehe hierzu auch Friedmann, Legal Theory, 4. Ausg., London, 1960, S.

¹² Bkz. Kant, *Metaphysik der Sitten*, Akademie Ausgabe, S. 219-220; Thomasius, *Fundamenta juris nativae et gentium*, 4. Ausg., Halle, 1718, I. Buch, Kap. V-VI, S. 143.

¹³ „*Positivism and Separation of Law and Moral*“, belirtilen yerde, S.

ahlaki vicdanının devlet otoritesi karşısında özerkliğini içerir. Böyle bir görüş, Bentham ve Austin tarafından çeşitli şekillerde savunulan, bir yasanın varlığının değeri ile asla karıştırılmaması gereken, yani yasanın varlığının olması gerekenden ayırt edilmesi gerektiği tezinde yer almaktadır.

Pozitif hukuk kurallarının geçerliliği ve hatta varlığı artık ahlaki adalet ölçütüne bağlı olmadığına, diğer yandan biçimsel geçerliliği ile özdeş olmayan hukukun değeri, ahlaki adalet ölçütüne bağımlı hale getirilir. Hukukun gerçekliğini değerinden ayırt ederek, yasal pozitivizm, tüm ahlaki ve dini otoritenin yasasını mahrum eder ve böylece yasaya itaat sorununu, haksız yasaya karşı direniş sorununu, tamamen yasal bir düzeyde değil, kendi etik sorunuyla gündeme getirebilir. Bu etik sorun, temel ölçüsünü ve çözümünü, bireyin ahlaki vicdanının özerkliğinde, bu vicdanda ifade edilen etik düzende bulur.

Alman hukuk düşüncesinde hukuki pozitivizm, tarihsel hukuk okulu (Hugo ve Savigny) ile ortaya çıkar ve en mükemmel ifadesini pandekt okulunda (Windscheid) ve hukuk teriminde bulur (Laband, Jellinek, Bierling)¹⁴. Rasyonel bir kavramlar sistemi olarak aydınlanma-doğal hukuk ideali, Kant'ın hukuk kategorisinin özerkliğini keşfetmesiyle önemli bir ivme kazandı. Bu fikir, Kant'ın yasal rasyonalizminin doğrudan etkisi altında olan Anselm Feuerbach ve Gustav Hugo'nun ve Savigny'nin düşünceleriyle (Savigny liberal hukuk düşüncesine belirgin karşıtlığına rağmen, Boehmer'in doğru ifadesiyle¹⁵, yine de bir doğal hukuk programı,

¹⁴ Almanya'da yasal pozitivizm ve yasal biçimcilik ve bunların başlangıcı hakkında özellikle daha yeni literatürde bkz. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 2. Aufl. 1967, S. 348 devamı için. Negri, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova 1962; Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1960, S. 8 devamı için.; Porzio, *Formalismo e antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, Napoli, 1961/62 (Sonderdruck des Bollettino della Biblioteca degli Istituti giuridici dell'Università di Napoli, 1961, H. 3; 1962, H. 2, Ayrıca, Erik Wolf Savigny ve Windscheid'e ayrılan bölümlere atıfta bulunulur., iç. *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. bası, Tübingen 1963.

¹⁵ Erika Wolf'tan alıntı, belirtilen yerde, s. 533.

özel hukukun tekdüze bir sistemleştirilmesini ortaya koyar.) benzer biçimde de bir doğal hukuk programının, yani özel hukukun tek tip sistematikleştirilmesi ve daha sonra kavramlar içtihadında, doğal hukukun başka bir temel nedeninin olduğunu savunur Alman hukuki pozitivizminin başlangıcına varılır: Hukuk biliminin özerkliği düşüncesi. Bu düşünce modern doğal hukuk okulunun kurucusu Hugo Grotius'a dek uzanır.

Tıpkı bu fikrin iki yüz yıl önce Grotius tarafından bu denemeye bağlantılı olarak tasarlandığı gibi, hukuk bilimine otonom ve bilimsel bir meşruiyeti teolojiden bağımsız ilkeler sağlamak olarak açıkladığı ve hukuk bilimini artık kudret ilkeleri değil rasyonel-ampirik doğa bilimlerinin yöntemine oturtma çabasıdır. Böylece, alman rasyonalizmi alman düşüncesi tin bilimlerinin özerkliğine yani hukuk biliminin bir tin bilimi olarak kurulmasına uğraşır. Bu da onun yönteminin ve ilkelerinin etik, politika, ekonomi, sosyolojiden azat edilmesi sonucunu doğurur¹⁶.

Savigny tarafından savunulan siyasetten hukukun mantıksal ve metodolojik bağımsızlığı¹⁷, Laband ve diğer kavramsal hukuk temsilcileri arasında pozitivizmin yol gösterici ilkesine dönüşür. Bu nedenle, Kelsen'in doğrudan hukuk öğretisinde, Grotius'tan bu yana modern hukuk biliminin en önemli çabasını, yönteminin bağımsızlığının ve kendi özerkliğinin tam bilincine ulaşmak ve kapalı ve bağımsız, yani katı bir dil inşa etmek için yeterli olduğunu gösterir. Şimdi Almanya'dan tüm Avrupa'ya bir kez daha bakarsak, İngiliz hukuki pozitivizminin (Austin) analitik hukuk geleneği ile Grotius'un hukukun özerkliği düşüncesini gerçekleştirmek için Alman pozitivizminin kavramlar içtihadı ile nasıl buluştuklarını görürüz. Hukuk biliminin Kavramlar sisteminin bu bütünlüğü düşüncesi, bağımsız olarak ve bu nedenle, her bütünleştirici formun şartları hariç, hukuk düzeninin kapalılığı bireysel özgürlük teminatı ve devletin zor kullanma gücünün sınırı için kodifiye edilmiş bir sistem düşüncesine denk düşer. Aydınlanmanın doğal hukuk teorisinin Napoléon kodu ile

¹⁶ Bu yasal yöntemin "saflaştırılması" sorununda, Laband'ın Gierke ile polemiklerine özellikle dikkat ediniz, buraya bkz., Gierke, „Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft“, iç. Schmollers Jahrbuch, 7 (1883), S. 109 Laband'ın yasal yöntemi ve onların üzerine Wilhelm, belirtilen yerde.

¹⁷ Burada bkz. Savigny e il método giuridico, Milano 1966, S. 64.

doğrulanmasının ardından, Fransız yasal pozitivisminin merkezi motifi ni oluşturur.

Bireyin özerkliği ve keyfilğe karşı hukuk güvenliği teminatı, hukuk normunun ilgililerinin hepsinin eşitliğinin teminatı, ayrıcalıkların hukukunun hukuk normlarının tüm muhataplarına eşitliğinin teminatı, vicdan özerkliği ve dışsal olana karşı içsel otoritenin teminatı, hukukun her önkoşullanmış etik yükümlülükten azade olması, hukuk biliminin ve hukuk yönteminin özerkliği ve hukuk sisteminin ön hukuksal ve teleolojik, yasa yorumcusunun ayrılıkları bütünleştirici çalışmasına bağlı ölçütlerin görece objektifliğine kıyasla daha sıkı objektifliğinin teminatı : Bunlar modern hukuki pozitivismin temelindeki düşüncelerdir. Modern doğal hukuk öğretisi ile karşılaştırıldığında, bu düşünceler ona sadece karşıt değil, aynı zamanda modern felsefenin Kant, Hegel ve Marx'ın¹⁸ çalışmalarıyla rasyonalist geleneğinin sadece bir değer olarak değil, aynı zamanda hukukun toplum karşı aşılamaz sınırı olarak da modern soyut hukukun varlığının gerekçelendirilmesi açısından tamamlayıcı bir işlev de sunar. Bu, kişisel olmayan hukuki ilişkilerin güvenli ve yönetilebilir sisteminde, bireyin bağımsızlığını kişi olarak ahlaki niteliğinde değil aksine soyut bir hukuk kişisi niteliğiyle güvenceye alır. Bu şekilde, hukuki ilişkileri açısından bakıldığında, bireyler kolektif eylem ve sevgi yoluyla değil, sözleşmeye dayalı, kişisel olmayan üretim ve davranış mekanizmaları aracılığıyla birbirleriyle ilişkili tek başına atomlar olarak bağlantı kurarlar.

III.

Düşünce hareketinin bu yüzyılın hukuk bilimi tarafından girilen yönlerin temellerini atan tarihsel analizler henüz yeterince işlenmemiştir¹⁹. Bugün, sadece Hukuk Hakkında felsefe yapmak değil, aynı zamanda yasal deneyimin içsel eleştirel düşüncesinin merkezi anı olmak isteyen hukuk felsefesinin en önemli görevlerinden biridir. Bu alanda elde edilen sonuçların ön görüşüne izin verilirse, savaş sonrası ilk dönemin pozitivismin diktatörlük döneminde ve bunun eşliğinde Avrupa hukuk

¹⁸ Burada, daha sonraki bir çalışmada ayrıntılı olarak sunacağım fikirlerin tarihi üzerine bir perspektife işaret etmek istiyorum.

¹⁹ Wieacker ve Larenz'in anılan çalışmaları konu için önemli kalkış noktalarıdır.

sistemlerinin patolojik gelişiminin nedeni olduğu aceleci kararını tamamen yıkmaya ya da en azından kararlı bir şekilde değiştirmeye zorladıklarını söyleyebiliriz.

Daha objektif bir etioloji, bugün bu dejenere olmuş hukuki fenomenleri sadece hukuki pozitivizmle değil, kriziyle, yani yasallık ilkesinin çöküşüyle, yasal kesinlik ilkesinin ortadan kalkmasıyla, yasal biçim ve sosyal gerçeklik arasındaki ayrımın bulanıklaşmasıyla, devletin tözünü ahlaki değerinin aşırı değerlendirilmesiyle ilişkilendirmemize izin verir²⁰.

Öte yandan, bu dejenere olmuş fenomenler, hukuki olgunun aksiyolojik unsurlarının bütünleştirici işlevini aşırı vurgulamayı amaçlayan yasama teknolojisi ve ön bilimde yerleşik olan anti-formalist ve irrasyonalist eğilimlerle de yasanın somutlaştırılmasındaki kötü şöhretli "sağlıklı halk duygusunu" doğrudan hatırlatarak yasallık ilkesini²¹ aşmak ve ya-

²⁰ Burada Positivismo giuridico e scienza del diritto penale çalışmamla krş. 1933'ten sonra Alman hukukundaki yozlaşma sürecinin tarihsel bir analizini ve genel olarak hukuki düşünce ve uygulamanın tarihsel özellikleriyle, özellikle de en son diktatörlüklerde ceza hukuku ile ilgili literatür arasında bkz. Özellikle Donnedieu de Vabres, *La politique criminelle des États autoritaires*, Paris 1938; Bettiol, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo 1952; Bonnard, *Le droit et l'État dans la doctrine national-socialist*, 1939 Paris 2. Basım. 39; Lavagna, *La dottrina nazional socialista del diritto e dello Stato*, Milano 1939; Pierandrei, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino 1940; Fritz von Hippel, *Die Nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Ordnung und Lehre*, 1947 (Recht und Staat, 129), benzeri, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, Tübingen 1955; Staff, *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*, Frankfurt a. M. 1963.

Nasyonal sosyalist hukuku için kaynaklar, (Yazılı belge ve 1933'te hukuk kongreleri) Positivismo giuridico e scienza del diritto kalemindeki referanslara bakın (yasal pozitivizmin krizi ve otoriter ceza hukukunun yükselişi üzerine). Burada incelenen kaynakların tümü, otoriter hukuka geçiş hukuki pozitivizm krizinin eşlik ettiğini ve otoriter çağda hukuki pozitivizmden geriye kalanın ancak derin bir yozlaşması olabileceğini doğrular.

²¹ 8 Haziran 1935 tarihli Ceza Kanununda değişiklik yapan kanun ve ceza hukukunda hukuka uygunluk ilkesini aşmayı amaçlayan diğer kanun hükümlerine gelince, krş. Positivismo giuridico e scienza del diritto penale, S. 31'de ifadeler.

sama organı tarafından suçun genel hükümlerinin ve yeterince sabit olmayan normatif unsurların sınırsız uygulanmasını teşvik etmek için ilişkilendirilebilir. Bu eğilimler ve daha da kötüsü, doğrudan ulusun "özünden" veya "halk ruhundan" ortaya çıkan iddia edilen değerler için devlet otoritesinin koşulsuz garantisine götürür²².

Bugün, bir içtihat ve içtihadın şiddete hizmet ettiği, bu arada pozitivist hukuki kesinlik ilkesinden uzaklaştığı ve hukukun şiddete sunduğu hizmetin sonuçlarının çok daha ciddi olduğunu söyleyebiliriz. Hukukun işlevini tüm etik alanı kapsayacak şekilde genişleten ve şeffaf olmayan bir ideolojiden etkilenmiştir²³. Buradan da hukuki pozitivizm çık-

²² Yeni-Kantçı Rölativizmin değerler ilişkisi ilkesinin dönüşümü Otoriter çağda hüküm süren tözcülük, bkz. Thierfelder, Normativ ve Wert in der Strafrechtswissenschaft, günümüzün Berlin'i 1934; bunun üzerine, Positivismo giuridico e scienza del diritto penale, s. 93 f'deki bu gelişime ayrılmış bölümü karşılaştırm. Bu bağlamda, yasal çıkarlar teorisinin gelişimi ve mantıksızlık teorisi özellikle semptomatik bir önem kazanır. Bu iki durumda, aslında bir kısmi tanıma (ilk zorluktan sonra) ve iki teorinin, 1933'ten önce onlara neden olan göreliliğin üstesinden geldikten sonra totaliter olana yaklaştırılması meselesidir. Hukuki fayda kavramı (önceden sözde "metodik" teori ile liberal etkisinden kurtulmuş ve çok çeşitli aksiyolojik içeriklere açık hale getirilmiş) totaliter-ideolojik düşünceler ve mantıksız bir yargı için bir kriter olarak kabul edilen, totaliter ruhtan açıkça etkilenen halkın iyi yoldaşı kavramı ile değiştirilen normal insan kavramıyla doluydu. Bu anlamda yasal mülkiyet ihlali teorisinin geliştirilmesi ve Nasyonal Sosyalist dönemde Alman mahkemelerinin (özellikle özel mahkemeler) bazı yasal uygulama örnekleri için bkz. *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, s. 67 et seq. ve burada verilen literatür, burada sadece ilgilendiğimiz dönemde doktrinin durumunun net bir resmini veren tek bir eserden söz edeceğiz: t. Schadevami içinstein, „*Der Streit um das Rechtsgut verletzungsdogma*“, in *Deutsches Strafrecht*, 4 (1937), S. 335 devamı için. Ayrıntılı bir tarihsel yeniden inşa için bkz. SINA Die Dogmen geschichte des strafrechtlichen Begriffevami içins „*Rechtsgut*“, Basel 1. Yukarıdaki anlamda mantıksızlık teorisinin gelişimi ile ilgili olarak, bu soruna adanmış kitabımdaki sözleri hatırlamak istiyorum. *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, S. 43 ve orada anılan literatür.

²³ Bu yüzyılda Alman hukuk düşüncesi içinde, hukuk ve ahlak arasındaki farkın üstesinden gelinmesine ve hukukun ahlâkileştirilmesine yol açan süreç (araştırmamızın gösterdiği gibi, ahlakın yasallaşmasının tersini, aynı zamanda

malyıdı²⁴. Ve son olarak, yasal pozitivismın üstesinden gelmek için, "halk topluluğunun" gizemli ulusal sosyalist ve totaliter ideolojisini yeni bir doğal hukuk doktrini işareti altına sokanlar da eksik değildi (Dietze).

buna karşılık gelen fenomeni de getirmiştir. bkz. Anti nomie giuiddi e conflitti di coscienza, s. 155 vd. ve burada alıntılanan literatür, burada bahsedilebilecek, Graf zu Dohna, a, „Die Elemente des Schuldbeugedevamı içins“, in Gerichtssaal, 65, 1905, s. 304 devamı için.; 65, 1905, S. 304 devamı için.; Mayer, Die schuldhaftige Handlung und ihze Art 1911; Sturm , „Seelenzustand und Schuld“, in Ger van Calker, *Strafrecht und Ethik*, Leipzig 189 Schuld im Recht und in der Recht und in der

²⁴ Nicolai'nin örneği krş. Nicolai, *Die rassengesetzliche Rechtstheorie, Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie* Münih, 1932, (3. bası. 1934); Heydebrand, *Deutsche Rechtserneuerung im Geiste des Nationalsozialismus*, 2. bası., Berlin, 1933; Sauer, *Stand und Zukunftsaufgabe der Rechtsphilosophie*, Berlin 1933; Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934, Dietze, *Naturrecht in der Gegenwart*, Bonn 1936; Freisler, *Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken*, Berlin 1938; Özellikle ceza hukuku doktrini ve uygulaması ile hukuki biçimciliğin ve yasallık ilkesinin hukuki pozitivismın ve yargıcın hukukla yakın bağının üstesinden gelmek için içerdikleri hareketler ile ilgili olarak krş. ayrıca, Gemmingen, *Strafrecht im Geiste Adolf Hitlers*, Heidelberg 1933; Dahm , *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht* Berlin 1933; Schafestein, *Politische Strafrechtswissenschaft* ders., „Nationalsozialistisches Strafrecht“, in ZStW, 53, 1934, S. 603 devamı için. Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, ed. Frank, Berlin, 1935/36; Frank, *Nationalsozialistische Strafrechtspolitik*, Münih, 1938; Gürtner ve Freister, *Das Neue Strafrecht*, Berlin, 2. bası., 1936; *Das kommende deutsche Strafr* 2, ed. Gürtner, 2. Bde., 2. Ausg., 1936/37; zur Rechtsprechung krş. Siegert, „Auslegung und Analogie im heutigen Strafrecht, Jur. Wochenschrift iç., 1937; Beppler, „Übersicht über die Rechtsprechung der deutschen Gerichte zur entsprechenden Anwendung von Strafgesetzen“, JUr. Wochenschrift iç. 1938, S. 1553 devamı için.; ders., *Richterliche Rechtschoöpfung*, ibidem 1938 , s. 257/ devamı için.; Wilke „Die Bedeutung des 2 iç. Wissenschaft und Rechtsprechung “Strafrechtliche Abhandlungen“, 394 Breaslau 1938; Maddi hukuka aykırılık doktrininin geliştirilmesinde ve aynı zamanda suçlu türü doktrininde ifade edilen ceza hukukunun özneleştirilmesi eğilimi burada özellikle belirtilmelidir. Ceza hukukunun özneleşmesine ilişkin bu iki teori ve genel olarak yüzyılın başından sonra Almanya'da ceza hukukunun özneleştirilmesine yönelik eğilimler hakkında, bkz., e conflitti di coscienza, belirtilen yerde s. 152, Ceza hukuku dogmaları

Hukuk düzenlerinin otoriter dejenerasyonunda hukuki pozitivizmin sorumluluğu, özellikle Almanya’da cidden kuşkuludur. Gerçekten de, bu dejenerasyonun etiyojisine dair şüphe, kişinin geri düştüğü tedavi ve önleyici korunmaya kadar genişletilebilir²⁵. Hukukun doğal, ontolojik ve etik gerekçeleri, Nazi hukuk düzeninin felaketine ilk kritik tepkiyi temsil eden ve demokratik Hukuk düzeninin yeniden inşası sürecini başlatan ilk savaş sonrası neo-doğal Hukuk hareketi tarafından kendilerine verilen sınırsız güvene artık yol açmamaktadır. Bugün hala çözülmemiş bir sorunu temsil ediyorlar.

Bugün, hukuk sistemlerinin otoriter yozlaşma sürecini uzaktan gözlemlerken ve çeşitli ülkelerde bu yozlaşmaya neden olan ve etkileyen faktörleri çok objektif bir şekilde analiz ederken, artık gerçekte zaten geniş bir ölçekteki yasal pozitivizm kınanmasına, bu dejenerasyon süreci belirleyici bir aşamaya girdiğinde, katılmıyoruz. Yasallık ilkesi ve hukuk ile ahlak arasındaki kesin ayrıma dair, iki temel teziyle, hukuki pozitivizm kesinlikle şiddetin hukuku kullanmasını engelleyemezdi. Ancak bu yozlaşma sürecine en azından çifte bir engel çekebilirdi.

Şiddetin kendi kuralını oluşturmak ve pekiştirmek için kullandığı yasal kurallar ne kadar haksız ve insanlık dışı olsa da, doktrin ve içtihat, yorumunda yasallık ilkesine bağlı kalsaydı, adaletsizliği ve şiddeti belirli sınırlar içinde tutabilirdi. Kötülük bu şekilde sabitlenmiş ve tanımlanabilir ve bu nedenle belki de daha az şiddetli olurdu. Ancak, yasanın nesnel sınırı aşıldıktan sonra, adaletsizlik, en azından hareketlerini daha zorlaştırmaya ve hilesini daha anlaşılır hale getirmeye hizmet edebilecek olan kaba biçimsel yasallık örtüsünü de yitirdi. Biçimsel adaletten saf, sınırsız teröre geçmek çok kolaydır. Bir örnek bu düşünce çizgilerini daha iyi açıklayacaktır: Bir örnek bu düşünceyi daha iyi açıklayacaktır: 1934 tarihli “Alman kanını ve Alman Onurunu Koruma Yasası”, Yahudiler ve Almanlar arasındaki evlilik dışı ilişkileri sıkı bir şekilde cezalandırdı. Bu

tarihine ilişkin, doğrudan ya da dolaylı bu yöndeki (normatif sorumluluk öğretisi gelişimi ve sübjektif hukuka aykırı unsurların gelişimi, ceza mahkumiyeti yasası için) öteki literatür önerileri için de yukarıda söz geçen çalışmalara yönlendiriyorum.

²⁵ Dn 1’deki alıntı ile krş.

insanlık dışı ve adaletsiz bir Yasaydı, ancak bu insanlık dışı ve adaletsizlik, yasanın geniş bir teleolojik yorumuna dayanarak uygulanmasından çok daha ciddi hale geldi, yasa Koyucunun amacı olarak "metodik" bir hukuk öğretisi olarak, suçun tanımlayıcı Unsurundan (evlilik dışı ilişkiler) daha fazla korunmuştur. Böylece de basit erotik faaliyetler de bu yasanın kapsamına girdi²⁶.

O zaman yasal pozitivizmin de, adaletsiz hukuka daha kesin ve kararlı bir direniş için bir temeli olur ki bu da çok önemlidir. Yasallık ile ahlak, hukukun geçerliliği ve adalet arasındaki ayırım, her hukukun üstünlüğünün bu uğursuz gizemini ahlaki bir göreve, bireysel vicdanı bir ulusun ve bir ırkın tarihsel kaderine içkin olan değerlere boyun eğmek zorunda olduğu sözde en derin "etiğin" zorunlu bir yönüne dönüştürmesini engelleyebilirdi. Doğru bir pozitivist tutum, yargıçların ve vatandaşların bireysel vicdanına bu mazereti vermezdi. Aksine, ahlaki olarak adaletsiz yasaya itaat sorununu yaşatmaya yardımcı olacak ve böylece otoriter sistemi, maalesef "sağlıklı halk ahlakı" efsanesi aracılığıyla elde edileceği etik onayın önemli bir kısmından mahrum bırakacaktı.

Burada, Hart²⁷ ve Bobbio²⁸ ve öğrencileri²⁹, en son hukuki deneye atıfta bulunarak, hukuk ve ahlak arasındaki doğru pozitivist ayrımın bir doktrin olarak önemini sundukları için İngiliz hukuk düşüncesini yeniden canlandırdıkları için övgüyü hak ediyorlar. Pozitif hukukun ahlaki kontrolüne olan talep azalmaz, aksine pekiştirilir.

²⁶ Bkz. Reichsgericht 9. Aralık 1936, (Strafsachen Band 70, s.375devamı için.); 9. Februar 1937 (Strafsachen, Band 71, S. 129 devamı için.); 2 Şubat 1939, Strafsachen, Band 73, S.94 devamı için.); 9 Kasım 1937 (Strafsachen Band 71, s. 4 devamı için) Nasyonal Sosyalist ceza hukuku normlarının analoji yoluyla kapsamlı bir şekilde uygulanması veya korunan hukuki menfaat veya normun amacına geri dönülmesi ve bunun teorik gerekçesinin yanı sıra, başvurunun üstesinden gelen yasallık ilkesi için, in positivo bilgilere bakınız, positivismo giuridico e scienza del diritto penale, s. 72 devamı için.

²⁷ „Positivism and Separation of Law and Moral", belirtilen yerde

²⁸ Bkz. Giusnaturalismo e positivismo giuridico, belirtilen yerde

²⁹ Krş.. Cattaneo, „Il positivismo giuridico e la separazione tra il diritto e la morale", belirtilen yerde; Gavazzi, „Le buone ragioni del positivismo giuridico", in Foto italiano, 1961, S. 14 devamı için.

Bunu tarihsel araştırmalarım için bir program olarak varsaymadan, hukuki pozitivizmin özüne katkıda bulunma noktasına gelmişim gibi görünüyor. Doğal hukuk doktrini ile yasal pozitivizm arasındaki herhangi bir soyut ve tarih dışı karşıtlıktan kendimi uzaklaştırmak ve savunmak istediğim bir çabaya işaret etmek için bunu bir "doğal hukuk" özü olarak nitelendirmek istiyorum: Bu soyut karşıtlığı rasyonel-gerçekçi bir hukuk düşüncesi ile aşma arzusu, belki de, görünüşte, somut doğal hukukun ve hukukun ontolojik gerekçesinin altında yatan endişeden çok uzak olmayan bir çabadır.

Hukuki pozitivizmin, doğal hukuk öğretisi ile hukuki pozitivizm tartışmasında gerekli dengenin yeniden tesisi için, yasal pozitivizmin teorik çerçevesinin büyük bir kısmının savunmasızlığına karşın, kaynağının bağlantılı olduğu fikirlerin vazgeçilmez olumlu işlevi için geçerli olan argümanları teraziye vuran özü, en azından tarihsel gerçekler hakkındaki tarafsız düşüncelerin sonucu değildir. Bunlar Alman ceza hukuku tarihiyle ilgili çalışmamda bulduğum ve bana, yasallık ilkesinden ve hukuk ile ahlak arasındaki ayırmadan sapmanın Alman hukuku için ne kadar feci olduğunu gösteren tarihsel gerçekliklerdir.

Şimdi bana Alman hukuk düşüncesine yönelik bu tarihsel araştırmalar, tamamen tesadüf değilmiş, çağdaş hukuk düşüncesinde bazı doğal hukuki eğilimlerin eleştirisi üzerine çalışmamdan edindiğim diğer sonuçlarla bağlantılıymış gibi geliyor. Çalışmamın bu noktasında, doğal hukuk ile pozitivizm arasındaki³⁰ soyut polemiklerin üstesinden gelmeye

³⁰ Arthur Kaufmann'ın yazıları hukuki pozitivizm ile doğal hukuk öğretisi arasındaki radikal seçeneğin yürürlükten kaldırılması için büyük öneme sahiptir, bunun için bkz. Arthur Kaufmann, *und Geschichtlichkeit*, Tübingen 1957, (Recht und Staat 197) *und Analogie und Natur der Sache*. Bu tipin öğretisi için bkz. Karlsruhe, 1965, hukuki öğrenci topluluğunun yazı dizisi 65/66). Ayrıca Werner Maihofer'in girişı için, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, doğal hukuk ve yasal pozitivizm hakkındaki mevcut tartışmada, "bizim için ne geleneksel doğal hukuk ve yasal pozitivizm duygusuna geri dönüş ne de önceki anlamda yasal pozitivizme geri dönüş olabilir, sadece doğal hukuk ve yasal pozitivizm yoluyla yeni bir hukuk temeli yolu". sağlıklı bir yasal pozitivizmin olumlu ve geri dönüşü olmayan yönlerinin diğer önemli ve dengeli savunmaları ve düz

olumsuzluğu için bkz. özellikle WELZEL "Naturrecht und Rechtspositivismus" in *Festschrift Niedemeyer*, Göttingen 1953, S. 279 devamı için. dermeyer, GöSchmidt, *Gesetz und Richter. Wert und Unruhe*, 1952 (*Schriftenreihe der Juristischen S Hinrichsen* „Zur ewigen Wiederkehr des Rechtspositivismus" in *Festschrift Mezger*, 1954, S. 1 devamı için.; Riezeer, "der totgesagte Positivismus" in „*Der Festschrift Schulz*, 1951, S. 330 devamı için.; Evers, „*Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus*", in *Juristenzeitung*, 1964, S 237, devamı için burada, Radbruch'un, pozitivizmi bir hukuk kültürü olarak kınadığı yukarıda belirtilen iki makalesinde, yasanın keyfi olarak uygulanmasına yol açabilecek yasal pozitivizmin tamamen reddedilmesini önlemeye çalıştığı akılda tutulmalıdır. Hep-sinden önce yasaya saygı geri gelmelidir, "Erneuerung des Rechts" *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* A. a. O., S.1). Radbruch, ceza hukuku ile yasallık ilkesi arasındaki bağın kopmasına neden olan öğretilerin, Radbruch'a göre yanlış bir şekilde "ilerleme" olarak kabul edilen öğretilerin uygulanması bağlamında yasal kesinliği ve hukukun üstünlüğünü yeniden tesis etme ihtiyacını görüyor. Burada Radbruch, ceza hukukunun "bireyselleşmesi" ve "psikolojikleştirilmesi" için, özellikle de "faillerin ceza hukuku" adı altında kalan her şeye ilişkin doktrinsel talimatlara atıfta bulunmaktadır. Hukuki fikirlerin (adalet, hukuki kesinlik, uygunluk) sıralamasında adaleti ilk sıraya koysa bile, Radbruch her zaman hukuki kesinlik ve adaletin keskin bir teorik karşılaştırmasından kaçınmaya çalışır. "Son on iki yılda yaşanan hukuki adaletsizlikle bağlantılı olarak, adalet talebini mümkün olan en az hukuki kesinlik kaybıyla gerçekleştirmeye çalışmalıyız" n" („*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*", in *Rechtsphilosophie*, belirtilen yerde, S. 335). Radbruch'un hukukun idesinin çatışmaları doktrininin gelişiminin son noktası, bildiğimiz gibi, adaletin bir yönü olarak hukuki güvenlik kavramıdır, krş. *Vorschule zur Rechtsphilosophie*, 2. Ausg., Göttingen, 1952. Bu bağlamda ve diktatörlüğün düşmesinden sonra Alman hukuk düşüncesinin ilk tepkisi göz önünde bulundurulduğunda, sağcı pozitivizmin bazı motiflerinin tek tip bir aşırı vurgulanması ve yozlaşmasıyla ilgili olduğu ölçüde anlaşılan Radbruch'un dikkatli olmamız gerektiği uyarısı her zaman konuyla ilgilidir. "Pozitivizmi temelden aşarak böylesi adaletsiz bir devletin geri dönüşüne karşı kendimizi silahlandırmak, bu da Nasyonal Sosyalist yasaların kötüye kullanılmasına karşı herhangi bir savunma yeteneğini geçersiz kılıyor (S.354-355). Bu metnin lafzına hafif şiddet uygulayabilirsek, Almanya'da yasal pozitivizm ile hukukun otoriter yozlaşması arasındaki ilişkinin daha objektif bir resmini elde ettikten sonra, Radbruch kelimelerinde ifade edilen yargıyı destekleyebiliriz. genel olarak hukuksal pozitivizme karşı değil, "Nasyonal Sosyalist yasanın kötüye kullanılmasına karşı tüm savunmaları kaldıran-

ve son hukuki deneyimin yorumuna dayanarak, hukuki pozitivizmin rakiplerine karşı her zaman kullandığı iyi argümanların uygun şekilde pekiştirilmesine kararlı olduğumu fark edersem sosyal ve kültürel gerçekliğe yönelik entelektüel bir tutum olarak yasal pozitivizmin benim için ne anlama geldiğini, çok hızlı ve gevşek olsa bile netleştirebilirim: Yani, hukuka uygunluğun değerine sınırsız güven duyanlara ve bu dünyadaki şeylere bakıldığında hukuka kesin bir önem verenlere karşı tam olarak çelişen bir tutumdur. Kanımca, hukuki pozitivizmin yeniden değerlendirilmesi, her türlü yasal sosyal gerçeklik anlayışının kararlı bir şekilde reddedilmesinden, bunun hukuki biçimle her özdeşleştirilmesinden, adıma emanet edilen faktörler altında hukuka emanet edilen görevin her aşırı tahmininden kaynaklanmaktadır. Bu anlamda, yasal pozitivizme geri dönmek, tam olarak amaç olmasa da, yasal ideolojinin uygun eleştirisi, hukukun demitologizasyonu veya eğer isterseniz, yasal kategorinin akılcı demistifikasyonu yoluyla rasyonel-gerçekçi bir gerekçeye ulaşma yolunda önemli bir bölüm anlamına gelir.

Aslında, yasal pozitivizmi doğal yasal savunmam, insan durumuna sağlıklı, olumlu bir "şüphencilik" ile bağlı kalmak isteyen bir tutumdan kaynaklanıyor: Bu şüphencilik, "sivil statü"nün biraz gerçekçi bir resmine karşılık geliyor ve bu da bizi deneyen hukuki ve politik ideolojilerin tam tersidir. Bu statü, medeniyetinin, "doğa durumunun" yapay bir düzeltilmesinden başka bir şey haline geldiğini ve tam olarak yasanın, insanlar ve sosyal olanlar gibi egoizmin daha yüksek güvenlikle gelişmesine izin veren büyük yapaylık (Leviathan) olduğunu unutmak. Aslında, benim doğal hukuksal pozitivizmin, insan durumunun sağlıklı bir pozitif Şüphencilikine bağlı kalmak isteyen bir düşünceden doğuyor: Bana öyle geliyor ki, bu şüphencilik, "sivil statü" nin biraz gerçekçi bir resmine karşılık geliyor ve hukuksal ve politik ideolojilerin tersine duruyor. Bu "status civitatis" in henüz "doğa durumunun" yapay bir düzeltilmesinden temelde

lara" yöneltiyoruz. Dolayısıyla, Radbruch'un kararını kendi başına yasal pozitivizme karşı yönlendirmek zorunda değiliz, bunun yerine, yasaya uymak için koşulsuz bir ahlaki yükümlülüğün yanlış varsayımı ve dolayısıyla hukuk ile ahlak arasındaki karışıklık tarafından belirlenen yasal pozitivizmin yozlaşmasına karşı yöneltmek zorundayız. Onu sağlıklı yasal pozitivizmden ayırmak için hukuksal pozitivizm adını verdik.

farklı bir şey haline gelmediğini ve kesinlikle hakkın egoizmin daha büyük bir güvencle gelişmesine izin veren büyük *artificium* (*Leviathan*) olduğunu unutturmaya çalışanlar, insanlar ve toplumsal gruplar, daha fazla hayatta kalma umuduyla birbirlerine (en azından kendi taraflarında iktidara sahip olanlar için bile) baskı yapmaya devam ediyor.

Bu aşılabilir bir karamsarlık mıdır? Değildir ve olmayacaktır. Ama bu insan gerçekliğinin üstesinden büyük kalem vuruşlarıyla ya da daha cömertçe gelmek için bu fikirden geliyor: Öncelikle bu tasarımda yeniden yansıyan gerçekliğin değiştirilmesi için gereklidir. Eğer bu olursa hukuki pozitivizmle ilgili her polemik varoluş meşruiyetini yitirir. Şimdilik bu bize, gözümüzü açık tutmak ve için toplumun sağlıklı olduğuna ikna olmamak konusunda önemlidir, çünkü toplum koltuk değneklerine dayanarak durur. Uygarlık, bu total yürüyüşü için yasaya bu koltuk değneklerinden başka bir şey sunamaz. Yasa, bireysel varoluş için asgari bir güvenliği ve güvenli ve tanımlanabilir bir izin verilen davranış sınırını garanti edebiliyorsa, bize yapabileceği her şeyi vermiş olacaktır. Tüm topluluk ideolojilerinin en son tarihsel deneyimleri ve şiddetin kendisini süslediği korkunç "Tanrısal şafağı", bu ilerlemenin olasılığından çok, daha iyi bir topluma doğru ilerleme umutlarını zorlayıcı hukuk aracına sığıştırmanın tehlikeli cazibesine karşı bizi uyarır. Çünkü böylesi gelişim imkanı, insanlığın kurtuluşu için kararlı bir siyasi mücadelede ve uyulması yasal yaptırımlarla sağlanamayacak olan ahlaki değerlerin koşulsuz korunmasında yatar.

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 bildirileri 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. Virgül, 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 yatık (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 yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: AKKANAT Halil/ÇEKİN Mesut Serdar/SARIKAYA Murat, *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği (Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku Çözümlü 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 Rechtsinhabers 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.)