



Ayşe Nuhoğlu (ed.)

Sanktionen gegen juristische Personen

**Tüzel Kişiler Hakkında
Uygulanan Yaptırımlar**





**Series of the
Max-Planck-Institute for Foreign and International
Criminal Law and Bahçeşehir University
Joint Research Group**

Edited by

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber and Prof. Dr. Feridun Yenisey

Volume T 2

**Max-Planck-Institute for Foreign and International
Criminal Law and Bahçeşehir University
Joint Research Group Yayınları**

Yayınlayanlar

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber ve Prof. Dr. Feridun Yenisey

Kitap No. T 2



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT





Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann
Onuruna, 21 Mayıs 2011 Tarihlerinde
İstanbul'da Düzenlenen
Uluslararası Kolokyumun Kitabı

Sanktionen gegen Juristische Personen

Internationales Kolloquium
zu Ehren von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann
Istanbul, 21 May 2011

Ayşe Nuhoğlu (ed.)



BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI





Ayşe Nuhoğlu (Ed.)
Sanktionen gegen juristische Personen
Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar

Yayımlayan:

Uğur Eğitim Pazarlama ve Yayıncılık A.Ş.
Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları

Genel Müdür:

Hande ALPAY

Dizgi:

Selma AYDIN TOTUŞ

Kapak Tasarım:

Faruk ÖZBEY

Yayınevi Adresi:

Uğur Eğitim Pazarlama ve Yayıncılık A.Ş.
EGS Business Park Blokları Yeşilköy Mah. Atatürk Cad.
No: 12 B2 Blok K:2 D:133-134 34149 Yeşilköy, Bakırköy / İstanbul
Tel: (0212) 660 58 41 Faks: (0212) 660 58 42
www.uguryayincilik.com.tr · info@uguryayincilik.com.tr
Ücretsiz Danışma Hattı: 0800 219 80 18

Bahçeşehir Üniversitesi

Çırağan Cad. Osmanpaşa Mektebi Sk. No: 4-6
Beşiktaş / İstanbul
www.bahcesehir.edu.tr · e-mail: info@bahcesehir.edu.tr

Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları No: 93

Basım Yeri:

PASİFİK Ofset Ltd. Şti. Cihangir Mah.
Baha İş Merkezi A Blok Haramidere / İstanbul
Tel: 0212 412 17 77 Sertifika No: 12077

Basım Tarihi:

1. Basım Kasım / 2013

ISBN Numarası: 978-605-5461-47-8

Bu kitabın her hakkı saklıdır ve Uğur Eğitim Pazarlama ve Yayıncılık A.Ş.'ye aittir.
Kısmen de olsa alıntı yapılamaz, çoğaltılamaz. Metin ve sorular aynen veya değiştirilerek yayımlanamaz.





Klaus Tiedemann

Onuruna

zu Ehren von
Klaus Tiedemann







Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann







İÇİNDEKİLER

INHALTSVERZEICHNIS

CONTENTS

Vorwort / Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber	11
Vorwort / Prof. Dr. Feridun Yenisey	15

PROF. DR. DR. H.C. MULT. KLAUS TIEDEMANN

Europäisierung des Strafrechts und Sanktionen gegen juristische Personen in der Europäischen Union	19
Avrupa Birliği Hukukunda Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar ve Ceza Hukukunun Avrupalılaştırılması (Tercüme: Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu)	31

PROF. DR. DR. H.C. MULT. LUÍS ARROYO ZAPATERO

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Personen in Spanien	41
İspanya'da Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu (Tercüme: Doç. Dr. Ali Kemal Yıldız)	49

PROF. DR. SILVIO RIONDATO

Sulla Responsabilita Penale Dell'Ente Pubblico Economico, O Non Economico, O Esercente Potere Pubblico, in Italia (decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231)	55
İtalya'da İktisadi veya İktisadi Olmayan veya Kamusal Güç Kullanan Kamu Kurumunun Cezai Sorumluluğu (8.6.2001, n. 231) (Tercüme: Doç. Dr. Vesile Sonay Evik)	67

DR. ATTILIO NISCO

Die Strafbarkeit juristischer Personen am Beispiel des italienischen Systems	77
İtalya Sistemi Örneğinde Tüzel Kişilerin Cezalandırılabilirliği (Tercüme: Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu)	97





PROF. DR. RAIMO LAHTI

Über die Regelung der strafrechtlichen Verantwortung, juristischer Personen in Finnland	115
Finlandiya Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu (Tercüme: Prof. Dr. Feridun Yenisey)	121

DR. JOHANNA RINCEANU, LL.M.

Societas delinquere potest: The Romanian perception of corporate criminal liability.....	125
Societas delinquere potest: Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğunda Romanya Perspektifi (Tercüme: Ar. Gör. G. Hande Ulutürk)	137

PROF. DR. JUAN-LUÍS GOMEZ CÓLOMER

Die grundlegenden Rechte einer in einem spanischen Strafverfahren angeklagten juristischen Person.....	149
İspanyol Ceza Muhakemesinde Sanık Tüzel Kişilerin Temel Hakları (Tercüme: Prof. Dr. Feridun Yenisey)	173

YRD. DOÇ. DR. ZEYNEL KANGAL

Verantwortlichkeit von Juristischen Personen aus der Sicht des türkischen Strafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts	193
Türk Ceza ve Kabahatler Hukuku Açısından Tüzel Kişilerin Sorumluluğu	201

DOÇ. DR. ALİ KEMAL YILDIZ

Vertretung von juristischen Personen im Strafverfahren nach türkischem Recht	209
Tüzel Kişilerin Ceza Muhakemesinde Temsili.....	217

PROF. DR. AYŞE NUHOĞLU

Zur Verantwortlichkeit juristischer Personen: ein Fazit (Deutsch)	223
Sonuç: Tüzel Kişilerin Sorumluluğu Hakkında	227





Vorwort

Die vorliegende Buchreihe wurde im Jahr 2011 gegründet, um die Zusammenarbeit zwischen der türkischen und der deutschen Strafrechtswissenschaft weiter zu verstärken. Der erste Band enthielt die Referate, die 2009 auf dem Kolloquium zu Ehren von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck gehalten worden waren. An der Veranstaltung hatten drei Istanbuler Universitäten mitgewirkt, um den großen Strafrechtsvergleichler und Brückenbauer zu ehren, der als Direktor des Freiburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht bereits in der Nachkriegszeit entscheidende Impulse für die Kooperation zwischen der türkischen und der deutschen Strafrechtswissenschaft gesetzt hatte.

Auch der zweite Band dieser Reihe enthält die Beiträge eines Kolloquiums zu Ehren eines bedeutenden Pioniers der türkisch-deutschen Zusammenarbeit: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann ist nicht nur der Begründer des modernen deutschen Wirtschaftsstrafrechts und einer der maßgeblichen Architekten des europäischen Strafrechts. Mit Vorträgen, Publikationen und engen Verbindungen zu zahlreichen türkischen Kollegen machte er sich schon früh um die Kooperation der türkischen und der deutschen Strafrechtswissenschaft verdient. Als Assistent an seinem Lehrstuhl konnte ich nicht nur seine wissenschaftliche Zusammenarbeit mit der Türkei unterstützen, sondern auch über viele Jahre miterleben, wie engagiert er sich zusammen mit seiner Frau Inge um die zahlreichen türkischen Gastwissenschaftler in Freiburg kümmerte. Sowohl in seinem Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht der Universität Freiburg als auch in dem gastlichen Haus der Familie Tiedemann in Staufen konnte ich viele Gespräche und Freundschaften mit türkischen Strafrechtswissenschaftlern pflegen. Es freut mich daher besonders, dass der zweite Band der vorliegenden Reihe meinem akademischen Lehrer gewidmet ist, dessen Verdienste um die türkisch-deutsche Zusammenarbeit Autoren und Herausgeber mit diesem Buch anerkennen möchten.

Das hier dokumentierte Seminar zu Ehren von Prof. Dr. Klaus Tiedemann fand am 21. Mai 2011 an der Bahçeşehir Universität Istanbul auf Einladung der Dekanin der Juristischen Fakultät, Prof. Dr. Ayse Nuhoglu, statt. Es betraf mit dem Wirtschaftsstrafrecht das wichtigste Forschungsgebiet von Prof. Tiedemann. Die dabei behandelten "Sanktionen gegen juristische Personen" gehören seit Jahren zu den meistdiskutierten Fragen des Wirtschaftsstrafrechts. Zunehmende Komplexität und neue Risiken der Wirtschaftskriminalität, zuletzt vor allem im Bereich des Finanzmarktes, werfen die Frage auf, wie diesen Entwicklungen durch ein modernes Sanktionsrecht für Unternehmen begegnet werden kann. Diese breit formulierte Fragestellung nach einem neuen Sanktionsrecht (und nicht nur nach einer Reform des Strafrechts) zeigt, dass der kriminalpolitische Blick heute nicht – wie noch zu Beginn der Diskussion über die Strafbarkeit von Personenverbänden – durch dogmatische Traditionen begrenzt werden kann. Die Anforderungen des klassischen Strafrechts an die Handlungsfähigkeit und die Schuld von natürlichen Personen dürfen daher nicht verhindern, das im Strafrecht oder neben ihm neue Sanktionen (auch gegen juristische Personen) geschaffen und die klassischen Kategorien der Strafrechtsdogmatik (auch unter dem Gesichtspunkt der kriminalpoliti-





schen Zweckmäßigkeit) weiterentwickelt werden. Der türkische Gesetzgeber hat seine Offenheit gegenüber neuen Lösungen bereits früh gezeigt, als er 2005 Sicherungsmaßnahmen und Geldbußen gegen juristische Personen einführte. Die Diskussion neuer Maßnahmen gegen Unternehmenskriminalität muss heute allerdings noch weiter gehen und insbesondere auch alternative Regulierungssysteme – wie private Complianceprogramme von Unternehmen – einbeziehen, die mit dem strafrechtlichen oder einem ähnlich konzipierten Ahndungssystem verknüpft werden können. Nicht zur Disposition gestellt werden dürfen dabei jedoch die grundrechtlichen und menschenrechtlichen Garantien, die für das klassische Strafrecht seit der Aufklärung entwickelt wurden und die – zumindest mit funktionalen Äquivalenten – auch auf die neuen Sanktionssysteme übertragen werden müssen.

Das Thema der hier dokumentierten Tagung betrifft damit neben zentralen Forschungsfragen meines akademischen Lehrers Prof. Dr. Tiedemann auch den Kernbereich des neuen Forschungsprogramms am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht sowie seiner gemeinsamen Arbeit mit der Bahçeşehir Universität und anderen türkischen Universitäten. Die Antworten auf diese Forschungsfragen sollten zukünftig zusammen mit weiteren Konzepten für die neuen Herausforderungen der globalen Informations- und Risikogesellschaft fortentwickelt werden. Das Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht sowie die vorliegende Buchreihe stehen dazu allen türkischen Kollegen offen. Ich freue mich deswegen auf die zukünftige türkisch-deutsche Strafrechtskooperation am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und in der Türkei!

Freiburg i.Br., November 2013

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber

Max-Planck-Institut für ausländisches





Ön Söz

Bu kitap dizisi Türk ve Alman ceza hukuku bilimi arasındaki işbirliğini daha da güçlendirmek üzere 2011 yılında oluşturulmuştur. İlk kitap, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck onuruna 2009 yılında düzenlenen Kolokyumda sunulan tebliğlerden oluşuyordu. İstanbuldaki üç Üniversite, >bu toplantıyı mukayeseli hukuk alanında önemli çalışmaları bulunan, köprüler kuran, Max Planck Enstitüsünün Müdürlüğünü de yapan ve daha henüz savaş sonrası dönemden bu yana Türk ve Alman ceza hukuku bilimi alanındaki işbirliğini kuvvetlendirmek için gayret göstermiş olan büyük Hocanın onuruna düzenlemişlerdi.

Bu dizinin ikinci kitabı da Türk-Alman işbirliğinin en önemli öncülerinden birisinin onuruna tertiplenen Kolokyuma sunulan tebliğlerden oluşmaktadır: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann sadece modern Alman ticari ceza hukukunun kurucusu ve Avrupa Ceza Hukukunu meydana çıkaran önemli mimarlardan biri değildir. Verdiği konferanslar, yaptığı yayınlar ve çok sayıda Türk hukukçu ile sağladığı yakın bağlantılarla, Türk ve Alman ceza hukuku bilimi arasındaki işbirliğinin öncülüğünü yapmıştır. Kürsüsündeki bir asistan olarak, ben de hem Türkiye ile yaptığı bilimsel işbirliğine destek vermiş ve Freiburg'a gelen Türk konuk bilim insanları ile eşi Inge hanım ile birlikte ne kadar yakından ilgilendiklerine, uzun yıllar boyunca tanık olmuştum. Gerek Hoca'nın Freiburg Üniversitesindeki Ticari Suçlar Enstitüsünde, gerekse Tiedemann ailesinin Staufen'deki evinde ağırladığı Türk Ceza Hukuku bilim insanları ile birçok kez görüşmek ve dostluklar kurmak olanağına sahip oldum. Bu nedenlerle, Türk - Alman işbirliğine yaptığı katkı, bu kitaptaki makalelerin yazarları ve yayınlayanlar tarafından takdir edilerek, yayım dizimizin ikinci kitabının hocama ithaf edilmiş olmasından dolayı, büyük memnuniyet duymaktayım.

Burada belgelenen Prof. Dr. Klaus Tiedemann onuruna düzenlenen Seminer, Dekan Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu'nun daveti üzerine, 21 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'daki Bahçeşehir Üniversitesinde gerçekleştirildi. Toplantının konusu olan Ticari Ceza Hukuku, Profesör Tiedemann'ın bilimsel araştırmalarının ağırlık noktasını oluşturmuştur. Ele alınan "Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar" hususu, Ticari Ceza Hukukunun yıllardan beri en çok tartışılan konularındandır. Ticari Ceza Hukukunun giderek daha karmaşık bir hale gelmesi ve nihayet en son mali piyasalarda yeni risklerin ortaya çıkması, bu gelişmelere karşısında ticari işletmeler hakkındaki modern yaptırımlar sisteminin nasıl oluşturulması gerektiği problemini doğurmuştur. Ortaya konulan bu yeni bir yaptırımlar hukuku oluşturulması sorunu (yani sadece mevcut ceza hukukunda reform yapılması ile yetinilmemesi) göstermektedir ki, suç politikasının konuya bakışı, -kişi birliklerinin cezalandırılabilirliği konusundaki tartışmaların başladığı dönemdeki aksine-artık ceza hukukunun alışılmış, klasik dogmatik sınırları ile bağlı kalmamaktadır. Klasik ceza hukukunun gerçek kişilerin fiil ehliyeti ve kusur hakkında kabul ettiği koşullar, (tüzel kişiler hakkında da) ceza yaptırımları veya ceza yaptırımları yanında başka yaptırımlar yaratılmasına ve (suç siyasetindeki maksada uygunluk ilkesi de gözetilerek) ceza hukuku biliminin klasik ilkelerinin geliştirilmesine engel teşkil etmemelidir. Türk kanun koyucusu 2005 yılında tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri ve idari para yaptırımları uygulanmasını kabul ederek, yeni çözümlere açık olduğunu ilk aşamalarda ortaya koy-





muş bulunmaktadır. Ticari işletmeler tarafından işlenen suçlar hakkındaki yeni yaptırımlar uygulanması konusundaki tartışmalar günümüzde daha da ileriye götürülmeli ve özellikle -ticari işletmelerdeki kurallara uyumlu davranma özel yükümü gibi- seçenek düzenlemeler gibi, cezai veya ceza benzeri müeyyidelerle bağlantılabilen yaptırım sistemlerini kapsar hale getirilmelidir. Ancak, bu yapılırken temel haklar ve insan hakları açısından aydınlanma çağından bu yana gelişmiş bulunan, klasik ceza hukukunun kabul ettiği garantilerden fedakarlık edilmemeli ve bunlar- veya en azından eşdeğerli görev üstlenebilen benzerleri- yeni yaptırımlar sistemi açısından da uygulanmalıdır.

Görüldüğü gibi, bu toplantının konusu, Hocam Prof. Dr. Tiedemann'ın temel bilimsel araştırma konularını kapsadığı gibi, Freiburg'daki Max-Planck Yabancı Hukuklar ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsünün yeni bilimsel araştırma programının ağırlık noktası ile Enstitünün Bahçeşehir Üniversitesi ve diğer Türk Üniversiteleri ile birlikte yürüttüğü çalışmaların konusunu oluşturmaktadır. Bu bilimsel araştırmalar neticesinde bulunacak cevaplarla, global bilgi toplumu ve risk toplumunun yeni sorunlarına yeni bakış açıları yaratılacaktır. Freiburg'daki Max-Planck Enstitüsü ve bu kitap dizisi, bütün Türk meslekdaşlarımıza açıktır. Bu nedenle, Max-Planck Enstitüsü'nün Türk-Alman Ceza Hukuku İşbirliği açısından ileride gerçekleştireceği çalışmalar için şimdiden büyük mutuluk duymaktayım. Freiburg i.Br., Kasım 2013

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht





Vorwort

Prof. Dr. Feridun Yenisey

Die Sanktionen, gegen eine juristische Person, die eine Straftat begangen hat, waren im türkischen Recht lange umstritten. Während der Dönmezer-Entwurf, wie einige Staaten in Europa, ein System vorsah, das für juristische Personen eine echte Strafe für die Straftat enthält, wurde in dem endgültigen Text, der dann Gesetz wurde, davon ausgegangen, dass juristische Personen strafrechtlich nicht verantwortlich sind, und das neue Türkische Strafgesetzbuch machte sich das Prinzip der Sanktion durch Sicherungsmaßnahmen zu eigen. Dass diese Lösung nicht alle Probleme beseitigt hat, zeigt sich in Vorschriften wie Art. 43 A OWiG (hinzugefügt 2009) und Art. 43 B OWiG (hinzugefügt 2012), dem neuen Scheckgesetz (Nr. 5941 von 2009, Art. 7/10) oder Art. 15 des abgeschafften Gesetzes 3167 von 1985 sowie Vorschriften, die für Banken, die ihre gesetzlichen Verpflichtungen nicht erfüllen, strafrechtliche Geldstrafen vorsehen. Auch das Gesetz zum Schutz des Werts des türkischen Geldes sah vor seiner Änderung durch das Gesetz Nr. 5827 von 2008 vor, dass natürliche und juristische Personen, die Beschlüssen des Ministerrats zuwiderhandelten, mit schwerer Geldstrafe zu bestrafen waren (Art. 3). Wie sich erkennen lässt, war es notwendig, die Frage der Verantwortlichkeit juristischer Personen rechtsvergleichend zu diskutieren.

Die Dekanin der Juristischen Fakultät der Bahçeşehir Universität, Frau Prof. Dr. *Ayşe Nuhoğlu*, hat Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen, die bei einer Einladung von Prof. Dr. *Klaus Tiedemann* im Januar 2011 in Freiburg anwesend waren, nach Istanbul eingeladen, um die Entwicklungen bei der Frage der Verantwortlichkeit juristischer Personen im EU-Recht den türkischen Juristen vorzustellen. Der erste Schritt, der an jenem Abend in Freiburg im Restaurant “Dattler” getan wurde, endete mit einem Symposium zu Ehren von Professor *Tiedemann* am 21. Mai 2011 in Istanbul.

Die bei dem Kolloquium gehaltenen Vorträge erscheinen als Band 2 (T2) der *Reihe der Max-Planck-Institute for Foreign and International Criminal Law and Bahçeşehir University Joint Research Group*, und *Ulrich Sieber*, der der Aufnahme dieses Bands in diese gemeinsame Reihe zugestimmt hat, sowie *Ayşe Nuhoğlu*, der Herausgeberin von T2, gilt unser aller großer Dank.

Klaus Tiedemann sprach zu “Europäisierung des Strafrechts und Sanktionen gegen juristische Personen in der Europäischen Union”.

Luis Arroyo Zapatero behandelte die strafrechtliche Verantwortung der juristischen Person in Spanien. *Silvio Riondato* setzte sich mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Körperschaften sowie Körperschaften, die öffentliche Gewalt ausüben, in Italien auseinander. *Attilio Nisco* behandelte die Strafbarkeit der juristischen Person am Beispiel des italienischen





Vorwort

System mit rechtsvergleichenden Bezügen zu Ländern wie Frankreich, England und Deutschland. *Raimo Lahti* untersuchte die Strafbarkeit der juristischen Person in Finnland, *Johanna Rinceanu* in Rumänien und *Juan-Luis Gomez-Colomer* in Spanien.

Zeynel Kangal stellte die Entwicklung der Verantwortlichkeit der juristischen Person im türkischen Recht und das heute geltende Recht dar. *Ali Kemal Yıldız* sprach über die Vertretung der juristischen Person im Strafverfahren.

Zum Ende des Symposiums würdigte *Ayşe Nuhoğlu* die oben aufgeführten Fragen und zog einige Schlussfolgerungen für die Türkei. Befasste sich mit der Vertretung der juristischen Person im Strafprozess (Art. 246 CMK).

Klaus Tiedemann ist einer der großen Geister bei den Entwicklungen des europäischen Rechts. Es ist eine Ehre für die juristische Fakultät der Bahçeşehir-Universität, zu seinen Ehren ein Buch auf türkisch herauszubringen. Seiner Frau *Inge*, die die in Freiburg wissenschaftlich arbeitenden türkischen und anderen ausländischen Strafrechtler von Herzen unterstützt, und unserem verehrten Lehrer *Klaus Tiedemann*, der für die türkische Strafrechtswissenschaft wichtige Beiträge geleistet hat, wünschen wir weiterhin Glück.





Sunuş

Prof. Dr. Feridun Yenisey

Suç işleyen tüzel kişiler hakkında uygulanacak yaptırımlar, Türk Hukukunda uzun süre tartışılmıştır. Dönmezer Tasarısı, Avrupa'da bazı Devletlerin benimsediği gibi, tüzel kişiler hakkında gerçek suç karşılığı bir ceza sistemi öngörmüş iken, kanunlaşan nihai metinde, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olmadığı kabul edilmiş ve yeni Türk Ceza Kanunu, güvenlik tedbiri sorumluluğu esasını benimsemiştir. Bu çözümün bütün sorunları halletmediği, Kabahatler Kanununa 2009 yılında eklenen 43A ve 2012 yılında eklenen 43B maddelerden, Yeni Çek Kanunu (2009-5941 m. 7/10), yürürlükten kaldırılan 3167 sayılı Kanun (m. 15) gibi, yasal yükümlülüklere uymayan banka hakkında adli para cezasına hükmolunmasını öngören hükümlerden anlaşılmaktadır. Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu da, 2008-5827 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, Bakanlar Kurulu tarafınan alınan kararlara aykırı hareket eden gerçek ve tüzel kişilerin ağır para cezası ile cezalandırılmasını öngörmüştü (m. 3). Görüldüğü gibi, tüzel kişilerin sorumluluğu meselesinin, mukayeseli hukuk açısından tartışılması gerekli idi.

Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu, Freiburg'da, Prof. Dr. Klaus Tiedemann tarafından verilen davete katılan bilim insanlarını, Avrupa Birliği Hukukunda tüzel kişilerin sorumluluğu konusundaki gelişmeleri Türk Hukukçularına anlatmak üzere, İstanbul'a davet etmişti. O akşam Dadler'de atılan adım, Prof. Tiedemann onuruna İstanbul'da 21 Mayıs 2011 günü bir Sempozyum düzenlenmesi ile sonuçlandı.

Sempozyuma sunulan tebliğleri, *Max-Planck-Institute for Foreign and International Criminal Law and Bahçeşehir University Joint Research Group*'un yayınladığı serinin ikinci kitabı olarak (T2), kabul eden *Ulrich Sieber*'e ve T2 bandının editörü *Ayşe Nuhoğlu*'na teşekkürlerimiz sonsuzdur.

Klaus Tiedemann, Avrupa Birliği Hukukunda Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar ve Ceza Hukukunun Avrupalılaştırılması konusunu takdim etmektedir.

Luis Arroyo Zapatero, İspanya'da Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu konusunu işlemiştir. İtalya'da İktisadi veya İktisadi Olmayan veya Kamusal Güç Kullanan Kamu Kurumunun Cezai Sorumluluğu, *Silvio Riondato* tarafından, İtalyan Sistemi Örneğinde Tüzel Kişilerin Cezalandırılabilirliği ise, Fransa, İngiltere ve Almanya gibi ülkelerle karşılaştırmalı olarak, *Attilo Nisco* tarafından ele alınmıştır. Finlandiya Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu *Raimo Lahti*, Romanya, *Johanna Rinceanu*, İspanya *Joan-Luis Gomez Colomer* tarafından incelenmiştir.

Ali Kemal Yıldız kişilerin ceza muhakemesinde temsil edilmesini ele almıştır.

Zeynel Kangal, Türk Hukukunda tüzel kişilerin hukuki sorumluluğunun nasıl geliştiğini ve halen uygulanan hukuku anlatmaktadır.

Yukarıda sıraladığımız hususların, *Ayşe Nuhoğlu* tarafından değerlendirilmesi ve Türkiye için bazı sonuçların çıkarılması ile, Sempozyum Kitabı sonlanmaktadır.





Sunuş

Klaus Tiedemann Avrupa Hukukunu şekillendiren büyük dehalardan biridir. Kendisi onuruna Türkçe bir kitap yayınlamak, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi için bir şereftir. Freiburg'ta bilimsel çalışma yapan Türk Ceza Hukukçularına candan destek veren eşi *Inge*'ye ve Türk Ceza Hukuku bilimine önemli katkılarda bulunan değerli Hocamız *Klaus Tiedemann*'a mutluluklar diliyoruz.





Europäisierung des Strafrechts und Sanktionen gegen juristische Personen in der Europäischen Union

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann

I.

Supranationales Strafrecht gibt es bisher in der Europäischen Union (EU) nicht. Allerdings existiert auf wichtigen Teilgebieten (Agrar- und Verkehrspolitik, Wettbewerbs- und Umweltschutz) ein Verwaltungsstrafrecht, dessen Sanktionen von der Europäischen Kommission verhängt und vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg angefochten werden können. Der am 1. Dezember 2009 in Kraft getretene Reformvertrag von Lissabon sieht zusätzlich eine Kompetenz der EU vor, den Schutz ihrer Finanzinteressen durch eine strafrechtliche Verordnung zu sichern, mit deren Erlass partielles supranationales Strafrecht entstehen würde; die Auslegung der einschlägigen Kompetenznorm (Art. 325 Abs. 4 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV) ist freilich nicht unstrittig und wird von einigen Autoren auf den Erlass von Richtlinien beschränkt, durch welche die nationalen Gesetzgeber zu einer Harmonisierung der nationalen Straftatbestände angewiesen werden können.

Diese Anweisungskompetenz der EU war lange Zeit umstritten, da die Mitgliedstaaten dem europäischen Staatenverbund keine strafrechtlichen Hoheitsrechte - mit Ausnahme der Bussgeldsanktionen im Bereich von Kohle und Stahl (bis 2002) und des Wettbewerbsschutzes - übertragen hatten, der EU also jedenfalls keine Kriminalstrafgewalt zustand. Die Praxis dehnte zunächst die Verwaltungssanktionen auf weitere Gebiete aus und stützte sich dafür auf die Lehre vom *effet utile*, welche die Verwaltungssanktion als stillschweigenden Annex der jeweiligen Regelungsmaterie, nämlich als wichtiges Mittel zu ihrer Durchsetzung, ansieht. Ein bahnbrechendes Urteil des EuGH bejahte im Jahre 2005 eine solche Annexkompetenz am Beispiel des Umweltrechts auch für das Strafrecht und damit eine Kompetenz der Kommission zur Harmonisierung der nationalen Umweltstrafrechtsordnungen durch Richtlinien. Gegenüber den Bedenken eines gewichtigen Teiles der deutschen Strafrechtslehre verdient Hervorhebung, dass der EuGH - anders als die deutsche Verfassungslehre - Kompetenznormen keineswegs eng oder in Bindung an den Wortlaut auslegt und dass die Ermächtigungsgrundlagen im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft rechtsgebietsunabhängig konzipiert waren. Der Vertrag von Lissabon erkennt nunmehr klarstellend eine strafrechtliche Annex-Kompetenz der EU für alle Gebiete an, die außerstrafrechtlich harmonisiert sind (oder werden), also vor allem Agrarwirtschaft und Fischerei, Arbeits- und





Europäisierung des Strafrechts

Umweltschutz, Wettbewerbs- und Verbraucherschutz sowie Verkehrsmärkte. Daneben ermächtigt der Vertrag von Lissabon zum Erlass von Richtlinien, die strafrechtliche Mindestvorschriften für Bereiche besonders schwerer “moderner” Kriminalität festlegen: Terrorismus, Menschenhandel sowie sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogen- und Waffenhandel, Korruption, Geldwäsche, Fälschung von Zahlungsmitteln, Cybercrime und Organisierte Kriminalität. Hier geht es ersichtlich um Materien, die das Strafrecht selbst regelt, also nicht (nur) an außerstrafrechtliche Regelungen anknüpft. Zahlreiche dieser strafrechtlichen Verbotsmaterien sind bereits durch Richtlinien der EU harmonisiert. Dabei konnte sich die EU etwa in den Bereichen Geldwäsche und Korruption, Computerkriminalität und (Marken-) Schutz gegen Produktpiraterie auch auf internationale Abkommen der UNO, des Europarates, der OECD und anderer Institutionen stützen.

II.

Zum Motor der “Europäisierung” des nationalen Strafrechts durch die Brüsseler Aktivitäten wurde von Anfang an das für die EU lebenswichtige Interesse an einem Strafschutz ihrer Haushaltsmittel gegen Betrug (zum Beispiel bei EU-rechtlichen Ausschreibungen oder als Erschleichung von EU- Subventionen), Steuer- und Abgabenhinterziehung (zum Beispiel von Umsatzsteuer und Agrarzöllen), Unterschlagung und Veruntreuung, Amtsmissbrauch und Geheimnisverletzung, Geldwäsche und Hehlerei, jeweils mit Bezug auf EU-Vermögen.

Alle diese Erscheinungsformen fallen nach dem weiten Sprachgebrauch der EU als “Betrügerei” (französ. und span. “fraude”, engl. “fraud”, italien. “frode”) in die EU-Kompetenz nach Art. 325 AEUV (vgl. oben I.). Bereits lange vor Inkrafttreten dieser Rechtsnorm hatten der EuGH durch das sog. Mais-Urteil von 1989 und die Kommission durch einen Richtlinienvorschlag 2001/2002 sowie vor allem durch das von ihr initiierte völkerrechtliche “Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften” vom 26.7.1995 (sog. PIF- Übereinkommen: Protection des Interets Financiers) eine Harmonisierung und Ergänzung der nationalen Straftatbestände eingeleitet, beginnend mit der gesetzlichen Gleichstellung (“Assimilation”) der EU- mit nationalen Finanzinteressen insbesondere im Steuer- und Subventionsstrafrecht und bis hin zu einer Strafschärfung der “schweren Betrügerei” ab einem Schaden von 50.000 Euro (Art. 2 Abs. 1 PIF-Übereinkommen). Zahlreiche Mitgliedstaaten - so auch Deutschland (vgl. jetzt § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB) - mussten einen zusätzlichen Strafschutz für Fälle der Verwendung von EU-Subventionen “zu anderen Zwecken als denen, für die sie ursprünglich gewährt worden sind”, einführen (Art. 1 Abs. 1 a) dritter Spiegelstrich PIF-Übereinkommen). Neben dieser “Zweckentfremdung” sieht Art. 3 des Übereinkommens auch eine “strafrechtliche Verantwortung der Unternehmensleiter” sowie der Entscheidungsträger und der Träger von Kontrollbefugnissen in





Klaus Tiedemann

Unternehmen für betrügerische Handlungen einer “ihnen unterstellten Person zum Vorteil des Unternehmens” vor. Diese strafrechtliche Verantwortung der Leitungspersonen für Betrügereien nachgeordneter Personen zum Nachteil der EU wird in Deutschland, den Niederlanden und Skandinavien durch die Anerkennung einer entsprechenden Garantenstellung der genannten Personen sichergestellt, während in Frankreich und England die gewohnheitsrechtlichen Rechtsfiguren der *responsabilite du fait d'autrui* und der *vicarious liability* im wesentlichen nur bei ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen eingreifen. Ähnlich ist die Rechtslage in Österreich, Italien und Spanien; dort ist eine Strafbarkeit der Leitungspersonen für Straftaten Untergebener wie in der Türkei nur für bestimmte, hier weniger einschlägige Fälle vorgesehen.

III.

Das PIF-Übereinkommen ist nach einer über siebenjährigen Ratifikationsphase am 17. Oktober 2002 in Kraft getreten. Sein erst am 19. Mai 2009 in Kraft getretenes Zweites Zusatzprotokoll vom 19. Juni 1997 (Amtsblatt EG 1997 Nr. C 221 S. 11 ff) verpflichtet die Mitgliedstaaten, auch

Sanktionen gegen juristische Personen für Straftaten ihrer Organe und der vorgenannten Personen (oben II.) vorzusehen. Diese Verpflichtung ist inzwischen in zahlreichen Rechtsakten der EU wiederholt worden, wobei ebenso wie in der Empfehlung des Europarats Nr. R (88) 18 vom 20. August 1988 ausdrücklich hervorgehoben wird, dass die Mitgliedstaaten die Wahl zwischen einer echten (Kriminal) Strafbarkeit und einer quasi-strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach dem Vorbild der deutschen und italienischen Systeme des Verwaltungsstrafrechts (“Ordnungswidrigkeitenrechts”) oder “Sanktionen anderer Art” haben. Jedoch müssen die Sanktionen gegen juristische Personen “wirksam, angemessen und abschreckend” sein (Art. 4 Abs. 1 Zweites Protokoll).

Der politische Druck seitens der Kommission geht deutlich in die Richtung einer echten Verbandsstrafbarkeit im Sinne der schon traditionsreichen Lösungen in England (19. Jahrhundert) und den Niederlanden (seit 1951). Mit Ausnahme von Deutschland, Griechenland und Italien sind alle alten und neuen Mitgliedstaaten diesem europaweiten Trend gefolgt, nämlich insbesondere die nordischen und osteuropäischen Staaten, aber auch Belgien (1999), Frankreich (1994), Österreich (2006), Portugal (2007) und neuestens Spanien (2010). Außerhalb der EU haben Norwegen 1991 und die Schweiz seit 2003 denselben Weg beschritten. Deutschland, Griechenland und Italien haben dagegen ihr einschlägiges Verwaltungsstrafrecht beibehalten und den Forderungen der EU angepasst. Auch die Türkei beschränkt sich für diesen Bereich bekanntlich auf ein Ordnungswidrigkeitengesetz (Türk Kabahatler Kanunu).





Europäisierung des Strafrechts

1. Die meisten Staaten regeln die Frage der Strafbarkeit von juristischen Personen wegen ihrer Bedeutung für das strafrechtliche Geltungs-, Zurechnungs- und Sanktionensystem im Strafgesetzbuch (so zum Beispiel Frankreich, Spanien, Schweden und die Schweiz). Wo wirtschaftsstrafrechtliche Kodifikationen existieren, erfolgt die Regelung manchmal auch dort (Niederlande: “Wet op de Economische Delicten” von 1951, seit 1976 aber § 51 “Wetboek van Strafrecht”; ebenso Portugal: Übernahme in den Código Penal 2007, Art. 11 Abs. 2).

2. Bei der Wahl der Terminologie ist eine sprachliche Differenzierung aus Gründen der Generalprävention und der dogmatischen Klarheit empfehlenswert. Die deutsche Sprache unterscheidet zwischen Geldstrafen (im Strafrecht) und Geldbussen (im Ordnungswidrigkeitenrecht und für die Sanktionen gegen Verbände). Ebenso spricht das österreichische Verbandsverantwortlichkeitsgesetz von Geldbussen; die “Verbandsgeldbusse” wird aber durch ein Strafgericht in einem Strafverfahren verhängt und in das Strafregister eingetragen, ist also wohl eine echte Strafe (Schick). Im Englischen und Französischen gibt es nur die Ausdrücke “fine” und “amende”, so dass bei Verwendung im Verwaltungsstrafrecht der Zusatz “administrative” erforderlich ist. Der Verzicht auf einen solchen Zusatz nötigt bei Verwendung dieser Sprachen zu auf den ersten Blick verwirrenden Erklärungen wie in der Verordnung des Rates zur Durchführung der Wettbewerbsregeln der Art. 101 und 102 des AEUV (Kartellverfahrensordnung [EG] Nr. 1/2003 Art. 23 Abs. 5), nach der die fines bzw. amendes “keinen strafrechtlichen Charakter” haben: Sie sind Geldbussen wie im deutschen Kartellrecht und unterfallen dem Strafbegriff der Europäischen Menschenrechtskonvention, sind also Strafen im weiteren Sinne.

Da die gegen den Verband gerichtete (echte) (Geld-) Strafe einen anderen Schuldvorwurf als gegen Menschen verhängte Strafen beinhaltet (vgl. sogleich 3.), ist eine entsprechende terminologische Kennzeichnung als “Verbands(geld)strafe” oder als “Verbands(geld)busse” zweckmässig. So spricht etwa das schwedische Kriminalgesetzbuch (Brottsbalken) von einer “Unternehmensgeldbusse” (so die Übersetzung von Cornils/Jareborg für företagsbot, Kap. 36 § 7), die aber wiederum echte Strafe ist (Cornils/Jareborg; vgl. Kap. 25 § 1 Brottsbalken: böter).

3. Für die kriminalpolitische Legitimation und dogmatische Konstruktion sowohl der verwaltungs- als auch der kriminalstrafrechtlichen Verantwortung ist davon auszugehen, dass juristische Personen und andere Verbände keine juristischen Fiktionen, sondern reale Erscheinungen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens sind und häufig über grosse Macht verfügen. Sie können wettbewerbsbeschränkende Verträge schliessen, Agrarzölle der EU bei dem Import von Waren hinterziehen, EU- Subventionen für den Warenexport auf den Weltmarkt erschleichen, durch den Vertrieb gefährlicher Arzneimittel oder Gebrauchsgegenstände Körperschäden verursachen usw. Der deutsche Bundesgerichtshof hat in mehreren Strafurteilen den Betrieb einer Bergbahn mit mangelhafter Sicherheitsausrüstung oder den Vertrieb eines gesundheitsgefährdenden Ledersprays oder die Entsorgung von Abfall als





Klaus Tiedemann

Handlung der Unternehmen bezeichnet, die den Organen und gesetzlichen Vertretern zuzurechnen sei. Dies unterstreicht zugleich das kriminologisch und organisationspsychologisch belegte Erfordernis, neben dem Verband auch die handelnden natürlichen Personen zu bestrafen.

a) Auf dieser Grundlage sind keine Bedenken gegenüber der Anerkennung der strafrechtlichen Handlungsfähigkeit von juristischen Personen und anderen Verbänden anzumelden. Das Postulat, nur eine menschliche Handlung sei im strafrechtlichen Sinne tatbestandsmässig, da nur sie eine "Persönlichkeitsäußerung" (Roxin) und vom Willen beherrscht (T. Walter) sei, ist schon in sich wenig tragfähig, wenn mit Jescheck bereits die begriffliche Zusammenfassung von Handlung und Unterlassung eine normative Wertung erfordert. Jescheck lehnte freilich die Handlungs(- und Schuld-)Fähigkeit von Verbänden selbst im Ordnungswidrigkeitenrecht ab, denn nur der Mensch habe Kraft seiner "Sonderstellung... in der Natur" die kategoriale "Fähigkeit, Kausalabläufe zusteuern", und Verbände seien "nur durch ihre Organe handlungsfähig". Dem rechtsphilosophischen Bekenntnis dürfte freilich die normative Wertung entgegenzusetzen sein, auf deren Verständnis in den Niederlanden Jescheck sich berief. Sie lässt es ohne Verletzung verfassungsrechtlicher Vorgaben zu, die Organhandlung - wie auch nach heutiger niederländischer Auffassung - als solche des Verbandes anzusehen. Die Sonderstellung der Handlung im Strafrecht ist der hegelianischen und weiteren Handlungslehren des 19. Jahrhunderts zu verdanken und heute nicht verbindlich. Herrschende Meinung und Rechtsprechung in Deutschland gehen jedenfalls für das Ordnungswidrigkeitenrecht von der im Zivilrecht und öffentlichen Recht geradezu klassischen Auffassung aus, dass juristische Personen und vergleichbare Personenverbände durch ihre Organe und gesetzlichen Vertreter handeln können und ihnen deren Verhalten normativ als eigenes zugerechnet wird. Da eine eigene Straftat des Verbandes neben der Tat der handelnden natürlichen Person vorliegt, wird das Personalitätsprinzip, wie es insbesondere in den italienischen und türkischen Verfassungen, aber als Rechtsgrundsatz der "personnalité des peines" auch im französischen Code penal sowie im Türk Ceza Kanunu festgeschrieben ist, nicht verletzt; der Verband wird wegen seiner Tat und nicht "wegen der Tat eines anderen zur Verantwortung gezogen", wie Art. 38 Abs. 7 der türkischen Verfassung von 1982 in Übereinstimmung mit Art. 27 Abs. 1 der italienischen Verfassung formuliert. In den romanischen Strafrechtsordnungen wendet sich das Personalitätsprinzip gegen die historische Sippenhaftung, wie sie in totalitären Staaten des 20. Jahrhunderts wieder auflebte, und beschränkt die Geltung des Strafrechts auf Täter und Teilnehmer; mit der Beschränkung des Strafrechts auf Individuen ("societas delinquere non potest") hat das Prinzip nichts zu tun. Prozessual gesprochen liegt auch kein Verstoss gegen das (in Deutschland ebenfalls verfassungskräftige) Verbot des ne bis in idem (Art. 103 Abs. 3 GG) vor; wohl aber ist bei Strafzumessung gegenüber dem Organ oder Vertreter zu berücksichtigen, inwieweit diese natürliche Person durch die Verbandssanktionierung eine wirtschaftliche Einbusse erleidet.





Europäisierung des Strafrechts

Der Kreis der Organe und gesetzlichen Vertreter als taugliche Täter einer “Anknüpfungstat” wird in Anlehnung an das neuere Gesellschaftsrecht und im Sinne des PIF-Übereinkommens häufig auf weitere Entscheidungsträger “in leitender Stellung” (Zweites Zusatzprotokoll), aber auch auf faktische Organe (vgl. § 9 Abs. 3 OWiG) und rechtsgeschäftliche “Vertreter” (Übereinkommen des Europarats über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht vom 4. November 1998, Art. 9) sowie auf Inhaber von Kontrollbefugnissen ausgedehnt (vgl. für das deutsche Recht § 30 in Verbindung mit § 130 OWiG). Die eher pragmatisch konzipierten anglo-amerikanischen und nordischen Verbandstrafmodelle lassen ebenso wie das niederländische Strafrecht und die Praxis der EU im Wettbewerbsrecht (seit dem Pioneer Electronic-Urteil des EuGH vom 7. Juni 1983) als “Anknüpfungstat” für die Bestrafung des Unternehmens Straftaten jedes befugtermassen für das Unternehmen Handelnden genügen. Der praktische Unterschied zu dem “klassischen” Organ - und Vertreter- Modell ist nicht gros, da die Kontrollpflichten in diesem Modell eine vertikale Verantwortungskette bis hin zu dem unmittelbar Handelnden begründen können. In beiden Modellen werden auch die zugunsten des Unternehmens begangenen Straftaten von beauftragten Aussenstehenden (zum Beispiel Rechtsanwältinnen) sowie Straftaten von Tochterunternehmen und deren Leitungspersonen erfasst. In letzterer Hinsicht geht die Spruchpraxis der EU für Straftaten im Konzern unter bestimmten Voraussetzungen von einer “wirtschaftlichen Einheit der Unternehmen” aus.

Soweit für die Zurechnung der Anknüpfungstaten gegenüber dem Verband auf die Verletzung von Kontrollpflichten abgestellt wird, ist es allerdings für eine effektive Ahndung erforderlich, dass für den Kausalzusammenhang zwischen Kontrollpflichtverletzung und (Anknüpfungs-) Straftat die Geltung des prozessualen Grundsatzes “in dubio pro reo” teilweise eingeschränkt wird. In diesem Sinne lässt es das deutsche Ordnungswidrigkeitengesetz seit 1994 ausreichen, dass die Verletzung der Aufsichtspflicht zu einer wesentlichen Erhöhung der Gefahr einer Straftat geführt, also der Aufsichtspflichtige keine Massnahmen ergriffen hat, durch die die Straftat “verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre” (§ 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG; so genannte Risikoerhöhungslehre).

b) Als problematisch wurde und wird in Kontinentaleuropa vor allem die Schuldfähigkeit von Verbänden empfunden, da eine “sozialethische Missbilligung” als Schuldvorwurf “nur gegenüber verantwortlichen Einzelpersonen erhoben werden” könne. Aus diesem Grunde sieht bekanntlich das neue türkische Strafgesetzbuch von 2005 in Art. 20 Abs. 2 gegen juristische Personen nur Sicherungsmassnahmen vor. Gesetzgebung und herrschende Meinung in Europa haben sich jedoch auch gegen die zitierte, früher durchaus repräsentative Formulierung Jeschecks hinweggesetzt und erkennen in Deutschland im Ordnungswidrigkeitenrecht eine Verbandsverantwortung kraft Zurechnung der persönlichen Schuld der Organe oder Vertreter an. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Bertelsmann-





Klaus Tiedemann

Lesering-Entscheidung eine solche Zurechnung - passim - auch im Strafrecht für möglich erklärt.

Auf dieser Zurechnungsgrundlage hält die deutsche Rechtsprechung zu § 30 OWiG ein Verschulden der Organe oder Vertreter für erforderlich, wobei die Definition des § 1 Abs. 1 OWiG den Begriff der Schuld für das Ordnungswidrigkeitenrecht und damit auch für Verbände zutreffend durch den der Vorwerfbarkeit ersetzt, um das Kriterium sozial-ethischer Missbilligung zu vermeiden. Jungendliches Alter und Unzurechnungsfähigkeit, zum Beispiel bei Vollrausch, schliessen die Verantwortlichkeit gemäss § 12 OWiG aus. Die herrschende Meinung zu § 30 OWiG fordert jedoch nicht unbedingt Feststellung der Identität des Organs oder Vertreters, sofern nur fest steht, dass jedenfalls einer von ihnen vorwerfbar gehandelt hat. Ob aber wirklich volle Schuld bzw. Vorwerfbarkeit beim natürlichen Täter vorausgesetzt wird, hat die deutsche Rechtsprechung - soweit ersichtlich - bisher nicht entschieden. Denkbar ist auch eine partielle Lockerung der strengen Akzessorietät, deren Durchbrechung im allgemeinen deutschen Strafrecht historisch auf das Bedürfnis nach Bestrafung des erwachsenen Teilnehmers an der Straftat eines Jungendlichen zurückgeht, also nur individuelle persönliche Schuldmerkmale und nicht objektive Ausnahmesituationen wie etwa den entschuldigenden Notstand betrifft. Maurach hat hierauf seine Differenzierung von Tatverantwortung und Schuld gegründet, und diese Unterscheidung klingt auch in §§ 28, 29 StGB an, die für die Strafbarkeit von Teilnehmern danach differenzieren, ob besondere Merkmale die Person des Täters oder die sachliche Charakterisierung der Tat betreffen; beim entschuldigenden Notstand wird daher in einem Teil der Literatur im Anschluss an Maurach Strafflosigkeit des Teilnehmers an der Notstandstat angenommen.

Der persönliche Charakter der Schuld wie auch der Vorwerfbarkeit weckt aber auch generelle Bedenken gegenüber dem Schuldzurechnungsmodell, das nach einem Urteil der französischen Cour de cassation vom 2. Dezember 1997 auch für die Strafbarkeit juristischer Personen nach Art. 121-2 französ. Code Penal von 1994 gelten soll. Bedenken können insbesondere daraus erwachsen, dass es kriminalpolitisch kontraproduktiv ist, beispielsweise den unvermeidbaren und daher die persönliche Schuld ausschließenden Verbotsirrtum des Handelnden auch der juristischen Person zugute zu halten, wenn diese im Beispiel über eine erfahrene Rechtsabteilung verfügt.

Nicht wenige Mitgliedstaaten der EU sowie deren Kommission und Gerichtshof, aber ausserhalb der EU auch die Schweiz und die amerikanische Rechtswelt sowie schliesslich das neue italienische Verwaltungsstrafrecht erkennen eine eigene Verbandschuld an. Diese ist an autonomen normativen Kriterien des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs ausgerichtet und durch den Leitgesichtspunkt des Organisationsverschuldens legitimiert; sie ist soziale Verantwortlichkeit: Die juristische Person selbst, und nicht etwa die natürlichen Personen, trifft die Verkehrspflicht, ihr Unternehmen so zu organisieren, dass es nicht betriebstypische Straftaten der





Europäisierung des Strafrechts

Organe und Vertreter zum Nachteil Dritter ermöglicht. Dies entspricht nicht nur dem gängigen Verständnis des § 130 OWiG, sondern auch den modernen Organisationstheorien, die von der Selbstorganisationspflicht als Fähigkeit und Garantie der Organisation ausgehen. Das Unterlassen hinreichend sicherer Organisation ist rechtlich eine Art Vorverschulden, das die spätere Berufung auf diesen Mangel normtheoretisch abschneidet (Tiedemann).

Eine zur Verhinderung (oder Erschwerung) von Straftaten effektiv geeignete Organisationsstruktur kann vom Gesetzgeber zum Erfordernis des Tatbestandes erhoben werden. Diesen Weg haben das schweizerische Strafgesetzbuch (Art. 102) seit 2003 und für das neue Verwaltungsstrafrecht (seit 2001) der italienische Gesetzgeber eingeschlagen. Für diese Rechtsordnungen kommt es folglich darauf an, ob das Unternehmen einen Organisationsmangel aufweist, ihm also “vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine ... Straftat zu verhindern” (Art. 102 Abs. 2 schweizer. StGB). Zu diesen “Vorkehrungen” können je nach Unternehmensgröße und Geschäftszweig ein Risikomanagement und compliance programs sowie die Bestellung eines compliance-Beauftragten gehören, wenn diese wirksam instituiert und nicht eine bloße Fassade sind.

Demgegenüber stellen die EU-Praxis zum früheren Montanrecht und zum geltenden Wettbewerbs- und Agrarrecht, Spanien seit 2010 (Art. 31 bis Código penal) und das deutsche Ordnungswidrigkeitengesetz (§ 30) zwar auch auf die Organisation, zusätzlich aber auf weitere Kriterien ab, die sich auf der Ebene der EU als Sorgfaltsmassstab eines vorsichtigen und vernünftigen Verkehrsteilnehmers ähnlich dem Verkehrsmassstab des Zivilrechts zusammenfassen lassen. Diese wie in den USA objektivierende Ausrichtung der Unternehmensverantwortlichkeit in der EU-Rechtsprechung geht auf die Größe und Struktur des Verbandes, seine Marktstellung und Geschäftspolitik, das Vorhandensein oder Fehlen einer Rechtsabteilung u.a.m. ein, misst derartige individuelle Faktoren aber an normativen Regeln und Übungen. Das führt trotz oder gerade wegen des Fehlens benannter theoretischer Konzepte zu einer europarechtlichen Spruchpraxis, die keineswegs stets widerspruchsfrei ist, in den Ergebnissen aber kaum hinter einer Judikatur zurücksteht, die unter dem Banner eines dogmatisch fein durchdrungenen individualisierenden Schuldstrafrechts Recht spricht. So erkennt der EuGH in den “Valsabbia”-Urteilen und im Fall “Schwarzwaldmilch” auf der weiterentwickelten Grundlage der französischen Lehre von der force majeure in engen Grenzen einen Unternehmensnotstand an und bildet im Anschluss etwa an die belgische Praxis Fallgruppen unvermeidbaren Verbotsirrtums (zum Beispiel falsche oder irreführende Informationen der Kommission - Zucker-Fall “Pfeifer & Langen” - oder längere Tolerierung eines rechtswidrigen Unternehmensverhaltens durch die Kommission - Fall “Ferreire San Carlo”). Zum Vorsatz wird meist darauf abgestellt, dass ein Unternehmen bei entsprechender Schwere und Dauer des Wettbewerbsverstosses





Klaus Tiedemann

dessen Vorliegen hätte erkennen müssen; damit ist nicht die Fahrlässigkeit angesprochen, sondern ein prima facie-Beweis oder eine widerlegbare Vorsatzvermutung gemeint (Kindhäuser), die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte nicht Art. 6 Menschenrechtskonvention verletzt. In einigen Entscheidungen der Kommission und des EuGH wird auch auf den Vorsatz einzelner Handlungspersonen abgestellt und dieser anscheinend dem Unternehmen zugerechnet (Dannecker). Eine entsprechende "Anreicherung" der autonomen Unternehmensschuld durch Zurechnungselemente entdeckt eine 2010 veröffentlichte, von Sieber betreute gründliche Dissertation auch in der US-Praxis zur corporate liability, teilweise auch im deutschen Verbandsbussgeldrecht (Engelhart). Die Zurechnung fremder Schuld liegt in der Tat bei Straftaten von Organen und Vertretern nahe.

Die deutsche Rechtsprechung zum Ordnungswidrigkeitenrecht entscheidet folgerichtig auch die Frage, ob eine vorsätzliche oder eine fahrlässige Straftat vorliegt, auf der Ebene der handelnden natürlichen Person. Rechnet man mit der deutschen und einem grossen Teil der spanischen und italienischen Strafrechtslehre den Vorsatz zur Handlung und damit zum (subjektiven) Tatbestand, so ergibt sich am Ende die Möglichkeit einer im Ansatz relativ einfachen Lösung: Zurechnung von tatbestandsmässiger rechtswidriger Handlung der natürlichen Person gegenüber der juristischen Person; grundsätzlich eigene Verantwortlichkeit (autonome soziale "Schuld") des Verbandes unabhängig von der (jedenfalls individuellen persönlichen) Schuld des natürlichen Täters.

4. Insgesamt kann kein Zweifel daran bestehen, dass eine echte strafrechtliche Verbandsverantwortlichkeit im Vergleich zur blossen Verbandsgeldbusse die effektivere Lösung darstellt, sofern sie in angemessene Rahmenbedingungen eingebettet ist. Hierzu zählen insbesondere unternehmensbezogene Regelungen des Strafprozessrechts und vorab die Geltung des Öffentlichkeitsgrundsatzes, ferner eine spezifische Ermittlungskompetenz der Strafverfolgungsbehörden, wie sie in Deutschland durch die Spezialisierung der Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Wirtschaftsstrafsachen vorhanden ist. Eine Verbandsstrafe wirkt aber auch in stärkerem Masse abschreckend als eine Verbandsgeldbusse. In dieser generalpräventiven Hinsicht gilt für die Sanktion (androhung). Dasselbe wie im Tatbestandsbereich für das Verhältnis von Straftat und Ordnungswidrigkeit; die Verhängung von Geldbussen für Straftaten ist demgegenüber systemwidrig und der generalpräventiven Wirkung des (Wirtschafts-) Strafrechts abträglich. Die stärkere Stigmatisierung des Unternehmens durch Bestrafung entspricht auch seiner sozialen Rolle in der Wahrnehmung durch die Öffentlichkeit. Wie sehr die Unternehmen die Beeinträchtigung ihres good will und ihrer Stellung als good corporate citizen durch Strafverfahren fürchten, zeigen gezielte Namensänderungen wie die der United Brands Corp. ("Chiquita") in den USA und der Imhausen Chemie in Deutschland sowie der jahrzehntelange Kampf der deutschen Bauwirtschaft gegen eine





Europäisierung des Strafrechts

Kriminalisierung der Kartell ordnungswidrigkeiten bei Preis- und Gebietsabsprachen und gegen eine Namensnennung auch nur im kartellbehördlichen Bussgeldverfahren. Die generalpräventive Wirkung eines Verbandsstrafrechts lässt sich im übrigen empirisch durch projektive Befragung der potentiellen Adressaten, auch insoweit vertreten durch ihre Organe und gesetzlichen Vertreter, messen, wie wir dies schon Mitte der 70er Jahre (mit Breland) in einer Pilot-Untersuchung für Sanktionen gegen Unternehmer gezeigt haben. Solange derartige empirische Nachweise allerdings in den Mitgliedstaaten fehlen, wird die Beibehaltung eines effektiven (!) Verwaltungsstrafrechts für Unternehmen nicht als europarechtswidrig eingestuft werden können.



Literatur

Achenbach Ahndende Sanktionen gegen Unternehmen und die für sie handelnden Personen im deutschen Recht, in: Schönemann/de Figueiredo Dias(Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts - Coimbra-Symposium für Claus Roxin (1995) S. 283 ff

Bahn Müller Strafrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit im europäischen Gemeinschafts- und Unionsrecht (2004)

Breland Lernen und Verlernen von Kriminalität (1975)

Brender Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht (1989)

Cornils/Jareborg Das schwedische Kriminalgesetzbuch Brottsbalken (2000)

Dannecker/Biermann Kommentierung der Art. 23 ff Kartellverfahrensverordnung, in: Immenga/Mestmacker, Wettbewerbsrecht Band 1 EG/Teil 2,4. Aufl. (2007)

Delmas-Marty Die Strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen französischen Code Penal, in: Schönemann/Suarez Gonzalez (Hrsg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts - Madrid- Symposium für Klaus Tiedemann (1994) S. 305 ff

de Doelder Criminal Liability of Corporations: A Dutch Update, in: Festschrift für Tiedemann (2008) S. 563 ff

de Doelder/Tiedemann (Hrsg.) Criminal Liability of Corporations (1996)

Engelhart Sanktionierung von Unternehmen und Compliance (2010)

Engels Unternehmensvorsatz und Unternehmensfahrlässigkeit im Europäischen Kartellrecht (2002)

Hurtado Pozo Quelques reflexions sur la responsabilite penale de l'entreprise, in: Festschrift für N. Schmid (2001) S. 187 ff

Jescheck/Weigend Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996)

Kindhäuser Kommentierung des Art. 81 EGV, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Loseblatt, Stand: 2009)

Maurach/Zipf Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 1, 8. Aufl. (1992)

Nisco Verantwortlichkeit juristischer Personen im italienischen Recht, GA 2010, S. 525 ff

Paliero Das Organisationsverschulden in: Festschrift für Tiedemann (2008) S. 503 ff



Europäisierung des Strafrechts

Papakiriakou Das Europäische Unternehmensstrafrecht in Kartellsachen (2002)
ders. Das Griechische Verwaltungsstrafrecht in Kartellsachen (2002)

Schick “Kartellstrafrecht” in Österreich, in: Festschrift für (2008) S. 851 ff

Sieber/Cornils (Hrsg.) Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung
Allgemeiner Teil Band 4 (2010)

Tiedemann Wirtschaftsstrafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2010 (türk.
Übersetzung von Nuhoğlu/Yenisey in Vorbereitung)

ders. Wirtschaftsstrafrecht in Europa, in: Festschrift für Achenbach (2011)

ders. Die “Bebussung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung
der Wirtschaftskriminalität, Neue Juristische Wochenschrift 1988 S. 1169 ff

Tsolka Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts im
weiteren Sinne (1995)

Wagemann Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Bussgeldrecht der
Europäischen Gemeinschaften (1992)

Walter Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/
Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl.Bd. 1 (2007)





Avrupa Birliği Hukukunda Tüzel Kişiler Hakkında Uygulanan Yaptırımlar ve Ceza Hukukunun Avrupalılaştırılması

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann

(Tercüme: Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu)

I.

Avrupa Birliğinde (AB) uluslar üstü bir ceza hukuku, bugün hala yoktur. Fakat, tarım, trafik, haksız rekabet ve çevrenin korunması alanları gibi bazı önemli alanlar, Avrupa Birliği idari ceza hukuku kapsamına alınmış ve idari yaptırımlara da Avrupa Komisyonu tarafından hükmedilmiştir. Bu yaptırımlara yapılacak itirazlar ise Lüksemburg'da bulunan Adalet Divanı tarafından incelenmektedir. 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Sözleşmesinde reform yapan sözleşme, Avrupa Birliğine ek bir yetki vermiştir: bu yetki ile Avrupa Birliğine mali menfaatlerini korumak üzere ceza hukukuna ilişkin Yönerge (*Verordnung*) ihdas etme yetkisi tanınmıştır; Avrupa Birliğinin Çalışma Usulü Hakkında Sözleşmenin (AEUV) 325/4 maddesi ile tanınan bu tartışmalı yetki, kısmi de olsa, *uluslarüstü bir ceza hukuku alanı* oluşmasına yol açabilecektir: bazı yazarlar ise, bu Yönergenin sınırlı bir alanı kapsadığını, ulusal meclislerin uyumlaştırma çalışmaları kapsamında, ulusal suç tiplerini uyumlu hale getirmeye yönlendirmek ile sınırlı kalacak şekilde uygulanacağını belirtmektedirler.

Avrupa Birliğinin bu “emir verme yetkisi” uzun süreden beri tartışmalı idi. Çünkü (2002 yılına kadar kömür ve demir alanında ve haksız rekabetten korunma alanındaki idari para cezası yaptırımları istisna tutulursa), üye Devletler ceza hukuku bakımından, Avrupa Devletler Birliğine egemenliklerinden kaynaklanan hakları devretmemiş oldukları için, Avrupa Birliğinin suça ilişkin cezalandırma erki hiçbir şekilde yoktu. Tatbikatta ise idari yaptırımların uygulanması diğer alanlarda da yaygınlaştırılarak, idari yaptırımları “ilgili düzenlemelerin üstü kapalı olarak bir tamamlayıcısı” ve dolayısı ile uygulanmaları açısından önemli bir unsur olarak gören, “*effet utile*” öğretisine dayanılmıştır. 2005 yılında Adalet Divanı tarafından verilen çok önemli bir kararla, böyle bir gizli yetki çevre hukukunda dolayısıyla ceza hukukunda kabul edilmiştir. Bu karar, ulusal çevre ceza hukuku düzeninin Yönerge ile uyumlu hale getirilmesi yetkisinin olduğunu göstermiştir. Alman ceza hukuku öğretisinin önemli bir kısmının karşı düşüncelerine rağmen, Adalet Divanı'nın, (Alman Anayasa öğretisinden farklı olarak) ek normları hiçbir zaman dar veya lafza bağlı olarak yorumlamadığı ve AB Sözleşmesindeki yetki alanından bağımsız olarak yorumladığı vurgulanmalıdır. Lizbon Sözleşmesi AB'nin, ceza hukuku dışında uyumlaştırılmış veya uyumlaştırılacak olan bütün alanlarda, özellikle tarım ekono-





Ceza Hukukunun Avrupalılaştırılması

misi ve balıkçılık, iş ve çevre koruma, haksız rekabet ve tüketicinin korunması ve de taşımacılık alanlarında da ek yetkisini açıkça kabul etmektedir. Lizbon Sözleşmesi bunun yanında, modern ağır suçlar alanlarında da Yönerge çıkararak, asgari ceza hukuku hükümlerini düzenleme yetkisini kabul etmiştir. Bu alanlar terör, insan ticareti, çocukların ve kadınların cinsel istismarı, yasadışı uyuşturucu madde ve silah ticareti, rüşvet, kara para aklama, ödeme araçlarının taklidi (kalpazanlık), siber suçlar ve organize suçluluk alanlarıdır. Burada ceza hukukunun bizzat kendisi düzenlenmekte ve sadece ceza hukuku yanında diğer hukuk alanlarına ilişkin kuralların düzenlenmesi ile yetinilmemektedir.

Ceza hukukunca düzenlenen ve yasaklanan bu alanların birçoğu AB Yönergeleri ile uyumlaştırılmıştır. Bu şekilde AB, kara para aklama alanında, rüşvet, bilişim suçları, patent taklidi alanlarında Birleşmiş Milletler, Avrupa Parlamentosu, OECD ve diğer kurumlara da koruma sağlamaktadır.

II.

Brüksel sayesinde ceza hukukunun Avrupalılaştırılmasının motoru, baştan itibaren AB'nin yaşamsal menfaati olan hazinesinin dolandırıcılığa karşı ceza hukuku koruması olmuştur. (Örneğin AB kredilerine karşı işlenen suçlar), vergi kaçırma, bildirim noksanları (örneğin tarım vergileri ve katma değer vergisi), zimmetine geçirme, güveni kötüye kullanma, görevi kötüye kullanma ve sırrın ifşası, kara para aklama ve suça yardım yataklık gibi AB'nin malvarlığı ile ilişkili eylemler.

Bütün bu davranış şekilleri, Avrupa Birliği Çalışma Şekilleri Hakkında Sözleşmenin 325. maddesi uyarınca *dolandırıcılık*, AB devletlerinin konuşma dillerinde (Fransızca'da "fraude", İngilizce'de "fraud", İtalyanca'da "frode") olarak nitelendirilmektedir. Bu hükmün yürürlüğe girmesinden çok önce Adalet Divanı 1989 yılında vermiş olduğu Mısır Kararı ve Komisyonun 2001/2002 yıllarındaki Yönerge önerisi, 26.7.1995 tarihli "AB'nin Mali Çıkarlarının Korunması Hakkında Sözleşme", ulusal kanunlarda düzenlenen suç tiplerinin tamamlanması ve uyumlaştırılmasını içermektedir. Bu şekilde ulusal mali çıkarların korunması ile AB mali çıkarlarının korunmasında bir aynileştirme sağlanmıştır. Bu, özellikle vergi ve AB yardımları (kredileri) ceza hukuku ve özellikle 50.000 Euro'dan fazla zarar olan nitelikli dolandırıcılığın (Sözleşmenin 2. maddesinin 1. paragrafı) ağırlatıcı sebep olması öngörülmüştür. Birçok üye devlet ve Almanya (Alman Ceza Kanunu paragraf 264/1-2) AB yardımlarının verildikleri amaç dışında kullanımlarına ilişkin ek bir ceza hukuku koruması öngörmüşlerdir. Amaç dışında kullanımdan başka ayrıca Sözleşmenin 3. maddesi şirket yöneticisi için, bunun gibi şirkette karar verme mekanizmasında olanlar ve dolandırıcılık açısından denetim yetkisi olanlar için ceza sorumluluğu öngörmektedir. Astın, AB'nin zararına olan ve dolandırıcılık teşkil eden hareketlerinden dolayı yöneticinin ceza sorumluluğunu kabul eden bu hüküm Almanya, Hollanda ve İskandinav ülkelerinde yöneticilerin garantör sorumluluğu olarak kabul edilmektedir. Buna karşın Fransa ve İngiltere'de örf ve adet hukukunun sujeleri olan *responsabilité du fait d'autrui* ve *vicarious liability* (temsilcinin borcu, temsilcinin





Klaus Tiedemann

sorumluluğu) şeklinde yasal düzenleme olarak kabul edilmiştir. Avusturya, İtalya ve İspanya'daki durum da benzerdir. Bu ülkelerde Türkiye'de olduğu gibi, astın gerçekleştirdiği suçlardan dolayı yöneticinin ceza sorumluluğu sadece belirli, burada çok az adı geçen eylemler için öngörülmüştür.

III.

AB'nin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Sözleşme, 7 yıllık kanunlaştırma çabalarından sonra, 17 Ekim 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 19 Mayıs 2009 yürürlüğe giren, 19 Haziran 2009 tarihli 2. Ek Protokol üye devletlere, tüzel kişilerin organları ve yukarıda (II) belirtilen personelin işlediği suçlardan dolayı ceza sorumluluğunu kabul etme yükümlülüğü getirmektedir. Bu yükümlülük Avrupa Komisyonunun R (88) sayılı ve 20 Ağustos 1988 tarihli Tavsiye Kararında olduğu gibi, AB'nin birçok hukuki metninde tekrarlanmıştır. Bu tavsiye kararında, üye devletlerin gerçek kriminal cezalandırılabilirlik ile İtalyan ve Alman idari ceza hukukunun (kabahatler hukuku) öngördüğü şekilde bir ceza sorumluluğu ve diğer şekildeki yaptırımlar arasında seçim yapabilecekleri belirtilmiştir. Ancak herhalukarda tüzel kişiye karşı uygulanacak yaptırımın etkili, ölçülü ve korkutucu olması gerekir. (2. Protokol madde 4/1).

Komisyon tarafından açıkça, İngiltere'de 19. Yüzyılda, Hollanda'da 1951 den bu yana uygulanan geleneksel gerçek bir topluluk (birlik) cezalandırılabilirliğinin kabulü yönünde politik baskı uygulanmıştır. Almanya, Yunanistan ve İtalya istisnaları dışında bütün yeni ve eski üye devletler, özellikle kuzey ve doğu avrupa devletleri, Belçika (1999), Fransa (1994), Avusturya (2006), Portekiz (2007), ve en son olarak İspanya (2010) bu yeni trendi takip etmişlerdir. AB dışında Norveç 1991 ve İsviçre 2003 yılından bu yana aynı yolu takip etmektedir. Buna karşın Almanya, Yunanistan ve İtalya ilgili idari ceza hukukunu saklı tutarak AB'nin taleplerini yerine getirmişlerdir. Türkiye de bu alanı Kabahatler Kanunu ile düzenlemiştir.

1. Birçok devlet tüzel kişilerin cezalandırılabilirliğine ilişkin kuralları, uygulanabilirlik, isnad edilebilirlik ve yaptırım sistemi nedeniyle ceza kanunlarında düzenlemektedir (Örneğin Fransa, İspanya, İsveç ve İsviçre). Ekonomik ceza hukukuna ilişkin kodifikasyonların olduğu ülkelerde, tüzel kişilerin cezalandırılabilirliğine ilişkin kurallar bu kodifikasyonlarda bulunmaktadır (Hollanda, 1951 tarihli Wet op de Economische Delicten, 1976 dan bu yana Wetboek van ceza hukuku; bunun gibi Portekiz 2007 Tarihli Ceza Kanunu madde 11/2).

2. Terminolojinin seçiminde genel önleme ve dogmatik açıklık sebepleri ile bir farklılaşma önerilebilir. Alman dilinde ceza hukukundaki para cezası ile birliklere karşı uygulanan düzene aykırılıklar ceza hukukundaki para cezaları farklılaştırılmıştır. Bunun gibi Avusturya Birlik Sorumluluk Kanunu'nda (*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*), ceza mahkemesi tarafından ceza yargılaması sonucu hükmedilen, adli sicile kaydedilen, yani gerçek bir ceza olan "birlik para cezaları", şeklinde para cezalarından sözedilmektedir. İngilizce ve Fransızca'da sadece "fine" ve "amende" sözcükleri var-





Ceza Hukukunun Avrupalılaştırılması

dır. Bu sözcüklerin idari ceza hukuku alanında kullanılmaları halinde “idari” (*administrative*) kelimesinin eklenmesi zorunludur. Belirtilen dillerde bu sözcükler kullanılırken böyle bir ekten vazgeçmek yanıltıcı açıklamalar yapılmasına sebep olur. Örneğin Kartel Düzeni hakkındaki Düzenlemenin (EG Nr. 1/2003, m. 23/5) 101 ve 102. maddelerindeki Haksız Rekabet Kurallarının Uygulanması Hakkında Yönergede olduğu gibi. Bu düzenlemelerde *fine* ve *amendes* sözcüklerinin ceza hukuku karakteri bulunmamaktadır: Bu sözcükler Alman kartel hukukundaki para cezası anlamında kullanılmış olup, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de ceza kavramına dahil ettiği geniş anlamda cezadır.

Doğrudan birliğe yönelik gerçek para cezaları, insanlar hakkında hükmedilen cezalardaki kusur isnadı dışında bir kusur isnadı içerirler. Söz konusu cezaların buna uygun bir terminoloji ile “birlik para cezası” (*Verband(geld)strafe*) veya “birlik idari para cezası” (*Verbands(geld)busse*) olarak ifade edilmesi amaca uygundur. İsveç Ceza Kanunu buna paralel bir düzenleme içermektedir. Bu Kanunda gerçek bir ceza (Cornils/Jareborg tercümesi Kap. 25 & 1) olan “işveren para cezası”ndan (*Unternehmensgeldbusse*) (Cornils/Jareborg tercümesi Kap. 36 & 7) söz edilmektedir.

3. Hem idari hem de cezai sorumluluğunun dogmatik yapısı ve kriminal politik meşruiyeti için, tüzel kişiler ve diğer birliklerin varsayımsal değil, ekonomik ve sosyal yaşamın gerçek bir görünümü olduğu ve sıklıkla büyük bir güce sahip oldukları kabul edilmelidir. Tüzel kişiler haksız rekabeti kısıtlayıcı sözleşmeler yapabilir, malların ihracında AB’nin tarım gümrüklerini ihlal edebilir, malların ithali için verilen yardımları haksız bir şekilde elde edebilir, tehlikeli ilaçlar veya kullanılmış eşyalarla iştilig ederek bedeni zararlara sebep olabilirler. Federal Alman Yüksek Mahkemesi birçok mahkumiyet kararında dağ treni işletmesindeki yetersiz güvenlik tedbirlerinin veya sağlık açısından tehlikeli sprey üretiminin veya atıkların yok edilmesinin işverenin hareketi olduğunu kabul etmiş, bunun organ veya yasal temsilcilere isnat edileceğini kabul etmiştir. Bu hükümler birlik yanında onun adına hareket eden gerçek kişilerin de cezalandırılabilceğini göstermektedir.

a) Bu temellere bakıldığında tüzel kişilerin ve diğer birliklerin ceza hukuku anlamında hareket yeteneğinin kabul edilmesinde herhangi bir sorun yoktur. Sadece kişiliğin dışı vurumu niteliğini taşıyan (Roxin) ve insan iradesi tarafından yönlendirilen bir hareketin (T. Walter) ceza hukuku bakımından “tipe uygun hareket” olabileceği yönündeki görüş, kendi içinde tutarsızdır. Zira Jescheck’in ortaya koyduğu gibi, hareket ve ihmal kavramlarının tanımlarında, normdan yola çıkan bir değerlendirme vardır. Jescheck, birliklerin hareket ve kusur yeteneğini, kabahatler hukuku açısından dahi reddetmiştir. Çünkü ona göre, sadece insanın doğadaki özel durumu (yaradılışı) nedeniyle neden-sonuç ilişkisini düzenleme yeteneği vardır ve birlikler sadece organları vasıtasıyla hareket yeteneğine sahiptir. Jescheck’in savunduğu gibi hukuk felsefesi düşünceleri normatif bir değerlendirmeyi kabul etmez. Anayasal hükümleri ihlal edilmeksizin organın hareketi (bugünkü Hollanda’nın yorumu) birliğin hareketi olarak kabul edilebilir. Ceza hukukunda hareketin bu şekilde farklı yorumu Hegel ve 19. yüzyıldaki hareket öğretisinden kaynaklanmaktadır ve bugün





Klaus Tiedemann

bağlayıcı değildir. Almanya’da baskın görüş ve içtihatlar, medeni hukukta ve kamu hukukunun kabahatler için kabul ettiği klasik yorum olan, tüzel kişiler ve benzer kişi birlikler organları ve yasal temsilcileri vasıtasıyla hareket edebilirler ve onların davranışları bizzat onlara da isnat edilebilir, görüşünü kabul etmektedir. Fiili gerçekleştiren gerçek kişi yanında, birliğin de tipe uygun hareketi olduğundan, özellikle Türk ve İtalyan Anayasalarında belirtilen şahsılık ilkesi ve aynı zamanda Fransız Ceza Kanununda ve Türk Ceza Kanununda kabul edilen cezaların şahsılığı ilkesi de (*personnalité des peines*) ihlal edilmemiştir. Birlik kendi fiili sebebiyle cezalandırılmış olup, başka bir kişinin fiilinden dolayı sorumluluğu yoluna gidilmemiştir (1982 Türk Anayasası’nın 38/7. fıkrasında ve İtalyan Anayasası’nın 27/1. fıkrasında düzenlendiği gibi). Kara Avrupası hukuk düzenlerinde kabul edilen ceza sorumluluğunun şahsılığı ilkesinin karşıtı olan topluluk sorumluluğu ilkesi, 20. yüzyılın totaliter devletlerinde tekrar uygulanmıştır. Ceza hukukunun uygulanabilirliğinin fail ve katılma ile sınırlandırıldığı bu tür sorumluluğun, ceza hukukunun bireye ilişkin bu sınırlandırma yani “sociates delinquere non potest” (tüzel kişiler suç işleyemez) ilkesi ile ilgisi yoktur. Usul açısından ne bis in idem ilkesine (Alman Anayasası m. 103/3. fıkra) aykırılık yoktur. Organ veya temsilci hakkında hükmedilecek cezanın belirlenmesinde, bu gerçek kişinin birliğin cezalandırılmasıyla ekonomik açıdan nasıl bir yoksunluk hissedeceği göz önünde bulundurulacaktır.

Suç teşkil eden fiil açısından kanuni temsilci veya organı oluşturan kişiler fail olarak değerlendirilebileceği gibi, AB’nin Mali Çıkarlarının Korunması Sözleşmesi anlamında yönetici (2. Ek Protokol) fiili yönetim organları (karşılaştırınız Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu §9 fıkra 3) ve hukuki temsilci (Çevre Hukukunun Ceza Hukuku Vasıtasıyla Korunmasına İlişkin 4 Kasım 1998 tarihli Avrupa Komisyonu Sözleşmesinin 9. maddesi) ve denetim yetkisi olanlar da fail olarak değerlendirilebilir. Daha pragmatik olan Anglo-Amerikan ve kuzey ülkelerde uygulanan “birlik ceza modeli” Hollanda ceza hukuku ve AB’nin haksız rekabet uygulaması (Adalet Divanının 7 Haziran 1983 tarihli “Pioneer Elektronik” kararından bu yana) birlik tarafından işlenen suçların cezalandırılmasında bağlantı fiilinin faili olarak, tüzel kişilik adına yetkili sıfatıyla hareket etmeyi yeterli görmektedir. Klasik organ modeli ile temsilci model arasında pratikte çok büyük fark bulunmamaktadır. Çünkü bu modelde denetim yükümlülükleri doğrudan hareket edene kadar vertikal bir sorumluluk zinciri kurabilir. Her iki model de yetkili kişi tarafından (örneğin avukat) şirket yararına işlenen suçlar gibi, gibi yavru şirket suçlarını ve onların yöneticilerini kapsar. Sonucu görüş AB’nin Holdinglerde işlenen suçlarda, belirli koşullar altında “şirketin ekonomik birlik” olarak kabul edileceği içtihadına dayanır.

Suç teşkil eden fiilin birliğe isnat edilmesinde denetim yükümlülüğünün ihlali kriter olarak alındığı sürece etkili bir cezalandırma zorunludur. Cezalandırmada, denetim yükümlülüğünün ihlali ve suç teşkil eden fiil arasındaki sebep sonuç ilişkisi göz önüne alınacağından, in dubio pro reo ilkesi, etkili cezalandırmayı kısmen sınırlandırır. Bu anlamda, Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu 1994 den bu yana yeterli olmuştur. Çünkü Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu’na göre, gözetim yükümlülüğünün ihlali, yani gözetim kapsamında suçu önleyecek veya işlenmesini zorlaş-



Ceza Hukukunun Avrupalılaştırılması

tracak hiçbir tedbir alınmaması halinin, suçtan doğan tehlikenin esaslı bir şekilde artması sonucu doğurduğu kabul edilmektedir. (Düzene Aykırılıklar Kanunu paragraf 130/1-1) Bu öğreti riskin yoğunlaşması teorisi olarak adlandırılır.

b) Kara Avrupası hukuk sisteminde, birliklerin kusur yeteneği konusu problemi oluşturmuştur. Çünkü bu sistem “toplumsal etik açısından kınanabilirliği” kusur isnadı olarak kabul etmiş, bunun da sadece sorumlu gerçek kişiye karşı yöneltileceğini kabul etmiştir. Bu sebeple 2005 tarihli yeni Türk Ceza Kanunu’nun 20. maddenin 2. fıkrasında tüzel kişiler için sadece güvenlik tedbiri öngörülmüştür. Avrupa’daki baskın görüş ve kanun koyucu, Jescheck’in görüşünden ayrılmış ve Almanya’da düzene aykırılıklar hukukunda temsilci veya organın kişisel kusurunun isnat edilebilirliği bağlamında bir birlik sorumluluğu kabul edilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi “Bertelsmann-Lesering” kararında böyle bir isnat edilebilirliğin ceza hukukunda da mümkün olduğunu kabul etmiştir.

Bu isnat edilebilirlik temelinde Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu’nun 30. paragrafına ilişkin içtihatlar, organ veya temsilcinin bir kabahatinin varlığının zorunlu olduğunu kabul etmiştir. Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu’nun 1. paragrafının 1. fıkrasında, düzene aykırılıklar hukuku açısından, kusur tanımlanmış ve burada sosyal etik kınanabilirlik kriterinden kaçınmak için, birlikler açısından “isnat edilebilirlik kriteri” getirilmiştir. Aynı Kanununun 12. paragrafı uyarınca yaş küçüklüğü ve sarhoşlukta olduğu gibi kusur yeteneğinin bulunmaması sorumluluğu ortadan kaldıracaktır. Baskın görüşe göre Düzene Aykırılıklar Kanununun 30. maddesi, içlerinden birinin sorumlu olduğunun tespit edilmesi halinde, organ ve temsilcinin kimliğinin mutlaka tespiti gerekmez. Gerçekten gerçek kişi failin kusuru, dolayısıyla isnat edilebilirliğin gerekip gerekmediği konusunda bugüne kadar verilmiş bir Alman içtihadı bulunmamaktadır. Alman hukuk tarihinde çocuğun işlediği suçta katılan yetişkinin cezalandırılabilmesi ihtiyacından doğan katı bağlılık ilkesinin kısmen yumuşatılması düşünülebilir. Yani kusurluluğu kaldıran ızdırar hali gibi objektif istisnai durumların değil de bireysel şahsi kusurun göz önüne alınması düşünülebilir. Maurach bu halde fiil sorumluluğu ve kusur ayırımına dayanmaktadır. Bu ayırım Alman Ceza Kanununun 28 ve 29. paragraflarındaki ayırıma uygundur. Alman Ceza Kanununun 28 ve 29. maddeleri uyarınca suça katılanların cezalandırılabilirliği, failin kişisel özelliklerine veya fiilin özellikleriyle ilgili olup olmadığına göre belirlenmektedir; kusurluluğu kaldıran zaruret halinde öğretinin bir kısmı Maurach’a atıf yaparak zaruret halini oluşturan fiile katılanın cezasızlığını kabul ederler.

Kusurun isnat edilebilirlik gibi kişisel karakteri, kusurun isnat edilebilirlik modelleri hakkında da genel endişelere yol açmıştır. Fransız temyiz mahkemesinin 2 Aralık 1997 tarihinde, 1994 tarihli Fransız Ceza Kanununun 121-2. maddesi uyarınca verdiği, bir karara göre, isnat edilebilirlik modelleri tüzel kişilerin ceza sorumluluğu açısından da geçerlidir. Bunun özellikle kriminal politika açısından ters etki yönünde çekinceler ileri sürülmüştür. Örneğin şirketin deneyimli bir hukuk müşavirliği olsa dahi, suç teşkil eden eylemi gerçekleştirenin kaçınılmaz hukuki hata içinde

olması halinde, eylem tüzel kişilik yararına işlenmiş olsa dahi, bu hataya ilişkin hükümlerin tüzel kişiler hakkında da uygulanacağı kabul edilmelidir.

AB'nin sayıca az olmayan üyesi, Avrupa Komisyonu ve Adalet Divanı, AB üyesi devletler dışında İsviçre ve Amerika ve yeni İtalyan İdari Ceza Hukuku kendine özgü bir birlik kusuru kavramı kabul etmektedir. Bu kavram hukukun ve ekonominin normatif kriterlerinden bağımsız olarak düzenlenmiş ve "örgütlenme kusuru" görüşü sayesinde meşrulaştırılmıştır. Bu bir sosyal sorumluluktur: Bu şekilde 3. kişilere karşı organ veya temsilcinin işletme bağlantılı suçlar işlenmesinin önleyecek (işletme) örgütlenme yükümlülüğü, gerçek kişilerde değil, bizzat tüzel kişinin kendisindedir. Bu sadece Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu'nun 130. paragrafına uygun olmayıp, ayrıca kendi örgütlenme yeteneğine sahip olan ve örgütün garantisi bulunan modern örgüt teorilerine de uygundur. Örgütün güvenliği için gerekli tedbirleri almamak hukuki açıdan bir çeşit kabahat olup, daha sonra bu noksana itiraz etmek mümkün değildir (Tiedemann).

Suçların önlenmesi veya işlenmesinin zorlaştırılması açısından etkili örgütlenme modeli kanun koyucu tarafından suçun zorunlu unsurları arasında belirtilebilir. Bu metot İsviçre Ceza Kanununun 102. maddesinde 2003 yılından bu yana ve 2001 yılından bu yana İtalyan yeni idare ceza hukukunda benimsenmiştir. Sonuç olarak bu hukuk düzenlerinde, işletmenin örgütlenme noksanlığının ispat edilip edilemediği, yani işletmenin suçları önlemek için (İsviçre Ceza Kanunu m. 102/2) zorunlu ve öngörülebilir tüm örgütlenme tedbirlerini alıp almadığı göz önünde tutulur. Bu tedbirler işletmenin büyüklüğüne, işletmenin alanına ve etkili bir şekilde devreye sokulan ve sadece görünüşte olmayan compliance programına, compliance yetkilisinin bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Buna karşılık, AB'nin eski sermaye piyasasına ilişkin ve yürürlükteki haksız rekabet ve tarım hukukuna ilişkin, 2010 yılından beri İspanya (Ceza Kanunu madde 31bis) ve Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu'nda (Paragraf 30) örgütlenme yanında başka kriterler de öngörülmektedir. Bu ek kriterler AB uygulamasında özel hukukun ölçüsüne benzer şekilde dikkatli ve orta zekada bir araç sürücüsünün özen yükümlülüğü ölçüsüdür. ABD'de işletmenin sorumluluğunun objektif düzenlemesi gibi AB içtihatları da işletmenin büyüklüğü ve yapısından, pazar durumundan ve ticari politikasından, hukuk bölümünün (müşavirliğinin) varlığı veya yokluğu şeklindeki faktörlerden yola çıkmaktadır. Bu bireysel faktörler normatif kurallara ve uygulamaya göre ölçülürler.

AİHM "Valsabbia" ve "Schwarzwaldmilch" kararlarında, mücbir sebep (force majeure) Fransız öğretisinin temellerini, işletme zaruret hali sınırına kadar geliştirmiş ve Belçika uygulamasındaki kaçınılmaz hukuki hata (örneğin komisyonun şeker kararı "Pfeifer Langen" olayında komisyonun yanlış veya aldatıcı bir şekilde bilgilendirilmesi veya Ferriere San Carlo olayında komisyonun işletmenin hukuka aykırı davranışlarını uzun süre tolere etmesi, ses çıkarmaması) ile bir bağlantı kurmuştur. Haksız rekabetin süresi ve ağırlığına bakıldığında, işletmenin bunu fark etmesi gerekliydi, denilebiliyorsa, bu halde taksir değil, aksine çürütülebilir kast



Ceza Hukukunun Avrupalılaştırılması

karinesinin olduğu kabul edilir; (Kindhaeuser), AIHM'nin içtihatlarına göre bu husus Sözleşmenin 6. maddesini ihlal etmez. Komisyon ve AIHM'nin bazı içtihatlarına göre, kast hareket eden bireye indirgenir ve işletmeye atfedilir (Dannecker). Bu görüşe uygun olarak, otonom işletme kusurunun isnat edilebilirlik elementleri ile zenginleştirilmesi 2010 yılında Sieber tarafından yönetilen doktora tezinde belirtilmiştir. Bunun gibi ABD uygulamasındaki corporate liability, aynı zamanda kısmen birlik idari para cezası hukuku (Engelhart) da bu görüşe uygundur. Organ veya temsilci tarafından işlenen suçlarda 3. kişinin kusurunun göz önünde bulundurulması söz konusu olmaktadır.

Kabahatler hukukuna ilişkin Alman içtihatlarında, hareketi gerçekleştiren gerçek kişi bakımından kasdi veya taksirli bir suçun bulunup bulunmadığı gözönünde tutulmuştur. Alman ceza hukuku öğretisi, İtalyan ve İspanyol ceza hukuku öğretilerinin büyük bir kısmı hareketin kasdi olmasına, subjektif unsurlara dayanır. Bunun sonucunda başlangıçta kısmen basit bir çözüm imkanı ortaya çıkar: gerçek kişinin hukuksal aykırılık, tipe uygun hareketinin tüzel kişiye isnat edilebilirliği; gerçek kişi failin kusurundan (herhalukarda bireysel, şahsi kusurundan) bağımsız olarak birliğin kendi sorumluluğu (özerk sosyal kusur).

4. Sonuçta, birlikler için ölçülü gerçek bir ceza hukuku sorumluluğu öngörülmesi, birlik idari para cezası ile karşılaştırıldığında etkin bir çözüm olduğu şüphesizdir. Burada özellikle işletme bağlantılı ceza muhakemesi hukuku kuralları, kamusal ilkesi ve Almanya'da olduğu gibi ekonomik suçlara ilişkin özel savcılık kurulması gibi ceza soruşturması organlarının özel bir soruşturma usulü belirtilmelidir. Birlik cezasının, birlik idari para cezasına nazaran daha korkutucu etkisi vardır. Bu genel önleme bakışı düzene aykırılıklar ve suç teşkil eden davranışlar alanında olduğu gibi geçerlidir. Buna karşın suçlar karşılığı idari para cezası hükmetmek sisteme aykırıdır ve ekonomik ceza hukukunun genel önleme etkisi bakımından sakıncalıdır. İşletmenin cezalandırma suretiyle güçlü bir şekilde damgalanması ve bunun kamu tarafından dikkate alınması cezanın sosyal rolüne de uygundur. Şirketlerin, haklarında açılan ceza soruşturmaları nedeni ile *iyi niyetli ve iyi bir vatandaş* oldukları yolundaki imajlarını kaybetmemek için, isim değiştirmek yoluna gittikleri görülmektedir; mesela, Amerika'da "Chiquita" (United Brands Corp.) Almanya'da Imhausen Chemie örneklerinde bu görülmüştür; şirketlerin fiyatlar konusunda ve bölgesel faaliyet açısından anlaşmalarının ve isim değişikliği yapmalarının yasaklanmasına karşı, Alman Yapı Birliği, yıllardan beri süren bir mücadele vermektedir. Diğer taraftan, şirketler hakkında uygulanan ceza kurallarının genel önleme açısından etkin olup olmadığı, bu hükümlerin haklarında uygulanması olasılığı bulunan muhtemel muhataplara yöneltilen sorulardan oluşan *alan araştırmaları* yapılarak belirlenebilir. Böyle bir ön çalışmayı, 70'li yıllarda Breland ile birlikte yapmıştık. Ancak, Avrupa Birliğine üye Devletler açısından böyle bilimsel verilerle delillendirilmiş araştırmalar yapılmış bulunmadığı için, şirketler hakkında uygulanan etkin (!) bir idari ceza hukukunun varlığını sürdürmesinin Avrupa Hukukuna aykırı olduğunu söylemek doğru olmaz.





Klaus Tiedemann

Kaynaklar

Achenbach Ahndende Sanktionen gegen Unternehmen und die für sie handelnden Personen im deutschen Recht, in: Schönemann/de Figueiredo Dias(Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts - Coimbra-Symposium für Claus Roxin (1995) S. 283 ff

Bahn Müller Strafrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit im europäischen Gemeinschafts- und Unionsrecht (2004)

Breland Lernen und Verlernen von Kriminalität (1975)

Brender Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht (1989)

Cornils/Jareborg Das schwedische Kriminalgesetzbuch Brottsbalken (2000)

Dannecker/Biermann Kommentierung der Art. 23 ff Kartellverfahrensverordnung, in: Immenga/Mestmacker, Wettbewerbsrecht Band 1 EG/Teil 2,4. Aufl. (2007)

Delmas-Marty Die Strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen französischen Code Penal, in: Schönemann/Suarez Gonzalez (Hrsg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts - Madrid- Symposium für Klaus Tiedemann (1994) S. 305 ff

de Doelder Criminal Liability of Corporations: A Dutch Update, in: Festschrift für Tiedemann (2008) S. 563 ff

de Doelder/Tiedemann (Hrsg.) Criminal Liability of Corporations (1996)

Engelhart Sanktionierung von Unternehmen und Compliance (2010)

Engels Unternehmensvorsatz und Unternehmensfahrlässigkeit im Europäischen Kartellrecht (2002)

Hurtado Pozo Quelques reflexions sur la responsabilite penale de l'entreprise, in: Festschrift für N. Schmid (2001) S. 187 ff

Jescheck/Weigend Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996)

Kindhäuser Kommentierung des Art. 81 EGV, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Loseblatt, Stand: 2009)

Maurach/Zipf Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 1, 8. Aufl. (1992)

Nisco Verantwortlichkeit juristischer Personen im italienischen Recht, GA 2010, S. 525 ff

Paliero Das Organisationsverschulden in: Festschrift für Tiedemann (2008) S. 503 ff





Ceza Hukukunun Avrupalılaştırılması

Papakiriakou Das Europäische Unternehmensstrafrecht in Kartellsachen (2002)
ders. Das Griechische Verwaltungsstrafrecht in Kartellsachen (2002)

Schick “Kartellstrafrecht” in Österreich, in: Festschrift für Tiedemann (2008) S. 851 ff

Sieber/Cornils (Hrsg.) Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung Allgemeiner Teil Band 4 (2010)

Tiedemann Wirtschaftsstrafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2010 (türk. Übersetzung von Nuhoğlu/Yenisey in Vorbereitung)

ders. Wirtschaftsstrafrecht in Europa, in: Festschrift für Achenbach (2011)

ders. Die “Bebussung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Neue Juristische Wochenschrift 1988 S. 1169 ff

Tsolka Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts im weiteren Sinne (1995)

Wagemann Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Bussgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften (1992)

Walter Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl.Bd. 1 (2007)





Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Personen in Spanien^{**}

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero^{*}

1. Ausgangspunkt und historische Bezüge

Keines der Probleme, die Papst Innozenz IV. seiner Zeit bedrängten - im Besonderen die aus dem Konflikt mit Friedrich II. Barbarossa herrührenden - wurde von ihm mit mehr Erfolg gelöst, als die Vermeidung der päpstlichen Exkommunikation der Körperschaften - seien sie bürgerlicher oder merkantiler Art - für Taten ihrer Mitglieder.

Die juristischen Kenntnisse von Sinibaldo de Fieschi - so der bürgerliche Name dieses Papstes -, ebenfalls Professor der Universität zu Bologna, haben es ihm ermöglicht, den Grundsatz "societas delinquere non potest" zu formulieren und dies mit so nachhaltigem Erfolg, dass bis zum Inkrafttreten des französischen Strafgesetzbuchs von 1995 sämtliche Studentengenerationen in Europa folgende Lektion verinnerlicht hatten: Das Prinzip "societas delinquere non potest" gehört zum Wesen unserer Kultur, mit gleicher Kraft und Dauerhaftigkeit wie die nationale Währung.

Mit diesen Worten begann ich vor zehn Jahren meinen ersten Vortrag für ein von Francesco Palazzo in Florenz im Jahre 2002 organisiertes Seminar über das gleiche Thema, das uns beschäftigt¹. Zu diesem Zeitpunkt hatte Spanien bereits den eben genannten Grundsatz stark ausgehöhlt und die nationale Währung, die peseta, war durch die Einführung des Euro in die Antiquariate verbannt worden und Objekt numismatischen Interesses geworden. Heute hat sich die Metapher von Papst Innozenz IV., die auf derart magistrale Art und Weise soeben von Francesco Galgano heraufbeschworen wurde, in Spanien ebenso in Rechtsgeschichte verwandelt².

^{*} Präsident der Societe Internationale de Defense Sociale. Institut für europäisches und internationales Strafrecht. Universität zu Castilla-La Mancha.

^{**} Übersetzung aus dem Spanischen von Axel-Dirk Blumenberg, wiss. Mitarbeiter am Institut für Europäisches und Internationales Strafrecht der Universität von Castilla-La Mancha. Diese Arbeit fasst die Entwicklung des spanischen Strafrechts auf dem Gebiet der Verantwortlichkeit juristischer Personen zusammen. Eine umfassende Untersuchung führt Adan Nieto im Rahmen des koordinierten europäischen Forschungsprojekts Corporate criminal liability and compliance programs, (Ref. JLS/2008/JPEN/009) EU Kommission, durch. Wissenschaftliche Leitung: Alfonso Stile, Stefano Manacorda, Genevieve Giudicelli-Delage, Adan Nieto, Luis Arroyo Zapatero. Grundlegend: Nieto Martin, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Iustel Ed., Madrid, 2008; Demetrio Crespo, E., *Responsabilidad penal por omision del empresario*, Iustel, Ed., Madrid, 2009; Gomez-Jara, C., *La culpabilidad en el derecho penal de la empresa*. Marcial Pons Ed., 2005; Dopico, J., *Responsabilidad de personas jurídicas*, en Ortiz de Urbina Gimeno (coord.), *Memento, Reforma penal 2010*, Levebre Ed., Madrid, 2010; Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Economico, Parte General*, Tirant lo Blanch Ed., Valencia 2010.

¹ Arroyo Zapatero, L., *«Persone Giuridiche e Responsabilita Penale in Spagna»*, in: *Societas Puniri Potest, La responsabilita da reato degli enti collettivi*. Atti del Convegno (15-16 marzo 2002) Francesco Palazzo (Dir.), S. 179-188 CEDAM, Milan 2002.

² Vgl. Galgano, F., *Le insidie del linguaggio giuridico*, Il Molino Ed. Bologna 2010, S. 25.





Sanktionen gegen juristische Personen: Spanien

Die in Angriff genommene Modernisierung des spanischen Strafrechts beginnt mit der Verfassung 1978, einer groß angelegten Reform 1983 und wird durch das neue Strafgesetzbuch von 1995 abgeschlossen. Fünfzehn Jahre später hat der spanische Gesetzgeber entschieden, die Strafbarkeit der juristischen Person in unser Strafgesetzbuch aufzunehmen³.

Das spanische Recht hat historisch eine starke Gewichtung auf verwaltungsrechtlichen Sanktionen. Aus diesem Grund war es nicht notwendig, strafrechtliche Verstöße zu entkriminalisieren, wie dies generell in Europa gegen Ende der 1970er Jahre erfolgt ist. Ausgehend von dieser Tradition, haben Demokratie und wirtschaftlicher Aufschwung ein starkes Verwaltungsstrafrecht geschaffen, besonders im Wirtschaftsverwaltungsrecht mit schweren Sanktionen bewehrt, allerdings ohne Freiheitsstrafe. Das Verfassungsgericht und das Gesetz 30/1992 über die Verwaltungsordnung (Art. 127 ff.) haben diesem System quasi-strafrechtliche Garantien zugesprochen: Legalität, Verhältnismäßigkeit, Schuld etc.

Mit der ersten großen Strafrechtsreform 1983 wurde außerdem ein Zurechnungssystem für das Handeln einer anderen Person eingeführt, um in Übereinstimmung mit dem Legalitätsprinzip das Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von natürlichen Personen, die im Namen und Interesse einer juristischen Person handeln, wenn diese formell für die Straftat verantwortlich ist, zu lösen (Art. 31.1)⁴.

1995 wurde das neue Strafgesetzbuch erlassen - das "Strafgesetzbuch der Demokratie" - eine Synthese der kriminalpolitischen Debatte der vergangenen 20 Jahre, die das Strafgesetzbuch von 1848 abgelöste. Was uns an dieser Stelle interessiert, sind zwei Neuerungen, die mit diesem Strafgesetzbuch eingeführt wurden. Zunächst einmal ist dies eine Gruppe von Strafvorschriften, die unter dem Titel "sozioökonomische Ordnung" firmieren und aus dem StGB von 1848 hervorgehen. Dort macht sich die geistige Urheberschaft von Klaus Tiedemann auf Schritt und Tritt bemerkbar. Zum anderen ist dies die Einführung zahlreicher "akzessorischer Folgen" der Geld- oder der Freiheitsstrafe mit expliziter Geltung für Fälle, in denen natürliche Personen Straftaten aus Unternehmen heraus begehen und die sich zwischen Strafe und Maßregel der Sicherung bewegen: Endgültige oder befristete Schließung des Unternehmens oder einzelner Einrichtungen, Auflösung der Gesellschaft oder Untersagung der Geschäftsaktivität. Allerdings waren diese Folgen für Straftaten vorgesehen, die viel eher dem Bereich der organisierten Kriminalität entsprachen als der üblichen Wirtschaftsdelinquenz.

³ Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio, "por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal".

⁴ Vgl. Demetrio Crespo, E., Responsabilidad penal por omisión del empresario, Iustel, Ed., Madrid, 2009.





Luis Arroyo Zapatero

Im Jahr 2003 kommt zu der Zurechnungsformel für das Handeln in fremdem Namen - seit 1983 in Art. 31.1 formuliert - die direkte und solidarische Haftung des straffälligen Geschäftsführers und der dahinter stehenden juristischen Person. In der Praxis hat dieses neue Haftungsmodell allerdings keine Anwendung gefunden, weil es unmöglich war, die juristische Person strafrechtlich zu belangen. Trotzdem wurde die juristische Debatte über die Ausgestaltung der Verbandsstrafe deutlich vorange-
trieben.

Im Jahr 2010 wurde eine Reform des Strafgesetzbuchs von 1995 beschlossen, das nach fünfzehn Jahren einer Anpassung bedurfte. Die vielleicht weitestreichende Änderung dieser Reform, die seit Dezember 2010 in Kraft getreten ist, ist die vollständige Eingliederung der Strafbarkeit der juristischen Personen in das Strafgesetzbuch. Darüber hinaus sind weitere Neuerungen zu beachten, wie die Kriminalisierung der Privatkorruption, Cyberstraftaten, Markenpiraterie etc.

Trotz der Offensichtlichkeit der beeindruckenden Macht der Handels- und Finanzkonzerne sprach sich die herrschende Meinung gegen die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen aus. Im Zuge zahlreicher EU-Initiativen, ausgehend vom zweiten EU-Protokoll über die Konvention zum Schutz der finanziellen Interessen der EU, Rahmenentscheidungen über Terrorismusbekämpfung, Privatkorruption oder Drogenhandel oder die Konvention des Europäischen Rats und der OECD gegen Korruption, hat sich die Unternehmensstrafbarkeit schließlich durchgesetzt⁵.

Obwohl die Debatte über die Auslegung des neu geschaffenen Textes in vollem Gange ist und erheblicher Bedarf an dogmatischer und richterlicher Auseinandersetzung mit diesem Modell besteht, vor allem im Hinblick auf ein erklärendes Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft, können wir Ihnen die Grundzüge dieses neuen Modells erläutern.

2. Die Zurechnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen

Art. 31 bis Abs. 1 ordnet die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Personen in zwei Fällen an: 1) Für Straftaten, die von den Vertretern oder Geschäftsführern im Namen bzw. auf Rechnung der juristischen Person und zu ihrem Vorteil begangen worden sind und 2) Für Straftaten, die im Rahmen der Geschäftstätigkeit, auf Rechnung sowie zum Vorteil der juristischen Person von Personen begangen wurden, die der Aufsicht von Vertretern und Geschäftsführern der juristischen Person unterstehen und die Tatbegehung aufgrund mangelnder Kontrolle möglich war.

⁵ Nieto Martín, A.: ¿Americanización o europeización del derecho penal económico?, in "Revista penal", N° 19, 2007, Págs. 120-136. Tiedemann, K., El derecho comparado ante el desarrollo del derecho penal económico, 2013 (im Erscheinen).





Sanktionen gegen juristische Personen: Spanien

Der erste Teil der Regelung scheint dem Wortlaut nach eine vicarious responsibility, also ein objektives Zurechnungsmodell zu verwenden, während der zweite Teil der Regelung auf eine Zurechnung von Verantwortlichkeit aufgrund eines Überwachungsverschuldens und der Anweisungskompetenz der Geschäftsleitung abstellt. Aber auch der erste Teil muss so ausgelegt werden, dass die Verantwortlichkeit der juristischen Person aus eigenem Verhalten herrührt und mit einem Organisationsverschulden begründet werden kann: Dem Unterlassen der gebotenen Sorgfalt zur Vermeidung von Straftaten aus der juristischen Person heraus⁶.

Diese Interpretation lässt sich aus dem Verfassungsrecht ableiten und stützt sich auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts (STC 2467/1991) im Hinblick auf die Vereinbarkeit der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person mit dem Schuldgrundsatz. Auch in diesem Fall wird ein Verstoß gegen die Rechtsordnung als Organisationsverschulden aufgefasst.

Um Rechtswidrigkeit und Schuld in beiden Fällen strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu untermalen sei an dieser Stelle betont, dass das Strafgesetzbuch als Milderungsgrund erwähnt, dass die juristische Person vor Beginn der mündlichen Verhandlung effektive Maßnahmen zur Prävention und Aufklärung von Straftaten implementiert, die in der Zukunft mit den Mitteln und unter dem Deckmantel der juristischen Person begangen werden können.

Für eine strafrechtliche Haftung muss eine Beziehung zwischen der natürlichen und der juristischen Person bestehen. Dies bedeutet, dass die natürliche Person par compte und im Interesse des Unternehmens gehandelt hat und diese umgekehrt durch die Straftat einen Vorteil erlangt hat und die Straftat durch ein Organisationsverschulden und die mangelnde Überwachung durch die Geschäftsführung ermöglicht wurde. Darin besteht die Zurechnung.

Gleichzeitig ist das Wesen der Verantwortlichkeit der juristischen Person originär und nicht akzessorisch. Art. 31 bis 2 legt aus diesem Grund fest, dass es für die Haftung der juristischen Person nicht notwendig ist, dass der tatsächliche Urheber der Straftat feststellbar oder schuldfähig ist, so kann er beispielsweise einem Verbotsirrtum unterliegen oder einem rechtfertigenden Notstand. Ebenso wenig kommen für die Verantwortlichkeit der juristischen Person strafschärfende Umstände der natürlichen Person zum Tragen.

⁶ Vgl. . Tiedemann, K., Manual de Derecho Penal Económico, Valencia 2010, Rn. 270 m.w.N.; Gómez-Jara, C., La culpabilidad en el derecho penal de la empresa. Marcial Pons Ed., 2005, der von einen konstruktivistischen oder selbstverantwortlichen Modell des Unternehmens spricht ("modelo constructivista o de autorresponsabilidad de la empresa"). Bajo Fernández (dir.), Bacigalupo Saggese/Gómez-Jara (Coord.), Gobierno corporativo y derecho penal, Ramón Areces Ed., Madrid, 2008, pp. 131 y ss.





Luis Arroyo Zapatero

3. Straftatenkatalog der Haftung juristischer Personen

Juristische Personen müssen sich nicht für alle Straftaten verantworten, die in ihrem Namen und zu ihrem Vorteil von Vertretern und Geschäftsführern oder von Personen, die deren Kontrolle unterstehen begangen werden, sondern nur für Straftaten, für die das Strafgesetzbuch explizit die Verbandsstrafe anordnet. Dies sind folgende Straftaten: Organhandel (trafico de organos) Art. 156 bis; Menschenhandel (trata de seres humanos) Art. 177 bis; Prostitution und Missbrauch von Minderjährigen (delitos relativos a la prostitucion y a la corrupcion de menores) Art. 189 bis, Verletzung des Persönlichkeitsrechts und Geheimnisverrat (descubrimiento y revelacion de secretos); Art. 197, Betrug (estafa) Art. 251bis; Strafbare Insolvenz (insolvencia punible) Art. 261bis; Computerstraftaten (danos informaticos) Art. 264; Straftaten gegen das geistige Eigentum, Markt und Verbraucher - darunter fällt auch der neu eingeführte Straftatbestand Korruption Privater - (delitos relativos al mercado) Art. 288; Hehlerei und Geldwäsche (receptacion y blanqueo de capitales) Art. 302, Steuer- und Sozialversicherungsdelikte (delitos contra hacienda y seguridad social) Art. 310 bis; Straftaten gegen die Rechte von Ausländern (derecho de los extranjeros) Art. 318bis; Straftaten gegen Raum- und Bauplanung (delitos sobre la ordenacion del territorio y urbanismo) Art. 319; Umweltstraftaten (delitos contra recursos naturales y medio ambiente); Art. 327, 328; Freisetzung ionischer Strahlung / radioaktiver Strahlung (delitos relativos a la energia nuclear y a las radiaciones ionizantes) Art. 343; Sprengstoffdelikte (otros delitos de riesgos provocados por explosivos y otros agentes) Art. 348; Drogenhandel (trafico de drogas) Art. 369 bis; Fälschung von Kredit- und EC-Karten sowie Reiseschecks (falsificacion de tarjetas de credito de debito y de cheques de viajes) Art. 399bis, Bestechung und Bestechlichkeit (cohecho) Art. 427, Vorteilsgewährung (trafico de influencias) Art. 430, Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr (delitos de corrupcion en los transacciones comerciales internacionales) Art. 445, Terrorismusfinanzierung (financiacion de terrorismo) Art. 576 bis.

Im Zusammenhang mit anderen Straftaten sieht das Strafgesetzbuch - ein Fehler der Gesetzgebung - vor, dass der Richter Maßnahmen anordnen kann, die für Personenverbände gelten, die keine eigene Rechtspersönlichkeit haben, nach Art. 129 (akzessorische Maßnahmen). Diese Maßnahmen beinhalten sogar die endgültige Untersagung der Aktivitäten, auch wenn die Organisation selbst rechtmäßig ist. Dies gilt für folgende Straftaten: Preisabsprachen bei öffentlichen Ausschreibungen, Art. 262; Behinderung der Inspektionstätigkeit bei Handelsgesellschaften, Art. 294; Straftaten gegen die Rechte der Arbeitnehmer, Art. 318; Straftaten in Zusammenhang mit Sprengstoff und anderen Schadstoffen, Art. 348; Lebensmittel- und Arzneimittelstrafrecht, Art. 366; Fälschung von Zahlungsmitteln, Art. 386.

4. Strafen und Strafzumessung für juristische Personen

Nach der Systematik des spanischen Strafgesetzbuchs ist die übliche Sanktion für juristische Personen die Geldstrafe (Art. 33.7). Dazu kommen folgende





Sanktionen gegen juristische Personen: Spanien

Sanktionen: Auflösung der juristischen Person; Untersagung der Geschäftstätigkeit bis zu fünf Jahren; Schließung von Geschäftsräumen bis zu fünf Jahren; das befristete oder endgültige Verbot in Zukunft Geschäftstätigkeiten auszuüben, in deren Zusammenhang die Straftat begangen, ermöglicht oder verdeckt wurde; das Verbot öffentliche Subventionen, Steuer- oder Sozialversicherungsvergünstigungen zu erhalten und schließlich die richterliche Intervention. Diese Maßnahme dient dazu, die Ansprüche der Arbeitnehmer und Schuldner zu sichern und kann für bis zu fünf Jahren angeordnet werden. Die Intervention kann nach richterlichem Ermessen entweder für die ganze Organisation oder nur auf bestimmte Teilbereiche angeordnet werden. Mit Ausnahme der ersten beiden Maßnahmen - Geldstrafe und Auflösung - können die weiteren Sanktionen auch gegenüber Personenverbänden verhängt werden, die keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen; dies gilt insbesondere für das endgültige Verbot der Geschäftstätigkeit, auch wenn diese an sich rechtmäßig ist.

Die Geldstrafe wird nach zwei Maßstäben bestimmt, je nach dem ob es sich um eine Tagessätzen oder eine Proportionalstrafe handelt. Im ersten Fall - der Geldstrafe nach Tagessätzen - wird diese für mindestens zehn Tage angeordnet, Art. 50.3, und bestimmt sich im Übrigen nach der einzelnen Straftat, der Tat selbst und der Schuld des Täters und nach der wirtschaftlichen Situation der juristischen Person. Der Tagessatz beträgt zwischen 30 € und 5000 €.

Falls hingegen eine Proportionalstrafe angesetzt ist, bestimmt sich die Strafhöhe in Proportion zum Schaden, dem Wert des Tatobjekts oder dem erzielten Gewinn. Die Strafe beträgt in diesem Fall die doppelte bis fünffache Höhe. Ist eine Strafzumessung aufgrund dieser Kriterien nicht möglich, kann auf die allgemeinen Strafzumessungsbestimmungen zurückgegriffen werden (Art. 52.4). Es besteht die Möglichkeit, die Geldstrafe in Raten zu begleichen, wenn eine Gefahr für den Fortbestand des Unternehmens, Arbeitsplätze oder Interessen der Allgemeinheit besteht. Wird die Geldstrafe nicht beglichen, kann der Richter eine Intervention des Unternehmens anordnen, bis die Strafe beglichen wird.

Art. 31 bis Abs. 4 beinhaltet vier Strafmilderungsgründe: Selbstanzeige, Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden, die Beibringung neuer Beweismittel, Wiedergutmachung oder die Implementierung effektiver Maßnahmen zur Verhinderung und Aufdeckung von Straftaten, die in der Zukunft mit den Mitteln oder unter dem Deckmantel der betreffenden juristischen Person begangen werden können (Criminal Compliance).

Neben den generellen Strafzumessungsregeln (Art. 66) wurden spezielle Regeln für juristische Personen eingeführt, die für alle Sanktionen außer Geldstrafe und Auflösung gelten (Art. 66 bis i.V.m. Art. 33.7 d - g): Die Notwendigkeit der Sanktion um die Fortsetzung der kriminellen Aktivität zu unterbinden; die wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen, vor allem im Hinblick auf die Arbeitnehmer oder die Stellung, der Person oder des Organs, dem das Überwachungsver schulden zukommt.





Luis Arroyo Zapatero

Die Strafen dürfen dabei nicht das Höchstmaß der Strafe für natürliche Personen überschreiten. Um eine Strafdauer von mehr als zwei Jahren anzuordnen ist es notwendig, dass die juristische Person rückfällig ist, oder für die Begehung von Straftaten instrumentalisiert wird.

Für die Verhängung des Höchstmaßes der Straftat ist es notwendig, dass die juristische Person für die Begehung von Straftaten instrumentalisiert wird und wiederholt rückfällig ist. Eine Instrumentalisierung der juristischen Person für die Begehung von Straftaten ist nach Art. 66 bis, 2a b. gegeben, wenn die legale Aktivität weniger bedeutsam ist als die kriminelle Aktivität der juristischen Person.

5. Schadensersatzpflicht

Art. 116 regelt die Schadensersatzpflicht und wurde um einen weiteren Absatz ergänzt, der eine gesamtschuldnerische Haftung der juristischen Person und der natürlichen Personen, die wegen derselben Tat verurteilt wurden, vorsieht. Dabei handelt es sich um eine direkte, gesamtschuldnerische Haftung, die im Gegensatz zur üblichen subsidiären Haftung steht.

6. Erlöschen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person und Ausnahmen.

Der Gesetzgeber hat vor allem den Fall vor Augen gehabt, dass die juristische Person nur zum Schein aufgelöst wird, allerdings ihre Aktivität faktisch fortführt. Art. 130.2 ordnet aus diesem Grund an, dass bei vorgetäuschter Auflösung die Strafbarkeit der juristischen Person weiter fortbesteht. Dies gilt, wenn die wirtschaftliche Aktivität weitergeführt wird, und eine substanzielle oder zumindest großflächige Gleichheit von Kunden, Lieferanten und Mitarbeitern besteht. Andere Änderung der Rechtsform, etwa durch Erbschaft, führen ebenso wenig zum Erlöschen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, können jedoch gerichtlich - etwa im Rahmen einer Strafminderung - berücksichtigt werden. Allerdings wirft diese Regelung noch zahlreiche Fragen auf.

7. Prozessuale Fragen

Im spanischen Strafprozessrecht obliegt die Beweislast im Verfahren gegen eine juristische Person - und allgemein im Strafprozess - gänzlich der Staatsanwaltschaft. Diese muss die folgenden Beweismittel für die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale beibringen: Tatbegehung (1) durch einen Vertreter, faktischen oder rechtlichen Geschäftsführer der juristischen Person; (2) im Namen oder im Interesse der juristischen Person; oder (1) Tatbegehung durch einen Mitarbeiter im Rahmen der Geschäftsaktivität, auf Rechnung oder im Interesse der juristischen Person, (2) die aufgrund eines Überwachungsverschuldens der Geschäftsführung möglich war.





Sanktionen gegen juristische Personen: Spanien

Ein Gesetzesentwurf, der unverzüglich in Kraft treten wird, reformiert das Strafprozessrecht im Bezug auf die gerichtliche Zuständigkeit, die Verteidigungsrechte der juristischen Person, die Teilnahme an der mündlichen Hauptverhandlung, sowie die Folgen von Geständnis und Säumnis.

8. Schlussfolgerung

Wenn wir uns ins Bewusstsein rufen, dass Portugal ebenfalls im Jahr 2007 die Strafbarkeit der juristischen Person ins Strafgesetzbuch aufgenommen hat, lässt sich sagen, dass nach der Strafrechtsreform von 2010 die iberische Halbinsel sich endgültig von der päpstlichen Weisungskompetenz emanzipiert hat, zumindest was die Metapher von Papst Innozenz IV. betrifft: “Societas delinquere non potest”.





İspanya'da Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu¹

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero*

(Tercüme: Doç. Dr. Ali Kemal Yıldız)

1. Çıkış Noktası ve Tarihi Referansları

Papa IV. Innozenz, kendisi zamanında özellikle II. Friedrich Barbarossa ile olan anlaşmazlıklarından ortaya çıkan hiç bir problemi, şahıs ya da ticari şirketlerin men-suplarının fiillerinden dolayı afaroz etmekten kaçınmasından daha başarılı bir biçimde çözümlememişti.

Gerçek adı Sinibaldo de Fieschi olan ve aynı zamanda Bologna Üniversitesinde profesör olan Papa, hukuksal bilgisi sayesinde “Toplulukların (=şirketlerin) ceza sorumluluğu olmaz” ilkesini formüle etmiştir ve bu ilke, Fransız Ceza Kanununun 1995 yılında yürürlüğe girmesine kadar Avrupa'daki bütün öğrenciler tarafından ders olarak öğrenilmiştir. “Toplulukların cezai sorumluluğunun olmayacağı” ilkesi, milli para birimimizin sahip olduğu güç ve devamlılığıyla aynı şekilde kültürümü-zün yapısının bir parçasıdır.

On yıl önce, Francesco Palazzo tarafından Floransa'da aynı konuyla ilgili düzenlenen seminerdeki ilk tebliğime bu sözlerle başlamıştım². O tarihte İspanya'da sözü edilen ilke aşırı biçimde yıpranmıştı ve milli para birimi Peseta, Euro'nun para birimi olarak kabulüyle antikacılara gönderilmiş ve madeni para meraklılarının konusu haline gelmişti. Bugün Papa IV. Innozenz'in mecazı, Francesco Galgan Onun da gayretleriyle İspanya'da da hukuk tarihi haline gelmiştir³.

1978 yılında Anayasa ile başlayan İspanyol ceza hukukunun modernleşmesi, 1983 yılında büyük bir reformla devam etti ve 1995 yılında yeni Ceza Kanunu ile

* Soci t  Internationale de D fense Sociale' nin Başkanı, Castilla-La Mancha Üniversitesi, Avrupa Ceza Hukuku ve Milletlerarası Ceza Hukuku Enstitüsü

** İspanyolcadan  eviren: Axel-Dirk Blumenberg, Castilla-La Mancha Üniversitesi Avrupa ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü Araştırma Görevlisi. Bu  alışma İspanyol Ceza Hukukunda tüzel kişilerin sorumluluğu alanındaki gelişmeyi özetlemektedir. Bu konuda ayrıntılı bir  alışma, Avrupa Komisyonu tarafından düzenlenen Avrupa Araştırma Projesi olan Corporate criminal liability and compliance programs (Ref. JLS/2008/JPEN/009)  er evesinde Ad n Nieto tarafından yürütülmektedir. Bilimsel yönetim: Alfonso Stile, Stefano Manacorda, Genevi ve Giudicelli-Delage, Ad n Nieto, Luis Arroyo Zapatero. Konuya ilişkin ana  alışmalar için bkz.: Nieto Martin, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo, Iustel Ed., Madrid, 2008; Demetrio Crespo, E., Responsabilidad penal por omisión del empresario, Iustel, Ed., Madrid, 2009; Gómez-Jara, C., La culpabilidad en el derecho penal de la empresa. Marcial Pons Ed., 2005; Dopico, J., Responsabilidad de personas jurídicas, en Ortiz de Urbina Gimeno (coord.), Memento, Reforma penal 2010, Levebre Ed., Madrid, 2010. Tiedemann, K., «Manual de Derecho Penal Económico», Parte General, Tirant lo Blanch Ed., Valencia 2010.

² Arroyo Zapatero, L.: «Persone Giuridiche e Responsabilit  Penale in Spagna», in: Societas Puniri Potest, La responsabilit  da reato degli enti collettivi. Atti del Convegno (15-16 marzo 2002) Francesco Palazzo (Dir.), s. 179-188 CEDAM, Milan 2002.

³ Karş.: Galgano, F., Le insidie del linguaggio giuridico, Il Molino Ed. Bologna 2010, s. 25.





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İspanya

tamamlandı. Onbeş yıl sonra İspanyol Kanun Koyucusu tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu Ceza Kanunu içerisinde düzenlemeye karar verdi⁴.

İspanyol hukuku tarihinde idare hukukuna ait yaptırımlar önemli bir ağırlığa sahiptir. Bu yüzden, Avrupa'nın genelinde 1970'lerin sonunda gerçekleşene benzer bir ceza hukukuna ilişkin ihlallerin suç olmaktan çıkarılmasına gerek duyulmadı. Bu gelenekten hareketle demokratik ve ekonomik gelişim güçlü bir idari yaptırım hukuku yarattı. Özellikle ticari idare hukuku özgürlüğü kısıtlayıcı ceza dışında ağır yaptırımlarla kendisini gösterdi. Anayasa Mahkemesi ve İdari Düzene İlişkin Kanun (30/1992) (m. 127 vd.) bu sisteme sözde ceza hukukuna ilişkin garantiler sağladılar: Kanunilik, Ölçülülük, kusur vb.

Bunun dışında, 1983 yılında gerçekleştirilen ilk büyük ceza hukuku reformuyla, şekli olarak suçtan dolayı sorumluluğu olan bir tüzel kişi adına ve yararına hareket eden gerçek kişilerin cezai sorumluluğu problemini kanunilik ilkesi ile uyumlu bir biçimde çözmek için, bir başka kişi adına hareket etme konusunda isnadiyet sistemi getirildi (Art. 31.1)⁵.

1995 yılında “demokratik ceza kanunu” olarak adlandırılan yeni ceza kanunu yayımlandı. Bu Kanun, 1848 tarihli Ceza Kanunundan kaynaklanan son 20 yıla ait suç politikası tartışmalarının bir senteziydi. Bu noktada bizi ilgilendiren, bu Kanunla getirilen iki yeniliktir. İlk grubu “Sosyo ekonomik Düzen” başlığı altında düzenlenen 1848 tarihli Ceza Kanununa dayanan ceza hükümleri oluşturmaktadır. Burada Klaus Tiedemann'ın manevi etkisi adım adım görülmektedir. Diğer taraftan para cezasına veya özgürlüğü kısıtlayıcı cezaya “bağlı (=fer'i) sonuçlar” kabul edilmiştir. Bu fer'i sonuçlar, gerçek kişinin firmanın faaliyeti çerçevesinde işlediği suçlarda doğrudan geçerli oldukları gibi, ceza ile güvenlik tedbiri arasında bir yere sahiptirler: Firma veya kuruluşun sürekli ya da geçici olarak kapatılması, şirketin feshi veya ticari faaliyetlerinin yasaklanması. Şüphesiz bu sonuçlar sıradan ekonomik suçlardan ziyade organize suçluluk alanındaki cezalar için öngörülmüştür.

2003 yılında, 1983 yılında beri 31.1. maddede formüle edilmiş olan üçüncü kişi adına hareket bakımından, suç işleyen yöneticinin ve onun arkasında olan tüzel kişinin doğrudan ve müteselsil sorumluluğu için, isnadiyet formülü geldi. Ancak bu yeni sorumluluk modeli uygulamada yer bulmadı, çünkü tüzel kişiyi cezai bakımdan sorumlu tutmak mümkün değildi. Buna rağmen hukuksal tartışma kolektif sorumluluğun düzenlenmesi açı bir biçimde devam etti.

2010 yılında, onbeş yılın sonunda uyuma ihtiyaç gösteren 1995 Ceza Kanununda bir reform gerçekleşti. Aralık 2010 yılında yürürlüğe giren bu reformun belki de en kapsamlı değişikliği tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun Ceza Kanununda tam olarak düzenlenmesiydi. Bunun yanında özel kişilerin gerçekleştirdikleri yolsuzlukların cezai yaptırıma bağlanması, siber suçlar marka konsanlığı vb. önemli değişiklikler de söz konusu olmuştur.

⁴ Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio, “por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”.

⁵ Karş.: Demetrio Crespo, E., «Responsabilidad penal por omisión del empresario », Iustel, Ed., Madrid, 2009.



Ticari ve finans holdinglerinin etkileme gücünün aşikar olmasına rağmen, hakim olan görüş tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna karşıydı. Sayısız AB girişimi, ikinci AB-Protokolünden hareketle Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunması Sözleşmesi, Terörle mücadele konusundaki çerçeve kararları, özel kişilerin gerçekleştirdikleri yolsuzluklar veya uyuşturucu madde ticareti yahut da Avrupa Konseyinin ve OECD'nin yolsuzluğa karşı sözleşmesi sonucunda nihayet tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edildi⁶.

Her ne kadar yeni oluşturulan metnin yorumuna ilişkin tartışmalar tüm hızıyla devam ediyor olmasına rağmen ve bu yeni modelin öğretisi ve uygulamada tartışılmasına, herşeyden önce de Başsavcılığının açıklayıcı bir genelgesine ihtiyaç bulunmaktaysa da biz burada size yeni modelin ana hatlarını açıklayabiliriz.

2. Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğunu İsnadı

31. maddenin 1. fıkrası iki halde tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu öngörmektedir: 1) Temsilci veya yöneticilerin tüzel kişiyine ya da hesabına ve onun yararına işlediği suçlarda; 2) Ticari faaliyetler sırasında, tüzel kişinin temsilci ve yöneticilerinin emri altında olan kişiler tarafından denetim eksikliği sebebiyle, tüzel kişinin hesabına veya yararına işlenen suçlar.

Madde metninden hareket edilirse, kuralın ilk bölümü üçüncü kişinin eyleminden kaynaklanan bir sorumluluk olarak görünürken, ikinci bölümü şirket yönetiminin denetim kusuru ve emir verme yetkisinden kaynaklanan sorumluluğun isnadına dayanmaktadır. Bununla birlikte ilk bölüm açısından da tüzel kişinin sorumluluğunun kendi davranışından kaynaklandığı ve organizasyon kusuruna dayandığı şeklinde yorumlanmalıdır: Bu durumda tüzel kişiden kaynaklanan suçlardan kaçınmak konusunda gerekli özen gösterilmemektedir⁷.

Bu yorum anayasa hukukundan çıkarılmaktadır ve Anayasa Mahkemesinin tüzel kişilerin idare hukukuna ilişkin sorumluluğunun kusur ilkesiyle uyumuna ilişkin kararına (STC 2467/1991) dayanmaktadır. Bu halde de hukuk düzeninin ihlali organizasyon kusuru olarak kabul edilmektedir.

Hukuka aykırılık ve kusurun cezai sorumluluğun her iki halinde de mevcut olması için, Ceza Kanununun, tüzel kişinin duruşma başlamadan önce gelecekte tüzel kişi aracılığıyla ve tüzel kişilik örtüsü altında işlenebilecek suçların önlenmesi ve aydınlatılması için etkili önlemler uygulamasının indirim sebebi olarak düzenlendiği vurgulanmalıdır.

⁶ Nieto Martin, A.: ¿Americanización o europeización del derecho penal económico?, in "Revista penal", N° 19, 2007, Págs. 120-136. Tiedemann, K., El derecho comparado ante el desarrollo del derecho penal económico, 2013 (yayın aşamasında).

⁷ Karş.: Tiedemann, K., Manual de Derecho Penal Económico, Valencia 2010, no. 270 (diğer kaynaklar dipnotta gösterilmiştir); Gómez-Jara, C., La culpabilidad en el derecho penal de la empresa. Marcial Pons Ed., 2005, yapıcı veya bizzat kendisi sorumlu olan bir işletme modelinden söz etmektedir ("modelo constructivista o de autorresponsabilidad de la empresa"). Bajo Fernández (dir.), Bacigalupo Saggese/Gómez-Jara (Coord.), Gobierno corporativo y derecho penal, Ramón Areces Ed., Madrid, 2008, s. 131 y vd.



Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İspanya

Cezai bir sorumluluk için gerçek kişi ile tüzel kişi arasında bir ilişkinin varlığı şarttır. Bundan maksat gerçek kişinin tüzel kişi hesabına ve yararına hareket etmiş olması ve tüzel kişinin de bu suçtan bir yarar elde olması; bunun yanında da organizasyon kusuru ve yönetimin denetim eksikliğinin suçun işlenmesini mümkün kılmış olması gereklidir. Bu durumda isnadiyetin varlığı kabul edilir.

Aynı zamanda tüzel kişinin sorumluluğu, doğrudan olup, bağlı (=fer'i) bir sorumluluk niteliğinde değildir. Bu yüzden 31 bis maddesinin 2. fıkrası tüzel kişinin sorumluluğu için, suçun gerçek failinin belirlenmesi veya failin kusur yeteneğinin bulunması gerekli olmadığını kabul etmektedir. Örneğin gerçek fail hukuksal bir hataya düşmüş olabilir veya hukuka uygunluk sebebi niteliğindeki zorunluluk hali içerisinde hareket etmiş olabilir. Aynı şekilde gerçek kişi açısından mevcut olan cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren sebepler tüzel kişinin sorumluluğu açısından na-diren etkili olur.

3. Tüzel Kişilerin Sorumlu Olduğu Suçlar

Tüzel kişiler, temsilcileri veya yöneticileri yahut da onların kontrolü altında bulunan kişiler tarafından, tüzel kişi adına ve yararına işlenen bütün suçlardan dolayı değil, sadece Ceza Kanununun açıkça birlikte (=kolektif) sorumluluk öngördüğü suçlardan dolayı sorumludur. Bu suçlar şunlardır: Organ ticareti (tráfico de órganos) Art. 156 bis; insan ticareti (trata de seres humanos) Art. 177 bis; Fuhuş ve çocukların cinsel istismarı (delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores) Art. 189 bis, kişilik haklarının ihlali ve gizliliğin ihlali (descubrimiento y revelación de secretos); Art. 197, dolandırıcılık (estafa) Art. 251bis; hileli iflas (insolvencia punible) Art. 261bis; bilgisayar suçları (danos informáticos) Art. 264; fikri mülkiyete karşı suçlar, ticarete hile karıştırma ve tüketiciye karşı suçlar - bunlar yanında yeni kabul edilen özel kişinin yolsuzluğu suçu- (delitos relativos al mercado) Art. 288; yardım ve yataklık ile kara para aklama (receptación y blanqueo de capitales) Art. 302, vergi ve sosyal güvence ile ilgili suçlar (delitos contra hacienda y seguridad social) Art. 310 bis; yabancıların haklarına karşı suçlar (derecho de los extranjeros) Art. 318bis; imar kirliliğine neden olma suçları (delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo) Art. 319; çevre suçları (delitos contra recursos naturales y medio ambiente); Art. 327, 328; ionik ve radyoaktif ışınların serbest bırakılması (delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes) Art. 343; patlayıcı madde suçları (otros delitos de riesgos provocados por explosivos y otros agentes) Art. 348; uyuşturucu madde ticareti (tráfico de drogas) Art. 369 bis; kredi ve banka kartları ile seyahat çeki sahtecilikleri (falsificación de tarjetas de credito de debito y de cheques de viajes) Art. 399bis, rüşvet alma ve rüşvet verme (cohecho) Art. 427, rüşvete aracılık (tráfico de influencias) Art. 430, uluslararası ticari işlemlerde rüşvet verme (delitos de corrupción en los transacciones comerciales internacionales) Art. 445, terörün finansmanı (financiación de terrorismo) Art. 576 bis.

Ceza Kanunu -kanun koyucunun bir hatası olarak- 294. maddesinde, diğer suç tipleriyle bağlantılı olarak, tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi toplulukları hakkında



hakimin tedbire de (bağlı=fer'i tedbirler) başvurabilmesini öngörmektedir. Bu tedbirler, organizasyonun kendisi hukuka uygun ise, faaliyetlerinin sürekli olarak yasaklanmasını dahi öngörmektedir. Bu tedbirler şu suçlar için geçerlidir: Kamu ihalelerine fesat karıştırma, Art. 262; ticari şirketlerin denetiminin engellenmesi, Art. 294; çalışanların haklarına karşı suçlar, Art. 318; patlayıcı ve zarar verici maddelerle bağlantılı suçlar, Art. 348; gıda maddeleri ve ilaç ceza hukuku, Art. 366; ödeme araçlarında sahtecilik, Art. 386.

4. Tüzel Kişiler İçin Öngörülen Cezalar ve Cezanın Belirlenmesi

İspanyol Ceza Kanununun sistematığına göre tüzel kişiler için öngörülen olağan ceza para cezasıdır (m. 33.7). Bunun yanında şu yaptırımlar da söz konusudur: Tüzel kişiliğin feshi; ticari faaliyetin beş yıla kadar yasaklanması; ticari faaliyetlerin yürütüldüğü şubelerin beş yıla kadar kapatılması; kendileriyle bağlantılı olarak suçların işlendiği, suç işlenmesine imkan sağlandığı veya suçların gizlendiği gelecekteki ticari faaliyetlerin süreli veya sürekli yasaklanması; Devlet desteği, vergi ve sigorta indirimleri almasının yasaklanması ve son olarak da hakimin müdahalesi. Bu tedbirler çalışanların ve borçluların haklarını korumaya hizmet eder ve süresi beş yıla kadar uzayabilir. Müdahale hakimin takdirine göre tüzel kişiliğin bütününe veya bir kısmına ilişkin olarak uygulanabilir. Para cezası ve fesih dışındaki yaptırımlar, özellikle de eğer uygunsa ticari faaliyetin sürekli olarak yasaklanması, tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi toplulukları hakkında da uygulanabilir.

Para cezası, gün para cezası veya nispi para cezası şeklindeki iki ölçüte göre belirlenir. İlk halde - gün para cezası- en az on gün olabilir (m. 50.3) ve her suçta eylem, failin kusuru ve tüzel kişinin ekonomik durumuna göre belirlenir. Bir gün için belirlenecek para cezası 30 Euro'dan 5000 Euro'ya kadar olabilir.

Buna karşı nisbi para cezasının miktarı, zararın miktarına, suçun konusunun değerine veya elde edilmek istenen kazanca oranla belirlenir. Bu halde ceza iki katından beş katına kadar olabilir. Eğer bu kriterlere göre cezayı belirlemek mümkün olmazsa, genel ceza belirleme kriterlerine göre belirlenir (m. 52.4). Eğer firmanın devamı, çalışma alanları veya kamu yararı bakımından bir tehlike söz konusu olursa para cezası taksitle de ödenebilir. Eğer para cezası ödenmezse, hakim, ceza ödenene kadar firmaya müdahale emri verebilir.

31 bis maddesinin 4. fıkrası dört ceza indirim sebebi öngörmektedir: Suçun ikrarı, soruşturma organlarına yardım, yeni delillerin getirilmesi, zararın giderilmesi veya gelecekte ilgili tüzel kişi aracılığıyla veya tüzel kişilik örtüsü altında işlenebilecek suçların engellenmesi ve açığa çıkarılması konusunda etkin tedbirlerin uygulanması (Criminal Compliance).

Cezanın belirlenmesine ilişkin genel kural yanında (m. 66), tüzel kişiler için para cezası ve fesih dışındaki yaptırımlar bakımından geçerli olacak özel kurallar kabul edilmiştir (m. 33.7 d-g ile bağlantılı olarak m. 66 bis): Suça ilişkin faaliyetlerin devamının engellenmesi için yaptırımın zorunlu olması; özellikle çalışanlar bakımından ekonomik ve sosyal etkileri, denetim kusuru söz konusu olan kişi veya organın statüsü. Bunun yanında cezalar gerçek kişiye verilen cezanın üst sınırını



Luis Arroyo Zapatero

geçmemelidir. İki yıldan fazla sürecek bir cezanın verilebilmesi için tüzel kişinin mükerrir olması veya suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmış olması gereklidir.

Cezanın üst sınırına hükmedebilmek için, tüzel kişinin suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmış olması ve birden fazla kez mükerrir olması gereklidir. Şayet tüzel kişinin hukuka uygun faaliyeti, suça ilişkin faaliyetinden daha az önem taşıyorsa, tüzel kişinin 66 bis, 2a b.'ye göre suçun işlenmesinde araç olması söz konusudur.

5. Tazminat Yükümlülüğü

116. madde tazminat yükümlülüğünü düzenlemektedir ve maddeye aynı eylemden dolayı mahkum edilen gerçek kişiyle tüzel kişinin müteselsel sorumluluğunu öngören bir fıkra eklenmiştir. Bunun yanında burada ikincil bir sorumluluk değil, doğrudan ve bütün malvarlığıyla sorumluluk söz konusudur.

6. Tüzel Kişinin Cezai Sorumluluğunun Ortadan Kaldırılması ve İstisnaları

Kanun Koyucu herşeyden önce tüzel kişinin görünüşte feshedilmiş olmasına karşı faaliyetlerine fiilen devam etmesi halini gözönünde tutmuştur. Bu yüzden madde 130.2 sahte fesih halinde tüzel kişinin cezalandırılabilirliğinin devam etmesini düzenlemiştir. Bu durum, eğer ticari faaliyetlerin devam etmesi ve müşterilerin, distribütör ve çalışanların esaslı biçimde veya yaygın biçimde aynı olması halinde söz konusudur. Reformun getirdiği bir diğer değişiklik, tüzel kişinin miras yoluyla el değiştirmesi cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bununla birlikte mahkemece bu durum örneğin cezanın indirilmesi çerçevesinde gözönünde tutulabilir. Şüphesiz bu kural pek sorunu da beraberinde getirmektedir.

7. Ceza Muhakemesine İlişkin Sorunlar

İspanyol ceza muhakemesi hukukunda tüzel kişi aleyhinde yürütülen bir ceza muhakemesinde ispat yükü - her ceza muhakemesinde olduğu gibi- tamamen savcıya aittir. Savcı, tipik eylemin ispatı açısından delilleri ortaya koymak zorundadır: Eylemin (1) bir temsilci tarafından ya da fiilen veya hukuken atanmış yönetici tarafından; (2) tüzel kişinin adına veya yararına gerçekleştirilmiş olması yahut da (1) bir çalışan tarafından ticari faaliyetler çerçevesinde, tüzel kişinin hesabına veya yararına, (2) şirket yönetiminin denetim kusuru sebebiyle gerçekleştirilmiş olması.

Yakın zamanda yürürlüğe girecek olan bir kanun tasarısı mahkemelerin yetkisi, tüzel kişilerin savunma hakları, sözlü duruşmaya katılma ve ikrar ve inkarın sonuçları bakımından ceza muhakemesinde değişiklik getirmektedir.

8. Sonuç

Şayet Portekiz'in de 2007 yılında tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu Ceza Kanununda düzenlediğini düşünürsek, 2010 yılındaki ceza hukuku reformundan sonra İber Yarım Adasında Papanın emir verme yetkisinin, en azından Papa IV. Innozenz'in mecazı olan "Toplulukların(=şirketlerin) ceza sorumluluğu olmaz" bakımından ortadan kalktığı söylenebilir.





Sulla responsabilità ‘penale dell’ ente pubblico economico, o non economico, o esercente potere pubblico, in Italia

(decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231)

Prof. Dr. Silvio Riondato *

Sommario: 1. La responsabilità penale degli “enti” e la definizione degli enti pubblici inclusi/esclusi. 2. L’ente “pubblico economico” e l’ente pubblico “non economico”. 3. L’esclusione della persona giuridica che esercita pubblici poteri nella direttiva comunitaria sulla tutela penale dell’ambiente. 4. Responsabilità della persona giuridica pubblica per illecito meramente amministrativo.

Il tema proposto attinge particolarmente talune questioni suscitate da una duplice emergenza relativamente recente: la previsione della punizione di “enti” per reato, da un alto, e dall’altro lato l’emergere di *public companies* nella forma soprattutto di società per azioni a partecipazione pubblica, nel quadro anche della “privatizzazione” di imprese pubbliche, che spesso non è integrale mentre assume varie forme. Al fondo sta il problema cruciale se ed eventualmente in che limiti l’ente pubblico sia punibile¹.

1. La responsabilità per reato detta “amministrativa”, concernente le persone giuridiche si è attuata con la legge-delega 29 settembre 2000, n. 300, art. 11, ed il conseguente decreto legislativo (delegato) 8 giugno 2001, n. 2312.

Senza entrare in questa sede nella disputa dottrinale circa la natura di tale responsabilità, ci atterremo alla scelta della giurisprudenza, secondo cui si tratta in sostanza di una responsabilità di natura *penale*³, per fatto proprio⁴, che riprende lo schema

* Università degli Studi di Padova

¹ PAVANELLO E., La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico - *Societas publica delinquere potest*, Padova, Padova University Press, 2011, passim, con ampia disamina critica e comparatistica. RIONDATO S., Sulla responsabilità penale degli amministratori di società pubbliche, et de publica societate quae delinquere potest, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2005, 790 ss.

² Sulla letteratura in materia v. la ricognizione critica di AMARELLI G., Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio *societas delinquere potest*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2003, 941 ss. Con particolare riferimento alla natura della responsabilità cfr., PALIERO C.E., La società punita: del come, del perché e del per cosa, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, 1516 ss.; BRUNELLI D., RIVERDITI M., Art. 1, in PRESUTTI A., BERNASCONI A., FIORIO C., La responsabilità degli enti, Padova, CEDAM, 2008, 82 ss.; DE VERO G., La responsabilità penale delle persone giuridiche, Milano, Giuffrè 2008, 305 ss.; PANAGIA S., Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2008, 149 ss.

³ Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, in Cass. pen., 2007, 74.

⁴ La Corte di Cassazione, con sentenza n. 27735 (depositata il 16 luglio 2010), in Cass. pen., 2011, n. 5, 648 ss. (con nota di AGNESE A., La natura della responsabilità da reato degli enti, ivi, 1882), ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 d. lgs. 231/2001, sollevata con riferimento all’art. 27 Cost., poiché l’ente non è chiamato a rispondere per un fatto altrui, bensì proprio, atteso che il reato commesso nel suo interesse e o a suo vantaggio da soggetti inseriti nella compagine della persona giuridica deve ritenersi tale in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega i primi alla seconda. La Corte ha pure precisato che non si tratta di una forma di responsabilità oggettiva, essendo prevista necessariamente, per la sua configurabilità, la sussistenza della cosiddetta “colpa di organizzazione” della persona giuridica.





Responsabilità dell' Ente Pubblico

del concorso di persone nel reato⁵. L'ambito processuale è quello tradizionale penale, con adattamenti.

Questa responsabilità che inizialmente riguardava una "lista" molto limitata di reati-presupposto, compresa in generale la forma del tentativo di delitto⁶, e peraltro comprendeva tra l'altro per esempio la corruzione, figura che in ipotesi potrebbe riguardare qualsiasi tipo di ente, è stata poi estesa a numerose figure, inclusi reati di natura colposa come l'omicidio colposo e le lesioni gravi o gravissime dell'incolumità fisica commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro⁷. Notevole, ulteriore, ampliamento si è avuto con la considerazione, da ultimo, di reati contro l'ambiente⁸.

Si tratta, dunque, di principio, di una criminalità più ampia di quella criminologicamente inquadrabile in una nozione di criminalità "di impresa"⁹ cioè relativa al mondo economico- imprenditoriale, verso il quale storicamente soprattutto si avvia l'esigenza di una responsabilità penale delle persone giuridiche, come hanno indicato i notissimi, fondamentali e precursori studi di Klaus Tiedemann. E d'altra parte le ultime novelle legislative hanno individuato reati-presupposto che sono rivolti a tutelare importanti beni la cui lesione potrebbe certamente di fatto conseguire dall'opera (anche) di enti non inquadrabili in tipologie di stampo economico: per esempio, dal 2006 l'ente è punito in relazione alle "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili"¹⁰, e dal 2011 perfino per "induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria"¹¹.

Si è imposta quindi a maggior ragione l'esigenza di precisare a quali soggetti la nuova responsabilità attenga (cosiddetti "destinatari" delle nuove norme). In ordine al versante "pubblicistico" che qui interessa, la *legge-delega* ha stabilito: che sono comunque esclusi gli enti <<che svolgono funzioni di rilievo costituzionale>>; e che <<per "persone giuridiche" si intendono gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri>> (art. 11 cit., comma 1 e 2).

⁵ Corte di Cassazione, sezioni unite penali, 27 marzo 2008, n. 7. La giurisprudenza ha inoltre ritenuto che l'"ente" può essere anche una "impresa individuale" (Cassazione penale, sez. III, 15 dicembre 2010 c.c., n. 15657, Sferrazza, in Cass. pen., 2011, 7/8, 2556).

⁶ Restavano esclusi, per esempio, i reati ambientali, il riciclaggio, i reati tributari. Cfr. CARMONA A., La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2003, 995.

⁷ V. art. 25 septies d.lgs. 231/2001, Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, introdotto dall'art. 9 l. 3 agosto 2007, n. 123 (in dottrina, ALDOVRANDI P., La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in L'indice penale, 2009, n. 2, 495 ss. e DI GIOVINE O., Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli Enti, in Cass. pen., 2009, n. 3, 1325 ss.).

⁸ V. art. 25- undecies d.lgs. 231/2001, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. 7 luglio 2011, n. 121.

⁹ Cfr. PATRONO P., Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali, Padova, Cedam, 1992.

¹⁰ Legge 9 gennaio 2006, n. 7, art. 25-quater 1.

¹¹ Art 25 decies del d. lgs. 231/2001, come introdotto tramite l'art. 2 del d. lgs. 7 luglio 2011, n. 221.



Di conseguenza, una volta pur esclusi tutti gli enti pubblici territoriali oltre allo Stato (quindi, tra l'altro, le Regioni e i Comuni), nonché gli enti previsti dalla Costituzione della Repubblica (per esempio il Parlamento, la Corte costituzionale), e a parte l'ampia sfera di dubbi che si potrebbe sollevare riguardo all'ampiezza della nozione di "funzioni di rilievo costituzionale"¹² - si è posto il problema di individuare la nozione di "esercizio di pubblici poteri". Tale nozione non trova un adeguato, tassativo *pendant* nell'esperienza giuridica amministrativo-pubblicistica¹³, ma nemmeno nella tradizione penalistica. Se fosse collegata al tradizionale sistema penalistico in forza di elementari esigenze di coordinamento tra responsabilità delle persone fisiche e responsabilità delle persone giuridiche, parrebbe avviarsi verso un inquadramento alla stregua dell'esperienza maturata con l'estensiva interpretazione, secondo criteri di tendenza soggettivista, data agli articoli 357 e 358 del codice penale, che contengono le definizioni di "pubblico ufficiale" e di "incaricato di un pubblico servizio"¹⁴. Il risultato, per così dire "rovescio", sarebbe quello di ridurre grandemente il novero degli enti pubblici inclusi nella soggezione al nuovo regime.

A complicare il quadro è intervenuto, con il citato *decreto delegato del 2001*, il legislatore delegato, il quale ha ritenuto suo compito quello di svolgere la nozione di "enti pubblici che esercitano pubblici poteri" contenuta nella legge-delega. Il delegato ha però in buona sostanza disatteso l'indicazione data dal delegante, creando un criterio affatto diverso, per cui le nuove disposizioni non si applicano <<allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale>> (art. 1, co. 3, *decr. lgs. n. 231/2001*)¹⁵. E' scomparso, tra l'altro, l'esercizio di potere pubblico, mentre è stata introdotta l'originale dicotomia ente pubblico economico-ente pubblico non economico¹⁶.

¹² Dubbi quanto meno di merito solleva per esempio il caso dei partiti e dei sindacati Criticamente, per tutti, PATRONO P., Verso la soggettività penale di società ed enti, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2002, 185 s. Per l'esclusione v. DE SIMONE G., I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la <<parte generale>> e la <<parte speciale>> del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in AA.VV. Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato, a c. di G. GARUTI, Padova, Cedam, 2002, 83.

¹³ Si veda, anche per ulteriori notazioni e svolgimenti, GOISIS F., Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche, Milano, Giuffrè, 2004, passim; BERTONAZZI L., Il D. lgs. n. 231/2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi, in Dir. proc. amm., 2001, 1166; FARES G., La responsabilità dell'ente pubblico per i reati commessi nel proprio interesse, in Cass. pen., 2004, n. 6, 2201 ss.

¹⁴ Gli articoli 357 e 358 del codice penale sono stati riformati in prospettiva restrittiva nell'ormai lontano 1990 (legge n. 86/1990): si è imposta una preferenza per la qualificazione oggettivo-funzionale, a scapito di quella soggettiva. Ma ciò non ha comportato una definitiva dismissione del riferimento alla (anche potenziale) formazione e manifestazione della "volontà della pubblica amministrazione" (art. 357 cit.). Perciò la nozione di "pubblica amministrazione" si presta, alla lettera, a connotazioni meramente soggettive, a prescindere cioè dal criterio di disciplina (pubblicistica) e dalla natura della concreta attività svolta (pubblicistica). La giurisprudenza fatica ad accettare l'idea che la privatizzazione degli enti pubblici economici comporti la perdita delle qualifiche pubblicistiche in capo ai rispettivi organi. E' evidente la preoccupazione che la "fuga" dal diritto pubblico, realizzata tramite la privatizzazione, si traduca in una "fuga" dal diritto penale (Cfr. GOISIS F., op. cit., 167 ss.) con conseguente decremento dei livelli di tutela di importanti beni giuridici. Pertanto risorge costantemente la rilevanza della natura pubblicistica del "soggetto-amministrazione" che agisce tramite l'agente-persona fisica che è organo di una persona giuridica privatisticamente inquadrabile. Tanto più ciò avviene quando si tratti di vicende che coinvolgono denaro di origine pubblica. Acquistano quindi vieppiù rilevanza i cosiddetti "indici sintomatici della pubblicità". Tali indici, più o meno fondati/controllabili, svolgono un ruolo decisivo soprattutto in ordine alla qualificazione di persone fisiche che svolgono attività aventi carattere accessorio o sussidiario rispetto a fini istituzionali di enti pubblici. Cfr., sull'intera problematica, MANES V., Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione, Torino, Giappichelli, 2010; ult. ind. in RIONDATO, Sulla responsabilità penale, cit.

¹⁵ In questo senso anche FIDELBO G., Enti pubblici e responsabilità da reato, in Cass. pen., 2010, n. 12, 4080.

¹⁶ Inoltre il decreto ha esteso in generale la disciplina agli enti privi di personalità giuridica.



Responsabilità dell' Ente Pubblico

2. La definizione appena riportata indica gli enti pubblici residualmente inclusi nel nuovo regime di responsabilità, gli enti pubblici economici.

Essi però, in ipotesi, potrebbero non esaurire il novero degli enti pubblici che non esercitano pubblici poteri, e d'altro canto potrebbero anche essere concepiti come esercenti pubblici poteri (anche se non di tipo amministrativo-finale). Se pure a quest'ultima eventualità può porre rimedio un'interpretazione conforme alla legge-delega, ragion per cui sarebbero esclusi enti pubblici economici esercenti pubblici poteri, restano tuttavia comunque tre principali problemi: stabilire quali siano i pubblici poteri rilevanti; definire l'ente pubblico economico; stabilire la sorte degli enti pubblici non economici né esercenti pubblici poteri (ammessa e non concessa la categoria, che potrebbe comprendere per esempio enti erogatori di un pubblico servizio).

La stessa relazione governativa al decreto delegato accenna al problema se, ad esempio, Università e Aziende ospedaliere, enti erogatori di un pubblico servizio, possano o no essere esclusi dall'ambito applicativo della norma. Il criterio prescelto mira appunto all'esclusione. La questione si potrebbe estendere, per fare ulteriori esempi, ad Ordini professionali, come gli Ordini degli Avvocati o dei Medici, oppure alle Camere di Commercio. Ci sono poi certi (ex) enti pubblici ora privatizzati, come le Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza (IPAB), che in alcune Regioni sono state trasformate in "aziende pubbliche di servizi alla persona", le quali presentano i caratteri dell'ente pubblico, per legge non hanno fine di lucro, ma sono tenute ad agire con criteri imprenditoriali. Possono essere considerate "società" ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. 231/2001? Oppure rileva la loro connotazione pur sempre pubblicistica? Questi interrogativi rimangono tuttora rilevanti, anche perchè il decreto delegato continua a contemplare senz'altro l' "ente che svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità", laddove, all'articolo 15, impone al giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione interruttiva dell'attività dell'ente, di disporre la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata¹⁷.

Recente dottrina¹⁸ si è soffermata sull'opportunità di estendere, mediante un intervento riformatore del legislatore, l'ambito soggettivo di applicazione del decreto, in considerazione di due recenti pronunce giurisprudenziali che, da un lato, dimostrano quanto malamente sia inteso il criterio discrezionale malamente creato dal legislatore delegato, e dall'altro lato esprimono il tentativo di fornire un'interpretazione "adeguata" per ritenere responsabili un ente (pubblico) ospedaliero costituito in forma di società per azioni a partecipazione maggioritaria in mano pubblica¹⁹, e una società per azioni costituita per svolgere funzioni in materia di smaltimento rifiuti, funzioni trasferite alla stessa da parte di un ente pubblico²⁰.

¹⁷ Ma v., per il relativo collegamento solo ad enti a soggettività privata, PECORELLA C., Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità, in ALESSANDRI A. et al., La responsabilità amministrativa degli enti, Milano, Ipsoa, 2002, 75.

¹⁸ DI GIOVINE O., Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato, in Cass. pen., 5, 2011, 1888 e ss.; CUGINI A., Le società miste al confine della responsabilità amministrativa da reato degli enti, in Cass. pen., 5, 2011, 1909 ss.





Silvio Riondato

Nel primo caso (reato di truffa), la Corte di Cassazione ha annullato un'ordinanza del Tribunale di Belluno che aveva ritenuto di non poter applicare la misura del sequestro preventivo di una consistente somma, perchè si sarebbe trattato di un ente pubblico, come tale non soggetto al decreto legislativo n. 231/2001. Secondo la Corte, non è sufficiente, ai fini dell'esonero, che l'ente abbia natura pubblicistica, ma è necessario anche che l'ente non svolga attività economica. E, ha proseguito la Corte, il solo fatto che l'istituto ospedaliero fosse costituito nella forma della società per azioni, doveva ritenersi di per sé sufficiente a integrare l'esercizio dell'attività economica, avente finalita di lucro. In sostanza i giudici hanno ritenuto di aderire a quella linea interpretativa che per la società "mista" valorizza la struttura societaria, privatistica. Non è prevalsa la diversa tesi, propugnata soprattutto dalla dottrina di diritto amministrativo, che utilizza il criterio dell'autodeterminazione o eterodeterminazione della finalita perseguita: se il fine è etero-determinato, allora le società, a prescindere dalla loro struttura privatistica, debbono essere considerate enti pubblici non economici²¹ e in quanto tali devono essere esclusi dall'ambito di applicazione del decreto²². D'altro canto, nelle recenti trasformazioni che hanno riguardato diversi enti pubblici amministrativi, privatizzati e trasformati in società per azioni (es. Poste Italiane S.p.a.: società per azioni che svolge un servizio pubblico)²³, quegli enti hanno continuato a gestire lo stesso servizio e gli stessi interessi pubblici che amministravano in precedenza: se dunque si guarda all'interesse e alla finalita perseguiti, la connotazione "pubblicistica" rimarrebbe.

Nella sua decisione, la Corte ha ritenuto invece di aderire alla prima linea interpretativa: la forma societaria denota in sé una finalita lucrativa "privatistica", con la conseguenza che la società mista rientra nella nozione di ente in questione.

Le conclusioni della Corte sono state sottoposte a vaglio critico. La struttura societaria non potrebbe che essere considerata una mera modalita organizzativa societaria, di per sé "muta" quanto alle finalita perseguite. Inoltre, nello specifico, il comparto sanità dovrebbe necessariamente anteporre, rispetto a ipotetiche finalita di lucro, interessi non legati al profitto²⁴. Il fatto che l'ente si doti di struttura societaria non può condurre a confondere le ragioni di gestione dell'ente (che necessariamente deve avvenire secondo criteri imprenditoriali), dallo scopo di lucro strettamente inteso.

¹⁹ Cass. pen. 9 luglio 2010, n. 28699, in Cass. pen., 2011, 5, 1888 ss. (con nota di DI GIOVINE, cit., 1889 ss.), e in I contratti dello Stato e degli enti pubblici, n. 4, 2010, 540 con nota di BARZAZI G., Sull'applicabilità del d.lgs. n. 231 del 2001 alle società pubbliche (542 ss.).

²⁰ Cass. pen. 26 ottobre 2010, n. 234, in Cass. pen., fasc. 5, 2011, 1907 ss., con nota di CUGINI A., cit., 1909 ss.

²¹ Il che induce a considerare appartenenti all'area pubblicistica soggetti costituiti con le forme del diritto privato (VIGNOLI F., Brevi note sulla controversa responsabilità da reato ed erariale delle società a partecipazione pubblica, in La responsabilità amministrativa della responsabilità e degli enti, 2006, 4, 109, <http://www.rivista231.it>).

²³ FIDELBO, Enti pubblici, cit., 4082.

²⁴ DI GIOVINE, Sanità ed ambito applicativo, cit., 1896 ss.





Responsabilità dell' Ente Pubblico

La seconda decisione ha riguardato una società mista cui erano state demandate dal Comune funzioni in materia di raccolta e smaltimento di rifiuti²⁵. Anche in questo caso la Corte sostiene che la società deve considerarsi destinataria delle norme concernenti la responsabilità penale degli enti. La natura pubblicistica non è di per sé sufficiente a esonerare l'ente. Occorre in fatto verificare se la società svolga o meno attività economica. Nella fattispecie, a parere della Corte la risposta è affermativa. Il convincimento viene tratto ancora una volta dalla struttura societaria di cui si è dotato l'ente: la struttura evidenzia la presenza di una finalità lucrativa. Il ragionamento è quindi analogo a quello sopra indicato: se c'è struttura societaria, allora c'è finalità lucrativa. Si prescinde quindi dalla reale struttura degli enti in questione e dal rilievo che il mero agire in economia non è sufficiente a costituire fini lucrativi. Normalmente dette società, come pure le Aziende ospedaliere, sono sottoposte a controlli peculiari, come ad esempio quello contabile, e a regole specifiche (per la scelta del socio)²⁶ che non ne consentono, a rigore, la piena equiparazione a soggetti di diritto privato. È pur vero tuttavia che proprio con riferimento alle Aziende sanitarie locali, una certa giurisprudenza amministrativa²⁷ considera detti enti come pubblici economici. Se detto indirizzo verrà confermato occorrerà concludere che tali aziende sono a tutti gli effetti responsabili ai sensi del decreto legislativo penale in esame²⁸. Inoltre, dato che il modello delle Aziende sanitarie locali è replicato anche per le aziende ospedaliere, dovremmo concludere che gran parte delle strutture sanitarie italiane possono rientrare nel sistema punitivo²⁹.

Orbene, riguardo alla nozione di ente pubblico economico dovrebbe interessare, più che dilungarsi nel riprendere le difficoltà che la dottrina extrapenale ha incontrato, la constatazione che molti problemi risultano in pratica ininfluenti per effetto della duplice circostanza che “estinatori” delle nuove norme sono anche le società commerciali di ordine privatistico - quindi in molti casi non dovrebbe aver senso interrogarsi sui confini tra da un lato enti di diritto pubblico e dall'altro lato società o enti di diritto privato. Al riguardo, nel nostro precedente scritto, avevamo rilevato che il fine di profitto non entrava nella *ratio* della previsione del nuovo regime di responsabilità penale, poiché erano inclusi anche enti ed associazioni estranei a fini del genere, contrariamente a quanto affermava la Relazione governativa di accompagnamento al decreto. Questo convincimento era avvalorato, oltre che dalla lettera della legge e dal rilievo che le esclusioni sono eccezionali e vanno interpretate restrittivamente, come meglio si dirà in seguito, dalla circostanza che sono state introdotte tra i reati-presupposto molte figure affatto diverse rispetto a quelle di natura economica³⁰, ad alcune delle quali si è sopra accennato, mentre il criterio

²⁵ Cass. pen. 26 ottobre 2010, n. 234, in Cass. pen., fasc. 5, 2011, 1907 ss.

²⁶ Cfr. CUGINI, Le società miste al confine della responsabilità amministrativa da reato degli enti, cit., 1920-1921.

²⁷ Tribunale amministrativo regionale di Catanzaro, sez. II, 17 gennaio 2001, n. 37, richiamata da DI GIOVINE, cit., 1893.

²⁸ FIDELBO, cit., 4084.

²⁹ FIDELBO, ibidem.

³⁰ PAVANELLO E., La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico, cit., 284.





Silvio Riondato

discretivo fondamentale rimaneva quello della legge-delega, l'esercizio di pubblici poteri che è diverso dall'esercizio di funzioni o servizi corrispondenti a quelli pubblici. Diventava quindi del tutto irrilevante la questione intorno al ruolo della finalità di profitto nella caratterizzazione pubblicistica o privatistica di un certo ente. Sotto questi profili pareva in buona parte superato il problema dell' "uso elusivo" della personalità giuridica privatistica.

Ebbene, la prassi applicativa sta invece dimostrando che la finalità lucrativa assurge a parametro di rilievo nonostante la diversa indicazione del legislatore delegante - esercizio poteri pubblici - che è slegata da qualsiasi valutazione circa la finalità di lucro perseguita dall'ente. Invero le applicazioni giurisprudenziali cui si è fatto cenno sono sintomo del tentativo di resistere a tendenze restrittive. Inizialmente le restrizioni sono state salutate con favore dalla dottrina; ma oggi da più parti si invoca - non solo con riferimento alle società pubbliche o miste, ma anche in relazione agli "altri" enti pubblici - una riformulazione della norma in senso estensivo o quanto meno chiarificante³¹.

Peraltro le critiche trascurano molto il criterio fondamentale fissato dalla legge-delega -esercizio di pubblici poteri-, mentre si avviluppano in indagini negli ambiti extra-penal senza valorizzare una pur relativa autonomia delle nozioni penali stiche; inoltre non considerano tra l'altro la circostanza che, nei tempi di crisi economica grave in cui versa lo stato italiano, l'interesse fiscale tende spesso a permeare anche l'esercizio di potere pubblico più di quanto non emerga da una formalistica disamina delle norme - basti pensare che gli introiti delle sanzioni amministrative pecuniarie entrano perfino nel bilancio degli enti territoriali, e che quindi la stessa potestà punitiva finisce per essere esercitata, *contra ius*, con il grave condizionamento di una finalità di lucro, quella fiscale.

A dieci anni dall'entrata in vigore del decreto, si sono dunque poste spinose questioni applicative in ordine all'estensione sul versante pubblicistico della responsabilità che il legislatore delegato aveva inteso evitare attraverso una scelta assai

³¹ La Regione Lombardia e la Regione Veneto stanno (comunque) invitando le proprie società controllate e le Aziende sanitarie locali a dotarsi dei modelli organizzativi contemplati dal decreto lgs. 231/2001. Ciò peraltro in pratica corrisponde anche all'aspettativa di riuscire a prevenire, con l'adozione di tali modelli, responsabilità penali delle persone fisiche che agiscono per gli enti.

La Lombardia, con la d.g.r. n. VII/17864 del 11 giugno 2004 "Introduzione in via sperimentale nelle Aziende Sanitarie pubbliche di un Codice etico-comportamentale", seguita dal Decreto del Direttore Generale Sanità n. 22361 del 9 dicembre 2004 e dalla d.g.r. n. VIII/1375 del 14 dicembre 2005 "Determinazioni in ordine alla gestione del Servizio Socio Sanitario regionale per l'esercizio 2006", ha mutuato i principi contenuti nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, ai fini dell'introduzione del Codice etico e dell'implementazione del Modello organizzativo nelle Aziende Sanitarie Locali ed Ospedaliere. Il governo regionale ha previsto l'applicazione - in via sperimentale - all'Azienda sanitaria locale di Lecco, all'Azienda Ospedaliera Circolo di Busto Arsizio ed all'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi, seguita dall'applicazione - in una seconda fase - all'Azienda Ospedaliera di Desenzano del Garda, all'Azienda Ospedaliera di Cremona e all'Azienda sanitaria locale di Mantova. Infine, con la D.g.r. del 13 dicembre 2006 - n. VIII/003776 "Determinazioni in ordine alla gestione del servizio socio sanitario regionale per l'esercizio 2007", il governo regionale ha terminato il periodo di sperimentazione (durato due anni) ed ha inserito l'adeguamento del Codice etico-comportamentale e del modello organizzativo ex d.lgs 231/2001 tra le "regole" per la gestione del sistema socio sanitario lombardo per il 2007, emettendo le relative "Linee guida regionali per l'adozione del codice etico e dei modelli di organizzazione e controllo delle Aziende Sanitarie Locali e Aziende Ospedaliere". Al riguardo si veda P. PREVITALI, L'applicazione del d.lgs. 231/2001 in sanità. Il caso delle aziende sanitarie e ospedaliere lombarde, in "La responsabilità amministrativa delle società e degli enti", Interventi, settembre 2007, <http://www.rivista231.it/>.

Il Veneto, con delibera n. 3966 del 2007, ha invitato le società partecipate dalla Regione ad adottare modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. 231/2001.





Responsabilità dell' Ente Pubblico

restrittiva e comunque in chiaro contrasto con le indicazioni del legislatore delegante. Può rilevarsi, tralasciando il tema dei pubblici poteri rilevanti - che aprirebbe margini di discussione che qui non sono sintetizzabili -, e concentrandosi sugli enti pubblici non economici, che in dottrina, atteso che la stessa Relazione governativa di accompagnamento al decreto svela che il delegato si è ritratto con scelta “drastica” dal dare esecuzione piena alla delega, era stato sostenuto che il difetto di esecuzione della legge-delega non potrebbe trovare sbocchi in una questione di costituzionalità³². Tuttavia la prassi costituzionale va in senso contrario, e comunque milita la notazione che si creerebbero così, nel sistema delle responsabilità penali, disuguaglianze talmente gravi che non sarebbe eludibile l’affermazione di incostituzionalità dell’inclusione (soltanto) di (alcuni) enti pubblici economici - si tratta infatti non già di mera omissione di esecuzione, bensì di esecuzione viziata.

Si era sostenuto che la scelta in senso esclusivo sarebbe stata giustificata in relazione a certi enti che erogano servizi, per la circostanza che essi hanno il dovere istituzionale di erogarli, rispetto al quale le sanzioni interdittive non sarebbero compatibili³³. Ma non si vede per quale ragione questo criterio dovrebbe preludere all’“immunità”, come se consentisse di commettere impunemente certi illeciti, anziché semmai porre più limitatamente soltanto il problema della compatibilità delle sanzioni interdittive rispetto a certi destinatari. Del resto, l’art. 15 del decreto prevede come si è detto la nomina di un commissario giudiziale, proprio al fine di evitare i danni ingiusti che l’interdizione comporterebbe.

Una eventuale esclusione tanto meno si spiega in relazione a lesioni della vita e o dell’integrità psico-fisica del lavoratore, che non paiono suscettibili di sostenere limitazioni di alcun tipo sotto il profilo della tutela. Vi sono al riguardo chiare sollecitazioni a una revisione della disposizione dell’art. 1. Infatti essa è così limitativa da mettere in crisi la stessa scelta di escludere lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali³⁴. Proprio il versante dei *grandi esclusi*³⁵, inizialmente ben accettato³⁶, viene quindi oggi sottoposto a vaglio critico sempre più intenso³⁷. Tuttavia, nel progetto di riforma del sistema di responsabilità in esame, del luglio del 2010, nessuna modifica è stata proposta in ordine all’estensione dei soggetti pubblici (non) responsabili³⁸.

³² FARES., La responsabilità dell’ente pubblico, cit., 2208.

³³ TRAVI A., La responsabilità della persona giuridica nel D. Lgs. n. 231/2000: prime considerazioni di ordine amministrativo, in *Le Società*, 2001, 1306. Cfr. inoltre DE SIMONE G., I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti, cit., 86, il quale accoglie il criterio governativo della criminalità correlata ad “attività squisitamente economica”.

³⁴ FIDELBO, cit., 4081.

³⁵ PASCULLI, A., Responsabilità da reato degli enti collettivi nell’ordinamento italiano, 2005, Bari, Cacucci, 167.

³⁶ Per una ricognizione critica delle argomentazioni addotte sul punto, anche in chiave comparatistica, si v. PAVANELLO, La responsabilità, cit., 317 ss.

³⁷ In particolare DI GIOVINE (cit., 1904) propone de jure condendo una revisione dell’ambito operativo del d.lgs. 231/2001 con al limite l’introduzione di un’eccezione per lo Stato.

³⁸ Lo schema di disegno di legge del 7 luglio 2010 è pubblicato in *Rivista delle società*, 2010, 1304 ss., con nota di FLICK G.M., Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?, ivi, 1294 ss. Con tale disegno si intendeva modificare l’art. 6 (con l’eliminazione dell’inversione dell’onere della prova) e introdurre un sistema di certificazione dei modelli, con la previsione di sanzioni per il certificatore che abusi dei poteri attribuitigli e dichiarasse falsamente l’idoneità del modello certificato.





Silvio Riondato

Nell'ambito della tendenza espansiva, occorre avvertire che una definizione di soggetti ai fini di responsabilità penale non può mantenersi ancorata ai modelli legali concepiti con riferimento ad attività lecite, ma deve comprendere anche figure devianti e perfino assolutamente atipiche sotto il profilo extrapenale e financo vietate, includendo soprattutto le mutazioni strumentali a fini illeciti. Il tema della società criminale, e della sua inclusione tra i "destinatari" della nuova legge³⁹, non è risolto riservandolo al versante del reato di associazione per delinquere, concernente persone fisiche⁴⁰, ma si estende anche alla stessa società-organizzazione criminale, privata o "pubblica" che sia.

Pare importante, anche sotto il profilo da ultimo accennato, segnalare che nell'operazione interpretativo-definitoria rivolta alla determinazione dell'inclusione/esclusione rispetto al novero dei "destinatari", giocherà un ruolo molto rilevante la questione circa l'eventuale collegamento tra da un lato ente pubblico (pur) economico, o società o ente (pur) non pubblici, e dall'altro lato un ente escluso, cioè lo Stato, enti pubblici territoriali, enti pubblici non economici, enti di rilievo costituzionale. Va stabilita la rilevanza e eventualmente i criteri di riconoscimento di una *vis attractiva* in senso esclusivo/inclusivo, qualora un ente diverso da quelli espressamente esclusi risulti tuttavia mero strumento, accessorio, *longa manus*, etc. di un ente escluso. Invero, le prime applicazioni giurisprudenziali sembrano prescindere dal collegamento funzionale tra ente pubblico escluso e società costituita per l'espletamento di funzioni proprie di quell'ente pubblico: la decisione sopra esaminata ha considerato inclusa tra i soggetti responsabili la società per azioni costituita per la gestione dell'emergenza rifiuti a seguito del commissariamento della Regione Sicilia da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della protezione civile⁴¹.

A questo riguardo, è decisivo l'apprezzamento della *ratio* dell'esclusione dello Stato e degli altri enti⁴², che si fonda sulla tendenza a non affrontare la questione del "potere che delinque", o ad affermare in buona sostanza che il sovrano, il detentore del potere, è *legibus solutus*: la *ratio* delle esclusioni va ricercata su questa via, che non ha nulla a che fare di principio con l'economico o con la stessa natura privatistica o pubblicistica degli enti, natura che, quale essa sia, può essere o no accompagnata dall'esercizio di pubblico potere. E nemmeno ha nulla da spartire con lo svolgimento di funzioni o servizi definibili come pubblici, quando manchino pubblici poteri.

³⁹ RIONDATO S., Prevenzione dei reati riconducibili alla politica dell'ente e personalità della responsabilità penale dell'ente (d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231), in Riv. trim. dir. pen. ec., 2003, 824.

⁴⁰ Come al contrario ritiene GRASSO Gian., La responsabilità amministrativa dipendente da reato delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridica, in Contratto e impresa, 2001, 1450.

⁴¹ Cass. pen., 26 ottobre 2010, n. 234, cit., 1907.

⁴² PAVANELLO, La responsabilità penale, cit., passim.





Responsabilità dell' Ente Pubblico

Si tratta di esenzioni dalla punizione, a beneficio del “potere”. Esse si giustificano sempre meno, nell’era della preminenza dell’individuo umano e dei suoi beni/diritti fondamentali sulle entità organizzatorie, dello Stato di diritto e democratico. Esse ancor di meno si giustificano quando sia in questione proprio il contrasto di attività criminale svolta da “apparati” di pubblico potere o comunque da enti che si ritenga svolgano funzioni di rilievo costituzionale, come partiti e sindacati. Occorre almeno preferire l’idea che si tratti di una “immunità” riconducibile a ragioni di mera opportunità, un’esenzione quindi da considerare eccezionale, di stretta interpretazione, con esclusione anche dell’analogia cosiddetta “interna”. In questa prospettiva, e tenuto conto che la legge-delega limita l’esclusione agli enti che esercitano pubblici poteri, risultano paralizzanti certi tentativi di restringere l’area della punibilità, mentre non dovrebbero trovare ostacoli almeno gli eventuali riflessi negativi indiretti che le sanzioni irrogate ai destinatari “inclusi” possano comportare nei confronti di enti “esclusi”. La cennata interpretazione “a rovescio” degli artt. 357 e 358 c.p., sulla scorta della tradizione giurisprudenziale maturata in tema di responsabilità penale delle persone fisiche, produrrebbe effetti aberranti. È prevedibile che la giurisprudenza rivedrà i propri criteri, in tema di enti pubblici soggetti a responsabilità da reato, ed è però auspicabile che al contempo riveda anche e armoniosamente i criteri molto estensivi finora utilizzati con riguardo alle qualifiche pubblicistiche correlate a persone fisiche. Il presupposto “ovvio” è il normale convergere di responsabilità, di persone fisiche e di persone giuridiche⁴³, fermo restando che per l’affermazione di responsabilità in capo a queste ultime non è necessaria l’individuazione dell’autore del reato né che l’autore sia imputabile (art. 8 decr. cit.).

3. Nella materia in esame si deve tener conto dell’influenza del diritto unioneuropa (già comunitario) sul diritto penale⁴⁴.

Com’è noto, in questo ambito spesso non trovano accoglienza le concezioni nazionali di impresa pubblica e in generale le norme che accordano privilegi al settore pubblico o consentono elusioni del regime pubblicistico europeo. D’altra parte, si intensificano gli obblighi di penalizzazione di fonte europea, dei quali è precipitato la stessa introduzione della punizione delle persone giuridiche per reato. Quale sarà l’atteggiamento del diritto unioneuropa nei confronti della nuova disciplina, e in particolare delle esclusioni dettate dal legislatore delegato? La questione inizia ad essere avvertita anche dai pratici. Di recente il Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Firenze⁴⁵ ha rimesso alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale riguardo alla normativa italiana che non prevede la possibilità per la vittima di

⁴³ PULITANO D., La responsabilità «da reato» degli enti nell’ordinamento italiano, in Cassazione penale, Supplemento al n. 6/2003, 23. di), Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione europea, Milano, Giuffrè, 1999, 41.

⁴⁴ RIONDATO S., Competenza penale della Comunità europea, Padova, Cedam, 1996; Id., Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell’economia («influenza», poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 T.CE, questioni di costituzionalità), in Riv. trim. dir. pen. ec., 1997, 1135; BERNARDI A., I tre volti del «diritto penale comunitario», in PICOTTI L. (a c. di), Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione europea, Milano, Giuffrè, 1999, 41.

⁴⁵ GIP Firenze, rinvio pregiudiziale per interpretazione ex art. 234 TCE del 9 febbraio 2011 (proc. n. 18771/08).





Silvio Riondato

costituirsi parte civile nel processo penale instaurato nei confronti dell'ente. Orbene, incidentalmente il Giudice osserva che ulteriore ragione di irrazionale discriminazione per la vittima è data dall'esclusione dello Stato e degli altri enti pubblici dall'elenco dei soggetti punibili. Si apre concretamente un campo nuovo, in cui trova modo di dispiegarsi l'esigenza che le violazioni del diritto unioneuropeo, da chiunque commesse, siano adeguatamente sanzionate, in funzione di tutela di beni giuridici di interesse europeo⁴⁶. Infatti ciò è quanto prevede, per esempio, la direttiva della Comunità europea sulla tutela penale dell'ambiente (2008/99/CE, del 19 novembre 2008): gli Stati membri devono adottare le misure necessarie per assicurare che i reati di cui agli articoli 3 e 4 della direttiva siano puniti con sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive (art. 5); gli stessi Stati devono provvedere affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili dei reati stessi (art. 6), con previsioni di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive (art. 7); e riguardo alla definizione di "persona giuridica", essa si estende a «qualsiasi soggetto giuridico che possieda tale status in forza del diritto nazionale applicabile, ad eccezione degli Stati o delle istituzioni pubbliche che esercitano pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche». E' palese che le esclusioni italiane contemplate nel decreto delegato non rispettano i limiti segnati dalla direttiva, cioè sono in contrasto con le norme unioneuropee, mentre è significativo che la direttiva penale europea adotti un criterio più o meno coincidente con quello del legislatore italiano delegante, il criterio dell'esercizio di pubblici poteri.

4. Un'ultima notazione concerne la responsabilità degli enti e delle persone giuridiche per illeciti punitivo-amministrativi in senso stretto, cioè quelli colpiti con sanzione meramente amministrativa.

Legge di principio è la legge 24 novembre 1981, n. 689, alla quale si è aggiunta tutta una serie di sistemi paralleli e di sottosistemi, che spesso coinvolgono direttamente la persona giuridica⁴⁷. Si è ritenuto che la responsabilità diretta della persona giuridica costituirebbe eccezione alla regola di solidarietà prevista dall'art. 6, co. 3 l. n. 689/1981⁴⁸; ma ormai l'implicazione immediata delle persone giuridiche pare doversi reputare un decorso normale della lotta all'illecito, e del resto è maturata una pluridecennale esperienza europea in tema di sanzioni amministrative contro imprese (comprese persone giuridiche).

In questi ambiti, abbiamo a che fare con la categoria della "punizione" così come in campo strettamente penalistico, solo che si tratta di apparati normativi ancora suscettibili di approfondito studio, soprattutto con riferimento all'eventualità che la

⁴⁶ Come già avevo rilevato nel precedente scritto citato in nota 1.

⁴⁷ Per un primo orientamento v. RIONDATO S. - ZANCANI S., Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative, in CAVALERI P. - DALLE VEDOVE G. - DURET P., Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare, Padova, Cedam, 2003, 129 ss.

⁴⁸ PALIERO C.E., Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1996, 1189.





Responsabilità dell' Ente Pubblico

responsabilità sia posta direttamente in capo ad enti pubblici. Al riguardo, nell'ordinamento italiano non risultano esclusioni del tipo di quelle adottate per la responsabilità c.d. amministrativa per reato, le quali ultime però inducono ad interrogarsi sull'esistenza di un regime esclusivo del genere anche in ordine alla responsabilità propriamente amministrativa per illecito amministrativo. Se il dato da cui muovere fosse quello dell'eccezionalità della sottrazione degli enti pubblici alla responsabilità di tipo "punitivo", nel senso dianzi precisato, e se si accogliesse l'idea (propugnata dai penalisti) che tra reato e illecito amministrativo, e tra le relative sanzioni punitive, vi è fondamentale identità di natura trattandosi solo di modulare la progressione sanzionatoria nella lotta all'illecito (mentre la dottrina amministrativistica tende ad una separazione più o meno netta, peraltro infondata anche storicamente), allora nel silenzio della legge non potrebbero riconoscersi esclusioni in questo settore. Di conseguenza, emergerebbe con maggiore evidenza la discrasia che il sistema di esclusioni "penalistiche" coniato all'inizio di questo millennio introduce nell'ordinamento della punizione rivolta agli enti - enti pubblici compresi ma entro gli esposti limiti, limiti ancora non chiari e comunque non adeguatamente giustificati.



İtalya'da İktisadi Veya İktisadi Olmayan Veya Kamusal Güç Kullanan Kamu Kurumunun Cezai Sorumluluğu

(8.6.2001, n. 231)

Prof. Dr. Silvio Riondato *

(Tercüme: Doç.Dr. Vesile Sonay Evik)

Özet 1. Kurumların cezai sorumluluğu ve kamusal kurumlar tanımı. 2. İktisadi kamu kurumu ve iktisadi olmayan kamu kurumu. 3. Çevrenin cezai korunması hakkında Avrupa Birliği Direktifinde öngörülen, kamusal yetkileri kullanan tüzel kişinin bağımsızlığı. 4. İdari hukuka aykırılıktan dolayı tüzel kişinin sorumluluğu.

Sözü edilen konu iki açıdan acil sorunu içermektedir: suçtan dolayı kurumların cezalandırılmasının öngörülmesi ve özellikle halka açık şirketler şeklinde kamusal birliklerin ortaya çıkışı, sık sık bütünsel olmayan, değişik şekillerde olan kamusal şirketlerin özelleştirilmesi. Aslında esas sorun, kamusal kurumun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, ve hangi sınırlar dahilinde cezalandırılabilmesidir¹.

1. Tüzel kişilerin idari suçtan dolayı sorumluluğu 29.9.2000 tarihli ve 300 sayılı yetki veren kanunun 11. maddesi ve 8.6.2001 tarihli ve 231 sayılı kanun kararnamede düzenlenmiştir².

Bu sorumluluğun niteliği konusunda doktrinel tartışmaya burada girmeksizin, içtihadın bu konudaki tercihinə değineceğiz, içtihadı göre kendi fiilinden³ dolayı cezai nitelikli bir sorumluluk⁴ söz konusudur, konuyu suçta iştirak⁵ kapsamında ele almaktadır. Usul alanı, uyarlamalarla birlikte geleneksel ceza muhakemesi şeklindedir.

* Padova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İtalya

¹ PAVANELLO E., La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico - Societas publica delinquere potest, Padova, Padova University Press, 2011, passim, mukayeseli hukuk açısından ayrıntılı açıklamalar için bakınız RIONDATO S., Sulla responsabilità penale degli amministratori di società pubbliche, et de pubblica societate quae delinquere potest, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2005, 790 ss.

² Konu hakkında bilgi ve eleştiri için bkz. AMARELLI G., Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere potest, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2003, 941 ss. Con particolare riferimento alla natura della responsabilità cfr., PALIERO C.E., La società punita: del come, del perché e del per cosa, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, 1516 ss.; BRUNELLI D., RIVERDITI M., Art. 1, in PRESUTTI A., BERNASCONI A., FIORIO C., La responsabilità degli enti, Padova, CEDAM, 2008, 82 ss.; DE VERO G., La responsabilità penale delle persone giuridiche, Milano, Giuffrè 2008, 305 ss.; PANAGIA S., Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2008, 149 ss.

³ Yargıtay, 27735 sayılı kararıyla (16.07 2010 tarihli), in Cass. pen., 2011, n. 5, 648 ss. (AGNESE'nin notuyla A., La natura della responsabilità da reato degli enti, ivi, 1882), Anayasa'nın 27. maddesine ilişkin olarak açılan davada 231/2001 kanun kararnamenin 5. maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiasını, kurum başkasının fiilinden sorumlu tutulmadığı, hatta suç kurum yararına ve veya tüzel kişinin organlarında yer alan kişiler lehine işlendiği için, (birincileri ikincilere bağlayan organik birleşimden dolayı böyle sayılmak gerektiğinden) açıkça dayanaksız bulunduğunu açıklamıştır. Yargıtay, tüzel kişinin sorumluluğu için "organizasyon taksiri" nin varlığının zorunlu olarak aranması nedeniyle objektif sorumluluk şeklinin söz konusu olmadığını da belirtmiştir.

⁴ Cass. pen., sez. II, 30 .1.2006, n. 3615, in Cass. pen., 2007, 74.

⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.3.2008, n. 7. İçtihat "kurum"un "şahıs şirketi" ("impresa individuale") de olabileceğini kabul etmiştir (Cassazione penale, sez. III, 15 dicembre 2010 c.c., n. 15657, Sferrazza, in Cass. pen., 2011, 7/8, 2556).





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

Bu sorumluluk önceden çok sınırlı olan bir katalog suçlar listesine ilişkin olarak, genel olarak suça teşebbüs⁶ için de kabul edilmekteydi ve herhangi bir kuruma ilişkin olabilecek olan rüşvet suçunu da kapsamaktaydı. Bu sorumluluk daha sonra, iş hakkında güvenlik ve sağlığın korunmasına ilişkin normların ihlaliyle işlenen taksirle adam öldürme ve vücut bütünlüğüne ağır veya çok ağır zarar veren yaralamalar gibi taksirli suç tiplerini de kapsayan bir çok suç tipine de genişletildi⁷. Son olarak çevreye karşı işlenen suçlar da bu kapsama alındı⁸.

Klaus Tiedemann'ın bu konudaki önemli çalışmalarında belirtildiği üzere, prensip olarak, kriminolojik bir kavram olan, müteşebbüs suçluluğu⁹, yani ekonomicticaret dünyasına ilişkin olan kavramdan daha geniş bir suçluluğa karşı tüzel kişilerin ceza sorumluluğu gereği ortaya çıkmıştır. Öte yandan son yasal değişiklikler göstermiştir ki, çok önemli değerleri korumaya yönelik katalog suçlar, iktisadi nitelikte olmayan kurumların da işleyebileceği suçlardır: örneğin 2006'dan beri "kadınların genital organlarının kesilmesi uygulamalarına¹⁰ ve 2011'den beri de "adli otoriteye açıklama (beyan) yapmamaya veya yalan açıklama yapmaya zorlama¹¹" ilişkin olarak kurumların cezalandırılması söz konusudur.

Bu arada yeni sorumluluk şeklinin hangi süljelere ilişkin (yeni normların muhabtabı olan kişilerin kimler) olduğu konusuna açıklık getirmek gerekmektedir. İşin "kamusal" yönü açısından, yetki veren kanun şu şekilde düzenleme getirmiştir: "Her ne olursa olsun anayasada önemi olan fonksiyonları (görevleri) gerçekleştiren kurumlar hariçtir" ve "tüzel kişilerden anlaşılması gereken Devlet ve kamusal yetkileri kullanan kamusal kurumlar dışında tüzel kişiliği bulunan kurumlardır" (11. maddenin 1. ve 2. fıkrası).

Devletten başka ülkedeki bütün kamusal kurumlar (bunlar arasında Bölgeler ve Belediyeler) ve Anayasa'da öngörülen kurumlar (Parlamento, Anayasa Mahkemesi), hariç tutulmuştur, öte yandan "anayasada önemi olan fonksiyonlar¹²" kavramının genişliği nedeniyle "kamusal yetkileri kullanan kurumlar" kavramının belirlenmesi sorunludur. Bu kavramın kamu idaresi-alanında¹³, ceza hukukunda bile tam, belirli ve uygun bir kaynağı (pendant) bulunmamaktadır. Bu kavram, gerçek kişilerle tüzel

⁶ Bağışık tutulanlara örnek olarak, çevre suçları, kara para aklama, vergi suçları. CARMONA A., La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2003, 995.

⁷ Bkz. 231/2001 kanun kararnamenin 25 septies maddesine 3.8 2007, n. 123 9 l. maddeyle eklenen iş hakkında sağlık ve güvenliğin korunması normlarının ihlaliyle işlenen taksirle adam öldürme veya ağır veya çok ağır yaralamalar (doktrinde, ALDOVRANDI P., La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in L'indice penale, 2009, n. 2, 495 ss. e DI GIOVINE O., Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli Enti, in Cass. pen., 2009, n. 3, 1325 ss.).

⁸ 7.7.2011 tarihli, 121 sayılı kanun kararnamenin 2. maddesiyle 231/2001 kanun kararnamenin 25- undecies maddesine eklenmiştir.

⁹ PATRONO P., Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali, Padova, Cedam, 1992.

¹⁰ 9.1 2006 tarihli, 7 sayılı Kanunun 25-quater 1 maddesi.

¹¹ d. lgs. 231/2001 kanun kararnamenin 25 decies maddesi 7.7.2001 tarihli, 22" sayılı kanun kararnamenin 2. maddesiyle eklenmiştir.

¹² Parti ve sendika olayı hakkında eleştiri için bkz. PATRONO P., Verso la soggettività penale di società ed enti, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2002, 185 s. Per l'esclusione v. DE SIMONE G., I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in AA.VV., Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato, a c. di G. GARUTI, Padova, Cedam, 2002, 83.





Silvio Riondato

kişilerin sorumluluğu arasında bağlantı kurma gereğinden ceza sistemine bağlanacak olursa, “kamu görevlisi” ve “kamu hizmetlisi” kavramlarını içeren Ceza Kanunu’nun 357 ve 358. maddelerinin subjektif akımın kriterlerine göre geniş yorumlanmaktadır¹⁴. Yeni rejime tabi olarak kamusal kurumların önemli miktarda azalmasıyla bu sonuç, tabiri caiz ise ters yüz olmaktadır. 2001 tarihli kararname ile, kanun koyucu, yetki veren kanundaki “kamusal yetkileri kullanan kamu kurumları” kavramını belirleme görevini kendinde gördü. Yetki veren kanundaki açıklamayı iyi ki de dikkate almaksızın tamamen farklı bir kriter oluşturdu, buna göre yeni hükümler, “Devlete, ülkedeki kamusal kurumlara, iktisadi olmayan kamu kurumlarına ve anayasal önemi olan fonksiyonları gerçekleştiren kurumlara uygulanmaz” (2001/n.231 kanun kararnamenin 1. mad. 3. fıkrası)¹⁵. Bundan başka, “kamusal yetkinin kullanılması” kaldırılarak yerine “iktisadi kamusal kurumu-iktisadi olmayan kamu kurumu” kavramı geldi¹⁶.

2. Söz konusu tanım yeni sorumluluk rejiminde kamusal kurumlar yanında iktisadi kamu kurumlarını da kapsamına dahil etti. Bunların bir açıdan, kamusal yetkileri kullanan kamusal kurumlar kavramını yok etmedikleri söylenebilir, diğer açıdan kamusal yetkileri kullananlar (amaç açısından idari nitelikte olmasa da) şeklinde de anlaşılabilir. Bu son ihtimalde yetki kanununa uygun olarak yorumlandığında kamusal yetkileri kullanan iktisadi kamu kurumları bağışık tutulabilir. Bu konuda üç önemli (temel) sorun bulunmaktadır: önemli kamusal yetkilerin neler olduğunu belirlemek, iktisadi kamu kurumunu tanımlamak, kamusal yetkileri kullanan (kabul edilen ancak kategorisini kabul edilmeyerek, örneğin kamusal bir hizmeti sunan kurumları kapsayabilen) iktisadi olmayan kamu kurumlarının ne olacağını belirlemek.

Hükümetin kararname tasarısında Üniversite ve Hastanelerin kamu hizmeti sunan kurumlar olarak, kanunun uygulanma alanı dışında kabul edilip edilmeyeceği sorununa değinilmiştir. Bu konuda tercih, hariç tutulmaları yönündedir. Farklı örnekler getirmek için sorun, Meslek Odaları, Barolar ve Tabipler Birliği veya Ticaret Odalarına genişletilebilir. Ayrıca geçmişte kamusal kurum olup da şu an özelleştirilmiş olan Yardım ve Hayır Kurumları (*Istituzioni Pubbliche di Assistenza e*

¹³ Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., GOISIS F., Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche, Milano, Giuffrè, 2004, passim; BERTONAZZI L., Il D. lgs. n. 231/2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi, in Dir. proc. amm., 2001, 1166; FARES G., La responsabilità dell’ente pubblico per i reati commessi nel proprio interesse, in Cass. pen., 2004, n. 6, 2201 ss.

¹⁴ Ceza Kanunu’nun 357 ve 358. maddesi 1990’da (legge n. 86/1990) değişiklik geçirmiştir: Subjektif fonksiyon aleyhine, objektif fonksiyon nitelendirmesi lehine bir tercihte bulunulmuştur. Ancak bu, “kamu idaresinin iradesinin” oluşum ve ortaya konulmasının önemini kaldırmamıştır (sözü edilen 357. madde). Bunun için “kamu idaresi” kavramı somut olarak gerçekleştirilen faaliyetin niteliği ve (kamusal) disiplinin kriteri dikkate alınmaksızın sadece subjektif durumuna göre belirlenmektedir. İçtihat, kamu iktisadi kurumlarının özelleştirilmesiyle kamusal niteliklerini kaybedecekleri fikrini güçlükle kabul etmektedir. Bu durumda özelleştirmeye, kamu hukukundan “kaçış”, ceza hukukundan “kaçış”a dönüşmektedir. (Karşılaştırma için GOISIS F., op. cit., 167 ss). Bu yüzden bir özel hukuk tüzel kişinin organında yer alan gerçek kişi aracılığıyla hareket eden “süje-idare”nin (“soggetto-amministrazione”) kamusal niteliğinin önemi ortaya çıkmaktadır. Bu durum, daha çok kamusal orijinli paranın söz konusu olduğu olaylarda gerçekleşmektedir. MANES V., Servizi pubblici e diritto penale. L’impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione, Torino, Giappichelli, 2010; ult. ind. in RIONDATO, Sulla responsabilità penale, cit.

¹⁵ Aynı anlamda bkz. FIDELBO G., Enti pubblici e responsabilità da reato, in Cass. pen., 2010, n. 12, 4080.

¹⁶ Ayrıca kararname söz konusu hükümleri genel olarak tüzel kişilikten yoksun kurumlara genişletmiştir.





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

Beneficienza- IPAB) vardır ki, bunlar bazı Bölgelerde “kişiye hizmet eden kamu kuruluşlarına dönüştürülmüşlerdir, bunlar kamu kurumu niteliği taşısalar da, yasa gereği kazanç sağlama amacı gütmeyenler, ancak faaliyetlerini müteşebbislik (imprenditoriali) kriterlerine göre icra ederler. 2001/231 kanun kararnamenin 1.maddesi anlamında “şirket” olarak kabul edilebilirler mi? Yoksa kamusal görünüm mi sergilerler?

Bu sorular önemlidir, çünkü kararname bir kamu hizmeti veya kamusal ihtiyaçtan dolayı bir hizmeti gerçekleştiren kurumu da kapsamaya devam etmektedir, 15. madde hakimnin kurumun faaliyetini durdurma yaptırımını uygulamak yerine kurumun faaliyetlerinin bir denetçi tarafından, uygulanması gereken durdurma cezası süresine eşit bir süre için takip edilmesi hükmüne karar vermesini gerektirmektedir ¹⁷.

Doktrin¹⁸ tarafından bir açıdan yetki veren kanun koyucunun oluşturduğu kriterin ne kadar kötü anlaşıldığı, diğer açıdan şirket şeklinde kurulup da çoğunluk hisseleri kamuya ait¹⁹ bir hastanenin ve bir kamu kurumu tarafından atıkların tasfiyesi konusunda görevlendirilerek, bu fonksiyonu gerçekleştirmek üzere kurulan bir sermaye şirketinin sorumluluğunun kabul edilebilmesi için “uygun” bir yorum getiren iki içtihadı (son zamanlarda açıklanmış) dikkate alarak, kanun koyucunun bu konuda değişiklik yaparak kararnamenin uygulanma alanını genişletme ihtiyacı dile getirilmektedir²⁰.

Birinci davada (dolandırıcılık suçu), Yargıtay, Belluno Asliye Ceza Mahkemesi’nin kamu kurumu olduğu için 2001/231 kanun kararnameye tabi olmadığı gerekçesiyle el koyma tedbirinin uygulanamayacağına ilişkin kararını bozmuştur. Yargıtay’a göre bağışık tutulmak için kurumun kamusal nitelikte olması yeterli değildir, kurumun ekonomik faaliyet gerçekleştirmemiş olması da gerekir. Yargıtay’a göre hastanenin sermaye şirketi şeklinde kurulması, kazanç sağlama amacıyla ekonomik faaliyetlerini icra etmesi için yeterli kabul edilmelidir. Kısaca hakimler, “karma şirketler” için özel şirket yapısına ağırlık veren yoruma katılmışlardır. Özellikle idare hukuku doktrini tarafından ileri sürülen, yürütülen amaçların otonom veya heteronom (*auto-determinazione o eterodeterminazione*) olmasına göre, amaç heteronom ise (*etero-determinato*), şirketin özel yapısına bakılmaksızın iktisadi olmayan kamu kurumu²¹

¹⁷ Şahsi kurumlara ilişkin olarak bkz., PECORELLA C., Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità, in ALESSANDRIA. et al., La responsabilità amministrativa degli enti, Milano, Ipsa, 2002, 75.

¹⁸ DI GIOVINE O., Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato, in Cass. pen., 5, 2011, 1888 e ss.; CUGINI A., Le società miste al confine della responsabilità amministrativa da reato degli enti, in Cass. pen., 5, 2011, 1909 ss.

¹⁹ Cass. pen. 9 luglio 2010, n. 28699, in Cass. pen., 2011, 5, 1888 ss. (con nota di DI GIOVINE, cit., 1889 ss.), e in I contratti dello Stato e degli enti pubblici, n. 4, 2010, 540 con nota di BARZAZI G., Sull’applicabilità del d.lgs. n. 231 del 2001 alle società pubbliche (542 ss.).

²⁰ Cass. pen. 26 ottobre 2010, n. 234, in Cass. pen., fasc. 5, 2011, 1907 ss., con nota di CUGINI A., cit., 1909 ss.

²¹ Özel hukuka göre kurulan kişilerin kamusal alana ait sayılması gerektiği hakkında bkz. (VIGNOLI F., Brevi note sulla controversa responsabilità da reato ed erariale delle società a partecipazione pubblica, in La responsabilità amministrativa della responsabilità e degli enti, 2006, 4, 109, <http://www.rivista231.it>).





Silvio Riondato

sayılıp, kararnamenin²² uygulama alanı dışında tutulmaları gerekir şeklindeki diğer teze itibar edilmemektedir. Diğer açıdan, çeşitli idari kamu kurumlarının özelleştirilerek sermaye şirketi haline dönüşmesi durumlarında (örneğin İtalyan Postası S.p.a. kamu hizmeti sunan bir sermaye şirkettir)²³, bu kurumlar, aynı hizmeti ve önceden yürüttükleri kamusal menfaatleri gerçekleştirmeye devam etmişlerdir: bunların güttükleri amaç ve menfaate bakılırsa “kamusal” görünümünün devam ettiği görülür. Yargıtay kararında ilk yoruma katılmıştır: kar amaçlı “özel” şirket şeklindeki karma şirket, söz konusu kurum kavramına girmektedir.

Yargıtay’ın ulaştığı sonuçlar şu şekilde eleştirilebilir: Şirketsel yapı takip edilen amaçlara göre “değişken” bir şirket modeli olarak değerlendirilemez. Özellikle sağlık sektöründe çıkar sağlama dışındaki menfaatler²⁴ kazanç sağlama amacına göre öncelikli olmak zorundadır. Şirketsel bir yapıya sahip kurum, şirkete ilişkin kriterlere göre olmak zorunda olan yönetim mantığı ile kazanç sağlama amacını karıştırmayabilir.

İkinci karar, atıkların toplanması ve tasfiyesi konusunda²⁵ Belediye tarafından görevlendirilen karma bir şirketle ilgilidir. Bu durumda da Yargıtay, şirketin kurumların ceza sorumluluğuna ilişkin normlara muhatap olduğu görüşündedir. Kamusal nitelikte olması, kurumu bağışık tutmak için yeterli değildir. Şirketin fiilen ekonomik faaliyet gösterip göstermediği ispatlanmalıdır. Yargıtay’a göre söz konusu olayda cevap olumludur. Gerekece bir kere daha kurumun sahip olduğu şirketsel yapıya dayanmaktadır: şirketsel yapı kazanç sağlama amacının varlığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla gerekece yukarıda belirtilenin aynısıdır: şirketsel yapı varsa, o halde kazanç sağlama amacı vardır. Bu durumda söz konusu kurumların gerçek yapısı ve sadece ekonomik faaliyet göstermenin kazanç sağlam amacını oluşturması için yeterli olmadığı gerçeği gözardı edilmektedir. Normal olarak, söz konusu şirketler, bunlara hastane şirketleri (özel hastaneler) de dahil, mali denetime ve özel kurallara (ortak seçimi konusunda²⁶) tabiler, bu konuda kesinlikle özel hukuk kişileriyle bir tutulmuyorlar, idare içtihadı²⁷, yöresel sağlık şirketlerini (aziende sanitarie locali) iktisadi kamu kuruluşları olarak değerlendirmektedir. Bu görüş kabul edilirse, bu şirketlerin söz konusu kanun kararnameye²⁸ göre sorumlu olabilecekleri sonucuna ulaşmak gerekir. Ayrıca yöresel sağlık şirketleri modeli için söylenenler, özel hastaneler için de geçerlidir, buradan İtalyan sağlık kuruluşlarının büyük kısmının cezalandırma sistemine girebileceği sonucuna varmamız gerekir²⁹.

²² Bu anlamda bkz. MANACORDA C., La responsabilità amministrativa delle società miste, in La responsabilità amministrativa della responsabilità e degli enti, 2006 I, 161., <http://www.rivista231.it>.

²³ FIDELBO, Enti pubblici, cit., 4082.

²⁴ DI GIOVINE, Sanità ed ambito applicativo, cit., 1896 ss.

²⁵ Cass. pen. 26.10.2010, n. 234, in Cass. pen., fasc. 5, 2011, 1907 ss.

²⁶ CUGINI, Le società miste al confine della responsabilità amministrativa da reato degli enti, cit., 1920-1921.

²⁷ Catanzaro Bölge İdare Mahkemesi, sez. II, 17.1.2001, n.37, aktaran DI GIOVINE, cit., 1893.

²⁸ FIDELBO, cit., 4084.

²⁹ FIDELBO, ibidem.





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

İktisadi kamu kuruluşu kavramına ilişkin olarak, ceza hukuku dışında doktrinin karşılaştığı zorluklar üzerinde durmak yerine, ikili durumunun etkisi olmaksızın yeni normların muhatabı olarak- bir açıdan kamu hukuku kurumları ve diğer açıdan şirket veya özel hukuk kurumları arasında sınırlar üzerinde mi sorgulamasının yapılmasının anlamı olmadığı bir çok durumda özel nitelikteki ticari şirketlere ilişkin bir çok sorunla ilgilenmek gerekir. Bu konuda önceki yazımızda, yarar sağlama amacının, yeni ceza sorumluluğu rejiminin düzenlenmesi sebebine (ratio della previsione) girmediğini, kararnameye eklenen Hükümet Tasarısında belirtilenin aksine, bu nitelikteki amaçlara yabancı kurum ve ortaklıkları da kapsadığını belirtmiştik. Bu görüş, kanunun metniyle de, bağışık tutulmaların istisnai olmaları nedeniyle dar yorumlanması kuralıyla da, katalog suçlar arasına iktisadi nitelikte olanlara tamamen yabancı³⁰ bir çok suç tipi (bunlardan bazıları yukarıda belirtilmiştir) eklenmiş olmasıyla da desteklenmektedir; temel ayırt edici kriter, yetki veren kanunda kamusal görev veya hizmetlerin icrasından farklı olarak, kamusal yetkilerin icrasındır. Böylece bir kurumun kamusal veya özel nitelikte olmasında kazanç sağlama amacının rolü tamamen önemsiz kalıyordu. Bu açıdan özel hukuk kişinin “bağışık tutulması” sorunu büyük oranda aşılmış oluyordu.

Yetki veren kanun koyucunun (kurumun takip ettiği amacın kazanç sağlama amacı olup olmadığı değerlendirmesinden ayrı olarak) “kamusal yetkilerin icrası” şeklinde farklı açıklamasına rağmen, uygulama, kazanç sağlama amacını üstün tutmaktadır. Burada belirtilen içtihad uygulamaları sınırlayıcı, daraltıcı eğilime karşı gelme teşebbüsündedir. Başlarda sınırlama eğilimi doktrin tarafından desteklenmiştir, ancak bugün çoğunluk tarafından -sadece kamusal veya karma şirketler konusunda değil, diğer kamusal kurumlara ilişkin olarak da- normun genişletilmesi veya en azından açıklayıcı olması anlamında yeniden düzenlenmesi³¹ gerektiği ileri sürülmektedir. Üstelik, eleştiriler yetki veren kanunun belirlediği “kamusal yetkilerin icrası” temel kriterini de görmezden gelmektedir.

Kararnamenin yürürlüğünden on yıl sonra, kanun koyucunun oldukça daraltıcı bir tercihle önlemek istediği ve yetki veren kanun koyucunun açıklamalarıyla açıkça zıt olan, sorumluluğun kamusal alana yayılmasına ilişkin önemli uygulama sorunları ortaya çıktı. Önemli kamusal yetkiler konusu gözardı edilerek- burada yer verilemeyecek marjinal tartışmalara neden olabilen- ve iktisadi olmayan kamu kurumları hakkında yoğunlaşarak, doktrinde kararnameye eklenen Hükümet Tasarısının ken-

³⁰ PAVANELLO E., La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico, cit., 284.

³¹ Lombardia ve Veneto Bölgesi kendi şirketlerini ve yerel sağlık kuruluşlarını. 231/2001 kanun kararnamede düzenlenen organizasyon şekillerine göre oluşmaya davet etmiştir. Bununla birlikte, sözü edilen şekillerin kabulüyle, kurumlar için hareket eden gerçek kişilerin cezai sorumluluğu önlemeye çalışılmıştır.

Lombardia, d.g.r. n. VII/17864 del 11.6. 2004 “Introduzione in via sperimentale nelle Aziende Sanitarie pubbliche di un Codice etico-comportamentale”, seguita dal Decreto del Direttore Generale Sanita n. 22361 del 9 dicembre 2004 e dalla d.g.r. n. VIII/1375 del 14 dicembre 2005 “Determinazioni in ordine alla gestione del Servizio Socio Sanitario regionale per l’esercizio 2006”, Bu konuda bkz. P. PREVITALI, L’applicazione del d.lgs. 231/2001 in sanita. Il caso delle aziende sanitarie e ospedaliere lombarde, in “La responsabilità amministrativa delle società e degli enti”, Interventi, settembre 2007, <http://www.rivista231.it/>.

Veneto, n. 3966 del 2007, sayılı kararıyla Bölgesindeki şirketleri d.lgs. 231/2001. kanun kararname anlamında organizasyon şekillerini benimsemeye davet etmiştir.





Silvio Riondato

disinin, yetki verirken “şiddetli” bir tercih (çok geniş bir alan) bıraktığını açığa vurduğunu, ancak yetki veren kanunun uygulanması sorunlarının anayasaya aykırılık sorunu³² oluşturmadığı ileri sürülmüştür. Buna karşılık, anayasal içtihat bunun aksine gelişmiştir, (sadece) (bazı) iktisadi kamu kurumlarını kapsamının ceza sorumluluğu sisteminde oldukça ağır uyumsuzluklar yaratabileceği, bu nedenle anayasaya aykırılığının kabul edilebileceği vurgulanmıştır.

Hizmet sunan bazı kurumlara ilişkin olarak, kurumsal olarak hizmet sunma görevi nedeniyle bunlara karşı yasaklılık yaptırımının bağdaşmayacağı³³, bu kurumların bağışık tutulması gerektiği ileri sürülmüştür.

Ancak hangi sebeple bu kriterin bağışıklığa yol açması gerektiği belli değildir, sadece bazı kişilere karşı yasaklılık cezasının bağdaşabilirliği sorununu daha sınırlı şekilde ortaya koymak yerine adeta bazı hukuka aykırı fiillerin yaptırımsız işlenmesine müsamaha gösterilmektedir. Kararnamenin 15. maddesi yasaklılığın neden olabileceği haksız zararları önlemek amacıyla yargısal bir denetçinin atanmasını öngörmektedir.

Koruma açısından herhangi bir sınırlamanın savunulamayacağı çalışanın hayatı ve psiko-fiziksel bütünlüğüne zarar veren fiillere ilişkin olarak da olası bir bağışıklık kabul edilemez. 1. madde hükmü yeniden gözden geçirilmeye çalışılmaktadır. Nitekim, bu hüküm Devlet ve diğer kamusal kurumları bağışık tutma tercihini krize koymak açısından sınırlayıcıdır³⁴. Büyük bağışıklıklar (*grandi esclusi*)³⁵, önceleri kabul görmekteyken³⁶, bugün her seferinde daha yoğun eleştirilere maruz kalmaktadır³⁷. Söz konusu sorumluluk sisteminin Temmuz 2010 reform tasarısında, sorumlu (olmayan) kamusal sùjelerin genişletilmesine ilişkin hiç bir değişiklik teklif edilmemektedir³⁸.

Genişletme eğiliminde, ceza sorumluluğunun kabulü amacıyla sùjelerin tanımlanması, sadece hukuka uygun faaliyetlere ilişkin olarak anlaşılan kanuna uygun modellerle sınırlanamaz, ceza hukuku açısından tamamen atıpık olsa da yasaklanan hukuka aykırı fiilleri (hukuka aykırı amaçlarla araçların değiştirilmesini içeren) de

³² FARES., La responsabilità dell'ente pubblico, cit., 2208.

³³ TRAVI A., La responsabilità della persona giuridica nel D. Lgs. n. 231/2000: prime considerazioni di ordine amministrativo, in Le Società, 2001, 1306. ayrıca bakınız DE SIMONE G., I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti, cit., 86, “ekonomik faaliyete” ilişkin suçluluk konusunda yönetim kriterini (criterio governativo) kabul etmektedir.

³⁴ FIDELBO, cit., 4081.

³⁵ PASCULLI, A., Responsabilità da reato degli enti collettivi nell'ordinamento italiano, 2005, Bari, Cacucci, 167.

³⁶ Bu konuda eleştiri ve karşılaştırma için bkz. PAVANELLO, La responsabilità, cit., 317 ss.

³⁷ DI GIOVINE (cit., 1904) 231/2001 kanun kararnamenin Devlet için bir istisna getirilerek de jure condendo yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

³⁸ 7.7. 2010 tarihli kanun taslağı için bkz. inRivista delle società, 2010, 1304 ss., buna ilişkin açıklama için bkz. FLICK G.M., Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?, ivi, 1294 ss. Bu tasarıyla 6. maddenin değiştirilmesi (ispat yükünün tersine çevrilmesinin kaldırılmasıyla) ve bir sertifika (un sistema di certificazione dei modelli) sisteminin (kendisine verilen yetkileri kötüye kullan ve gerçeğe aykırı olarak uygunluğu kabul eden sertifika verenler için yaptırım öngören) getirilmesi istenmiştir.





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

kapsaması gerektiğini belirtmek gerekir. Yeni kanunun³⁹ muhatapları arasında suç işlemek amaçlı örgütlenme suçunun tüzel kişiler⁴⁰ tarafından da işlenmesinin öngörülmesi sorunu çözememiştir, ancak suç örgütünü özel veya kamusal kurumlara da genişletmiştir.

Son değinilen açıdan, kamu iktisadi kurumu veya kamusal olmayan şirket veya kurum ile bağışık olan kurum, yani Devlet, kamusal kurumlar, iktisadi olmayan kamusal kurumlar, anayasal önemdeki kurumlar arasındaki olası bağlantı nedeniyle yeni “muhataplara” karşı kapsam içinde olma veya bağışık olmanın belirlenmesine yönelik yorumlama-tanımlamanın çok önemli bir rol üstleneceğini belirtmek gerekir. Açıkça bağışık tutulanlardan farklı bir kurumun, bağışık bir kurumun “*longa manus*” adeta uzatılmış eli, sırf aracı, aksesuarı olduğunda kapsam içinde olma veya bağışık olma anlamında “*vis attractiva*” belirleyici gücün kriterlerini saptamanın önemi belirlenmelidir. Gerçekte ilk içtihat uygulamaları, bağışık kamusal kurum ile o kamusal kurumun görevlerini yerine getirebilmek için kurulan şirket arasındaki fonksiyonel bağı görmezden gelmiştir, yukarıda incelenen karar, Sicilya Bölgesinin Sivil Savunma Biriminin Başkanlığı tarafından geçici görevlendirmesiyle, atıkların yönetilmesi için kurulan sermaye şirketini sorumlular arasında kabul etmiştir⁴¹.

Bu konuda, Devlet, ve diğer kurumların bağışık tutulmasının⁴² “*ratio*”su sebebi belirleyicidir, bu konuda “suç işleyen güç” sorunuyla ilgilenilmez, egemen, gücü elinde bulunduran “*legibus solitus*”tur, bağışıklığın sebebi, ekonomiyle veya niteliği ne olursa olsun kamusal veya özel kurumların niteliğiyle, kamusal gücün, kullanılabilir olması ya da olmamasıyla ilgisizdir. Ayrıca kamusal güç yoksa kamusal görev veya hizmetlerin gerçekleştirilmesiyle de ilgisi yoktur.

Güç lehine cezalandırmadan muafiyet söz konusudur. Bu muafiyetler, demokratik hukuk devletinin organize kurumları açısından bireyin ve temel hak ve özgürlüklerinin önceliği çağında eskiye göre daha az savunulabilmektedir. Söz konusu muafiyetler, kamusal güçle “donatılmış” kurumların veya parti ve sendika gibi anayasal önemdeki görevleri gerçekleştirdiği kabul edilen kurumların gerçekleştirdiği suç faaliyetleri söz konusu olduğunda da daha az (zor) savunulabilmektedir. En azından, sırf maslahata uygunluk (*opportunita*) sebebiyle “bağışıklığın” söz konusu olması fikri tercih edilmelidir. Bağışıklık, istisnai olarak kabul edilerek, dar yorumlanmak, kıyasa gidilmemelidir. Bu açıdan yetki veren kanunun, bağışıklığı, kamusal gücü kullanan kurumlarla sınırladığı, cezalandırma alanını sınırlama girişimlerini etkisiz hale getirdiği, bağışık olmayan muhataplara yönelik olarak düzenlenen yaptırımların bağışık kurumlara karşı olabilen dolaylı olası negatif etkilerine en azından engel oluşturmaması gerektiği dikkate alınmalıdır. Ceza Kanunu’n 357 ve 358. maddeleri-

³⁹ RIONDATO S., *Prevenzione dei reati riconducibili alla politica dell’ente e personalità della responsabilità penale dell’ente* (d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231), in Riv. trim. dir. pen. ec., 2003, 824.

⁴⁰ Aksi görüş için GRASSO Gian., *La responsabilità amministrativa dipendente da reato delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridica*, in *Contratto e impresa*, 2001, 1450.

⁴¹ Cass. pen., 26.10.2010, n. 234, cit., 1907.

⁴² PAVANELLO, *La responsabilità penale*, cit., passim.





Silvio Riondato

nin “tersinden” çıkan anlam, gerçek kişilerin ceza sorumluluğu konusunda yerleşik içtihat dikkate alındığında, anormal (aberranti) sonuçlara yol açabilir. İçtihat, suç nedeniyle kamusal kurumların sorumluluğu konusunda, kendi kriterlerini tekrar gözden geçirebilir, bununla birlikte, gerçek kişilerle bağlantılı olarak kamusal nitelikler konusunda kullanılan çok geniş kriterleri de uyumlu bir şekilde yeniden gözden geçirebilir. “Belli” (*ovvio*) olma şartı, gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluğunu⁴³ birleştirmektedir, tüzel kişilerin sorumluluğu için suçun failinin belirli olması ve isnad kabiliyetinin bulunması gerekmemektedir (söz konusu kararnamenin 8. maddesi).

3. İncelenen konuda Avrupa Birliği Hukuku’nun ceza hukuku konusunda etkisi dikkate alınmalıdır⁴⁴. Bilindiği üzere bu alanda kamusal şirkete, kuruluşa (*impresa pubblica*) ilişkin, ülkelerin görüşleri arasında genellikle birlik yoktur ve genel olarak kamusal alanda imtiyaz (ayrıcılık) (*privilegi*) öngören veya Avrupa kamusal rejiminin muafiyeti kabul eden normları söz konusudur. Diğer taraftan Avrupa fonuna ilişkin cezalandırma yükümlülüğü, suç nedeniyle tüzel kişilerin cezalandırılmasının kabulünü hızlandırmıştır. Yeni disipline karşı ve özellikle de kararnamede öngörülen bağışıklıklar konusunda Avrupa Birliği Hukuku’nun yaklaşımı ne olacaktır? Sorun uygulamacılar tarafından da fark edilmeye başlanmıştır. Son olarak Firenze Asliye

Ceza Mahkemesi’nin⁴⁵ hazırlık soruşturması hakimi, bekletici mesele (ön sorun) olarak, kuruma karşı açılan ceza davasına mağdurun katılan olarak katılmasına imkan tanımayan İtalyan mevzuatına ilişkin Adalet Mahkemesine başvurmuştur. Hakim, cezalandırılabilen kişiler listesinden Devletin ve diğer kamusal kurumların istisna tutulmasını, mağdur için kabul edilemez ayrımcılık oluşturduğu görüşündedir. Somut olarak, Avrupa Birliği yararına⁴⁶ hukuksal değerlerin korunması için Avrupa Birliği Hukuku’nun ihlalleri, kim tarafından işlenirse işlensin uygun şekilde yaptırım altına alındığı yeni bir alan ortaya çıkmıştır. Nitekim, örneğin çevrenin cezai korunması hakkında 19.11.2008 tarihli Avrupa Birliği Direktifine (2008/997CE) göre üye devletler, direktifin 3. ve 4. maddesinde öngörülen suçların etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlarla cezalandırılmasını sağlayan gerekli tedbirleri almak zorundadırlar (5. madde), üye devletler bu suçlardan dolayı tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmelerini sağlamakla yükümlüdürler (6. madde), onlar için etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar öngörmelidirler (7. madde) ve tüzel kişinin tanımı, “ulusal hukukuna göre tüzel kişiliği olan, ancak Devlet veya kamusal gücü kullanan kamusal kuruluşlar ve uluslararası kamusal örgütler dışındaki herhangi bir tüzel kişi” şeklinde genişletilmiştir. Kararnamede düzenlenen İtalyan bağışıklıklarının, direk-

⁴³ PULITANO’ D., La responsabilità «da reato» degli enti nell’ordinamento italiano, in Cassazione penale, Supplemento al n. 6/2003, 23. di), Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione europea, Milano, Giuffrè, 1999, 41.

⁴⁴ RIONDATO S., Competenza penale della Comunità europea, Padova, Cedam, 1996; Id., Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell’economia («influenza», poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 T.CE, questioni di costituzionalità), in Riv. trim. dir. pen. ec., 1997, 1135; BERNARDI A., I tre volti del «diritto penale comunitario», in PICOTTI L. (a c. di), Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione europea, Milano, Giuffrè, 1999, 41.

⁴⁵ GIP Firenze, rinvio pregiudiziale per interpretazione ex art. 234 TCE del 9 febbraio 2011 (proc. n. 18771/08).

⁴⁶ Yukarıda bir numaralı dip nota belirttiğim gibi.





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

tifte belirtilen sınırlara uymadığı açıktır, yani Avrupa Birliği normlarına aykırıdır, bununla birlikte Avrupa Birliği Direktifinin, yetki veren İtalyan kanun koyucunun öngördüğü kamusal güçlerin kullanılması kriteriyle aşağı yukarı uyuşan bir kriter benimsemesi anlamlıdır.

4. Son olarak, dar anlamda idari yaptırım öngören hukuka aykırılıklar yani sadece idari yaptırımla cezalandırılan fiiller nedeniyle tüzel kişilerin ve kurumların sorumluluğu konusunda değinmek gerekir.

Bu konudaki yasa, 24.11.1981 tarihli, 689 sayılı olandır, bu yasaya doğrudan tüzel kişiyle ilgili paralel sistemler ve alt sistemler eklenmiştir⁴⁷. 1981 tarihli, 689 sayılı yasanın ö.maddesi, 3.fıkrasında öngörülen dayanışma, destek (*solidarietà*) kuralının⁴⁸, tüzel kişinin sorumluluğu konusunda istisna oluşturduğuna inanılmaktaydı, ancak artık tüzel kişileri doğrudan kapsamaması, idari hukuka aykırı fiille mücadelelenin bir gereği olarak kabul edilmektedir ve şirketlere (*imprese*), karşı (tüzel kişiler de dahil) idari yaptırımlar konusunda on yıldan fazladır yerleşmiş bir Avrupa Birliği içtihadı vardır.

Cezai yaptırımla cezalandırılan kategorilerin, özellikle kamusal kurumların doğrudan başında olanların sorumluluğu konusunda hala derinlemesine araştırılması gereken normatif araçlar söz konusudur. Bu konuda İtalyan düzenlemesinde suç nedeniyle kabul edilen bağışlıklar, idari sorumluluk için yoktur, bu bağışlıklar idari hukuka aykırı fiil nedeniyle idari sorumluluğa ilişkin bağışlık rejiminin varlığını da sorgulamaktadır. Buradan hareket edilerek, kamusal kurumların az önce açıklanan anlamda “cezai” sorumluluktan bağış tutulması ve suç ile idari hukuka aykırı fiil arasında ve bunlara ilişkin yaptırımlar arasında (cezacılar tarafından ileri sürülen) nitelik itibarıyla benzerlik olduğu, ancak idari hukuka fiille mücadele için yaptırımın genişlemesinin söz konusu olduğundan yola çıkarak (bununla birlikte idari doktrin bunlar arasında bir ayırım yapmak gerektiği, ayrıca tarihi açıdan da aksini savunmanın dayanaksız olduğu görüşündedir) ve kanunun sessiz kalması sonucunda idari alanda bağışlıklar kabul edilemez. Sonuç olarak, kamusal kurumları da kapsayan-kurumları, belirtilen (hala da çok açık olmayan) sınırlar içinde cezalandıran düzenlemelere 2000’li yılların başında getirilen “cezai” bağışlıklar sistemi her ne olursa olsun haklı bir gerekçeyle dayanmamaktadır.

⁴⁷ RIONDATO S. - ZANCANI S., Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative, in CAVALERI P. - DALLE VEDOVE G. - DURET P., Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare, Padova, Cedam, 2003, 129 ss.

⁴⁸ PALIERO C.E., Problemi e prospettive della responsabilità penale dell’ente nell’ordinamento italiano, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1996, 1189.





Die Strafbarkeit juristischer Personen am Beispiel des italienischen Systems

Dr. Attilio Nisco*

I. Einführung

Die Strafbarkeit juristischer Personen stellt ein sehr aktuelles Thema sowohl in der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion als auch in der Gesetzgebung dar. In common law Ländern wird seit langem über das Thema geforscht. Die Einführung einer Verantwortlichkeit juristischer Personen infolge einer Straftat hat in der letzten Zeit auch die *civil law* Rechtsordnungen erreicht und ist in vielen osteuropäischen Rechtsordnungen auf großes Interesse gestoßen, vor allem wegen der europäischen Integration¹. Im vorliegenden Beitrag werden zunächst die klassischen dogmatischen Einwände *gegen* die Strafbarkeit juristischer Personen (II.) sowie die aktuellen kriminalpolitischen Grundlagen, die *für* eine solche Strafbarkeit sprechen (III.), geschildert. Danach wird ein rechtsvergleichender Überblick über einige Rechtsordnungen in Europa skizziert (IV.) und insbesondere die Rechtslage in Italien (V.) dargestellt. Schließlich wird erläutert, wie sich weitere rechtspolitische Ziele hinter der Tendenz juristische Personen zu verfolgen, verbergen (VI.).

II. Dogmatische Einwände (*societas delinquere non potest*)

A. Historischer Hintergrund

Obwohl die Zersplitterung des Prinzips "*societas delinquere non potest*" ("die juristische Person kann keine Straftat begehen") ein Kennzeichen des aktuellen Strafrechts zu sein scheint, ist die Bestrafung einer Körperschaft keine Erfindung der Moderne. Sie geht vielmehr auf das Mittelalter zurück. Schon die bolognesischen Glossatoren hatten im XII. Jahrhundert die theoretischen Grundlagen der Strafbarkeit von korporativen Gesamtheiten (sogenannten "*universitates*") diskutiert². Später wurde die Bestrafung von öffentlichen Körperschaften, insbesondere von Städten (*civitates*), durch ihre Auflösung üblich³. Das Prinzip "*societas delinquere non potest*" herrschte noch nicht im bürgerlichen Recht. Es wurde aber im kanonischen Recht des XIII. Jahrhunderts ausgenutzt, als *Sinibaldo de' Fieschi*- als Papst unter dem Namen *Innocenzo IV* bekannt - für die Immunität von juristischen Personen plädierte, um die Exkommunikation gegen Korporationen und Körperschaften zu vermeiden⁴.

* Dr. iur. Attilio Nisco, Universität Bologna, zurzeit Alexander von Humboldt Stipendiat am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.

¹ Vgl. Adam (Hrsg.) *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*, 2008.

² D'Urso, *Personal giuridica e responsabilità penale. Note storico-giuridiche a proposito di recenti riforme*, in: *Quaderni fiorentini*, 2000, S. 523 ff.; Falzea, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in: *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Atti della Conferenza organizzata dal Centro internazionale di ricerche e studi sociologici, penali e penitenziari, 1981, S. 145.

³ Vgl. Marinucci, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, S. 447 ff.

⁴ D'Urso (Fn. 2), S. 531 ff.





Sanktionen gegen juristische Personen: Italien

Das Prinzip setzte sich im bürgerlichen Recht erst zwischen dem XVIII. und dem XIX. Jahrhundert durch. Zum einen trug die französische Revolution dazu bei, die Rolle juristischer Personen in der damaligen Gesellschaft und dem damaligen Recht zu verringern⁵. Zum anderen gestaltete der deutsche Rechtswissenschaftler *Savigny* die theoretischen Grundlagen des Begriffs "juristische Person" um. Dementsprechend wurde die juristische Person - nicht anders als bei Innocenz IV - als rechtliche "Fiktion" (man redet von "Fiktionstheorie") angesehen und als solche unfähig bestraft zu werden⁶.

Die Geschichte zeigt jedoch, dass die Straffähigkeit von Körperschaften und Verbänden nicht von ontologischen, sondern von politischen Faktoren bedingt wurde⁷. Nicht zufällig wurde die Strafbarkeit juristischer Personen zuerst in *common Law* Ländern im Laufe des XX. Jahrhunderts wiederentdeckt⁸. Der Gedanke der Nichtstrafbarkeit, den man früher mit dem Grundsatz "no soul to damn: no body to kick" zusammenfasste⁹, wurde auf Grund der neuen kriminalpolitischen Bedürfnisse, welche die industrielle Entwicklung dieser Länder mit sich brachte, definitiv abgeschafft¹⁰.

In *civil law*-Rechtsordnungen wurde die Straffähigkeit juristischer Personen bis Ende des XX. Jahrhunderts von der herrschenden Meinung abgelehnt. Hierbei zeigte sich der Einfluss der deutschen strafrechtlichen Wissenschaft sehr stark. Im XIX. Jahrhundert argumentierte *Feuerbach* gegen die Handlungsfähigkeit juristischer Personen, weil die einzelnen Glieder einer Gesellschaft "*nicht als Gesellschaft*" handeln, "*sobald sie nicht für den Zweck der Gesellschaft, sondern einen von demselben verschiedenen Zweck, handeln*"¹¹. Einhundert Jahre später verbannte *Beling* in einer Fußnote seiner "*Lehre vom Verbrechen*" die Bestrafung juristischer Personen aus dem deutschen Recht nicht nur als "*bodenlose Ungerechtigkeit*" sondern auch als "*zwecklos*"¹². Bis zur letzten Auflage seines berühmten Lehrbuchs schrieb *Jescheck*, dass juristische Personen "nur durch ihre *Organe handlungsfähig*" seien, und dass ihnen gegenüber kein Schuldvorwurf möglich wäre¹³.

⁵ D'Urso (Fn. 2), S. 518.

⁶ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 2, 1840, § 94.

⁷ Vgl. *Alessandri*, Diritto penale e attività e economiche, 2010, S. 191 ff.; *D'Urso* (Fn. 2), S. 511 ff.; *Marinucci* (Fn. 3), S. 446 ff.

⁸ Seit dem Fall *New York Central & Hudson River Railroad Co v. United States*, 212 U.S., 1909, S. 481 ff.

⁹ Vgl. *Coffee*, "No Soul to Damn: No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, in: *Michigan Law Review*, Vol. 79, No. 3 (Jan., 1981), S. 386 ff.

¹⁰ *Marinucci* (Fn. 3), S. 454 ff.

¹¹ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 3. Auflage, 1805, S. 27, § 27.

¹² *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 8, Fn. 2: "[...]dass auch juristische Personen nach geltenden Recht nicht delinquiren können - schrieb *Beling* - ist allseitig anerkannt. Und dabei wird es hoffentlich für alle Zukunft bleiben!". Man findet jedoch schon damals in der deutschsprachigen Lehre auch bedeutende Gegenmeinungen. So kritisierte *von Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, 1884, S. 103-104 die Straffunfähigkeit von Körperschaften, während *Exner*, Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914, S. 52 ff., die Anwendung von Maßregeln der Besserung und Sicherung gegen sie für möglich und empfehlenswert hielt.

¹³ *Jescheck/ Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Auflage, 1996, S. 227.





B. Gegenwärtige Diskussion

Grundsätzlich kennt die aktuelle dogmatische Diskussion über die Strafbarkeit juristischer Personen drei Schwerpunkte¹⁴. Das erste Argument, das wir schon bei *Feuerbach* gefunden haben, beruht auf der fehlenden Handlungsfähigkeit von juristischen Personen. In Wirklichkeit ist dieses Argument schwach, bedenkt man, dass nicht von einer “natürlichen” Handlung einer juristischen Person die Rede sein muss, sondern von einer “rechtlichen” Zurechnung ihrer Handlungen¹⁵, wie im Zivilrecht bereits anerkannt wurde. Mit anderen Worten handelt die juristische Person durch ihre Mitglieder und Organe. Die Schwierigkeit liegt jedoch darin, ein Kriterium zu finden, wodurch Straftaten von Mitgliedern und Organen einer Körperschaft zugerechnet werden dürfen, ohne gegen das strafrechtliche Prinzip der persönlichen Verantwortlichkeit zu verstoßen. Mögliche Einwände können sich darauf stützen, dass Handlungen von Anderen keine im strafrechtlichen Sinn “sozialethisch verwerfliche” Handlungen der juristischen Personen sind¹⁶. Damit kommen wir zum zweiten Argument: die fehlende Schuldfähigkeit juristischer Personen.

Die herrschende Meinung definiert die Schuld als persönliche Fähigkeit, sich bei Begehung der Tat zu motivieren¹⁷. Mit den Worten einer berühmten Entscheidung des BGH, setzt die strafrechtliche Schuld die Möglichkeit voraus, sich aus “*freier, verantwortlicher, sittlicher Selbstbestimmung*” gegen das Recht zu entscheiden¹⁸. Insofern Schuld und moralische Persönlichkeit verbunden werden, ist ein Schuldvorwurf nur gegen natürliche Personen möglich. Um dieses Argument zu überwinden, hat man einen neuen Schuldbegriff ausgearbeitet, der für juristische Personen geeignet sein soll. Es handelt sich dabei um ein “Organisationsverschulden”¹⁹, d.h. um die Schuld einer kollektiven Gemeinschaft, sich keine angemessene Organisation gegeben zu haben. Das Organisationsverschulden steht im Mittelpunkt der modernen Gesetzgebung im Bereich der Strafbarkeit juristischer Personen. Auf diesen Begriff wird in der weiteren Analyse zurück zu kommen sein²⁰.

¹⁴ Hirsch, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, in: ZStW 107. Band, 1995, S. 288 ff. Zum Thema siehe auch *De Simone*, *Societas e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in: Studi in onore di M. Romano, 2011, S. 1883 ff.; *Eser/Heine/Huber* (Hrsg.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, 1999, S. 7 ff.; *Engelhart*, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, 2011; *Gobert/Punch*, *Rethinking Corporate Crime*, 2003; *Jakobs*, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, in: FS für K. Lüderssen, 2002, S. 559 ff.; *Schünemann*, *Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?*, in: FS für K. Tiedemann, 2008, S. 429 ff.

¹⁵ Hirsch (Fn. 14), S. 288.

¹⁶ Hirsch (Fn. 14), S. 289.

¹⁷ Hirsch (Fn. 14), S. 291.

¹⁸ BGHSt. (GrS) 2, 194, 200 (aus dem Jahr 1952)

¹⁹ Grundlegend *Tiedemann*, *Die “Bebußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in: NJW 1988, S. 1172. Siehe auch *Heine*, *Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen*, in: Niggli/Amstutz, *Verantwortlichkeit im Unternehmen. Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, 2007, S. 93 ff.; *Paliero*, *Das Organisationsverschulden*, in: FS für K. Tiedemann, 2008, S. 503 ff.

²⁰ *Infra* §§ IV, V.





Sanktionen gegen juristische Personen: Italien

Schließlich wird die Strafbarkeit juristischer Personen mit dem Argument abgelehnt, dass die Strafe ihrem Wesen nach nicht auf Körperschaften passe²¹. Die Geltung dieses Arguments hängt davon ab, welche Konzeption der Strafe man annimmt: Dieses Thema kann hier nicht vertieft werden. Unvereinbar mit der Bestrafung juristischer Personen sind diejenigen Konzeptionen, welche die Strafe mit der sittlichen Persönlichkeit der Menschen im Zusammenhang bringen. Das wäre der Fall der Vergeltungstheorie²². Die Präventionstheorien können hingegen dazu passen, je nach dem Begriff der Prävention, den man annimmt²³. Dieses Argument ist jedoch mit dem Schuldargument logisch verbunden.

Ein weiterer Einwand gegen die Strafbarkeit juristischer Personen, der mit der Strafe zu tun hat, liegt darin, dass eine juristische Person nicht die einzige Adressatin der Sanktion ist; vielmehr richtet sich die Strafe an die Anzahl ihrer (zumindest teilweise) unschuldigen Mitglieder²⁴. Dieser Einwand wird mit dem Gegenargument abgelehnt, dass die Strafe immer auch "unschuldige" Personen trifft, wie z.B. Verwandte des Schuldigen²⁵. Fakt ist jedoch, dass Sanktionen gegen juristische Personen, die sowohl in Geldstrafen als auch in der Auflösung der Korporation bestehen können, ernste Auswirkungen auf das gesamte Wirtschaftssystem haben können, welche der Gesetzgeber in Rechnung stellen muss. Damit treten wir in die Kriminalpolitik ein.

III. Kriminalpolitische Grundlagen (*societas saepe delinquit*)

Während die dogmatischen Grundlagen der Strafbarkeit juristischer Personen kontrovers bleiben, sind die kriminalpolitischen Erfordernisse von Sanktionen gegen juristische Personen, insbesondere Unternehmen, heutzutage unumstritten. Auch diejenigen Autoren²⁶, die eine strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen dogmatisch fragwürdig finden, geben zu, dass "*societas saepe delinquit*:"²⁷ "Die juristische Person begeht häufig Straftaten". Die kriminalpolitischen Gründe lassen sich wie im Folgenden zusammenfassen.

Ausgangspunkt ist natürlich, dass Einzelfirmen bei den aktuellen Formen von Wirtschaftskriminalität nur eine geringe Rolle spielen. Hauptfiguren des Wirtschaftslebens und der Wirtschaftskriminalität sind die großen Gesellschaften und Konzerne. Diese sind in der Lage kollektive Rechtsgüter (wie z.B. kollektive Gesundheit, Umwelt, Finanzmarkt, Wettbewerb etc.) massiv zu verletzen²⁸.

²¹ Vgl. Hirsch (Fn. 14), S. 294 ff.

²² Beling (Fn. 12), S. 8, Fn. 2.

²³ Hirsch (Fn. 14), S. 294 ff.

²⁴ Beling (Fn. 12), S. 8, Fn. 2.

²⁵ Dolcini, Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio, in: Riv. it. dir. proc. pen., 1999, S. 22.

²⁶ Siehe z.B. Schünemann (Fn. 14), S. 439.

²⁷ Vgl. D'Urso (Fn.2), S. 513.

²⁸ Vgl. Dannecker, Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts, in: GA, 2001, S. 101 ff.





Attilo Nisco

Die von solchen großen Unternehmen ausgehenden Straftaten werden nicht von einzelnen Menschen verursacht, im Sinne dass sie häufig nicht das Produkt einer einzigen Handlung sind, sondern von mehreren koordinierten Handlungen. Letztendlich sind solche Straftaten das Ergebnis einer gesamten schlechten Organisation. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit nur den damit befassten natürlichen Personen zuzurechnen, ist manchmal faktisch schwer. Wenn diese menschliche Zurechnung scheitert, befindet man sich vor einem Fall der sogenannten *“organisierte[n] Unverantwortlichkeit”*²⁹.

Die Verantwortlichkeit einzelner Menschen zu ermitteln ist nicht nur faktisch schwer, sondern manchmal auch willkürlich. Die Zurechnung löst oft eine *“Positionsverantwortlichkeit”* aus, wobei entweder nur die Leitung oder nur die Untergeordneten einer Firma durch das Strafrecht erreicht werden³⁰. Die Verantwortlichkeit juristischer Personen soll hingegen zu einer besseren Verteilung der Verantwortlichkeit innerhalb der Organisation führen. In manchen Fällen kann sie sogar den Verzicht auf die Anwendung von Strafe gegen die natürliche Person rechtfertigen.

Ist die Organisation selbst die echte Ursache der Unternehmenskriminalität, dann ist die bloße Bestrafung von Menschen ein langfristig nicht sinnvolles Mittel, um diese Kriminalität zu bekämpfen. Nachdem man ihre Mitglieder bestraft hat, regenerieren sich die großen Organisationen. Wenn das kriminelle Verhalten zum Bestandteil ihrer Kultur geworden ist, dann löst das traditionelle Strafrecht nicht alle Probleme: Menschen können ständig von der Organisation ersetzt werden und die neuen Angestellten können sich an die organisatorische Kultur anpassen. Will man das Phänomen richtig betrachten, dann muss sich die Sanktion gegen diese *“kriminelle Verbandsattitüde”*³¹ wenden.

Schließlich stellt die internationale Debatte einen großen Ansporn für die Einführung der Verantwortlichkeit juristischer Personen dar³². Wirtschaftskriminalität ist meistens transnationale Kriminalität und ihre Bekämpfung fordert eine Harmonisierung nationaler strafrechtlicher Systeme³³. Im Hinblick auf eine solche Harmonisierung darf man nicht vernachlässigen, dass juristische Personen in vielen Rechtsordnungen bestraft werden, während man in denjenigen Ländern, in denen sie unbestraft bleiben, das Risiko eingeht, eine Sicherheitslücke zu schaffen. Das EU-Recht drängt deswegen seit Langem in die Richtung einer Verantwortlichkeit juristischer Personen. Es fordert nicht zwingend eine echte strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen, vielmehr die Einführung von effizienten verwaltungsrechtlichen Sanktionen³⁴.

²⁹ Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 31 ff.

³⁰ Vgl. Alessandri, Impresa (responsabilità penale), in: Dig. disc. pen., VI, 1991, S. 193 ff.

³¹ Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 22 f.

³² Dannecker (Fn. 28), S. 106 f.

³³ Vgl. Delmas-Marty, Globalisation and Transnational Corporation, in: FS für K. Tiedemann, 2008, S. 1291 ff.





Sanktionen gegen juristische Personen: Italien

IV. Rechtsvergleichender Überblick (*societas puniri potest*)

Um die erwähnten kriminalpolitischen Zwecke zu verwirklichen, haben die einzelnen Rechtsordnungen unterschiedliche Lösungen angenommen³⁵. Unabhängig davon, ob sich der jeweilige Gesetzgeber dem alten Dogma "*societas delinquere non potest*" unterworfen hat, sind die Sanktionen gegen juristische Personen eine weltweit bekannte Realität. Man kann dieses Zeitgeschehen mit der Maxime "*societas puniri potest*" ("die juristische Person kann bestraft werden") ausdrücken³⁶. Als Beweis dafür wird im Folgenden ein Überblick über die Rechtslage in einigen Ländern Europas gegeben.

A. England

In England ist die Möglichkeit der strafrechtlichen Sanktionierung von juristischen Personen von der Rechtsprechung anerkannt worden. Diese Anerkennung hat eine interessante Entwicklung gehabt, die hier nicht ausführlich beschrieben werden kann³⁷. Der Strafbarkeit juristischer Personen standen keine dogmatischen Überlegungen entgegen. Diskutiert wurden aber die Kriterien, entsprechend derer eine menschliche strafbare Handlung einer juristischen Person zugerechnet werden konnte. Bei Straftaten mit *mens rea* hat die Rechtsprechung die "*identification theory*" eingeführt, welche die Übertragung der *mens rea* einer natürlichen Person auf die Ebene der juristischen Person ermöglicht³⁸. Diese Theorie beruht darauf, dass sich einige Menschen innerhalb der juristischen Person mit dieser dadurch "identifizieren" lassen, dass sie den "Willen" der juristischen Person vertreten. Selbstverständlich kann das Kriterium der Identifikation nur dann angewendet werden, wenn die Straftat von Menschen begangen wird, welche die Leitung der juristischen Person ausüben. Es lässt sich hingegen keine Identifikation erkennen bei einfachen Angestellten. Das Kriterium ist somit nicht in der Lage, die Organisation der juristischen Person als Ganzes zu betreffen.

Mit dem *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* aus dem Jahr 2007 hat der englische Gesetzgeber die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Unternehmens wegen fahrlässiger Tötung reguliert (*corporate killing*)³⁹. Diese Verantwortlichkeit stützt sich unter anderem auf die Ermittlung eines Verstoßes von

³⁴ Der erste Rechtsakt in dieser Richtung war die Recommendation No. R (88) 18 aus dem Jahr 1988. Ausführlich zur europäischen Perspektive siehe *Fromm*, Auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen/Unternehmensvereinigungen in Europa?, in: ZIS 7/2007 (www.zis-online.com), S. 279 ff.

³⁵ Für eine umfassende rechtsvergleichende Analyse siehe *Adam* (Fn. 1), S. 23 ff.; de *Maglie*, L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società, 2002.

³⁶ Vgl. *Marinucci*, "*Societas puniri potest*": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in: Riv. it. dir. proc. pen., 2002, S. 1193 ff.

³⁷ Hierzu *Coffee*, Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey, in: Eser/Heine/Huber (Fn. 14), S. 15 ff.; *Wells*, Corporations and Criminal Responsibility, 2. Auflage, 2001.

³⁸ Vgl. den Fall *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass* (1972) A.C. 153.

³⁹ Aus einer rechtsvergleichenden Perspektive siehe *Torre*, Riflessioni sul diritto britannico in tema di responsabilità penale degli enti: il corporate killing, in: Riv. trim. dir. pen. ec., 2009, S. 253 ff.





Attilo Nisco

dem Management gegen eine “Sorgfaltspflicht” (*duty of care*) in Bezug auf das Opfer. Auf diese Weise werden strafrechtlich relevante Organisationspflichten, die über die “*identification theory*” hinausgehen⁴⁰, in das englische corporate crime System eingeführt.

B. Frankreich

In Frankreich wurde die Strafbarkeit juristischer Personen 1994 eingeführt. Art. 121-2 des französischen StGB besagt, dass juristische Personen, mit Ausnahme des Staates, “für die für ihre Rechnung von ihren Organen oder Vertreten begangenen Taten strafrechtlich verantwort/lich” sind.

Als Zurechnungskriterien gelten also die Tatsachen, dass die Straftat von Organen oder Vertretern einer juristischen Person begangen wurde, und dass sie “für Rechnung” (“*pour compte*”) der juristischen Person begangen wurde. Diese Form der Verantwortlichkeit wird “*par ricochet*” genannt: Die Verantwortlichkeit der Körperschaft stellt eine Rückwirkung der Verantwortlichkeit der natürlichen Person dar, die für die erste gehandelt hat. Damit verzichtet der Gesetzgeber darauf, ein subjektives Zurechnungskriterium zu formulieren: Die Frage einer möglichen Schuld der juristischen Person stellt sich für den französischen Gesetzgeber nicht⁴¹.

Im Jahr 2004 hat eine Reform die Strafbarkeit der juristischen Personen auf alle geltenden Straftatbestände ausgedehnt. Heute kann eine juristische Person in Frankreich wegen aller Verbrechen zur Verantwortung gezogen werden. In der Praxis hat sich jedoch ein Problem gestellt: Häufig - z.B. im Umweltstrafrecht - sind die Strafbehörden nicht in der Lage, eine bestimmte natürliche Person zu finden, der man die Straftat zurechnen kann. Ohne eine solche natürliche Person zu finden, funktioniert das Schema “*par ricochet*” nicht. Die Rechtsprechung hat versucht, dieses Hindernis dadurch zu überwinden, dass sie in solchen Fällen die Sanktionierung juristischer Personen wegen einer so genannten “diffusen Tat” (“*faute diffuse*”) angenommen hat. Insofern setzt sich eine übergesetzliche Form der Schuld des Unternehmens wegen seiner gefährlichen Organisation durch, welche den ursprünglichen Aufbau der französischen Regulierung ändert⁴².

C. Schweiz

Art. 102 des schweizerischen StGB sieht die Strafbarkeit nicht nur juristischer Personen vor, sondern auch von Einzelfirmen, die vom Gesetz als Unternehmen klassifiziert werden. Es handelt sich dabei um zwei Formen von Verantwortlichkeit.

⁴⁰ Slapper, Corporate Punishment, in: Journal of Criminal Law, Vol. 74, Issue 3, 2010, S. 181 ff.

⁴¹ Zur französischen Regelung *di Marino*, Le développement de la responsabilité pénale des personnes morales, in: Rev. pénitentiaire et de droit pénal, 2004, S. 27 ff.; *Planque*, La Détermination de la personne morale pénalement responsable, Paris, 2003; *Wester-Ouisse*, Responsabilité pénale des personnes morales et derives anthropomorphiques, in: Rev. pénitentiaire et de droit penal, 2009, S. 63 ff.

⁴² *Robert*, La responsabilità degli enti in Francia, in: Dir. pen. XXI Sec., 2008, S. 277 ff. In einer rechtsvergleichenden Perspektive siehe *Giavazzi*, La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese, in: Riv. trim. dir. pen. ec., 2005, S. 857 ff.





Sanktionen gegen juristische Personen: Italien

Die erste Form betrifft jede Straftat, die im Rahmen des Unternehmenszwecks begangen wird und die wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Die zweite Form findet ihre Anwendung nur in Bezug auf bestimmte Straftaten, die das Gesetz auflistet, bei denen das Unternehmen *“unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen”* bestraft wird, wenn ihm *“vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat”*, um solche Straftaten zu verhindern⁴³. Das Charakteristikum dieser Regulierung ist ein Organisationsmangel, der als Hauptkriterium der Zurechnung gilt und die Schuld des Unternehmens kennzeichnet⁴⁴. Das Gesetz beschreibt jedoch nicht die Organisationsmaßnahmen, die das Unternehmen durchsetzen muss, um den strafrechtlichen Vorwurf zu vermeiden.

D. Deutschland

Die bis jetzt analysierten Systeme haben sich offenkundig für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit entschieden. In Deutschland ist eine solche Form krimineller Verantwortlichkeit noch nicht eingeführt worden und sie findet immer noch den Widerstand eines Teils der Lehre. Gegen juristische Personen kann zwar der Verfall (§§ 73 ff. StGB) oder die Einziehung (§§ 74 ff. StGB) angeordnet werden, aber sie sind *“Maßnahmen”* und nicht *“Strafen”*⁴⁵. Ein Sondersanktionssystem gegen juristische Personen ist aber nicht gänzlich unbekannt⁴⁶. § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG), das im Jahr 2002 reformiert wurde, sieht eine Geldbuße gegen juristische Personen bis zu einer Millionen Euro vor. Die juristische Person ist verantwortlich, wenn eine Straftat oder eine Ordnungswidrigkeit von bestimmten Stellvertretern oder Organen begangen wird, immer wenn es sich um Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten handelt, *“durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte”*. § 30 OWiG muss im Zusammenhang mit § 130 OWiG gelesen werden⁴⁷. Diese letzte Norm sieht eine Ordnungswidrigkeit für den Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vor, der *“vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist”*, immer *“wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre”*.

⁴³ Zum Ganzen *Forster*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, 2006.

⁴⁴ Zum Thema *Geiger*, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, 2006.

⁴⁵ *Hirsch* (Fn. 14), S. 285.

⁴⁶ Hierzu *Engelhart* (Fn. 14), S. 319 ff.; *Kindler*, Das Unternehmen als haftender Täter, 2008.

⁴⁷ Vgl. *Többens*, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, in: *NStZ*, 1999, S. 1 ff.





Attilo Nisco

Die Aufsichtsmaßnahmen, die der Betriebsinhaber umsetzen muss, um seine persönliche Verantwortlichkeit zu vermeiden, begründen gleichzeitig Pflichten, die bei einem Verstoß Geldbußen gegen juristische Personen gem. § 30 OWiG nach sich ziehen können. Insofern stützt sich auch das deutsche System auf einen Organisationsmangel, der auftritt, wenn die Aufsichtsmaßnahmen unterlassen oder verletzt werden⁴⁸. In diesem Zusammenhang wird auch in den deutschen Unternehmen die amerikanische Praxis der *compliance programs* angenommen⁴⁹. Dabei handelt es sich um Organisationsmaßnahmen, die das Risiko verhindern sollen, dass im Unternehmen eine Straftat begangen wird⁵⁰.

V. Das italienische System

Das italienische System der Verantwortlichkeit juristischer Personen aus dem Jahr 2001, das im Folgenden beschrieben wird, kann nicht als “strafrechtlich” klassifiziert werden. Trotzdem ergeben sich aus diesem System viele Ähnlichkeiten mit dem Strafrecht⁵¹.

A. Historischer Rückblick

Der Grundsatz *societas delinquere non potest* war im italienischen Recht stark verwurzelt⁵². Zwischen dem XIX. und XX. Jahrhundert versuchte die Lehre diesen Grundsatz in der Tradition des römischen Rechtes (im Gegensatz zu der germanischen Tradition) zu verankern, obwohl die Abstammung aus dem römischen Recht sehr umstritten ist⁵³. Befürworter einer Strafbarkeit juristischer Personen sind in dieser Zeit eine Ausnahme. Zu erinnern ist an die 1919 in Rom von *Alfredo De Marsico* gehaltene Rede (sog. “prolusione” über “*Die gesellschaftliche Abwehr gegen die neuen Formen von kollektiven Delikten*”, wobei der Verfasser einen “*kollektiven Willen*” der Körperschaften anerkannte, der deren (auch strafrechtliche) Verantwortlichkeit hätte ermöglichen sollen⁵⁴. Der *Codice Rocco* (1930) folgte der herrschenden Lehre und sah keine Strafe für juristische Personen vor, obwohl einige Autoren die theoretische Möglichkeit von “*verwaltungsrechtlichen Geldsanktionen*” nicht bestritten⁵⁵.

Die einflussreichsten Lehrbücher der zweiten Nachkriegszeit brachten alle klassischen Einwände gegen die Strafbarkeit wieder vor: Die juristische Person könne

⁴⁸ Vgl. *Tiedemann* (Fn. 19), S. 1169 ff.; jüngst *Engelhart* (Fn. 14), S. 373 ff.

⁴⁹ Vgl. BGH 5 StR, Urteil vom 17. Juli 2009, in: NJW, 2009, S. 3173 ff.

⁵⁰ Zum Ganzen *Engelhart* (Fn. 14), S. 402 ff.; *Sieber*, Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht - Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität, in: FS für Tiedemann, 2008, S. 449 ff.

⁵¹ In einer rechtsvergleichenden Perspektive siehe *Gobert/Punch* (Fn. 14), S. 109.

⁵² Vgl. *Pasculli*, La responsabilità da “reato” degli enti collettivi nell’ordinamento italiano, 2005, S. 19 ff.; *Salomone*, Il principio *societas delinquere non potest*. La natura della responsabilità prevista dal d.lgs. 231/2001, in: D’Avirro/Di Amalo, La responsabilità da reato degli enti, 2009, S. 3 ff.

⁵³ Vgl. *Pessina*, Elementi di diritto penale, I, 1882, S. 163 ff.; *Manzini*, Trattato di diritto penale italiano, I, 1908, S. 378 ff.

⁵⁴ *De Marsico*, La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo, in: Riv. pen., 1920, S. 214 ff.

⁵⁵ *Battaglini*, Responsabilità penale delle persone giuridiche?, in: Riv. it. dir. pen., 1930, S. 671.





Sanktionen gegen juristische Personen: Italien

“unter der Strafvollstreckung nicht leiden und sei “handlungsunfähig”⁵⁶, ihre Bestrafung sei “nutzlos und gleichzeitig schädlich”⁵⁷. Außerdem fand die Einführung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen ein Hindernis in der republikanischen Verfassung: Art. 27 Abs. 1 besagt, dass für Straftaten jedermann persönlich verantwortlich ist⁵⁸. Erst in den siebziger Jahren hat die (neue) Lehre in dem “Dogma *societas delinquere non potest*” - mit den Worten von *Franco Bricola* - einen “Preis” gesehen, den sich eine sinnvolle Kriminalpolitik nicht mehr leisten konnte⁵⁹. Bricola plädierte für eine Interpretation der Verfassung, die der Zurechnung einer “eigenen” Verantwortlichkeit der juristischen Personen mittels ihrer Organe nicht widersprach und schlug die Anwendung von Maßregeln der Besserung und Sicherung gegen Körperschaften vor.

Die (teilweise) Verabschiedung von dem alten Dogma musste aber noch lange auf sich warten. In den neunziger Jahren fing die Lehre an, verwaltungsrechtliche Sanktionen als Vorbild eines modernen Sanktionssystems gegen juristische Personen und Unternehmen anzusehen⁶⁰. Gleichzeitig nahmen einige rechtsvergleichende Untersuchungen mit zunehmendem Interesse Compliance-Programme als effektives Mittel gegen die Wirtschaftskriminalität wahr⁶¹. Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Compliance-Programme spielen nicht zufällig eine wichtige Rolle in der Auffassung des Gesetzes aus dem Jahr 2001.

B. Das Gesetz Nr. 231 aus dem Jahr 2001: *tertium genus der Verantwortlichkeit*

Die gesetzvertretende Verordnung (*decreto legislativo*) Nr. 231 aus dem Jahr 2001⁶² - die im Folgenden einfach als “Gesetz” bezeichnet wird - über die Verantwortlichkeit juristischer Personen wurde erlassen, um einige internationale Pflichten zu erfüllen⁶³. Das Gesetz kennzeichnet die Verantwortlichkeit juristischer Personen als “*verwaltungsrechtlich*” um so einen Verfassungsverstoß zu vermeiden. In der Gesetzesbegründung heißt es jedoch, dass es sich um eine besondere Form verwaltungsrechtlicher Verantwortlichkeit handele, die in der Tat eine “*dritte Gattung*” (*tertium genus*) zwischen strafrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Verantwortlichkeit darstellt⁶⁴.

⁵⁶ *Bettioli*, Diritto penale, parte generale, 2. Aufl., 1950, S. 173.

⁵⁷ *Antolisei*, Manuale di diritto penale, parte generale, 4. Aufl., 1960, S. 430.

⁵⁸ Vgl. *Alessandri*, Art. 27 comma 1°, in: *Branca/Pizzorusso* (Hrsg.), Commentario della Costituzione, 1991, S. 150 ff.; *Dolcini* (Fn. 25), S. 19 ff.

⁵⁹ *Bricola*, Il “costo” del principio *societas delinquere non potest*, in: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, S. 951 ff. Siehe auch *Stortoni*, Profili penali delle società commerciali come imprenditori, in: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, S. 1172 ff.; und das Lehrbuch von *Mantovani*, Diritto penale, parte generale, 1979, S. 145.

⁶⁰ *Paliero*, Problemi e prospettive della responsabilità penale dell’ente nell’ordinamento italiano, in: *Riv. trim. pen. ec.*, 1996, S. 1173 ff.

⁶¹ *De Maglie*, Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell’impresa, in: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, S. 88 ff.; *Stella*, Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo, in: *Riv. trim. pen. ec.*, 1998, S. 459 ff.

⁶² Gesetzvertretende Verordnung (“decreto legislativo”) vom 8. Juni 2001 über die “Regelung der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen, Gesellschaften und Vereinigungen auch ohne juristische Persönlichkeit”.

⁶³ Zum Ganzen *D’Avirro/Di Amato* (Hrsg.), La responsabilità da reato degli enti, 2009; *de Vero*, La responsabilità penale delle persone giuridiche, 2008, *Garuti* (Hrsg.), Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato, 2003; *Guerrini*, La responsabilità da reato degli enti. Le sanzioni e la loro natura, 2006; *Lattanzi* (Hrsg.), Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 231/2001, 2010; *Palazzo* (Hrsg.), *Societas puniti potest*, 2003; *Pasculli* (Fn.); *Pelissero*, in: *Antolisei/Grosso*, Manuale di diritto penale. Leggi complementari, Band I, 13. Auflage, 2007, S. 845 ff.; *Spagnolo* (Hrsg.), La responsabilità da reato degli enti, 2007.





Attilo Nisco

Diese Verantwortlichkeit *sui generis* setzt die Begehung eines Straftatbestands voraus und wird in demselben Strafverfahren ermittelt, in dem die natürliche Person als Täter dieses Straftatbestands verurteilt wird. Laut Gesetzesbegründung müssen juristische Personen die Garantien des Strafprozesses genießen, weil die vorgesehenen Sanktionen zu der sogenannten “*matiere pénale*” gehören, die in Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert ist⁶⁵.

In der Literatur⁶⁶ halten zahlreiche Autoren diese Verantwortlichkeit für eine strafrechtliche im echten Sinne, denn die juristischen Personen erfahren gemäß diesem Gesetz die typisch schwerwiegenden Konsequenzen des *Strafverfahrens* und der *Strafsanktionen*. Andere Autoren betonen hingegen einige Besonderheiten dieser “dritten Gattung” der Verantwortlichkeit, die sie vom Strafrecht maßgebend unterscheiden: z.B. die Sonderregelung der Verjährung, die Möglichkeit der Einstellung ohne Entscheidung eines Richters, die dem strengen Legalitätsprinzip gem. Art. 112 it. Verfassung widerspricht, die gesetzlich geregelte Übertragung der Verantwortlichkeit von einer anderen juristischen Person im Fall einer Spaltung, Fusionierung oder Umwandlung der Gesellschaft, und selbst die gesetzliche Bezeichnung “*verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit infolge einer Straftat*”. Im Jahr 2010 hat der Kassationshof (Corte di Cassazione) festgestellt, dass es sich um eine “*autonome Form der Verantwortlichkeit*” handle, die auf einer Identifikation mit den Organen der juristischen Person (“*immedesimazione organica*”) und auf einem “Organisationsverschulden” (“*colpa d’organizzazione*”) beruhe: Infolgedessen hat das Gericht einen Verstoß gegen Art. 27 it. Verfassung abgelehnt⁶⁷.

1. Voraussetzungen der Verantwortlichkeit

Die erste Voraussetzung der Verantwortlichkeit juristischer Personen ist, dass eine Straftat begangen wird. Die Verantwortlichkeit juristischer Personen ist nur infolge eines Tatbestandes vorgesehen, der zu einer gesetzlichen Auflistung gehört. Am Anfang war die Auflistung auf einer geringen Anzahl von Tatbeständen beschränkt: vor allem Bestechungsdelikte – und Betrug gegen den Staat. Heute umfasst diese Auflistung Strafvorschriften betreffend Gesellschaften, Geldwäsche, Marktmissbrauch, Computer Crime, Terrorismus, Sklaverei, Menschenhandel, Kinderpornographie, weibliche Genitalverstümmelung, fahrlässige Tötung und Körperverletzung im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen die Normen zum Schutz und zur Sicherheit der Arbeit, organisierte Kriminalität (krimineller Verein und mafiöser Verein), Urheberstrafrecht⁶⁸. Das Parlament hat darüber hinaus der Regierung aufgetragen, eine gesetzesvertretende Verordnung zur Erweiterung der

⁶⁴ Relazione governativa al Decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, § 1.1., in: www.rivista231.it.

⁶⁵ Relazione governativa (Fn. 64), § 3.3.

⁶⁶ Zum Problem der Natur der Verantwortlichkeit siehe *Amarelli*, Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti, in: Riv. it. dir. proc. pen., 2006 S. 151 ff.; *De Francesco* (Hrsg.), La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”, 2004; De Simone (Fn. 14), S. 1910 ff.; *Panagia*, Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti, in: Riv. trim. pen. ec., 2008, S. 149 ff.

⁶⁷ Cass. 16. Juli 2010, n. 27735, in www.rivista231.it. Hierzu *Belfiore*, Colpevolezza e rimproverabilità dell’ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, in: Studi in onore di M. Romano, 2011, S. 1743 ff.

⁶⁸ Art. 24 ff. des Gesetzes Nr. 231/2001.





Sanktionen gegen juristische Personen: Italien

Strafbarkeit juristischer Personen im Bereich des Umweltstrafrechts in Umsetzung der EU- Richtlinie 2008/99 zu erlassen⁶⁹. Mit der gesetzvertretenden Verordnung Nr. 121/2011 hat die Regierung diese Pflicht erfüllt und die Verantwortlichkeit juristischer Personen auf zahlreiche - aber nicht sämtliche - Straftatbestände in Bezug auf Abwässer, Abfälle und Umweltverschmutzung der Atmosphäre ausgedehnt⁷⁰.

Die zweite Voraussetzung der Verantwortlichkeit juristischer Person ist, dass der Tatbestand von einer natürlichen Person begangen wird, die Verwaltungs-, Vertretungs- oder Direktionsfunktionen innerhalb der juristischen Person oder innerhalb einer ihrer Abteilungen ausübt. In diesem Bereich werden natürliche Personen eingeschlossen, die auch faktisch die Leitung und die Aufsicht über eine juristische Person ausüben (faktischer Geschäftsführer). Diese natürlichen Personen werden als "Subjekte in einer hohen Position" gekennzeichnet. Man kann sie als "Vorgesetzte" bezeichnen. Außerdem kann die Verantwortlichkeit juristischer Personen durch ein Verbrechen verursacht werden, das von natürlichen Personen begangen wurde, die sich unter der Leitung von Vorgesetzten befinden: Man kann solche Täter als "Untergeordnete" bezeichnen. Falls keine natürliche Person als Täter identifiziert wird, kann gleichfalls die Verantwortlichkeit der juristischen Person festgestellt werden⁷¹. Durch dieses Prinzip will das Gesetz eine Maßnahme gegen die sogenannte "organisierte Unverantwortlichkeit" bereitstellen.

2. Zurechnungskriterien

Das Gesetz sieht zwei Kriterien vor, um die Straftat einer juristischen Person zuzurechnen⁷². Erstens muss die Straftat im "Interesse" oder zum "Vorteil" der juristischen Person begangen werden⁷³. Mit dem Ausdruck "Interesse" ist der Zweck, der sich in der Anlasstat verbirgt, gemeint. Diese Voraussetzung liegt vor, wenn der Täter der Straftat zum Ziel hatte, die juristische Person durch das Verbrechen zu begünstigen. Der "Vorteil" stellt hingegen einen objektiven Vorteil dar, den die juristische Person durch das Verbrechen erhalten hat, unabhängig von dem Ziel des Täters. Bei Fahrlässigkeitsdelikten liegt das Interesse bzw. der Vorteil darin, dass die Leitung einer juristischen Person keine angemessenen Organisationsmaßnahmen - z.B. einen Sicherheitsplan für die Arbeitnehmer - durchgesetzt hat, um ihre wirtschaftlich strategischen Interessen zu verfolgen⁷⁴.

⁶⁹ Art. 19 des Gesetzes Nr. 96/2010.

⁷⁰ Art. 25– *undecies* des Gesetzes Nr. 231/2001.

⁷¹ Art. 8 des Gesetzes Nr. 231/2001.

⁷² Art. 5-7 des Gesetzes Nr. 231/2001. *Hierzu Casaroli*, Sui criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, in: Riv. trim. pen. ec., 2008, S. 561 ff.

⁷³ Zum Thema *Selvaggi*, L'interesse dell'ente collettivo, 2006, S. 11 ff.

⁷⁴ Vgl. Tribunale di Trani, sez. di Molfetta, 26. Oktober 2009, in: Riv. trim. pen. ec., 2010, S. 539 ff., mit einer Anmerkung von *Checchacci*. Die richterliche Lösung ist nicht bedenkenfrei: Zum Thema siehe *Alessandri*, Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione, in: *Analisi giur. ec.*, 2/2009, S. 337 ff.; *Selvaggi*, Infortuni sul lavoro e interesse dell'ente, in: Riv. trim. pen. ec., 2010, S. 509 ff.





Attilo Nisco

Das zweite Zurechnungskriterium besteht in dem Fehlen eines "Organisationsmodells"⁷⁵. Mit dem Ausdruck "Organisationsmodell" sind geeignete Organisationsmaßnahmen gemeint, die das Risiko verringern können, dass eine Straftat begangen wird. Die Unterlassung der Einführung eines Organisationsmodells wird nicht *per se* sanktioniert. Ist eine Tat begangen, macht sich die juristische Person jedoch dadurch verantwortlich: a) dass sie keine Organisationsmaßnahmen eingeführt hat; b) dass sie die existierenden Organisationsmaßnahmen nicht effektiv durchgeführt hat, oder c) dass sie keine genügende Aufsicht über die existierenden Organisationsmaßnahmen bereitgestellt hat. Um die Kontrollaufgabe über die Effektivität des Organisationsmodells zu erfüllen, müssen juristische Personen von einer bestimmten Größe ein Kontrollorgan (Compliance- Officer) ernennen, das für die Aktualisierung des Organisationsmodells zuständig ist und das über seine Einhaltung wacht⁷⁶. Wird die Straftat von einem Vorgesetzten begangen, muss die juristische Person beweisen, dass sie ein angemessenes Organisationsmodell hat, dass der Täter aber trotzdem in einer "betrügerischen Art" dieses Organisationsmodell umgangen hat (sog. "*elusione fraudolenta*")⁷⁷. Es handelt sich dabei um eine Beweislastumkehr, die eine *probatio diabolica* verbirgt⁷⁸.

3. Organisationsmodelle

Die Organisationsmodelle stellen den Kern dieser Regulierung dar⁷⁹. Zur Konkretisierung des Inhalts von Organisationsmodellen tragen verschiedene Quellen bei. Das Gesetz gibt einen minimalen Inhalt eines Organisationsmodells vor. Dementsprechend soll ein Organisationsmodell: 1) Tätigkeiten und Abteilungen feststellen, bei denen ein Risiko-Verbrechen vorliegt; 2) betriebliche Verfahren vorsehen, durch die die Entscheidungen getroffen und durchgesetzt werden müssen, damit kein Verbrechen begangen wird; 3) das Management von finanziellen Ressourcen in einer Weise feststellen, dass die Ressourcen nicht ausgenutzt werden, um Verbrechen zu begehen; 4) Informationspflichten in Bezug auf das Kontrollorgan vorsehen; 5) ein Disziplinarsystem einführen, damit eventuelle Übertretungen der eingeführten Organisationsmaßnahmen sanktioniert werden.

Darüber hinaus sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, dass Vereine, die repräsentativ sind für bestimmte Sektoren (z.B. Industrie, Banken, Versicherungen etc.), *Guidelines* erlassen, die als Muster zur Ausführung von Organisationsmodellen von juristischen Personen des jeweiligen Sektors verwendet werden können. Solche *Guidelines* können dem Justizministerium mitgeteilt werden, damit das Ministerium eventuelle Bemerkungen dazu formuliert.

⁷⁵ Art. 6-7 des Gesetzes Nr. 231/2001.

⁷⁶ Art. 6 Abs. 1 b) des Gesetzes Nr. 231/2001.

⁷⁷ Art. 6 Abs. 1 c) des Gesetzes Nr. 231/2001.

⁷⁸ Siehe Spinelli, Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una *probatio diabolica*, in: Riv. trim. pen. ec., 2010, S. 609 ff.

⁷⁹ *Astrologo*, Obbligatorietà o facoltatività dei modelli: le cause di esclusione della responsabilità, in: Sgubbi/Fondaroli, (Hrsg.), Strumenti di *corporate governance* e responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, 2010, S. 35. Zur Struktur der Organisationsmodelle (Compliance-Programme) siehe *Piergallini*, La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato, in: Lattanzi (Hrsg.), Reati e responsabilità degli enti, 2. Auflage, 2010, S. 153 ff.





Sanktionen gegen juristische Personen: Italien

Die letzte Quelle zur Konkretisierung von Organisationsmodellen ist die Organisation selbst. Der Inhalt des Organisationsmodells wird von der jeweiligen juristischen Person bestimmt, deren Leitung letzten Endes am Besten in der Lage ist, die konkrete Gestaltung der Organisation zu beobachten und die erforderlichen Korrekturmaßnahmen durchzusetzen. Entsprechend einem Gesetzentwurf, der im Jahr 2010 präsentiert wurde, sollten die Organisationsmodelle einem Zertifizierungsverfahren unterstehen.

Durch die Organisationsmodelle hat der Gesetzgeber versucht, die nordamerikanische Erfahrung der Compliance Programme mit dem dogmatischen Gedanken des Organisationsverschuldens zu vereinigen. “*Organisationsmodell*” ist im italienischen Recht zum Synonym für den Ausdruck “*compliance program*” geworden. Im Unterschied zum amerikanischen Recht bedienen sich jedoch die Compliance Programme des italienischen Rechts der Zurechnung und nicht nur der Strafzumessung. Grundgedanke dieser Regulierung ist einerseits, dass die bloße Bedrohung mit einer Sanktion ungenügend ist, den *corporate crime* zu bekämpfen, ohne Einfluss auf die Unternehmensorganisation zu haben; andererseits, dass das Verhängen der Sanktion eine besondere Form der Schuld verlangt, die zu der *corporation* passt. Das Organisationsmodell spielt auch eine Rolle bei der Bemessung der Sanktion. Wenn während der Ermittlung festgestellt wird, dass die juristische Person kein Organisationsmodell hat, erlangt sie dennoch eine Reduktion der Sanktion, wenn sie ein Organisationsmodell vor der Verhandlungseröffnung einführt⁸⁰.

4. Sanktionen

Das Gesetz sieht vier Sanktionsarten vor⁸¹:

1) Vermögenssanktionen: Sie bestehen grundsätzlich in Geldsanktionen, für deren Bemessung der Gesetzgeber ein Tagessatzsystem eingeführt hat, um dem wirtschaftlichen Zustand der jeweiligen juristischen Person Rechnung tragen zu können⁸².

2) Verbotssanktionen (*sanzioni interdittive*): Sie bestehen in dem Verbot der Ausübung einer Tätigkeit und gegebenenfalls in der endgültigen Schließung des Unternehmens. Das Verbot der Ausübung einer Tätigkeit kann von dem Richter durch die Einführung eines Verwalters (“*commissario giudiziale*”) ersetzt werden, wenn die verurteilte Körperschaft einen öffentlichen Dienst ausübt, dessen Abbrechen schwerwiegende Schäden für die Gemeinschaft bedeuten würde, oder wenn das Abbrechen der Tätigkeit eine relevante Einwirkung auf die Beschäftigung in einem bestimmten Ort haben kann⁸³.

⁸⁰ Art. 12 Abs. 2 b), und Art. 17 des Gesetzes Nr. 231/2001.

⁸¹ Art. 9 des Gesetzes Nr. 231/2001.

⁸² Art. 10 ff. des Gesetzes Nr. 231/2001

⁸³ Art. 15 des Gesetzes Nr. 231/2001.





Attilo Nisco

3) Einziehung des “Ertrags” (*profitto*) oder “Lohns” (*prezzo*) des Verbrechens, die als “Gewinnabschöpfung” (“*confisca*”) bezeichnet werden kann⁸⁴. Die Anwendung der Gewinnabschöpfung als Sanktion spiegelt eine moderne Tendenz des Wirtschaftsstrafrechts wider: Gemäß Art. 240 it. StGB kann die Einziehung unter bestimmten Voraussetzungen als Sicherungsmaßnahme angeordnet werden; viele Reformen und Nebengesetze haben sie in eine furchterregende Vermögensstrafe umgewandelt, deren Konturen - insbesondere im Hinblick auf den Begriff “Gewinn” - unklar sind⁸⁵.

4) Veröffentlichung der Verurteilung.

Während des Verfahrens kann der Richter Verbotsmaßnahmen als “vorbeugende Maßnahmen” (*misura cautelari*) anordnen, wenn “schwerwiegende Indizien” gegen die juristische Person vorliegen und die Gefahr besteht, dass andere “gesetzwidrige Handlungen der gleichen Art” begangen werden⁸⁶. Der Richter kann auch die Beschlagnahme von Sachen, die Gegenstand einer künftigen Gewinnabschöpfung sein können, anordnen⁸⁷. Es gibt insofern eine gesetzlich gewollte Überschneidung von Sanktionen und vorbeugenden Maßnahmen: Letzere können beispielsweise in der Beschlagnahme von beträchtlichen finanziellen Ressourcen liegen oder das Verbot, Verträge zu schließen bzw. durchzuführen, enthalten, die Schließung der unternehmerischen Tätigkeit verursachen und damit faktisch als “Sanktionen” gelten, obwohl sie in einem Zeitpunkt des Verfahrens angeordnet werden, in dem die Verantwortlichkeit der juristischen Person noch nicht festgestellt worden ist⁸⁸. Um die Aufhebung der angeordneten vorbeugenden Verbotsmaßnahmen zu beantragen, muss die juristische Person u.a. den ihr vorgeworfenen Organisationsmangel beseitigen⁸⁹.

C. Anwendung

Das Gesetz Nr. 231/2001 wirft zahlreiche praktische Interpretationsfragen auf. Im Folgenden werden drei Anwendungsproblematiken näher erläutert.

1. Ausdehnung der Sanktionsadressaten

Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 231/2001 schließt die Verantwortlichkeit des Staates, öffentlicher Gebietskörperschaften, öffentlicher nicht wirtschaftlicher Körperschaften und Körperschaften, die “*verfassungsrechtlich relevante Funktionen ausüben*”, aus. Die Rechtsprechung hat erklärt, dass es sich bei der letzten Gruppe

⁸⁴ Übersetzung von *Fondaroli*, Anmerkungen zur Gewinnabschöpfung (“*confisca*”) im aktuellen italienischen Sanktionensystem, in: FS für M. Maiwald, 2010, S. 171.

⁸⁵ Siehe *Bevilacqua*, La natura problematica del profitto confiscabile nei confronti degli enti, in: Riv. it. dir. proc. pen., 2009, S. 1114 ff. Zum Ganzen (auf deutsch) *Fondaroli* (Fn. 84), S. 171 ff.

⁸⁶ Art. 45 des Gesetzes Nr. 231/2001.

⁸⁷ Art. 53 des Gesetzes Nr. 231/2001.

⁸⁸ Ausführlich hierzu und mit kritischen Anmerkungen, *Mongillo*, Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale (pt. II), in: Resp. amm. soc. enti, 1/2010, S. 155 ff.

⁸⁹ Art. 49 i.V.m. Art. 17 des Gesetzes Nr. 231/2001.





Sanktionen gegen juristische Personen: Italien

um Körperschaften handeln muss, die von der Verfassung “ernannt” werden, und dass die Aktiengesellschaften auf keinen Fall von dem Anwendungsbereich des Gesetzes Nr. 231/2001 entzogen werden können⁹⁰. Der Kreis der Sanktionsadressaten bleibt trotzdem ungewiss.

Das Gesetz bezieht sich eigentlich nicht auf “Unternehmen” als solche, sondern auf “juristische Personen” und “Körperschaften”⁹¹. Trotzdem hat die Rechtsprechung auch individuelle Unternehmen als Sanktionsadressaten anerkannt, da auch ihre Tätigkeit auf eine “Organisation” beruht⁹². Darüber hinaus ist die Verantwortlichkeit juristischer Personen im Bereich von Konzernen auf die Muttergesellschaft (*holding*) ausgedehnt worden, auch wenn die Anlasstat im Bereich einer Tochtergesellschaft begangen wurde⁹³. Der Richter stützt seine Argumentation auf ein “Konzern-Interesse”, obwohl das Gesetz strenggenommen lediglich einzelne juristische Personen bzw. Gesellschaften betrifft⁹⁴. Solche richterlichen Interpretationen bewegen sich an der Grenze der Analogie, die gem. Art. 2 des Gesetzes Nr. 231/2001 verboten ist; manchmal überschreiten sie diese Grenze, um vermeintliche “normative Lücken”⁹⁵ zu schließen.

2. Überprüfung des Organisationsverschuldens

In der Praxis ergeben sich viele Schwierigkeiten bei der Überprüfung des Organisationsverschuldens bei Unternehmen⁹⁶. Ein Richter sollte im Hinblick auf ein Organisationsmodell überprüfen, ob es in der Lage war, die begangene Tat zu vermeiden oder zumindest ihre Verwirklichung zu erschweren. Diese Methode setzt eine Beurteilung des Organisationsmodells voraus, die auf den Zeitpunkt vor der Tatbestandsbegehung zurückführt (*ex ante*). In der Praxis kann man eine gegensätzliche Tendenz beobachten. Das begangene Verbrechen stellt für die Rechtsprechung schon einen Beweis dafür dar, dass das Organisationsmodell ungeeignet war, das Risiko von Straftaten zu vermeiden (*post hoc ergo propter hoc*). Ergebnis dieser Praxis ist, dass die erste Gerichtsentscheidung, die ein Organisationsmodell für “geeignet” gehalten hat, erst nach neun Jahren seit dem Inkrafttreten des Gesetzes getroffen wurde⁹⁷.

Ein weiterer kritischer Aspekt betrifft das Risiko, dass die Verantwortlichkeit von juristischen Personen eine unerwartete Ausdehnung der strafrechtlichen

⁹⁰ Cass. 21. Juli 2010, Nr. 28699, in: www.rivista231.it.

⁹¹ Vgl. Art. 1 des Gesetzes Nr. 231/2001.

⁹² Cass. 20. April 2011, n. 15657, in: www.rivista231.it.

⁹³ Vgl. *Scaroïna*, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d'impres*, 2006, S. 230 ff.

⁹⁴ Tribunale di Milano, *ordinanza* 20. September 2004, in: *Guida dir.*, 47/2004, S. 69. Siehe auch Cass. 20. Juni 2011 Nr. 245803, in: www.rivista231.it.

⁹⁵ So Cass. 20. April 2011 (Fn. 92).

⁹⁶ Vgl. *Sgubbi/Manes*, *Responsabilità degli enti e modelli organizzativi: spunti problematici e questioni applicative*, in: ius17@unibo.it, 1/2009, S. 216 ff.

⁹⁷ Tribunale di Milano, 17. November 2009, in: www.rivista231.it.





Attilo Nisco

Verantwortlichkeit auf natürliche Personen mit sich bringt⁹⁸. Das war nicht das Ziel des neuen Gesetzes. Ganz im Gegenteil bezweckte die Einführung einer Verantwortlichkeit juristischer Personen das Überwinden der Zurechnungsschwierigkeiten bei natürlichen Personen, wenn das Verbrechen mehr als Folge einer mangelhaften Organisation zu sein scheint, als die Tat einer bestimmten Person. Dieser Zweck wird verfehlt, sofern die Organisationsmodelle eine Reihe von Kontrollstellungen erfordern, die für Garantenstellungen gehalten werden können⁹⁹. Die Garantenstellung schafft eine Voraussetzung, nach der die Kontrolleure wegen der unterlassenen Vermeidung von Verbrechen strafrechtlich verantwortlich gemacht werden können¹⁰⁰. Die Strafbarkeit der Garanten muss aber unterschiedlichen Zurechnungskriterien folgen als derjenigen der Verantwortlichkeit juristischer Personen. Deswegen darf das Paradigma des Organisationsverschuldens nicht auf die Ebene der natürlichen Personen übertragen werden¹⁰¹.

3. Stellung des Opfers

Das Gesetz sieht einen Strafmilderungsgrund vor, wenn die juristische Person den gesamten Schaden ersetzt und die "schädlichen oder gefährlichen Folgen" des Verbrechens beseitigt¹⁰². Es besagt aber nichts über die Möglichkeit des Opfers, Schadenersatz gegen die angeklagte juristische Person im Strafverfahren zu fordern, wie es in Italien durch die "Einlassung der Zivilpartei"¹⁰³ üblich ist. Das Gesetz aus dem Jahr 2001 ermöglicht die Anwendung von Normen der StPO, wenn sie mit den besonderen Regeln über das Verfahren der juristischen Personen "kompatibel" sind. Beschränkt man sich ausschließlich darauf, scheint die Einlassung der Zivilpartei nicht augenscheinlich "inkompatibel" zu sein¹⁰⁴. Dennoch besagt Art. 184 Abs. 2 it. StGB, dass "jede Straftat, die einen Vermögensschaden oder einen nicht vermögensrechtlichen Schaden verursacht hat, den Täter (...) zu Schadenersatz verpflichtet": Es ist gerade umstritten, ob die juristische Person als "Täter einer Straftat" gehalten werden darf, weil das Gesetz selbst von einer "verwaltungsrechtlichen" Verantwortlichkeit (oder *tertium genus*) spricht¹⁰⁵.

⁹⁸ Vgl. *Alagna*, L'organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231/2001: funzione e responsabilità, in: ius17@unibo.it 2/2008, S. 571 ff.; *Fondaroli*, Organismo di vigilanza ex art. 6, d.lgs. 8 giugno 2001, N. 231: profili di responsabilità penale, in: *Scritti in memoria di G. Marini*, Napoli, 2010, S. 309 ff.; *Gargani*, Imputazione di reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?, in: *Dir. pen. proc.*, 2002, S. 1065 ff.; *La Rosa*, Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo, in: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006 S. 1296 ff.

⁹⁹ *Sgubbi*, La responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001: profili penali, civili e amministrativi, in: *Sanità Pubblica e Privata. Rivista di diritto economia e management*, 2/2008, S. 10 ff.

¹⁰⁰ Zivilrechtlich haftet die Leitung juristischer Personen, wenn sie keine Organisationsmaßnahmen zur Risikoverringering eines Verbrechens durchgesetzt hat: vgl. *Abriani*, La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario, in: *Analisi giur. ec.*, 2/2009, S. 187 ff.

¹⁰¹ Kritische Anmerkungen von *Sgubbi* (Fn. 99), S. 11 ff.; siehe auch *Sgubbi*, Colpevolezza in/di organizzazione e Organismi di Vigilanza. Rapporti con il sistema dei controlli societari, in: *Sgubbi/Fondaroli* (Hrsg.), *Strumenti di corporate governance e responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, 2010, S. 9 ff.

¹⁰² Art. 17 a) des Gesetzes Nr. 231/2001.

¹⁰³ Art. 74 ff. der it. StPO.

¹⁰⁴ Vgl. Tribunale di Milano, ordinanza 24. Januar 2008; Tribunale di Milano, ordinanza 5. Februar 2008, in: www.rivista231.it.

¹⁰⁵ Vgl. Tribunale di Torino, ordinanza 2. Oktober 2008, in: www.rivista231.it.





Sanktionen gegen juristische Personen: Italien

Zu diesem Thema ist jüngst eine Entscheidung des Kassationshofs ergangen, die die Möglichkeit der Einlassung der Zivilpartei gegen juristische Personen ausgeschlossen hat¹⁰⁶. Laut Kassationshof ist die Tatsache maßgeblich, dass sich die rechtswidrige Handlung der juristischen Person (*“illecito amministrativo”*) nicht mit der strafbaren Handlung der natürlichen Person (*“reato”*) identifizieren lässt, sondern *“etwas anderes”* ist. Infolgedessen dürfen die zivilrechtlichen Folgen der menschlichen Straftat nicht als unmittelbare Folgen der rechtswidrigen Handlung einer juristischen Person betrachtet werden¹⁰⁷. Diese Entscheidung geht von zutreffenden systematischen Prämissen aus, und stellt die Verhältnisse zwischen den Verantwortungsbereichen natürlicher bzw. juristischer Personen deutlich heraus. In Bezug auf die Stellung des Opfers im Strafverfahren gegen juristische Personen blieben jedoch einige Fragen hinsichtlich der EU-Rechtskonformität des italienischen Systemoffen¹⁰⁸. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat zuletzt festgestellt, dass das italienische Recht nicht gegen Art. 9 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI über die Stellung des Opfers im Strafverfahren verstößt¹⁰⁹. Nachdem er betont hat, dass der Unionsgesetzgeber die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen einzuführen, erklärte der Gerichtshof, dass die Verantwortlichkeit juristischer Personen gem. dem italienischen *Decreto* Nr. 231/2001 als *“administrativ”*, *“indirekt”* und *“subsidiär”* zu qualifizieren ist; eine solche Verantwortlichkeit *“unterscheidet sich von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der natürlichen Personen, die die Straftat begangen haben, durch die der Schaden entstanden ist, dessen Ersatz (...) im Rahmen des Strafverfahrens verlangt werden kann”*.

D. Reformvorschläge

Im letzten Jahr sind zwei Gesetzesentwürfe präsentiert worden, um einigen Schwierigkeiten von Unternehmen bei der Erfüllung der Compliance-Pflichten im Zusammenhang mit Gesetz Nr. 231/2001 entgegenzukommen¹¹⁰. Diese Entwürfe bezwecken hauptsächlich drei Änderungen: a) Begrenzung der Anwendung von Verbotssanktionen als *“vorbeugende Maßnahmen”*¹¹¹; b) Klarheit bei den Voraussetzungen eines für die Entlastung der juristischen Person *“geeigneten”* Organisationsmodells; c) Umkehrung des schwierigen Beweises über die Eignung eines Organisationsmodells, der jetzt im Falle eines von einem Vorgesetzten begangenen Verbrechen über der juristischen Person schwebt¹¹², entsprechend den ordentlichen strafprozessrechtlichen Prinzipien.

¹⁰⁶ Cass. 22. Januar 2011, Nr. 2251, in: *Dir. pen. proc.*, 2011, S. 431 ff., mit einer Anmerkung von *Mucciarelli*

¹⁰⁷ Cass. 22. Januar 2011 (Fn. 106), S. 433-434.

¹⁰⁸ Das Gericht Florenz hat ein Vorabentscheidungsersuchen an dem EuGH gestellt: siehe Tribunale di Firenze, 9. Februar 2011, *Richiesta alla CGCE di pronuncia in via pregiudiziale sull'interpretazione di norme comunitarie*, in: www.rivista231.it. Der nationale Richter fragte, ob das italienische Gesetz über die Verantwortlichkeit juristischer Personen gegen den Rahmenbeschluss 2001/220/JI über die Stellung des Opfers im Strafverfahren und die Richtlinie 2004/80 verstößt.

¹⁰⁹ Urteil des Gerichtshofes (Zweite Kammer) vom 12. Juli 2012, Rechtssache C-79/11.

¹¹⁰ Entwurf *“AREL”* vom 7. Juli 2010 und *“Entwurf Della Vedova”* (Reformvorschlag Nr. 3640 von dem Abgeordneten On. Della Vedova vom 19. Juli 2010). Ausführlich hierzu *Bortolotto*, D.lgs. 231/2001: quale ruolo per i modelli organizzativi certificati?, in: *Resp. amm. soc. enti*, 1/2011, S. 177 ff.; *Flick*, Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?, in: *Riv. soc.*, 2010, S. 1294 ff.





Attilo Nisco

Diesbezüglich ist ein fragwürdiger Vorschlag gemacht worden: Eine "Zertifizierung" von Organisationsmodellen, die den Richter dazu veranlassen soll, ein Organisationsmodell für geeignet zu erklären. Das wäre eine wenig praktikable Lösung, die zu einer unangebrachten Bürokratisierung der Compliance-Praxis führen würde, denn die Unternehmensorganisation besitzt eine Dynamik, die sich mit einem "Zertifikat" nicht festhalten lässt. Außerdem wäre es unmöglich den Strafrichter bei der Überprüfung eines Compliance-Programms an dağ was ein Zertifikat vorgibt zu binden. Eine solche Lösung würde deswegen zusätzliche Kosten für das Unternehmen ohne Gewinn an Rechtssicherheit mit sich bringen. Nach der strafrechtlichen Lehre wäre vielmehr eine Reform des Kontrollorganes (*scilicet Compliance-Officer*) wünschenswert, weil die aktuell geltenden Normen keine klaren Hinweise zur Funktion und Verantwortung dieses Organs anbieten¹¹³.

VI. Schlussbetrachtung

Die Verantwortlichkeit juristischer Personen ist ein modernes Mittel zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, das viele positive Änderungen in der Unternehmensstruktur und -Kultur fordert. Sie verbirgt aber gleichzeitig einige dunkle Seiten: einige Aspekte, die zu einer schwer kontrollierbaren Ausdehnung der Sanktionsanwendung führen können. Aus der vorangegangenen Analyse, die die italienische Regelung als Prüfstein angenommen hat, lassen sich die folgenden Ergebnisse zusammenfassen:

1. Die Verantwortlichkeit juristischer Person ist realisierbar¹¹⁴. Die Dogmatik kann das "ob" dieser Verantwortlichkeit nicht mehr ernsthaft in Frage stellen; das "wie" hingegen ist diskutierbar. Die italienische Lösung ist von besonderer Bedeutung, weil der Gesetzgeber sogar an eine "dritte Gattung" der Verantwortlichkeit gedacht hat. Trotz der verschiedenen Meinungen in der Lehre über die Natur der Verantwortlichkeit halten Rechtsprechung und die herrschende Lehre die neue Form der Verantwortlichkeit nicht für verfassungswidrig¹¹⁵.

2. In der Bekämpfung der Unternehmenskriminalität spielt der Begriff "Organisation" eine wichtigere Rolle als die Frage über die Straffähigkeit juristischer Personen. Die Aufmerksamkeit für den organisatorischen Bestandteil von Unternehmen taucht in der Rechtsvergleichung wie eine Konstante auf¹¹⁶.

¹¹¹ Vgl. oben § V.B.4.

¹¹³ Vgl. oben § V.C.2.

¹¹³ Fondaroli (Fn. 98), S. 326.

¹¹⁴ "Die prinzipiellen Einwände, die gegenüber der Straffähigkeit von Personenverbänden erhoben werden, sind nicht durchschlagend", schrieb schon 1993 Hans Joachim Hirsch (Hirsch, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, in: Strafrechtliche Probleme, Band 1, 1999, S. 622).

¹¹⁵ Pu'itand, La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione, in: Riv. it. dir. proc. pen., 2002, S. 418. Von einem Verstoß gegen Art. 27 it. Verfassung spricht jedoch Padovani, Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche, in: De Francesco (Fn. 66), S. 17-18.

¹¹⁶ Supra § IV. Vgl. auch De Simone (Fn. 14), S. 1901 ff.; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2010, S. 107.





Sanktionen gegen juristische Personen: Italien

3. Die Strafverfolgung von Organisationen fördert die Überdehnung von Grundprinzipien, um kriminalpolitische Ziele zu erreichen: Die Ausdehnung der Sanktionen auf die individuellen Unternehmen und Konzerne in Italien ist nur ein Beispiel dafür. Vor allem das Gesetzlichkeitsprinzip wird dauernd von der “Flüssigkeit” (sog. “*liquidity*”)¹¹⁷ von Organisationen und Unternehmensstrukturen auf die Probe gestellt.

4. Der Schwerpunkt sämtlicher Regelungen ist die Anpassung des Begriffs “Organisation” an einen funktionalen Begriff von “Schuld”. Der italienische Strafrechtler *Carlo Enrico Paliero* hat behauptet, es handle sich dabei um die “ewige Suche” nach der Schuld juristischer Personen¹¹⁸. Eigentlich dient diese “ewige Suche” nicht nur dem Zweck des Schuld aufbaus juristischer Personen. Sie hat auch “Rückkoppelungseffekte auf die Verantwortlichkeit von Menschen¹¹⁹”, wie die Untersuchung der italienischen Rechtslage besonders deutlich gezeigt hat¹²⁰.

5. Die Organisation als Zurechnungskriterium zu verstehen, entspricht einer weiteren modernen rechtspolitischen Entwicklung: Es geht vor allem darum, eine Kooperation zwischen Privaten und dem Staat zu verwirklichen, die als Form der sogenannten “regulierten Selbstregulierung” aufgefasst werden kann¹²¹. Ziel dieser Kooperation ist nicht nur, juristische Personen als solche anzugreifen, sondern ihre Mitglieder zu “disziplinieren”¹²². Aus dieser Sichtweise ist die Tendenz, Sanktionen gegen juristische Personen auf Grund ihrer guten oder schlechten Organisation anzuordnen, eine Facette der sozialen Kontrolle in der Postmoderne¹²³: Sie stützt sich auf die Privatisierung und Vervielfachung von Kontroll anzuordnen, eine Facette der sozialen Kontrolle in der Postmoderne: Sie stützt sich auf die Privatisierung und Vervielfachung von Kontroll- und Sanktionssystemen.

¹¹⁷ Zur “Flüssigkeit” (*liquidity*) oder “Flüchtigkeit” (*fluidity*) “as fitting metaphors when we wish to grasp the nature of the present, in many ways novel, phase in the history of modernity”, Bauman, *Liquid Modernity*, 2000, S. 2 und passim.

¹¹⁸ *Paliero*, *La societa punita: del come, del perche, e del per cosa*, in: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, S. 1527-1528.

¹¹⁹ *Seelmann*, *Unternehmensstrafbarkeit: Ursachen, Paradoxien und Folgen*, in: *FS für N. Schmid*, Zürich, 2001, S. 169 ff.

¹²⁰ *Supra* § V.C.2. Ähnliche Überlegungen für das schweizerische Strafrecht von *Cassani*, *Infraction sociale, responsabilité individuelle: de la tete, des organes et des petites mains*, in: *Berthoud* (Hrsg.), *Droit penal des affaires: La responsabilité penale du fait d'autrui*, 2002, S. 68 ss. Zum Problem der Verbindung zwischen Compliance Programmen und individueller Verantwortung im deutschen Recht siehe *Spring*, *Die Garantstellung des Compliance Officers oder: Neues zur Geschäftsherrenhaftung*, in: *GA 2010*, S. 222 ff., in Zusammenhang mit *BGH*, *NJW 2009*, S. 3173 ff.

¹²¹ Vgl. *Centonze*, *La co-regolamentazione della criminalita d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei “compliance programs” nell'ordinamento italiano*, in: *Analisi giur. ec.*, 2/2009, S. 219 ff.; *Gobert/Punch* (Fn. 14), S. 315 ff.; *Lüderssen*, *Regulierung, Selbstregulierung und Wirtschaftsstrafrecht*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Die Handlungsfreiheit des Unternehmens - wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken*, 2009, S. 311 ff.; *Nieto Martm*, *Soziale Verantwortung, corporate governance, Selbstregulierung und Unternehmensstrafrecht*, in: *FS für K. Tiedemann*, 2008, S. 485 ff.

¹²² Man kann mit *Alain Supiot* von einer “*normalisation des comportements*” sprechen (*Supiot, Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, 2005, S. 251 ff.).

¹²³ Zum Thema der sozialen Kontrolle in der Postmoderne siehe *Mathiesen*, *The Viewer Society. Michel Foucault's “Panopticon” Revisited*, in: *Theoretical Criminology*, 1997, S. 215 ff.





Attilo Nisco

İtalyan Sistemi Örneğinde Tüzel Kişilerin Cezalandırılabilirliği

Dr. Attilo Nisco*

(Tercüme: Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu)

I. Giriş

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusu hem ceza hukukundaki bilimsel çalışmalar hem de kanunkoyucu bakımından güncel bir tartışma olarak karşımıza çıkmaktadır. Anglo-Sakson ülkelerinde bu konu uzun zamandan beri araştırılmaktadır. İşlediği suç sebebiyle tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesi, son zamanlarda kara avrucası hukuk sistemine dahil ülkelerin de, özellikle doğu avrupa ülkelerinin de ilgisini çekmiştir¹.

Aşağıdaki makalede önce tüzel kişilerin cezalandırılabilirliği konusundaki klasik dogmatik itirazlar (II.) tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabulü yönündeki güncel kriminalpolitik temeller (III.) anlatılacaktır. Daha sonra Avrupadaki hukuk düzenlerine karşılaştırmalı bir bakış (IV.) ortaya koyduktan sonra özellikle İtalyan hukuku hakkında açıklamalarda bulunacağım (V.). Son olarak tüzel kişilere ilişkin takip edilen hukuk politikası amaçlarından söz edeceğim (VI).

II. Dogmatik İtirazlar (*societas delinquere non potest*)

A. Tarihi Gelişim

Güncel ceza hukukunun bir işareti olarak görülen tüzel kişiler suç işleyemez (“*societas delinquere non potest*”) ilkesinin parçalanmasına, organın cezalandırılması modernitenin bir buluşu değildir. Bunun ortaçağa uzanan bir geçmişi vardır. Daha Bolonyalı Glassatörler XII. yüzyılda kurumsal birliklerin (*universitates*) cezalandırılabilirliğini tartışmaktaydılar². Daha sonra kamusal organların özellikle şehir devletlerinin (*civitates*) ortadan kaldırılmaları suretiyle cezalandırılabilirlikleri sağlanmıştır³. O zamanlar *Societas delinquere non potest* ilkesi medeni hukukta geçerli değildi. XIII. yüzyılda kanonik hukukta Sinibaldo de’ Fieschi –Papa Innocenzo IV olarak da bilinen- kurumlar ve kuruluşların, ilişkisini kesmeyi önlemek için tüzel kişilerin bağışıklığını (sorumsuzluğunu) teklif etmiştir⁴.

* Dr. iur. Attilio Nisco, Bologna Üniversitesi, halen Freiburg im Breisgau’daki Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht’de Alexander von Humboldt bursu ile bulunmaktadır.

¹ Karşılaştırınız Adam (Ed.) *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*, 2008.

² *D’Urso*, *Persona giuridica e responsabilità penale. Note storico-giuridiche a proposito di recenti riforme*, in: *Quaderni fiorentini*, 2000, S. 523 vd.

³ Karşılaştırınız *Marinucci*, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, S. 447 vd.

⁴ *D’Urso* (dn. 2), S. 531 vd.





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

Bu ilke medeni hukukta XVIII ve XIX yüzyıllar arasında yerleşmiştir. O zamanlar Fransız Devrimi zamanının toplum ve hukukunda tüzel kişileri azaltmak rolünü oynamıştır⁵. Öte yandan Alman hukukçu Savigny tüzel kişi kavramının hukuki temellerini ortaya koymuştur. Buna uygun olarak tüzel kişilik –IV. Innocenzo'nun aksine- hukuki bir varsayım olarak kabul edilmiş (varsayım teorisi olarak adlandırılır) ve cezalandırılma yeteneğinin olmadığı belirtilmiştir⁶.

Kurumların ve birliklerin cezalandırılma yeteneğinin ontolojik değil, politik faktörlere bağlı olduğunu tarihi gelişim göstermiştir⁷. Önce Anglo-Sakson ülkelerinde ortaya çıkan tüzel kişilerin cezalandırılabilirliğinin XX. yüzyılda tekrar ortaya çıkması tesadüfi değildir⁸. Önceleri “no soul to damn; no body to kick” ilkesi ile belirtilen cezalandırılmazlık düşüncesi⁹ (lanetlenecek ruh, müdahale edilecek beden yoktur anlamında) endüstrileşmenin doğurduğu yeni suç politikası ihtiyaçları sebebiyle tanımsal olarak ortadan kaldırılmıştır¹⁰.

Kara avrupası hukuk sistemlerinde tüzel kişilerin cezalandırılabilirliği XX. sonlarına kadar baskın görüş tarafından reddedilmiştir. Burada Alman ceza hukukunun önemli etkisi olmuştur. XIX. yüzyılda Feuerbach, topluluk üyelerinin, topluluğun amacı için değil de kendine göre farklı amaçlar doğrultusunda hareket ettiği sürece, topluluk olarak hareket edemeyeceği gerekçesi ile tüzel kişilerin hareket yeteneği olmadığını savunmuştur¹¹. Yüzyıl sonra Beling “suç öğretisi” isimli eserinde bir dipnotta Alman hukukunda tüzel kişilerin cezalandırılmasını sadece “temelsiz bir haksızlık” olarak değil, aynı zamanda “amaçsız” olduğunu da belirtmiştir¹². Jescheck ünlü eserinin son basısında “tüzel kişilerin sadece organları vasıtasıyla hareket edebildiklerini ve onlara kusur isnadının mümkün olmadığını” belirtmiştir¹³.

B. Güncel Tartışma

Tüzel kişilerin cezalandırılabilirliği konusundaki güncel tartışmalar esas olarak üç noktada toplanmıştır¹⁴. Daha Feuerbach tarafından ortaya konulan ilk gerekçe tüzel kişilerin hareket yeteneği olmadığıdır. Gerçekte bu zayıf bir gerekçedir. Tüzel

⁵ *D'Urso* (dn. 2), S. 518.

⁶ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 2, 1840, § 94.

⁷ Vgl. *Alessandri*, Diritto penale e attività e economiche, 2010, S. 191 ff.; *D'Urso* (dn. 2), S. 511 ff.; *Marinucci* (dn. 3), S. 446 ff.

⁸ *New York Central & Hudson River Railroad Co v. United States*, 212 U.S., 1909, S. 481 ff.

⁹ Karşılaştığımız *Coffee*, “No Soul to Damn: No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, in: *Michigan Law Review*, Vol. 79, No. 3 (Jan., 1981), S. 386 vd.

¹⁰ *Marinucci* (dipnot. 3), S. 454 vd.

¹¹ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 3. Auflage, 1805, S. 27, § 27.

¹² *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 8, Fn. 2: “[...] Beling, tüzel kişilerin de yürürlükteki hukuka göre suç işleyemeyecekleri, herkes tarafından bilindiğini ve bunun gelecekte de böyle kalmasını umduğunu yazmıştı. Ancak, o zamanlarda dahi Alman Doktrininde önemli karşı görüşler de ileri sürülmüştü. Mesela, *von Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, 1884, S. 103-104 adlı eserinde, kurumların ceza ehliyeti bulunduğunu belirtirken, *Exner*, Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914, S. 52 vd., eserinde, bunlar hakkında güvenlik tedbirini uygulanmasının mümkün ve tavsiyeye şayan olduğunu belirtmekteydi.

¹³ *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Auflage, 1996, S. 227.





Attilo Nisco

kişinin doğal bir hareketinden sözedilemeyeceği, özel hukukta kabul edildiği gibi hareketin tüzel kişiliğe atfedilebileceği sözkonusu olmaktadır¹⁵. Diğer bir ifade ile tüzel kişiler üyeleri ve organları vasıtasıyla hareket ederler. Zorluk, tüzel kişinin organ ve üyeleri tarafından işlenen suçların, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olmadan, tüzel kişiliğe atfedilebilmesi için bir kriter bulmaktır. Başkaları tarafından gerçekleştirilen hareketlerin ceza hukuku anlamında tüzel kişiliğe sosyal etik anlamında atfedilemeyeceği gerekçesine dayanır¹⁶. Bununla ikinci gerekçeye geliyoruz: Tüzel kişilerin kusur yeteneğinin olmaması.

Baskın görüş, kusuru bir suç işlemek üzere motive edilmiş kişisel bir yetenek olarak tanımlamaktadır¹⁷. Alman Yüksek Mahkemesi'nin (BGH) ünlü kararındaki sözlerle ceza hukukunda kusurun önkoşulu, hukuk hakkında özgür, sorumlu, ahlaki açıdan kendi geleceğini belirleme, (kararını verebilme) imkanına sahip olduğu halde hukuka karşı gelmektir¹⁸. Kusur ve ahlaki kişilik birbiriyle bağlantılı olduğu sürece sadece gerçek kişilere kusur isnadı mümkündür. Bu gerekçeyi çürütmek için tüzel kişiliklere uyabilen yeni bir kusur kavramı geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu halde bir "organizasyon (örgütlenme) kusurundan" sözedilmektedir¹⁹. Yani kolektif bir topluluğun kusuru uygun bir örgütlenmenin bulunmamasıdır. Örgütlenme kusuru tüzel kişilerin cezalandırılabilirliğinde modern kanunkoyucunun temel noktasını oluşturmaktadır. Bu nedenle daha sonra tekrar bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi vereceğim²⁰.

Son olarak tüzel kişilerin cezalandırılması, cezanın anlam ve amacının tüzel kişiliğe uymaması gerekçesiyle reddedilmiştir²¹. Bu gerekçenin geçerliliği cezanın hangi bağlamda ele alındığına bağlıdır: Konuyu burada ayrıntılı bir şekilde incelemek mümkün değildir. Cezayı insanın maneviyatı ile bağlantılı kılan görüşle tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bağdaştırılamaz. Bu kefarete teoridir²². Buna karşın

¹⁴ Hirsch, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, in: ZStW 107. Band, 1995, S. 288 ff. Bu konuda ayrıca bakınız *De Simone*, Societas e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche, in: Studi in onore di M. Romano, 2011, S. 1883 ff.; *Eser/Heine/Huber* (Hrsg.), Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities, 1999, S. 7 ff.; *Engelhart*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 2011; *Gobert/Punch*, Rethinking Corporate Crime, 2003; *Jakobs*, Strafbarkeit juristischer Personen?, in: FS für K. Lüderssen, 2002, S. 559 ff.; *Schünemann*, Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?, in: FS für K. Tiedemann, 2008, S. 429 vd.

¹⁵ Hirsch (dipnot. 14), S. 288.

¹⁶ Hirsch (dipnot. 14), S. 289.

¹⁷ Hirsch (dipnot. 14), S. 291.

¹⁸ BGHSt. (GrS) 2, 194, 200 (1952 tarihli).

¹⁹ Bu konudaki temel bilgiler için bakınız; Tiedemann, Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, in: NJW 1988, S. 1172. Ayrıca bakınız Heine, Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen, in: Niggli/Amstutz, Verantwortlichkeit im Unternehmen. Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, 2007, S. 93 ff.; Paliero, Das Organisationsverschulden, in: FS für K. Tiedemann, 2008, S. 503 ff.

²⁰ Aşağıda bakınız §§ IV, V.

²¹ Karşılaştırmız Hirsch (dipnot. 14), S. 294 vd.

²² Beling (dipnot. 12), S. 8, Dipnot. 2.





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

önleme teorileri, önleme kavramına verilecek anlama göre tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ile bağdaştırılabilir²³. Bu gerekçe kusur gerekçesi ile mantıken bağlantılıdır.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna bir başka itiraz cezaya ilişkindir. Bu itirazda cezanın tek muhatabının tüzel kişilik olmadığı, hükmedilen cezanın genellikle suçsuz tüzel kişi üyelerine de etki edeceği belirtilmiştir²⁴. Bu itiraza karşı gerekçe ileri sürülmüştür. Karşı gerekçeye göre, ceza daima, suçlunun akrabaları gibi kusursuz, suçsuz insanlara da etki eder²⁵. Para cezası veya birliğin dağıtılması kapatılması şeklinde karşımıza çıkabilecek olan tüzel kişilik hakkında uygulanacak yaptırımlar tüm ekonomik sistemi etkileyebilir. Bu hususu kanunkoyucunun gözönünde bulundurması gerekir. Bu şekilde suç politikası kavramı karşımıza çıkmaktadır.

III. Suç politikasına ilişkin temeller (societas saepe delinquit)

Tüzel kişilerin cezalandırılabilirliğinin dogmatik temelleri tartışmalı iken, tüzel kişilere karşı özellikle işletmelere karşı yaptırım uygulanması gerektiği tartışmasız kabul edilmektedir. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu dogmatik açıdan sorunlu bulan bazı otoriteler²⁶ de *societas saepe delinquit*'i²⁷ haklı bulmaktadır. Tüzel kişiler sıklıkla suç işlerler. Suç politikası esasları aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

Çıkış noktası küçük firmaların ekonomik suçlulukta küçük bir rol oynadığıdır. Ekonomik suçluluğun ve ekonomik yaşamın asıl elementleri büyük topluluklar ve konserndir. Bunlar toplumsal sağlık, çevre, finans ekonomisi, haksız rekabet gibi kolektif hukuki yararları yoğun bir şekilde ihlal ederler²⁸.

Böyle büyük işverenler tarafından işlenen suçlara tek bir insan tarafından sebebiyet verilmez, yani tek bir hareketin sonucu işlenmezler, aksine birden fazla koordineli hareket sonucu işlenirler. Sonuçta bunlar örgütlenmenin tümünün kötü olması sebebiyle işlenirler. Sadece bu hareketleri gerçekleştiren gerçek kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilirse, sorumluyu bulmak bazan uygulamada zor olabilir. Eylemin isnat edileceği gerçek kişinin bulunamaması halinde “organize sorumsuzluk” içine girilmiş olunur²⁹.

Bireysel olarak gerçek kişilerin sorumluluğu yoluna gitmek fiili olarak zor olmayıp hatta bazan keyfiliklere yolaçar. Suçun çalışana isnad edilebilmesi için, bu çalışanın tüzel kişilikte belli bir pozisyonun (pozisyon sorumluluğunun) olması

²³ Hirsch (dipnot. 14), S. 294 vd.

²⁴ Beling (dipnot 12), S. 8, Dipnot. 2.

²⁵ Dolcini, Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio, in: Riv. it. dir. proc. pen., 1999, S. 22.

²⁶ Bkz. Schünemann (dipnot. 14), S. 439.

²⁷ Bkz. D'Urso (Dipnot. 2), S. 513.

²⁸ Bkz. Dannecker, Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts, in: GA, 2001, S. 101 vd.

²⁹ Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 31 vd.





Attilo Nisco

gerekir. Bu pozisyon ya işletmenin yöneticisi veya çalışanı olarak elde edilir³⁰. Tüzel kişilerin sorumluluğu düzenlenirken örgütlenme içinde de sorumluluğun iyi bir şekilde dağılması gerekir. Bazı durumlarda gerçek kişi hakkında uygulanacak cezadan vazgeçmek hukuka uygun olabilir.

Suçluluğun gerçek sebebi, örgütlenmenin kendisi ise uzun vadede sadece insanların cezalandırılması, bu suçlulukla mücadele açısından anlamlı, elverişli bir araç değildir. Üyeler cezalandırıldıktan sonra büyük şirketler kendilerini yenilemektedir. Suçlu davranış örgütlenme kültürünün bir parçası olması halinde geleneksel ceza hukuku bütün problemleri çözemez: Örgütlere sürekli yeni insanlar alınır ve yeni alınan bu elemanlar örgüt kültürüne uygun davranabilir. Bu fenomen doğru algılanırsa yaptırımların suçlu tüzel kişilik (kriminelle Verbandsattitüde)³¹ durumuna yönelik olması gerekir.

Son olarak uluslararası bilimsel tartışmalar tüzel kişilerin sorumluluğunun kabulü yönünde önemli bir uyarıda bulunmaktadır³². Ekonomik suçluluk genellikle transnasyonel suçluluk şeklinde gerçekleşip, mücadele için ulusal ceza hukuku sistemlerinin uyumlaştırılması gerekir³³. Tüzel kişilerin birçok hukuk düzeninde cezalandırıldığı, buna karşın bazı ülkelerde cezasız kaldığı gözönünde bulundurulduğunda, güvenlik boşluklarının varlığı riski sözkonusu olabileceği ve bu nedenle uyumlaştırmanın ihlal edilemeyeceği anlaşılır. Bu nedenle AB hukuku uzun zamandan bu yana tüzel kişilerin sorumluluğunun kabul edilmesi yönünde baskı uygulamaktadır. Bu halde tüzel kişiler için gerçek bir ceza sorumluluğu talep edilmekte, etkili idare hukuku yaptırımların öngörülmesi yeterli kabul edilmektedir³⁴.

IV. Karşılaştırmalı Hukuk (societas puniri potest)

Açıklanan suç politikası amaçlarını gerçekleştirmek için farklı hukuk düzenleri farklı çözümler getirmişlerdir³⁵. Kanun koyucunun “societas delinquere non potest” dogmasına bağlı olup olmadığından bağımsız olarak, tüzel kişilere karşı yaptırım uygulanması bütün dünyada bilinen bir husustur. Bu oluş “societas puniri potest” tüzel kişi cezalandırılabilir şeklinde ifade edilebilir³⁶. Bunun ispatı olarak aşağıda bazı Avrupa ülkelerindeki durum kısaca anlatılacaktır.

³⁰ Bkz. *Alessandri*, Impresa (responsabilità penale), in *Dig. disc. pen.*, Vol. VI, 1991, S. 193 vd.

³¹ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 22 vd.

³² *Dannecker* (dipnot. 28), S. 106 vd.

³³ Bkz. *Delmas-Marty*, Globalisation and Transnational Corporation, in: FS für K. Tiemann, 2008, S. 1291 vd.

³⁴ Bu konuda ilk hazırlanan hukuk kuralı, 1988 yılında kabul edilen *Recommendation No. R (88) 18*, 1988 idi. Avrupa Hukuku açısından ayrıntılı açıklamalar için bakınız; *Fromm*, Auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen/Unternehmensvereinigungen in Europa?, in: ZIS 7/2007, SS: 279 vd., www.zis-online.com., S. 279 ff.

³⁵ Ayrıntılı mukayeseli hukuk çalışması için bakınız; *Adam* (Dip not. 1), S. 23 ff.; de *Maglie*, L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società, 2002.

³⁶ Bkz. *Marinucci*, “Societas puniri potest”: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in: Riv. it. dir. proc. pen., 2002, S. 1193 vd.





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

A. İngiltere

İngiltere’de tüzel kişiler hakkında yaptırım uygulanması içtihatlarla kabul edilmiştir. Bu kabul edilişin, burada ayrıntılı olarak açıklanamayacak ilginç bir tarihi gelişimi vardır³⁷. İngiltere’de dogmatik alanda tüzel kişilerin cezalandırılabilirliğine karşı çıkan düşünceler olmamıştır. Ancak insan tarafından gerçekleştirilen cezalandırılabilen hareketin tüzel kişiliğe isnadı konusundaki kriterler hakkında tartışmalar olmuştur. Mens rea gerektiren suçlarda içtihatlarla identification (failin belirlenmesi) teorisini geliştirilmiş, bu teori gerçek kişilerin mens rea’sının tüzel kişiler alanına taşınmasına izin vermiştir³⁸. Bu teori tüzel kişiliğe dahil bazı insanları, tüzel kişiliğin iradesini temsil ettiğini kabul eder. Tanımlama kriteri doğal olarak sadece suçun tüzel kişiliğin yönetiminde olan bir insan tarafından işlenmesi halinde kullanılabilir. Tüzel kişiliğin alelade bir çalışanın işlediği suçta bu kriter kullanılamaz. Kriter tüzel kişilik örgütlenmesinin tamamını kapsar şekilde kullanılamaz.

2007 tarihli Şirketlerde Taksirle Öldürmelerden Sorumluluk Kanunu (*Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*) ile İngiliz kanunkoyucusu bir işletmenin taksirle öldürmeden dolayı cezai sorumluluğunu düzenlemiştir (corporate killing)³⁹. Bu sorumluluk diğerleri yanında yönetimin mağdura ilişkin özen yükümlülüğünün ihlalini önlemeye çalışmaktadır. Bu şekilde, failin belirlenmesi teorisinin (Identifikasyon) dışına çıkılarak⁴⁰ İngiliz şirket suçları sisteminde ceza hukuku alanında örgütlenme yükümlülüğü düzenlenmiştir.

B. Fransa

Fransada tüzel kişilerin ceza sorumluluğu 1994 tarihinde kabul edilmiştir. Fransız Ceza Kanununun 121-2. maddesinde, devlet dışındaki tüzel kişilerin, organları veya temsilcileri tarafından işlenen suçlardan dolayı ceza hukuku bakımından sorumlu olduğu kabul edilmiştir. İsnad edilebilirlik kriteri, suçun tüzel kişinin temsilcisi veya bir organı tarafından tüzel kişi yararına (pour compte) işlenmiş olmasıdır. Sorumluluğun bu şekli “par ricochet” (dolaylı sorumluluk) olarak adlandırılmaktadır: Organın sorumluluğunda, fiilin tüzel kişilik adına gerçekleştirilmesi halinde, gerçek kişinin sorumluluğuna rücu edebileceği kabul edilmiştir. Bu şekilde kanunkoyucu subjektif isnad edilebilirlik kriteri bulmaktan vazgeçmiştir: Fransız kanunkoyucusu tüzel kişinin kusurunun olup olmayacağı sorunu ile ilgilenmemektedir⁴¹.

³⁷ Bu konuda bakınız; *Coffee*, Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey, in: Eser/Heine/Huber (dipnot. 14), S. 15 ff.; Wells, Corporations and Criminal Responsibility, 2. baskı, 2001.

³⁸ Bu konuda Fall *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass* (1972) A.C. 153, davasına bakınız.

³⁹ Mukayeseli Hukuk açısından yapılan açıklamalar için bakınız; *Torre*, Riflessioni sul diritto britannico in tema di responsabilità penale degli enti: il corporate killing, in: Riv. trim. dir. pen. ec., 2009, S. 253 ff.

⁴⁰ *Slapper*, Corporate Punishment, in: Journal of Criminal Law, Vol. 74, Issue 3, 2010, S. 181 vd.

⁴¹ Fransa’daki düzenleme hakkında bkz. *di Marino*, Le développement de la responsabilité pénale des personnes morales, in: Rev. pénitentiaire et de droit pénal, 2004, S. 27 ff.; *Planque*, La Détermination de la personne morale pénalment responsable, Paris, 2003; *Wester-Ouisse*, Responsabilité pénale des personnes morales et derives anthropomorphiques, in: Rev. pénitentiaire et de droit penal, 2009, S. 63 ff.





Attilo Nisco

2004 yılında yapılan reformla bütün suçlarda tüzel kişilerin cezalandırılabilirliği kabul edilmiştir. Bugün Fransa’da bir tüzel kişi herhangi bir suçtan sorumlu tutulabilir. Ancak uygulamada bir problem ortaya çıkmaktadır: Sıklıkla örneğin çevre ceza hukukunda, adli merciler sorumlu gerçek kişiyi bulamama durumunda olabilirler. Böyle sorumlu bir gerçek kişiyi bulmadan “par ricochet” şeması uygulanamaz. İctihatlar bu engeli aşmak için bu haldeki tüzel kişilerin cezalandırılmasında “diffusen fiil” kavramını ortaya atmışlardır. Bu nedenle şirket kusurluluğunun şirketin tehlikeli bir şekilde örgütlenmesinden doğan ve kanunda öngörülmemiş olmayan kusurluluk biçimi, Fransız hukukundaki yasal düzenlemenin ilk şeklini değiştirmiştir⁴².

C. İsviçre

İsviçre Ceza Kanununun 102. maddesi sadece tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu değil, kanunun şirket olarak nitelendirdiği firmaların da ceza sorumluluğunu düzenlemiştir. Burada sorumluluğun iki şekli söz konusudur. İlk şekli şirketin amaçları çerçevesinde işlenen ve şirketin kötü örgütlenmesi sebebiyle belli bir gerçek kişiye isnat edilemeyen suçlara ilişkindir. İkinci şekli sadece kanunun katalog halinde belirttiği belli suçlara ilişkindir. İkinci şekilde sorumluluğun kabul edilebilmesi için şirketin katalog suçları önlemek için zorunlu ve öngörülebilir örgütlenme önlemlerini almamış olması gerekir. Bu halde şirket, gerçek kişilerin cezalandırılabilirliğinden bağımsız olarak ayrıca cezalandırılır⁴³. Bu kuralın karakteristik özelliği örgütlenme noksanlığı kavramıdır. Örgütlenme noksanlığı isnad edilebilirliğin asıl kriteri olup şirketin kusurunu gösterir⁴⁴. Ceza hukuku sorumluluğundan kaçınmak için şirketin alması gerektiği örgütlenme tedbirlerini kanun göstermemektedir.

D. Almanya

Şimdiye kadar incelenen sistemlerde az veya çok tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmiştir. Almanya da bu şekilde cezai sorumluluk henüz kabul edilmiş değildir ve hala öğretinin bir kısmı buna karşıdır. Gerçi tüzel kişilere karşı müsadere ve mülkiyetin devlete geçmesi yaptırımları uygulanabilir, ancak bunlar ceza olmayıp güvenlik tedbiridir⁴⁵. Alman hukukunda tüzel kişilere karşı başka bir yaptırım sistemi mevcuttur⁴⁶. 2002 yılında değiştirilen Kabahatler Kanunu tüzel kişiler için bir milyon euro’ya kadar idari para cezası öngörmektedir. 2002 yılında de-

⁴² Robert, La responsabilità degli enti in Francia, in: Dir. pen. XXI Sec., 2008, S. 277 vd. Karşılaştırmalı hukuk açısından bkz. Giavazzi, La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese, in: Riv. trim. dir. pen. ec., 2005, S. 857 vd.

⁴³ Tamamlayıcı bilgi için bakınız; Forster, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, 2006.

⁴⁴ Bu konuda bakınız; Geiger, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, Zürich–St. Gallen, 2006.

⁴⁵ Hirsch (Dipnot. 14), S. 285.

⁴⁶ Bu konuda bakınız Kindler, Das Unternehmen als haftender Täter, 2008.





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

ğiştirilen Kabahatler Kanunu'nun 30. paragrafına göre tüzel kişinin organı veya belirli temsilcileri tarafından işlenen belirli bir suç veya kabahat sözkonusu ise, tüzel kişilik veya kişi birlikleri ile ilgili bir yükümlülük ihlal edilmişse veya tüzel kişilik veya kişi birliği zenginleştirilmiş veya zenginleşmesi gerekmekte ise tüzel kişinin sorumluluğu yoluna gidilebilir⁴⁷. 30. paragraf 130. paragraf ile birlikte yorumlanmalıdır. 130. paragraf bir şirketin veya işletmenin sahibinin, işletmedeki yükümlülüklerin ihlalini önlemeye yönelik tedbirlerin kasdi veya taksirle ihmal edilmesi halinde bir kabahat olduğunu kabul etmekte ve ceza veya idari para cezası öngörmektedir. Bunun için işletmenin gerekli vasıtasıyla gözetimi azaltması veya zorlaştırması suretiyle ihlal hareketin gerçekleşmiş olması gerekir.

Kişisel sorumluluğun doğmaması için işletme sahibinin almak zorunda olduğu gözetim tedbirleri, aynı zamanda ihlali halinde tüzel kişiliğe karşı 30. paragraf uyarınca idari para cezası öngörülen yükümlülüklerdir. Alman sistemi gözetim tedbirlerinin ihmali veya ihlali suretiyle ortaya çıkan örgütlenme bozukluklarına karşı kendini korumaktadır⁴⁸. Bu bağlamda Alman işletmelerine Amerikan uygulamasının, compliance program'ı (şirket kararlarına uygunluk) alınmıştır⁴⁹. Burada şirketin suç işleme riskini önlemesi gereken örgütlenme tedbirleri sözkonusudur⁵⁰.

V. İtalyan Sistemi

Aşağıda anlatılacak olan ve 2001 yılından kabul edilen tüzel kişilerin sorumluluğu konusundaki İtalyan sistemi, "cezaî" olarak nitelendirilemez. Ancak bu sistemin ceza hukuku ile benzerlikleri vardır⁵¹.

A. Tarihçe

"*Societas delinquere non potest*" ilkesi İtalyan hukukunda güçlü bir şekilde savunulmuştur⁵². 19 ve 20. yüzyıllar arasında öğreti, Roma hukuku geçmişi çok tartışmalı olan bu temel ilkeyi Roma hukuku geleneğinde (Alman geleneğinin aksine) temellendirmeye çalışmıştır⁵³. Bu dönemde tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olması gerektiğini kabul eden görüş taraftarları çok az, istisnai idi. Alfredo De Marsico tarafından 1919 yılında Roma'da "*kollektif suçların yeni şekillerine karşı savunma*" başlıklı konuşmada (prolusione olarak adlandırılır), konuşmacı, birliklerin *-kollektif*

⁴⁷ Bakınız: *Töbrens*, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, in: NStZ, 1999, S. 1 vd.

⁴⁸ Bakınız: *Tiedemann* (dipnot. 19), S. 1169 ff.; en son Engelhart (dipnot. 14), S. 373 vd.

⁴⁹ Bakınız: BGH 5 StR, Urteil vom 17. Juli 2009, in: NJW, 2009, S. 3173 vd.

⁵⁰ Bütünü hakkında bakınız *Engelhart* (dipnot. 14), S. 402 ff.; Sieber, Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht – Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität, in: FS für Tiedemann, 2008, S. 449 vd.

⁵¹ Karşılaştırmalı hukuk açısından bakınız; *Gobert/Punch* (dipnot 14), S. 109.

⁵² Bakınız; *Pasculli*, La responsabilità da "reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano, 2005, S. 19 ff.; *Salomone*, Il principio societas delinquere non potest. La natura della responsabilità prevista dal d.lgs. 231/2001, in: D'Aviro/Di Amato, La responsabilità da reato degli enti, 2009, S. 3 ff.

⁵³ Bakınız; *Pessina*, Elementi di diritto penale, I, 1882, S. 163 vd.; *Manzini*, Trattato di diritto penale italiano, I, 1908, S. 378 vd.





Attilo Nisco

iradesinin” olduğunu, bu irade sebebiyle de cezai sorumluluklarının olabileceğini belirtmiştir⁵⁴. Bazı yazarlara göre *idari para cezalarının* tüzel kişiler hakkında uygulanabilirliği tartışmasız olmasına rağmen 1930 tarihli Rocco Kanunu baskın öğretiyi kabul ederek, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmemiştir⁵⁵.

2. Dünya Savaşı sonrası yazılan kitaplarda cezalandırılabilirliğe ilişkin klasik görüşlere tekrar dönülmüştür: Tüzel kişiler “cezanın infazında acı çekmezler” ve hareket yetenekleri yoktur⁵⁶, tüzel kişilerin cezalandırılması “faydasız” ve aynı zamanda “zararlıdır”⁵⁷. Ayrıca tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesi Cumhuriyet Anayasasına aykırı bulunmuştur: 27. maddenin 1. fıkrası ceza sorumluluğunun şahsiliğini kabul etmiştir⁵⁸. Daha 70’li yıllarda öğretisi “*societas delinquere non potest*” anlamlı bir suç politikası takip etmek için, ödenemeyecek kadar yüksek bir bedel olduğunu öngörmüştü⁵⁹.

Bricola, tüzel kişilerin organları dolayısıyla varolan kendine özgü sorumluluğunun Anayasaya aykırı olmadığı, şeklinde Anayasanın yorumlanabileceğini belirtmiş ve birliklere karşı güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını önermiştir.

Eski dogmadan kısmi ayrılma uzun süre beklemeliydi. 90’lı yıllarda öğretisi, tüzel kişiler ve firmalara karşı modern yaptırım sisteminin ideali (örneği) olarak idari yaptırımları kabul etmeye başlamıştır⁶⁰. Aynı zamanda karşılaştırmalı hukuktaki bazı araştırmalar ekonomik suçluluğa karşı etkili bir araç olarak Compliance-Programme kabul etmişlerdir⁶¹. 2001 tarihli Kanunda Compliance-Programme ve idari yaptırımlar önemli bir rol oynamamıştır.

B. 2001 tarihli ve 231 numaralı Kanun: sorumluluğun üçüncü tür (*tertium genus*)

2001 tarih ve 231 numaralı Kanun Hükmünde Kararname⁶² (aşağıda Kanun olarak belirtilecektir), uluslararası bazı yükümlülükleri yerine getirmek için tüzel

⁵⁴ *De Marsico*, La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo, in: Riv. pen., 1920, S. 214 ff.

⁵⁵ *Battaglini*, Responsabilità penale delle persone giuridiche?, in: Riv. it. dir. pen., 1930, S. 671.

⁵⁶ *Battiol*, Diritto penale, parte generale, 2. Aufl., 1950, S. 173.

⁵⁷ *Antolisei*, Manuale di diritto penale, parte generale, 4. Aufl., 1960, S. 430.

⁵⁸ Bakınız; Alessandri, Art. 27 comma 1°, in: Branca/Pizzorusso (Hrsg.), Commentario della Costituzione, 1991, S. 150 ff.; Dolcini (dipnot. 25), S. 19 ff.

⁵⁹ *Bricola*, Il “costo” del principio *societas delinquere non potest*, in: Riv. it. dir. proc. pen., 1970, S. 951 ff. Ayrıca bakınız *Stortoni*, *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in: Riv. it. dir. proc. pen., 1971, S. 1172 ff.; und das Lehrbuch von Mantovani’ nin ders kitabında, Diritto penale, parte generale, 1979, S. 145.

⁶⁰ *Paliero*, Problemi e prospettive della responsabilità penale dell’ente nell’ordinamento italiano, in: Riv. trim. pen. ec., 1996, S. 1173 ff.

⁶¹ *De Maglie*, Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell’impresa, in: Riv. it. dir. proc. pen., 1995, S. 88 vd.; *Stella*, Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo, in: Riv. trim. pen. ec., 1998, S. 459 vd.

⁶² Tüzel Kişiliği Olmayan Topluluklar, Birleşmeler İle Tüzel Kişilerin İdari Sorumluluğu Hakkında 8 Haziran 2001 tarihli Kanun Hükmünde Kararname





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

kişilerin sorumluluğunu kabul etmiştir⁶³. 2001 tarihli Kanun, Anayasaya aykırılığı bertaraf etmek için tüzel kişilerin idare hukuku bakımından ceza sorumluluğunu kabul etmekteydi. Kanunun gerekçesinde bir çeşit idare hukuku sorumluluğunun sözkonusu olduğu, bunun fiilen ceza hukuku ile idare hukuku sorumluluğu arasında (*dritte Gattung tertium genus*) bir yeri olduğu belirtilmiştir⁶⁴.

Bu sorumluluk şekli bir suçun işlenmesine bağlı olup, gerçek kişilerin fail olarak yargılandığı muhakeme gibi bir muhakeme yapılıdır. Kanunun gerekçesinin lafzına göre tüzel kişiler de ceza muhakemesi garantilerinden yararlanmalıdır. Çünkü bu yaptırımlar da “*matière pénale*” (cezai işlere) ait olup, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinden kaynaklanmaktadır⁶⁵.

Öğretide⁶⁶ birçok yazar, bu Kanuna göre tüzel kişilerin ceza muhakemesi ve cezai yaptırımların tipik ağır sonuçlarını yaşadıkları için, bu sorumluluğun gerçek anlamda bir ceza sorumluluğu olduğunu kabul etmektedir. Buna karşın diğer bazı yazarlar “*dritte Gattung*” sorumluluğun ceza hukukundan farklı olan özelliklerini vurgularlar: Örneğin zamanaşımı konusundaki farklı kurallar, İtalyan Anayasasının 112. maddesinde düzenlenen katı kanunilik ilkesine aykırı olan, hakim kararı olmaksızın sonlandırma imkanı, tüzel kişiliğin birleşmesi, bölünmesi vb. durumlarda, sorumluluğun başka bir tüzel kişiye aktarılması konusundaki yasal düzenleme ve suç nedeniyle idare hukuku sorumluluğunun düzenlenmesi. 2010 yılında İtalyan Yargıtay’ı (*Corte di Cassazione*), tüzel kişilerin organlarının kimliği ve organizasyon kusuruna dayanan “Özerk bir sorumluluk şekli”nin sözkonusu olduğunu belirterek, Anayasa’nın 27. maddesine aykırılık iddiasını kabul etmemiştir.⁶⁷

1. Sorumluluğun koşulları

Tüzel kişiliğin sorumluluğunun ilk koşulu bir suçun işlenmiş olmasıdır. Ayrıca bu suçun kanunda katalog halinde sayılan suçlardan biri olması gerekir. Önceleri katalogda az sayıda suç mevcutken (rüşvet suçları ve Devletin dolandırılması gibi), bugün bu katalogda, karapara aklama, borsanın kötüye kullanılması, bilgisayar suçları, terörizm, kölelik, insan ticareti, çocuk pornografisi, kadın sünneti, iş güvenliğine

⁶³ Tamamlayıcı bilgi için bakınız; *D’Avirro/Di Amato* (yayınlayan), *La responsabilità da reato degli enti*, 2009; de *Vero*, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, 2008, *Garuti* (yayınlayan), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, 2003; *Guerrini*, *La responsabilità da reato degli enti. Le sanzioni e la loro natura*, 2006; *Lattanzi* (yayınlayan), *Reati e responsabilità degli enti*. Guida al d.lgs. 231/2001, 2010; *Palazzo* (yayınlayan), *Societas puniti potest*, 2003; Pasculli (dn.); Pelissero, in: *Antolisei/Grosso*, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Band I, 13. Auflage, 2007, S. 845 vd.; *Spagnolo* (yayınlayan), *La responsabilità da reato degli enti*, 2007.

⁶⁴ Relazione governativa al Decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, § 1.1., in: www.rivista231.it.

⁶⁵ Relazione governativa (dipnot. 64), § 3.3.

⁶⁶ Sorumluluğun niteliği konusunda bakınız; *Amarelli*, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006 S. 151 ff.; De Francesco (yayınlayan), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, 2004; De Simone (dipnot. 14), S. 1910 ff.; *Panagia*, *Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti*, in: *Riv. trim. pen. ec.*, 2008, S. 149 ff.

⁶⁷ Cass. 16. Juli 2010, n. 27735, in www.rivista231.it. Bu konuda *Belfiore*, *Colpevolezza e rimproverabilità dell’ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in: *Studi in onore di M. Romano*, 2011, S. 1743 vd.





Attilo Nisco

ilişkin kuralların ihlal edilmesi sonucu gerçekleşen taksirli öldürme ve yaralama, örgütlü suçluluk, (suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve mafya tipi örgüt) suçları, telif haklarına ilişkin ceza hukuku yeralmaktadır⁶⁸. Parlamento Hükümetten, 2008/99 numaralı AB Yönergesine uyum sağlanması için, Çevre ceza hukuku alanında tüzel kişilerin cezalandırılabilirliğini genişleten bir Kanun Hükümünde Kararname çıkarmasını talep etmiştir⁶⁹. Hükümet 121/2011 numaralı Kanun Hükümünde Kararname ile bu yükümlülüğü yerine getirmiş ve atık su, katı atıklar ve çevrenin kirletilmesi alanlarında birçok suçta tüzel kişilerin sorumluluğunu kabul etmiştir⁷⁰.

Tüzel kişinin sorumluluğunun ikinci koşulu, tüzel kişi tarafından gerçekleştirilen eylemin idare, temsil veya yönetimde işlenmesi gereğidir. Bu alana tüzel kişi üzerinde fiili denetim ve gözetim yetkisi olan gerçek kişiler (işletmeyi fiilen yönetenler) de dahildir. Bu gerçek kişiler yüksek pozisyon sujeleri olarak adlandırılır. Bunlar idareci olarak adlandırılır. Ayrıca tüzel kişinin sorumluluğuna yönetimin emrindeki gerçek kişi tarafından işlenen bir suç sebebiyet verebilir. Bu tür failer emir altında çalışan olarak adlandırılır. Gerçek kişinin fail olarak belirlenemediği durumlarda tüzel kişinin sorumluluğu yoluna gidilir⁷¹. Bu prensip sayesinde Kanun örgüt sorumluluğu olarak adlandırılacak hal için bir tedbir almıştır.

2. İsnad edilebilirlik kriterleri

Kanun suçun tüzel kişiliğe isnad edilebilmesi için iki kriter öngörmektedir⁷². İlk olarak suç tüzel kişinin yararına veya onun menfaatleri için işlenmiş olmalıdır⁷³. “Menfaat” ile vesile olan fiilin içinde saklı olan amaç yararı anlatılmak istemektedir. Fail suçu işlerken tüzel kişinin lehine bir amaç güdüyorsa bu koşul gerçekleştiği kabul edilir. “Yararına” dan, failin amacından bağımsız olarak tüzel kişiliğin suçtan elde edeceği objektif bir avantaj, yarar anlaşılır. Taksirli suçlarda bu, mali stratejik menfaat için, örneğin işçilerin güvenliğine ilişkin, tüzel kişinin idaresinde yeterli örgütlenme tedbirlerini almamak şeklinde görünür⁷⁴.

⁶⁸ 231/2001 s. K. 29 vd. maddeleri.

⁶⁹ 96/2010 s. K. 19 m.

⁷⁰ 231/2001 s. K. 25 undecies m.

⁷¹ 231/2001s. U. 8 m.

⁷² 231/2001 s. K. 5–7 maddeleri. Bu konuda bakınız; Casaroli, Sui criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, in: Riv. trim. pen. ec., 2008, S. 561 ff.

⁷³ Bu konuda bakınız; *Selvaggi, L'interesse dell'ente collettivo*, 2006, S. 11 vd.

⁷⁴ Bakınız; Tribunale di Trani, sez. di Molfetta, 26. Oktober 2009, in: Riv. trim. pen. ec., 2010, S. 539 ff., *Checcacci* tarafından yapılan açıklamalar. Hakim tarafından getirilen çözüm de tartışmaya açıktır: bu konuda bakınız; *Alessandri, Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in: *Analisi giur. ec.*, 2/2009, S. 337 vd.; *Selvaggi, Infortuni sul lavoro e interesse dell'ente*, in: Riv. trim. pen. ec., 2010, S. 509 vd.





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

İkinci isnad edilebilirlik kriteri, örgütlenme modeli noksanlığıdır⁷⁵. “Örgütlenme modeli” terimi ile suç işleme riskini azaltmaya yararlı tedbirler kastedilmektedir. Örgütlenme modelinin yürürlüğe konmasının ihmali yaptırıma bağlanmamıştır. Suç işlendiğinde; a) örgütlenme tedbiri almadıysa, b) varolan örgütlenme tedbirlerini etkili bir şekilde uygulamamışsa, veya c) varolan örgütlenme tedbirlerine yeterli gözetimde bulunulmamışsa tüzel kişinin sorumluluğu doğar. Örgütlenme modelinin efektifliğine ilişkin kontrol yükümlülüğünü yerine getirmek için tüzel kişinin belirli büyüklükte kontrol organı (Compliance-Officer) bulunmalıdır. Bu kontrol organının örgütlenme modelini yenileme yetkisi olmalı, modele uyulup uyulmadığını denetlemeye yetkili olmalıdır⁷⁶. Suç bir yönetici tarafından işlenmişse, tüzel kişi yeterli örgüt modeline sahip olduğu halde failin bu modeli dolandığını (elusione fraudolenta) ispat etmelidir⁷⁷. Burada ispat yükünün yer değiştirmesi sözkonusudur⁷⁸.

3. Örgütlenme Modeli

Örgütlenme modeli bu kuralın temelini oluşturmaktadır⁷⁹. Örgütlenme modelinin içeriğinin somutlaştırılmasında farklı kaynaklar vardır. Buna uygun olarak bir örgütlenme modelinde: 1) faaliyetler ve kısımlar tespit edilmiş olmalıdır, 2) suçun işlenmesi önlemek için karar alma ve uygulama usulü açısından işletmesel bir usul öngörülmüş olmalıdır, 3) finansal kaynakların yönetimi için, bu kaynakların kötüye kullanılarak suç işlenmesini önlemeye yönelik bir model öngörülmüş olmalıdır 4) bilgi yükümlülüğü bağlamında bir kontrol organı olmalıdır, 5) öngörülen örgütlenme tedbirlerinin ihlali halinde yaptırım uygulayabilecek bir disiplin sistemi öngörülmüş olmalıdır.

Ayrıca kanun bir imkan daha öngörmektedir, ki o belirli sektörlerdeki (örneğin endüstri, bankalar, sigorta vs.) birlikler, o sektördeki tüzel kişilerin örgütlenme modellerinin düzenlenmesi örneklerini iç yönerge (Guidelines) olarak hazırlar. Bu tür iç yönergeler Adalet Bakanlığına bildirilir.

Örgütlenme modelinin somutlaştırılmasının sonuncu kaynağı örgütün kendisidir. Örgüt modelinin içeriği, örgüt modeline somut olarak dikkat edebilecek ve gerekli düzeltme tedbirlerini alabilecek olan ilgili tüzel kişi tarafından belirlenir. 2010 yılındaki Kanun Tasarısı örgüt modelinin bir standartizasyon usulü altında olması gerekliliğini kabul etmiştir.

Kanunkoyucu kabul ettiği örgüt modeli ile, Kuzey Amerikanın Compliance Programındaki tecrübeleri ile örgüt kusuru kavramındaki doktriner görüşleri

⁷⁵ 231/2001 s. K. 6–7 maddeleri.

⁷⁶ 231/2001 s. K. 6 f.Ib m.

⁷⁷ 231/2001 s. K. 6 f.Ic m.

⁷⁸ Bakınız; Spinelli, Responsabilità degli enti: l’elusione fraudolenta non è una *probatio diabolica*, in: Riv. trim. pen. ec., 2010, S. 609 vd.

⁷⁹ Astrologo, Obbligatorietà o facoltatività dei modelli: le cause di esclusione della responsabilità, in: Sgubbi/Fondaroli, (.), Strumenti di corporate governance e responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, 2010, S. 35. Örgütlenme modellerinin yapısı hakkında bakınız Piergallini, La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato, in: Lattanzi (bakınız), Reati e responsabilità degli enti, 2. baskı, 2010, S. 153 vd.





Attilo Nisco

birleştirmeye çalışmıştır. İtalyan hukukunda örgütlenme modeli kavramı compliance program ile eş anlamlı olarak algılanmaktadır. Compliance programı Amerikan hukukundan farklı olarak İtalyan hukukunda sadece cezanın miktarının belirlenmesine değil, isnad edilebilirliğin belirlenmesine de hizmet eder. Bu şekilde bir kural getirmede temel düşünce bir yandan örgütlü suçlulukla mücadelede, şirket örgütlenmesini gözönüne almaksızın sadece yaptırım tehdidinin yeterli olmaması, öte yandan yaptırıma hükmedilmesi belli bir şekilde kusur gerektirdiğinden, şirket kusuru yapısına uygundur. Her şirketin örgütlenmesi, yapılanması farklı olacağından, her şirket hakkında farklı ancak kusuruna uygun yaptırım uygulanır. Örgütlenme modeli yaptırımın belirlenmesinde de rol oynamaktadır. Soruşturmada tüzel kişiliğin örgütlenme modelinin bulunmadığı tespit edilirse, soruşturmanın açılmasından önce bir örgütlenme modeli getirmişse, yaptırımın hafifletilmesi gerekir⁸⁰.

4. Yaptırımlar

Kanunda dört çeşit yaptırım öngörülmüştür⁸¹:

1) Malvarlığına ilişkin yaptırımlar: Bu yaptırımlar esas olarak para yaptırımlarından oluşmakta, kanun koyucu burada, sözkonusu olan tüzel kişinin ekonomik durumunu gözönünde bulundurabilmek amacıyla gün-para cezası sistemini kabul etmiştir⁸².

2) Yasaklama yaptırımı (*sanzioni interdittive*): Bu yaptırım bir faaliyetin icrasının yasaklanması ve işletmenin tamamen kapatılması şeklindedir. Mahkum edilen tüzel kişilik kamusal bir faaliyette bulunmakta ise ve faaliyetten yasaklanması önemli kamusal zararlar doğuracaksa veya faaliyetin yasaklanması sadece belirli bir yerdeki faaliyetin yasaklanması sonucunu doğuracaksa, hakim faaliyetin yasaklanması yerine, işletmeye bir kayımanın ("*commissario giudiziale*") atanmasına karar verebilir⁸³.

3) Kazanç müsaderesi olarak da adlandırılan, suçtan kaynaklanan gelir (*profitto*) ve menfaatin (*prezzo*) müsadere edilmesi⁸⁴. Kazanç müsaderesinin bir yaptırım olarak kullanılması ekonomik ceza hukukundaki eğilimin bir yansımasıdır: İtalyan Ceza Kanunu'nun 240. maddesine göre müsadere belirli şartlar altında güvenlik tedbiri olarak hükmedilebilir; Sınırları belli olmayan, özellikle "kazanç" kavramının belirsiz olduğu bu yaptırım, birçok reform ve özel ceza kanunlarında korkutucu bir malvarlığı cezasına dönüşmüştür⁸⁵.

⁸⁰ 231/2001 s. K. 12 f. 2b ve 17 maddeleri.

⁸¹ 231/2001 s. K. 9 m.

⁸² 231/2001 s. K. 10 vd. maddeleri.

⁸³ 231/2001 s. K. 15 m.

⁸⁴ Tercüme: *Fondaroli*, Anmerkungen zur Gewinnabschöpfung ("confisca") İtalyan yaptırımlar sistemini yansıtmaktadır: FS für M. Maiwald, 2010, S. 171.

⁸⁵ Bakınız; *Bevilacqua*, La natura problematica del profitto confiscabile nei confronti degli enti, in: Riv. it. dir. proc. pen., 2009, S. 1114 ff. Bütünü hakkında bakınız *Fondaroli* (dn. 84), S. 171 vd.





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

4) *Hükmün ilanı*. Bu yasaklayıcı tedbire hakim muhakeme esnasında, eğer tüzel kişinin benzer hukuka aykırı fiilleri işleyeceğine dair kuvvetli belirtiler varsa, önleyici tedbir (*misura cautelari*) olarak hükmedebilir⁸⁶. Hakim, mal, eşya ve gelecekteki kazançta elkonulmasına karar verebilir⁸⁷. Yaptırımlar ve önleyici tedbirler arasında yasal bir ayırım vardır: Örneğin finansal kaynaklara elkonulması veya yapılan iş dolayısıyla sözleşme imzalamak veya sözleşmeyi yerine getirmenin yasaklanması gibi hususlar fiilen yaptırım olarak geçerlidir. Oysa bunlara daha tüzel kişinin sorumluluğunun tespit edilmediği muhakeme esnasında hükmedilir⁸⁸. Hükmedilen bu tedbirlerin kaldırılmasını talep edebilmek için, tüzel kişi kendisine isnat edilen örgütsel eksikliğini gidermelidir⁸⁹.

C. Uygulama

231/2001 numaralı Kanun uygulamada birçok yorum sorunu ortaya çıkarmıştır. Aşağıda uygulamaya ilişkin üç problem ayrıntılı olarak incelenecektir.

1. Yaptırımların muhatabının genişlemesi

231/2001 numaralı Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrası Devletin, kamusal yerel kurumların, ekonomik yönü olmayan kamusal kurumların ve anayasal bir fonksiyon gören kurumların sorumluluğu kabul edilmemiştir. İçtihatlarla sonuncu grupta belirtilen kurumların, Anayasada zikredilen kurumlar olması gerektiği ve anonim şirketlerin hiçbir şekilde 231/2001 numaralı Kanun kapsamına sokulamayacağını kabul etmiştir⁹⁰. Yaptırımların muhatabları konusu buna rağmen belirsizdir.

Kanun işletmeden (Unternehmen) değil, “tüzel kişilik” ve “kurum” dan söz etmektedir⁹¹. Buna rağmen içtihatlar, faaliyetleri bir örgüte Vgl. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, 2010, S. 191 ff.; D’Urso (Fn. 2), S. 511 ff.; Marinucci (Fn. 3), S. 446 ff. dayandığı için bireysel işletmeleri yaptırımların muhatabı olarak kabul etmektedir⁹². Tüzel kişi olan holdingler alanında, holding bünyesindeki bir şirkette işlenen bir suç da Holding’in sorumluluğuna yolaçar⁹³. Kanunda sadece tek başına tüzel kişiliğe, yani topluluklara ilişkin düzenlemeler bulunmasına rağmen, hakimler –bu uygulama ile- holdingin menfaatlerini koruduklarını belirtmektedir⁹⁴.

⁸⁶ 231/2001 s. K. 45 m.

⁸⁷ 231/2001 s. K. 53 m.

⁸⁸ Ayrıntılı ve eleştirel açıklamalar için bakınız; *Mongillo*, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale* (pt. II), in: *Resp. amm. soc. enti*, 1/2010, S. 155 ff.

⁸⁹ 231/2001 s. K. 49, 17 maddeleri.

⁹⁰ Cass. 21. Juli 2010, Nr. 28699, in: www.rivista231.it.

⁹¹ Bakınız; 231/2001 s. K. 1 m.

⁹² Cass. 20. April 2011, n. 15657, in: www.rivista231.it.

⁹³ Bakınız; *Scaroina*, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d’imprese*, 2006, S. 230 ff.

⁹⁴ Tribunale di Milano, ordinanza 20. September 2004, in: *Guida dir.*, 47/2004, S. 69. Siehe auch Cass. 20. Juni 2011 Nr. 245803, in: www.rivista231.it.



Bu şekildeki yargısal yorumlar 231/2001 numaralı Kanunun 2. maddesi ile yasaklanan kıyasın sınırına yaklaşmaktadır. Bu halde sanılan “yasal boşlukları”⁹⁵ kapatmak için bazı hallerde sınır aşılmaktadır.

2. Örgütlenme kusurunun denetlenmesi

Uygulamada işletmenin örgütlenme kusurunun denetlenmesinde birçok zorluklar ortaya çıkmaktadır⁹⁶. Hakim örgütlenme modelini kontrol ederken işlenen suçtan kaçınma veya en azından suçun işlenmesini daha zorlaştırma durumunun olup olmadığını kontrol eder. Bu metod örgütlenme modeli hakkında karar verirken suçun işlendiği andaki modelin gözönüne alınmasını gerektirir (ex ante). Uygulamada ise tam tersi bir eğilim gözlemlenmektedir. İctihatlara göre işlenen suç, örgütlenme modelinin suç işleme riskini azaltmada faydasız olduğunun bir ispatıdır (post hoc ergo propter hoc). Bu uygulamanın sonucu örgütlenme modelinin elverişli olduğunu tespit eden ilk mahkeme kararı, Kanunun yürürlüğe girmesinden dokuz yıl sonra verilmiştir⁹⁷.

Diğer bir eleştirilecek nokta riske ilişkindir. Tüzel kişinin sorumluluğu beklenmeyen bir şekilde gerçek kişinin sorumluluğunu birlikte getirmektedir⁹⁸. Bu yeni Kanunun amacı değildi. Tam aksine Kanunun amacı, eğer suç belli bir kişinin fiili olmaktan öte, tüzel kişinin örgütlenme noksanlığının bir sonucu olarak ortaya çıkmışsa, tüzel kişilerin sorumluluğunun kabul edilmesiyle gerçek kişilere isnad edilebilirlik zorluklarını aşmaktı. Garanti durumunun sağlanabilmesi için örgütlenme modelinin bir dizi kontrolü gerektirdiği sürece, bu amaç elde edilemez⁹⁹. Denetleyiciler yeterli denetim yapmamışsa garanti veren durumda oldukları için ceza sorumlulukları sözkonusu olur¹⁰⁰. Denetleyicilerin cezalandırılabilirliği konusunda, tüzel kişinin sorumluluğuna göre değişen farklı isnad edilebilirlik kriterleri olmalıdır. Bu nedenle örgütlenme kusuru paradigması gerçek kişiler temeline aktarılamaz¹⁰¹.

3. Mağdurun durumu

Tüzel kişinin suçtan doğan zararı ödemesi ve suçun “zararlı veya tehlikeli so-

⁹⁵ Aynı görüş için; Cass. 20. April 2011 (Fn. 92).

⁹⁶ Bakınız; *Sgubbi/Manes*, Responsabilità degli enti e modelli organizzativi: spunti problematici e questioni applicative, in: *ius17@unibo.it*, 1/2009, S. 216 ff.

⁹⁷ Tribunale di Milano, 17. November 2009, in: *www.rivista231.it*.

⁹⁸ Bakınız; *Alagna*, L'organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231/2001: funzione e responsabilità, in: *ius17@unibo.it* 2/2008, S. 571 ff.; Fondaroli, Organismo di vigilanza ex art. 6, d.lgs. 8 giugno 2001, N. 231: profili di responsabilità penale, in: *Scritti in memoria di G. Marini*, Napoli, 2010, S. 309 vd.; Gargani, Imputazione di reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?, in: *Dir. pen. proc.*, 2002, S. 1065 ff.; *La Rosa*, Teoria e prassi del controllo “interno” ed “estero” sull'illecito dell'ente collettivo, in: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006 S. 1296 vd.

⁹⁹ *Sgubbi*, La responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001: profili penali, civili e amministrativi, in: *Sanità Pubblica e Privata. Rivista di diritto economia e management*, 2/2008, S. 10 ff.

¹⁰⁰ Suça karşı riski azaltan tedbir almayan tüzel kişilerin hukuki sorumluluğu vardır; vgl. *Abriani*, La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario, in: *Analisi giur. ec.*, 2/2009, S. 187 vd.

¹⁰¹ Eleştirisel açıklamalar için bakınız; *Sgubbi* (Fn. 99), S. 11 ff.; ayrıca bakınız *Sgubbi*, Colpevolezza in/di organizzazione e Organismi di Vigilanza. Rapporti con il sistema dei controlli societari, in: *Sgubbi/ Fondaroli* (yayınlayan), *Strumenti di corporate governance e responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, 2010, S. 9 vd.



Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

nuçlarını” ortadan kaldırması hali kanunda hafifletici sebep olarak öngörülmüştür¹⁰². Ancak Kanun, (İtalyan hukukunda alışlagelmiş olan şahsi hak davası gibi¹⁰³), mağdurun şikayet edilen tüzel kişiden ceza muhakemesinde tazminat talep etmesi konusunda bir düzenleme getirmemiştir. 2001 tarihli Kanun, tüzel kişilerin yargılanması konusundaki özel hükümlerle uyumlu olduğu sürece, İtalyan CMK hükümlerinin uygulanmasını kabul etmiştir. Şahsi hak davasının ilk bakışta uyumlu olmadığı görülmektedir¹⁰⁴. Bununla birlikte İtalyan Ceza Kanununun 184. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, “malvarlığı zararı veya malvarlığı zararı olmayan bir zarara sebep olan her suç için fail tazminat ödemekle yükümlüdür”: Tüzel kişinin bir suçun faili olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Çünkü Kanunun kendisi “idare hukuku sorumluluğundan” (veya tertium genus) söz etmektedir¹⁰⁵.

Konuya ilişkin, tüzel kişilere karşı şahsi hak davası imkanını kapatan yeni bir Yüksek Mahkeme kararı mevcuttur¹⁰⁶. Yüksek Mahkemeye göre, tüzel kişinin hareketi (“*illegitimo amministrativo*” gerçek kişinin cezalandırılabilir hareketi (“*reato*”) ile aynılaştırılmaz. Aksine biraz farklıdır. Bu nedenle insan tarafından işlenen bir suçun özel hukuktaki sonuçları tüzel kişinin hukuka aykırı hareketinin doğrudan sonucu olarak kabul edilemez¹⁰⁷. Bu karar doğru olarak sistematik bir açıklamadan yola çıkarak, tüzel kişilerin sorumluluk alanı ile gerçek kişilerin sorumluluk alanını açıkça ortaya koymaktadır. Ceza muhakemesinde tüzel kişiye karşı mağdurun durumu bağlamında bazı sorular İtalyan sisteminin AB hukukuna uyumlaştırılmasına bağlı kalmaktadır¹⁰⁸. Avrupa Birliği Adalet divanı en son verdiği kararı ile İtalyan hukukunun 2001-220-1 sayılı çerçeve kararının ceza muhakemesinde mağduru koruyan hükümlerinden 9 ncu maddesine aykırılık bulunmadığını belirlemiştir¹⁰⁹. Mahkeme bu kararında birlik kanunkoyucusunun hükmi şahısların cezai sorumluluğunu ihdas etme mükellefiyeti altına sokmadığını belirlemiş ve hükmi şahısların İtalyan hukukundaki sorumluluğunun 231 bölü 2001 sayılı kararname ile ‘idari’, ‘ikincil’ ve ‘dolaylı’ bir sorumluluk olarak tavsif edilebileceğini açıklamış ve böyle bir sorumluluğun suçu işleyen ve zararın doğmasına neden olan gerçek kişiler hakkındaki cezai sorumluluktan farklı olduğunu ve bu zararın ceza muhakemesi sırasında şahsi hak davası şeklinde talep edilebileceğini vurgulamıştır.

¹⁰² 231/2001 s. K. 17 a) m.

¹⁰³ CMK’ın 74 vd. maddeleri.

¹⁰⁴ Bakınız Tribunale di Milano, ordinanza 24. Januar 2008; Tribunale di Milano, ordinanza 5. Februar 2008, in: www.rivista231.it.

¹⁰⁵ Bakınız Tribunale di Torino, ordinanza 2. Oktober 2008, in: www.rivista231.it.

¹⁰⁶ Cass. 22. Ocak 2011, Nr. 2251, in: Dir. pen. proc., 2011, S. 431 vd., *Mucciarelli*’nin karar hakkında yazdığı açıklama ile birlikte

¹⁰⁷ Cass. 22. Ocak 2011 (Fn. 106), S. 433-434.

¹⁰⁸ Florenz mahkemesi Avrupa mahkemesine tedbir kararı vermesi için talepte bulunmuştur; bakınız; Tribunale di Firenze, 9. Februar 2011, Richiesta alla CGCE di pronuncia in via pregiudiziale sull’interpretazione di norme comunitarie, in: www.rivista231.it. Milli hakim, tüzel kişilerin sorumluluğunu düzenleyen İtalyan Kanununun, mağdurun korunmasını öngören 2001/220/JI sayılı çerçeve karara ve 2004/80 sayılı yönergeye aykırı olup olmadığını sormaktadır.

¹⁰⁹ Mahkemenin 2 nci dairesinin 12 Temmuz 2012 tarih ve C-79/11 sayılı kararı.



D. Reform önerisi

Son yıl 231/2001 numaralı Kanun bağlamında, işletmeler tarafından Compliance-yükümlülüklerinin yerine getirilmesindeki bazı zorlukları aşmak için iki Kanun tasarısı ortaya konmuştur¹¹⁰. Bu tasarılar da esas olarak üç değişiklik amaçlanmıştır: a) yasaklayıcı yaptırımların, “önleyici tedbir”¹¹¹ olarak kullanılmasının kısıtlanması, b) Tüzel kişi için uygun örgütlenme modelinin koşullarının açıklığa kavuşturulması, c) Gerçek kişi tarafından işlenen suç dolayısıyla, tüzel kişi hakkında dava açılarak¹¹², örgütlenme modelinin uygunluğunun zor olan ispatının ters çevrilmesi, alışlagelmiş ceza muhakemesi ilkelerine uygundur.

Bu bağlamda tartışmalı bir öneri yapıldı: Örgütlenme modelinin standartlaştırılması. Hakim bu standarta dayanarak örgütlenme modelinin uyumlu olduğunu belirtebilmelidir. Fakat bu fazla uygulanabilir bir çözüm olmaz, çünkü bu çözüm yersiz bir Compliance-Praxis bürokrasisi doğurur. Çünkü işletme örgütlenme dinamik, bu dinamik bir standart ile sabit tutulamaz. Ayrıca ceza hakiminin hakkında standart olan bir Compliance-Programını denetlemesi mümkün değildir. Böyle bir çözüm işletme için ek masraflara sebep olacaktır, hukuk güvenliği açısından bir kazanç getirmeksizin. Ceza hukuku öğretisine göre kontrol organı konusunda bir reform yapılması çok daha iyi olacaktır, çünkü halihazırda yürürlükteki kurallar bu organın sorumluluğu ve işlevi konusunda açık bir düzenleme getirmemektedir¹¹³.

VI. Sonuç

İşletme kültüründe ve yapılanmasından birçok değişikliği gerektiren, tüzel kişilerin sorumluluğunun kabulü ekonomik suçlulukla mücadelede modern bir araçtır. Aynı zamanda siyah bir noktayı da barındırır: Yaptırımların uygulanmasının zor kontrol edilebilir olmasına dayanan bazı görüşler. İtalyan kurallarını ölçüt olarak kabul eden ve yukarıda belirtilen görüşler aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

1. Tüzel kişilerin sorumluluğu gerçekleştirilebilir¹¹⁴. Dogmatik’in bu sorumluluğu artık ciddi bir şekilde sorun olarak görüp görmeyeceği, tartışılabilir. İtalyan çözümünün özel bir anlamı vardır. Çünkü kanunkoyucu sorumluluk için “üçüncü Gattung” (3. Nesil sorumluluk) düşünmüştür ve sorumluluğun niteliği hakkında öğretilerdeki farklı görüşlere rağmen, yargı kararları ve baskın görüş yeni sorumluluk şeklinin Anayasa aykırı olduğunu iddia etmemiştir¹¹⁵.

¹¹⁰ 7 Temmuz 2010 tarihli “AREL” Tasarısı ve “Della Vedova Tasarısı” (3640 sayılı, Milletvekili On. Della Vedova tarafından 19 Temmuz 2010 tarihinde verilen Tasarı). Bu konudaki ayrıntılı bilgiler için bakınız: Bortolotto, D.lgs. 231/2001: quale ruolo per i modelli organizzativi certificati?, in: Resp. amm. soc. enti, 1/2011, S. 177 ff.; Flick, Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?, in: Riv. soc., 2010, S. 1294 vd.

¹¹¹ Bakınız, yukarıda § V.B.4.

¹¹² Bakınız yukarıda; § V.C.2.

¹¹³ Fondaroli (dn. 98), S. 326.

¹¹⁴ Hans Joachim Hirsch, daha 1993 yılında, kişi birliklerinin cezalandırılmasına karşı ileri sürülen ilkesel itirazların yerinde olmadığını söylemişti (Hirsch, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, in: Strafrechtliche Probleme, Band 1, 1999, S. 622).

¹¹⁵ Pulitanò, La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione, in: Riv. it. dir. proc. pen., 2002, S. 418. İtalyan Anayasası’nın 27 inci maddesine aykırılık olduğu konusunda bakınız; Padovani, Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche, in: De Francesco (Dip not. 66), S. 17-18.



Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: İtalya

2. Şirket suçluluğu ile mücadelede örgütlenme ifadesi, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu sorunundan daha önemli bir rol oynar. Şirketin örgütlenme itibarıyla ayrılmış kısımlarına dikkat etmek karşılaştırmalı hukukta sabit, değişmez bir örgütsel unsur gibi ortaya çıkar¹¹⁶.

3. Suç politikasının amaçlarına ulaşmak için, örgütlerin cezai takibi bazı temel ilkelere ayrılmayı gerektirir: İtalya’da yaptırımların holdingler ve kişi işletmelerini kapsayacak kadar genişletilmesi bunun sadece bir örneğidir. Herşeyden önce kanunilik ilkesi örgüt ve şirket yapısının likiditesini (“liquidity”)¹¹⁷ dener.

4. Kuralların temel noktası “örgüt” kavramının, fonksiyonel bir kavram olan “kusur” kavramına uyumudur. İtalyan Ceza hukukçusu Carlo Enrico Paliero’ya göre burada tüzel kişinin kusurunun sonsuz bir arayışı söz konusudur¹¹⁸. Aslında bu sonsuz arayış tüzel kişinin kusurunun yapılandırılması amacına hizmet etmez. İtalyan hukukundaki araştırmaların açıkça gösterdiği gibi, bunun insanların sorumluluğu üzerinde geri bildirim etkisi (Rückkoppelungseffekte) vardır¹¹⁹. Bunu İtalyan hukukundaki araştırmalar açıkça göstermiştir¹²⁰.

5. Örgütün isnad edilebilirlik kriteri olarak algılanması modern hukuk politikası gelişmelerine uygundur: Herşeyden önce özel sektör ile devlet arasında işbirliği gerçekleşmiştir. Bu “regulierte–Selbstregulierung” (kendi kendine kurallara bağlı özyönetim) olarak adlandırılan şekil olarak kabul edilebilir¹²¹. Bu işbirliğinin amacı tüzel kişiliği herhangi bir şey olarak kapsamak değil, bir disiplinin üyesi olarak ele almaktır¹²². Bu görüş açısıyla eğilim tüzel kişiliğe karşı iyi veya kötü örgütlenme sebebiyle yaptırım uygulamak, postmodern alanda sosyal kontrolün bir çehresi olmaktadır¹²³: O da kontrol ve yaptırım sisteminin zenginleştirilmesi ve özelleştirilmesini sağlar.

¹¹⁶ Yukarıda § IV. Ayrıca bakınız; De Simone (dn. 14), S. 1901 vd.; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil, 3. baskı, 2010, S. 107.

¹¹⁷ “Flüssigkeit” (liquidity) veya “Flüchtigkeit” (fluidity) kavramları hakkında bakınız: “as fitting metaphors when we wish to grasp the nature of the present, in many ways novel, phase in the history of modernity”, Bauman, Liquid Modernity, 2000, S. 2 and passim.

¹¹⁸ Paliero, La società punita: del come, del perchè, e del per cosa, in: Riv. it. dir. proc. pen., 2008, S. 1527-1528.

¹¹⁹ Seelmann, Unternehmensstrafbarkeit: Ursachen, Paradoxien und Folgen, in: FS für N. Schmid, Zürich, 2001, S. 169 ff.

¹²⁰ Aşağıda; § V.C.2. İsviçre Hukukunda da benzer görüşler ileri sürülmüştür; Cassani, Infraction sociale, responsabilité individuelle: de la tête, des organes et des petites mains, in Berthoud (Hrsg.), Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d’autrui, 2002, S. 68 ss. Alman hukukunda compliance programları ve kişisel sorumluluk arasındaki bağlantı sorunu hakkında bakınız: Spring, Die Garantstellung des Compliance Officers oder: Neues zur Geschäftsherrenhaftung, in: GA 2010, S. 222 ff., in Zusammenhang mit BGH, NJW 2009, S. 3173 ff.

¹²¹ Bakınız; Centonze, La co-regolamentazione della criminalità d’impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell’importazione dei “compliance programs” nell’ordinamento italiano, in: Analisi giur. ec., 2/2009, S. 219 vd.; Gobert/Punch (Fn. 14), S. 315 ff.; Lüderssen, Regulierung, Selbstregulierung und Wirtschaftsstrafrecht, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, 2009, S. 311 ff.; Nieto Martín, Soziale Verantwortung, corporate governance, Selbstregulierung und Unternehmensstrafrecht, in: FS für K. Tiedemann, 2008, S. 485 ff.

¹²² Alain Supiot gibi, “normalisation des comportements” kavramından söz edilebilir (Supiot, Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit, 2005, S. 251 ff.).

¹²³ Post modern alanda sosyal kontrol kavramı hakkında bakınız; Mathiesen, The Viewer Society. Michel Foucault’s “Panopticon” Revisited, in: Theoretical Criminology, 1997, S. 215 ff.





Über die Regelung der strafrechtlichen Verantwortung juristischer Personen in Finnland

Prof. Dr. Raimo Lahti*

1. Die Übernahme der strafrechtlichen Verantwortung der juristischen Person als ein Beispiel der Verstärkung und Differenzierung des Wirtschaftsstrafrechts

In Finnland wurde in den Jahren 1972-2003 eine Gesamtreform des Strafrechtes verwirklicht, bei der das Wirtschaftsstrafrecht einen zentralen Teil gebildet hat. Von der Gesamtreform steht die Überprüfung einiger Vorschriften des Besonderen Teils des Strafgesetzes sowie die gesamte Kapitelsystematik des Besonderen Teils noch aus, aber ansonsten konnte die Rekodifizierung des aus dem Jahre 1889 stammenden Strafgesetzes im Jahre 2003 zu einem faktischen Abschluss gebracht werden¹. Die Wirtschaftsstrafvorschriften wurden in den Jahren 1990, 1995 und 2003 in drei Gesetzgebungspaketen reformiert. Die grundlegenden Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortung in der Form der *echten Kriminalstrafbarkeit juristischer Personen* finden sich im 9. Kapitel des reformierten StGB (GBI. 743/1995). Die wichtigsten den Allgemeinen Teil des Strafrechts betreffenden Vorschriften wurden 2003 novelliert.

Die Ziele, Wirkungen und Grenzen des Wirtschaftsstrafrechts haben auch die Regelung der strafrechtlichen Verantwortung juristischer Personen beeinflusst. Die Ziele des reformierten Wirtschaftsstrafrechts sind vor dem Hintergrund der allgemeinen Ziele der Gesamtreform des Strafrechts zu sehen. Die wichtigste Aufgabe, die der Reformarbeit des Strafrechtskomitees gestellt worden war, hat darin bestanden, Überlegungen darüber anzustellen, was strafbar sein sollte und wie streng für die einzelnen Delikte zu bestrafen sei. Für die Bestimmung der Strafbarkeit der Taten und der festzusetzenden Strafdrohungen wurde ein Modell vorgelegt, nach dem zuerst die Nachteiligkeit und Vorwerfbarkeit der Tattypen zu beurteilen und dann die Vor- und Nachteile einer eventuellen Kriminalisierung im Vergleich zu den übrigen Regulierungsalternativen abzuwägen sein sollten. Das Komitee betonte die das strafrechtliche System kennzeichnende Wirkung: die mittelbare Wirkung und die symbolische Bedeutung der Strafdrohungen. Mit den Strafvorschriften wird aufgezeigt, welches die für die Gesellschaft zentralen Ver- und Gebote sind. Durch die Existenz der Strafdrohungen und ihre Anwendung in der Praxis wird die autoritative Missbilligung der Gesellschaft ausgedrückt und somit Einfluss auf die Herausbildung der Rechts und Moralvorstellungen der Bürger genommen².

* Universität Helsinki, Finnland.

¹ Bakimz Strafgesetz (nach dem Stand vom 1.10.2005). Übersetzung und Einführung von Karin Cornils, Dan Frände und Jussi Matikkala. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2006.

² Siehe Komiteebericht 1976:72, Kapitel II-IV.





Sanktionen gegen juristische Personen: Finnland

Die Vorarbeiten zur Strafrechtsreform spiegeln den begründeten Glauben an die generalpräventive Wirkung des strafrechtlichen Systems sowie an die Wichtigkeit der Prinzipien Gerechtigkeit und Humanität für die Legitimität des Strafrechtssystems wider. Die Reduzierung der Kriminalität und ihrer Nachteile setzt eine vielseitige und wirkungsvolle Kriminalitätsbekämpfung und ein effektives strafrechtliches Kontrollsystem voraus. Von dem strafrechtlichen Kontrollsystem wird Glaubwürdigkeit und Akzeptierbarkeit erwartet, mit anderen Worten: man muss an die Funktionsfähigkeit des Systems glauben und auf seine Richtigkeit und Billigkeit vertrauen können. Der Schweregrad der Strafdrohungen bzw. der einzelnen Strafen bildet jedoch nur einen Teil der Umstände, die einen Einfluss auf die Funktionsfähigkeit des gesamten Systems haben. Es ist somit offenbar, dass man nicht allein dadurch, dass man die Wirtschaftsstrafvorschriften aktualisiert und deren Strafdrohungen in ein gerechtes Verhältnis zu den Strafdrohungen der konventionellen Vermögensdelikte stellt, die angestrebte Wirksamkeit der Wirtschaftskriminalitätsprävention und -kontrolle erreicht. Die Wirksamkeit des strafrechtlichen Systems ist maßgeblich von dem gesamten Strafprozess, d. h. von den Tätigkeitsvoraussetzungen der verschiedenen Behörden (der Aufsichts-, Polizei- und Anklagebehörden sowie der Gerichte) abhängig, die dafür zuständig sind, die Täter zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen.

Die mit Strafdrohungen bewehrten Strafvorschriften spielen bei der Bekämpfung und Kontrolle der Wirtschaftskriminalität dennoch eine eigene wichtige Rolle, wie das Strafrechtskomitee die Sachlage ausgedrückt hat. Allerdings hat man bei der Ausarbeitung der Strafrechtsreform in Finnland, wie auch in anderen Ländern, eine lebhaft kritische Diskussion darüber geführt, ob das strafrechtliche System zur Vorbeugung und Kontrolle des Missbrauchs wirtschaftlicher Tätigkeit oder zur Förderung der Arbeitssicherheit und des Umweltschutzes geeignet sei oder ob dem Strafrecht nur eine rein symbolische Bedeutung zukomme³.

Ein spürbares administratives Bußgeld - die Buße für Wettbewerbsverstöße - wurde gemäß dem Vorbild des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaft in einem Gesetz über Wettbewerbseinschränkungen (GBI. 480/1992) eingeführt. Jedoch war es ein großer Mangel in Finnland, dass diejenigen punitiven administrativen Sanktionen, die besonders im Wettbewerbs- und Wertpapiermarktrecht wegen der Vorbildwirkung der EU eingeführt wurden, bei der Gesamtreform des Strafrechts keine reale Beachtung fanden und darum die Vor- und Nachteile der punitiven administrativen Sanktionen im Verhältnis zu Kriminalstrafen im Gebiete des Wirtschaftstrafrechts nicht systematisch erörtert wurden.

³ Siehe u.a. die kritischen Beiträge im Forschungskolloquium „Finnisches Strafgesetz 100 Jahre“, in: Lahti/Nuotio (Hrsg.), *Criminal Law Theory in Transition*, a.a.O. (Fn 2), insb. Kap. II und Hassemer, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, S. 113 ff.





Raimo Lahti

2. Wechselwirkung zwischen der Verantwortlichkeit von natürlichen und nicht-natürlichen Personen für Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven

Es ist anzumerken, dass mit der individuellen und gemeinschaftlichen Strafbarkeit von im Rahmen der Tätigkeit einer juristischen Person begangenen Straftaten besondere Charakteristika verbunden sind, die sich weder mit den konventionellen Teilnahmevorschriften noch mit der Lehre über die Unterlassungsverantwortlichkeit handhaben lassen. Die Einführung der echten Kriminalstrafbarkeit der juristischen Person hat die Annahme einer neuen Verantwortungsform bei diesen so genannten Unternehmensdelikten bedeutet (siehe StGB Kapitel 94; 743/1995)⁵, weil die individuelle Strafbarkeit traditionell in der Rechtspraxis und der Lehre anerkannt worden ist. In die Kapitel über die Arbeits- und Umweltdelikte wurden besondere, die Zuweisung der individuellen Verantwortung betreffende Vorschriften (StGB Kap. 47 § 7 und Kap. 48 § 7) aufgenommen. Bei der Reform der Allgemeinen Lehren des Strafrechts (2003) wurde in den Zusammenhang mit den Vorschriften über die Teilnahme eine Vorschrift über das Handeln für eine juristische Person (StGB 5:8) aufgenommen.

Das Problem dieser neuen Vorschrift (StGB 5:8), die auf dem Vorbild des deutschen Strafrechts (§ 14 dStGB) basiert, besteht indes darin, dass sie die Prinzipien der Zuweisung der Verantwortung bzw. die Maßstäbe völlig undefiniert lässt, auch wenn man aus der neuen Vorschrift über die Strafbarkeit der Unterlassung und die Teilnahmevorschriften einen ergänzenden Auslegungshinweis erhält. Durch den Erlass des § 8 im Kapitel 5 des StGB ist auf jeden Fall anerkannt worden, dass die mit unternehmerischer Tätigkeit verbundenen (wirtschaftlichen) Straftaten bestimmte mit der Konstruierung der Verantwortung zusammenhängende besondere Züge aufweisen, die die Aufnahme einer Vorschrift in den Allgemeinen Teil des Strafrechtes begründen. Diese Vorschrift klärt auf jeden Fall die Bestimmung des Täterkreises und verstärkt die eingebürgerte Rechtspraxis, bei der der faktische Geschäftsführer mit der Leitungsperson in der Organstellung gleichgesetzt wird (siehe OGH 2000:74 sowie 2001:80 und 85-86).

Außer auf die Bestimmung der individuellen Strafverantwortung muss man seit 1995 seine Aufmerksamkeit auch auf die Anwendung der Strafverantwortung der juristischen Person richten. Diese Verantwortungsform wurde in den ersten zehn Jahren nur in sehr geringem Maße angewandt (obgleich danach öfter). Bei der strafrechtlichen Harmonisierung der EU wird dieser Verantwortungsform ein

⁵ Siehe näher z.B. Riihijärvi, *Criminal Liability of Corporations - Finland*, in: de Doelder / Tiedemann (eds), *La Criminalisation du Comportement Collectif*, 1996, S. 203 ff.

⁶ Siehe Delmas-Marty/Vervaele (eds), *The Implementation of the Corpus Juris*, Appendix III, Article 12; Tiedemann (Hrsg.), *Freiburg-Symposium*, Kap. E, Art. 15.





Sanktionen gegen juristische Personen: Finnland

ziemlich hohes Gewicht beigemessen, und darum ist die Anzahl der Straftaten, für welche die Strafbarkeit juristischer Personen vorgesehen ist, erheblich vermehrt worden. Im Zusammenhang mit der Reformierung der Wirtschaftsstrafvorschriften (2003) wurde der Ermessensspielraum, der bei der Verurteilung einer juristischen Person zur Strafverantwortung bestanden hat, reduziert, und auch darum haben die Anträge der Staatsanwaltschaft zugenommen.

Man sollte theoretisch die besonderen Züge der Unternehmensdelikte sowie das Verhältnis zwischen gemeinschaftlicher und individueller strafrechtlicher Verantwortung bei diesen Delikten erwägen. Gegenwärtig besteht die strafrechtliche Verantwortung des Individuums für im Auftrag oder zu Gunsten der juristischen Person begangene Delikte (d.h. die Organ- oder Vertreterhaftung) parallel zur Verantwortung der juristischen Person. Es besteht die Gefahr, dass diese parallel zur Verfügung stehenden Verantwortungsformen zur tatsächlichen Kumulation von Sanktionen führen können (siehe OGH 2002:39; vgl. OGH 2009:1). Man kann sich auch fragen, ob es prozessökonomisch wünschenswert wäre, dass die Staatsanwaltschaft mehr Ermessensspielraum hätte, um der jeweils mehr zweckentsprechenden Verantwortungsform den Vorrang in der Strafverfolgung zu geben (vgl. die Praxis in Dänemark).

Die in den Forschungsprojekten zum Corpus Juris und den Europa-Delikten gemachten Vorschläge zu Vorschriften über die Regulierung der individuellen strafrechtlichen Verantwortung von Unternehmensleitern können hierfür beachtenswerte Vorbilder abgeben⁶.

3. Über die Zurechnungsstruktur der strafrechtlichen Verantwortung der juristischen Person

Die Zurechnungsstruktur der echten Kriminalstrafbarkeit im Kapitel 9 des finnischen StGBs ist nicht ganz klar. In erster Linie denkt man, dass die juristische Person aufgrund der Tat eines individuellen (in Ausnahmefällen auch anonymen) Täters bestraft wird, aber andererseits ist in der Regelung eine gewisse kollektive, "gemeinschaftliche" Schuld oder Zurechenbarkeit erkennbar.

Zunächst einmal ist mit dem Verantwortungsobjekt eine Körperschaft, Stiftung oder sonstige juristische Person gemeint. Als Sanktion für die Straftat kommt nur eine gemeinschaftliche Geldstrafe in Frage. Juristische Personen zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen ist nur dann möglich, wenn dies im StGB bei dem jeweiligen Deliktstyp gesondert vorgesehen ist. Solche Deliktstypen sind typischerweise solche Wirtschaftsdelikte wie Gewerbedelikte, Subventionsdelikte, Geldwäschdelikte und Umweltdelikte.

⁶ Siehe Delmas-Marty/Vervaele (eds), *The Implementation of the Corpus Juris*, Appendix III, Article 12; Tiedemann (Hrsg.), *Freiburg-Symposium*, Kap. E, Art. 15.





Raimo Lahti

Als zweite Grundvoraussetzung für die gemeinschaftliche Verantwortung gilt, dass eine Straftat im Rahmen der Tätigkeit der juristischen Person begangen wurde. Diese Verantwortungsform kommt jedoch nicht in Frage, wenn das Delikt bei der Ausübung öffentlicher Gewalt begangen wurde. Das Delikt gilt als im Rahmen der Tätigkeit der juristischen Person begangen, wenn der Täter im Auftrag oder zu Gunsten der juristischen Person gehandelt hat, wenn er der Leitung der juristischen Person angehört oder zu dieser in einem Angestellten- oder Dienstverhältnis steht oder wenn er aufgrund eines Auftrags gehandelt hat, den er von einem Vertreter der juristischen Person erhalten hat. Es ist jedoch nicht unbedingt notwendig, dass ein solcher individueller Täter ermittelt oder bestraft wird.

Zum dritten setzt die gemeinschaftliche Verantwortung die oben genannte gemeinschaftliche Schuld (durch Identifizierung oder Geschäftsherrnhaftung) voraus. Eine zu einem gesetzmäßigen Organ oder zur sonstigen Leitung der juristischen Person gehörende Person muss an der Straftat beteiligt sein oder die Tat zugelassen haben, es sei denn im Rahmen der Tätigkeit der juristischen Person wurde nicht die gegebene Sorgfalt und Vorsicht zur Verhütung der Straftat gewahrt. In einem Ö raffineriefall (OGH 2008:33) war die Streitfrage, ob die Angeklagten zur einer solchen Leitung gehörten, d.h. ob sie genügend selbständige und bedeutende Entscheidungsbefugnis in der Aktiengesellschaft hatten oder nicht.

Zum vierten lag die Strafverfolgung sowie die Bestrafung der juristischen Person im weiten Ermessen der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte. Diese Regelung führte dazu, dass während der ersten zehn Jahre an den Untergerichten nur ungefähr zehn Fälle behandelt wurden. Die strafrechtliche Verantwortung stellte also vorwiegend eine symbolische gesetzliche Regelung dar. Mit einer neuen Gesetzesänderung (61/2003), die den Ermessensspielraum für die Bestrafung vermindert, bezweckte man die Zahl der Strafverfolgungen zu vermehren, und eine solche Entwicklung ist auch wahrnehmbar.

4. Einige Schlussfolgerungen

Die finnische Erfahrung zeigt, dass es eine lange Zeit braucht, bevor eine solche neuere Verantwortungsform wie die echte Kriminalstrafbarkeit der juristischen Person in der Rechtspraxis ernst genommen wird. In Finnland war die Staatsanwaltschaft lange sehr passiv, und weil bis jetzt ganz wenige Fälle im OGH behandelt worden sind, sind viele strafrechtsdogmatische Auslegungsfragen relativ unklar. Kriminalpolitisch ist auch nicht genügend erörtert worden, was die rechte Sanktionspolitik in der Zukunft wäre: sollte man eher punitive administrative Sanktionen statt der strafrechtlichen Verantwortung der juristischen Person einführen und wie sollte man das Verhältnis zwischen der individuellen und körperlichen Verantwortung regeln.





Sanktionen gegen juristische Personen: Finnland

Der Vertrag von Lissabon hat die Zuständigkeit der EU vermehrt, wobei die sich herausbildenden Prinzipien eines europäischen Sanktionsrechts sich in immer größerem Umfang auf die nationalen strafrechtlichen Sanktionssysteme auswirken dürften. Bei dem Vertrag von Lissabon spielt das sich weiter verstärkende Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auch bei der Angleichung der strafrechtlichen Sanktionen gleichfalls eine bedeutende Rolle. Die Stellung dieser administrativen Sanktionen und die Prinzipien ihrer Verhängung sind nun als wichtiger Teil des Sanktionsrechts der EU zu evaluieren.





Raimo Lahti

Finlandiya Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu

Prof. Dr. Raimo Lahti*

(Tercüme: Prof. Dr. Feridun Yenisey)

1. Ticari Ceza Hukukunun güçlendirilmesi ve yapılandırılması amacı ile tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesi

Finlandiya'da 1972 ile 2003 yılları arasında yapılan köklü ceza hukuku reformu sırasında "Ticari Ceza Hukuku" önemli bir yer işgal etmiştir. 1889 yılından kalma Ceza Kanununun tüm hükümlerinin değiştirilmesini öngören reform projesi kapsamında. 2003 yılına kadar büyük değişiklikler yapılmış, fakat kanunun özel hükümler ve hükümler kısmında bazı maddeler henüz elden geçirilmemiştir¹. Ekonomi ile ilgili ceza hukuku normları 1990, 1995 ve 2003 yıllarında üç reform paketi ile değiştirilmiştir. Tüzel kişiler hakkında gerçek anlamda ceza hükümleri içeren maddeler, değiştirilen Ceza Kanununun 9 uncu bölümünde yer almaktadır (GBI. 743/1995). Ceza Hukukunun genel hükümlerine ilişkin en önemli değişiklikler, 2003 yılında yapılmıştır.

Ekonomik hayatın amaçları, etkileri ve sınırları, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun düzenlenmesi sırasında belli ölçüde etkili olmuştur. Bununla birlikte, reforma tabi tutulan ticari ceza hukukunda, genel ceza hukuku reformunun ilkeleri de etkili olmuştur. Ceza Hukuku Reformu Komisyonunun en önemli görevi, hangi davranışların cezalandırılması gerektiği ve hangi suçların ne kadar ağır cezalandırılması konusu idi. Belli fiiller açısından suç tiplerinin ve cezasının belirlenmesi için bir model geliştirildi; buna göre önce, fiil tiplerinin doğurduğu sakıncalar ve ne kadar kötü oldukları belirlendi ve bundan sonra bu fiili suç haline getirmenin doğurabileceği sakıncalar ve avantajlar, diğer yaptırım seçenekleri ile mukayese edilerek tespitler yapıldı. Komisyon, ceza hukuku kullanarak yapılan düzenlemenin, sistem üzerinde doğurabileceği etkileri dile getirdi; burada cezaların doğrudan doğurabilecekleri etkiler ve sembolik etkiler üzerinde duruldu. Ceza hukuku düzenlemeleri ile, topluma gerekli yasaklar ve yükümlülükler gösterilmek istendi. Ceza hükümlerinin bulunması ve tatbik edilmesi, uygulamada toplumun yapılmasını kabul etmediği davranış tiplerini ifade etmek ve böylece yurttaşların hukuk anlayışları ve ahlak kuralları üzerinde yönlendirici bir etki sağlamayı amaçlamaktadır².

Ceza Hukuku Reformunun ön çalışmaları, ceza hukuku sisteminin *genel önleme* etkisini vurgulamış ve *adalet ve insancılık ilkelerinin*, ceza hukukunun *meşruiyetini* sağladığı fikrinden hareket etmiştir. İşlenen suçların ve bunların doğurduğu zararın

* Helsinki Üniversitesi, Finlandiya.

¹ Finlandiya Ceza Kanununa bakınız (1.10.2005 tarihinden sonraki değişiklikler). Kanunun tercümesi ve girişi: Karin Cornils, Dan Frände ve Jussi Matikkala. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2006.

² Komisyon Raporu'na bakınız: 1976:72, Bölüm II-IV.



Tüzel Kişiler Hakkında Yaptırımlar: Finlandiya

azaltılması için, suçla çok yönlü ve etkin bir şekilde mücadele edilmesi ve ceza hukukunu kullanan etkin bir kontrol mekanizması geliştirmek gerekmektedir. Ceza Hukukunu kullanan bir kontrol sisteminin, güvenilir olması ve kabul görmesi lazımdır; başka bir ifade ile, sistemin işlerliğine güven duyulmalı, doğru ve hakkaniyete uygun olduğuna inanç bulunmalıdır. Cezaların ağırlık derecesi ve suç tiplerinin yapısı, tüm sistemin işleyen bir sistem olması açısından, mevcut bulunması gereken koşullardan sadece ilk ikisidir. Görüldüğü gibi, sadece ticari ceza hukukunun suç tiplerini güncelleştirmek ve cezaları hakkaniyete uygun bir düzeye getirerek, klasik mala karşı suçlar ile uyumlu yapmak sureti ile, asıl amaç olan, ekonomik suçların işlenmesinin önlenmesi ve bunların kontrol altında tutulması amacına ulaşmak mümkün değildir. Ceza Hukuku Sisteminin etkinliği, tüm ceza muhakemesi sisteminin işleyişi, yani, sistemdeki görevli makamların (denetim makamları, polis, kovuşturma makamı ve mahkemelerin) harekete geçmeleri ve faili ceza sorumluluğu altına almaları ile yakından ilişkilidir.

Ceza Hukuku Komisyonunun da vurguladığı gibi, ceza tehdidi altına alınan davranış biçimleri, ticari ceza hukuku alanında mücadele ve kontrol açısından çok etkin olmaktadır. Bununla birlikte, Finlandiya’da yapılan ceza hukuku reformu çalışmaları sırasında, diğer ülkelerde olduğu gibi, ceza hukuku sisteminin iktisadi hayattaki suistimalleri önlemek ve kontrol etmek veya işgüvenliğini veya çevrenin korunmasını sağlamak açısından elverişli bir araç mı olduğu veya sadece sembolik bir değer mi taşıdığı konusunda çok yoğun bir tartışma yapılmaktadır³.

Avrupa Birliğinin Rekabet Hukuku kurallarına uygun olarak çıkartılan “Rekabet Sınırlandırmaları Hakkında Kanun” (GBI. 480/1992) ile rekabet kurallarını ihlal edenler hakkında, etkileri hissedilebilir derecede yüksek olan idari para cezaları uygulanması öngörülmüştür. Ancak, özel olarak Rekabet Hukuku ve Değerli Kağıtlar Piyasası açısından Avrupa Birliğinin standartlarına uygun olarak uygulamaya konulan bu idari para cezaları, genel ceza hukuku reformu sırasında esaslı bir şekilde dikkate alınmadığı ve sistematik bir şekilde kriminal cezalara oranla leh ve aleyhindeki hususlar Ticari Ceza Hukuku içinde değerlendirilmediği için, Finlandiya açısından önemli bir boşluk doğmuştur.

2. İşletmelerin, derneklerin ve birliklerin işledikleri suçlar açısından gerçek kişilerin ve gerçek kişi olmayanların sorumluluğu hakkındaki ikilem

Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda öyle bazı özellikler vardır ki, bunları alışlagelmiş iştirak hükümleri ile veya ihmali suretiyle işlenen suçlar doktrin kapsamında ele almaya imkan yoktur. Bireysel ceza sorumluluğu, gerek doktrin ve gerekse mahkeme içtihadı tarafından geleneksel bir şekilde kabul edilmiş bulunduğu için, tüzel kişiler hakkında suç karşılığı gerçek cezaların kulanılması, adı geçen şirket suçları açısından yeni bir sorumluluk tipinin doğmasına neden olmuştur (Ceza Kanununun 9 uncu maddesine bakınız; 743/1995) İş hayatı aleyhindeki suçlar ile, çevreye karşı işlenen suçların yer aldığı bölümlere, bireysel

³ Bilimsel Toplantıya sunulan eleştirel tebliğler hakkında bakınız: “Finnisches Strafgesetz 100 Jahre”, in: Lahti/Nuotio (Hrsg.), Criminal Law Theory in Transition, a.g.e. (Dip not 2), özellikle II inci bölüme bakınız. Hassemmer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, S. 113 ff.

⁴ Ayrıca bakınız; Riihijärvi, Criminal Liability of Corporations - Finland, in: de Doelder / Tiedemann (eds), La Criminalisation du Comportement Collectif, 1996, S. 203 ff.

ceza sorumluluğunu vurgulayan hükümler eklenmiştir (Ceza Kanunu madde 47 o 7 ve madde 48 § 7). Ceza Kanununun genel hükümler kısmında 2003 yılında yapılan reform sırasında bu konuya ilişkin olarak, iştirak ile ilgili olarak, tüzel kişiler adına hareket etmeyi düzenleyen bir hüküm eklenmiştir (Ceza Kanunu madde 5:8).

Alman Ceza Kanununun 14 üncü maddesine dayanan bu yeni hükmün (madde 5:8) ortaya koyduğu sorun şudur: bu hükümde ihmal suretiyle icra ve iştirak hakkında düzenleme yer almasına rağmen, ceza sorumluluğunu doğuran prensipler ve ölçütler, hiç tanımlanmamıştır. Ticari faaliyet ile bağlantılı olarak işlenen (ticari) suçlar bakımından fail ceza hukuk açısından sorumlu tutulurken, bu Finlandiya Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu hükümlerinin Ceza Kanununun Genel Hükümler kısmına alınması için, Ceza Kanununun 5 inci bölümünün 8 inci maddesinde düzenleme yapılmıştır. Bu hüküm, kimlerin fail olabileceğini her durum için açıklamakta ve “bilfiil yönetim kurulu başkanı olan kişinin, tüzel kişiyi organında görev alan yöneticilerle eşit durumda olduğunu kabul eden” yerleşik hukuk uygulamasını, kanun haline getirmektedir (bakınız: OGH 2000:74 ve 2001:80 und 85-86).

Bireysel ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler dışında, 1995 den bu yana, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusu da ilgi çekmiştir. İlk on yıl içinde bu tür ceza sorumluluğu çok az uygulanmışsa da, uygulama giderek yoğunlaşmıştır. Avrupa Birliği Ceza Hukukunun uyum sürecinde bu tür ceza sorumluluğuna oldukça büyük bir önem verilmiş ve tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu öngören suçların sayısı artırılmıştır. Ticari Ceza Hukukunda 2003 yılında yapılan reform sırasında, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu gerektiren suçlarda savcının takdir yetkisi azaltıldığı için, savcılık tarafından açılan dava sayısında artma meydana gelmiştir.

Teorik olarak bakıldığında, ticari işletmelerin katıldığı suçlar ve bireysel sorumluluk ile toplu sorumluluk arasındaki ilişki incelenirken, bu suçlara ilişkin özellikler nazara alınmalıdır. Halen, bireyin tüzel kişinin talimatı ile veya tüzel kişi yararına işlediği suçlardaki ceza sorumluluğu (yani organ veya temsilci olarak sorumlu olduğu haller), tüzel kişinin sorumluluğu ile paraleldir. Bu paralellik, fiili sorumluluk birikimine yol açtığı için, birden fazla kere cezalandırmanın yolunu da açacak niteliktedir (bu konuda bakınız; OGH 2002:39; ve OGH 2009:1). Burada, ceza kovuşturması açısından maksada uygun sorumluluk tipini seçmek üzere, savcıya daha geniş bir takdir yetkisi verilmesinin yerinde olup olmadığı düşünülmelidir (bu konuda Danimarka örneğine bakılabilir).

Corpus Juris ve Avrupa Suçları konulu çalışmaları yapan Araştırma Grubunun hazırladığı, şirket yöneticisinin bireysel ceza sorumluluğuna ilişkin öneriler, dikkate değer örneklerdir⁵.

3. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun isnat yapısının niteliği hakkında

Gerçek suç karşılığı cezalar öngören Finlandiya Ceza Kanununun 9 uncu bölümünün, ceza sorumluluğunu dayandırdığı isnat yapısı, çok net değildir. Tüzel kişinin, failin kendi bireysel olarak işlediği (bazı istisnai hallerde toplu olarak işlenen) fiil nedeni ile cezalandırıldığı düşünülebilirse de, yapılan düzenlemede belli ölçüde “toplu kusur” veya “toplu sorumluluk” kavramı da görülmektedir.

⁵ Bakınız: Delmas-Marty/Vervaele (eds), The Implementation of the Corpus Juris, Appendix III, Article 12; Tiedemann (Hrsg.), Freiburg-Symposium, Kap. E, Art. 15.

Tüzel Kişiler Hakkında Yaptırımlar: Finlandiya

Sorumlu tutulan obje olarak, bir kurum, vakıf veya sair bir tüzel kişi kastedilmiştir. Suç karşılığı yaptırım olarak, sadece topluluk olarak ödeyecekleri bir adli para cezası söz konusu olmaktadır. Tüzel kişiler, Ceza Kanununda belli bir suç tipi için özel olarak cezai sorumluluk öngörülmesi ise, sadece bu takdirde cezalandırılabilirler. Bu tür suç tipleri, genellikle, ekonomik suçlar, sendikaların işledikleri suçlar, subvansiyon suçları, karapara aklama ve çevre suçları gibi suçlardır.

Toplu sorumluluk açısından gerçekleşmesi gereken ikinci koşul, suçun tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmiş olmasıdır. Fakat, eğer suç kamu gücünün kullanılması sırasında işlenmişse, bu sorumluluk türü gündeme gelmez. Failin tüzel kişinin talimatı ile veya tüzel kişinin yararına hareket ettiği durumlarda, failin tüzel kişinin yönetimine dahil olduğu veya tüzel kişi ile, görevlendirilme veya hizmet ilişkisi içinde bulunduğu veya tüzel kişinin temsilcisi olan bir kişiden belli bir emir alarak hareket ettiği hallerde, suç “tüzel kişinin faaliyeti kapsamında” işlenmiş sayılır. Ancak, böyle bir belirli kişinin fail olarak ele geçirilmesine veya cezalandırılmış olmasına ihtiyaç yoktur.

Üçüncü olarak, toplu olarak sorumluluk kabul edilebilmesi için, (tanımlama veya iş sahibinin hesap vermesi tipinde) toplu bir kusur kavramı bulunmalıdır. Tüzel kişi içinde, suçların işlenmesini önlemek üzere öngörülmesi olan, tüzel kişinin özen gösterme yükümünün ihlali durumu hariç, tüzel kişinin yasal organına dahil olan veya sair şekilde yönetime dahil olan bir kişinin suça iştirak etmesi veya fiilin gerçekleşmesine yol açmış olması gerekir. Bir petrol rafinerisi ile ilgili olayda (OGH 2008:33) tartışılan husus, sanığın yönetime dahil olup olmadığı, yani ticari şirkette bağımsız ve önemli kararlar alma yetkisine sahip bulunup bulunmadığı noktası idi.

Dördüncü olarak, tüzel kişilerin kovuşturulması ve cezalandırılması konusunda savcılığın ve mahkemelerin geniş bir takdir yetkisi vardı. Bu düzenleme, ilk on yıl içinde ilk derece mahkemeleri önünde sadece on kadar dava açılmasına neden olmuştu. Bu nedenle, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu, sadece sembolik bir kanun olarak kaldı. Cezalandırma açısından takdir yetkisini azaltan yeni bir kanun değişikliği ile (61/2003), açılan davaların sayısını artırmak istendi ve istenen sonuç gerçekleşti.

4. Sonuçlar

Finlandiya’da yaşanan tecrübe, böyle yeni bir sorumluluk tipinin, tüzel kişi hakkında gerçek ceza verilmesine dönüşmesi ve yargılama makamlarının konuyu ciddiye almaları için, uzun bir süre geçmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Finlandiya’da savcılık uzun süre pasif kalmış ve çok az sayıda dava Yargıtay önüne geldiği için, maddi ceza hukuku açısından önemli olan sorun yorumlanmamıştır. Gelecekte nasıl bir yaptırım siyaseti uygulanacağı ceza siyaseti açısından yeterince açıklanmamıştır; tüzel kişiler hakkında ceza yerine idari yaptırımlar mı uygulanmalıdır ve bireysel sorumluluk ile kurumsal sorumluluk arasındaki ilişki nasıl düzenlenmelidir.

Lizbon Sözleşmesi Avrupa Birliğindeki yetkileri genişletti ve neticede ulusal yaptırımlar hukuku sistemine giderek daha büyük etki yapan bir Avrupa Yaptırımlar Hukuku yarattı. Lizbon Sözleşmesi, ceza yaptırımlarının uyumlu olmasını sağlamak açısından önemli bir rol oynamaktadır. Bu idari yaptırımların konumu ve hükmedilmeleri açısından uygulanan ilkeler, Avrupa Birliği Yaptırımlar Hukukunun önemli bir parçası haline gelmiştir.



Societas delinquere potest: The Romanian perception of corporate criminal liability**

Dr. Johanna Rinceanu, LL.M.*

I. Historical development of corporate criminal liability

In Romania, the debate about the introduction of a corporate criminal liability is historically deep-rooted. The first Romanian Criminal Code of 1864 - which was strongly inspired by the French *Code Pénal* from 1810 - did not foresee a corporate criminal liability following the principle »*societas delinquere non potest*«. According to the prevailing concept at that time, it was argued that legal entities had no physical, i.e., no real personality, but a fictive, i.e., an imaginary personality. Legal entities could not have an own volition¹, they could not possess guilt in the sense necessary for the application of criminal law²; in consequence thereof they could not be offenders. Punishment as sanction would lose its character, if it was applicable to a juristic fiction, which does not possess a sense of feeling or volition³.

Some representatives of the Romanian doctrine, however, were already at that time of the opinion that legal entities could in fact commit offenses and could have criminal responsibility. The famous Romanian criminal lawyer Traian Pop argued already in 1923 that legal entities could manifest a collective volition, which can feature criminal traits just like individual volition⁴. He proposed certain legal and social sanctions against legal entities such as cash fines, reputational penalties, the prohibition on registering a legal entity in a certain place as well as the expulsion of a legal entity from the national territory up to the point of dissolution of the legal entity⁵. A few years later, in 1929, the issue of criminal responsibility of legal entities was controversially discussed⁶ during the Second Congress of the *Association internationale de droit penal* in Bucharest. The participants of the congress arrived

* Dr. iur. Johanna Rinceanu, LL.M. is Senior Researcher at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Lecturer at the Albert-Ludwigs-University in Freiburg and attorney at law.

** This article is the revised and supplemented version of the lecture at the Bahçeşehir University in Istanbul/Turkey on May 23, 2011 held during an international conference. The author would like to express her gratitude to Prof. Dr. Feridun Yenisey and Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu for their kind invitation to participate in the international conference. The lecture was also held in Rome/Italy at the University Sapienza during an international conference on May 13, 2011.

¹ A representative of this position was the famous Romanian criminal lawyer Ion Tanoviceanu. See *George Antoniu*, Răspunderea penală a persoanei juridice, in: *Revista de Drept Penal* no. 1/1996, p. 10.

² *V. S. Khanna*, Corporate criminal liability: What purpose does it serve?, In: *Harvard Law Review*, Vol. 109, No. 7 (May, 1996), p. 1490.

³ Traian Pop, *Drept penal comparat, partea generală*, vol. II, Cluj 1923, p. 272.

⁴ See Traian Pop, *Drept penal comparat, partea generală*, vol. II, Cluj 1923, p. 273.

⁵ See Traian Pop, *Drept penal comparat, partea generală*, vol. II, Cluj 1923, p. 273.

⁶ For the different opinions see *voeux adoptes par le congres international de Droit penal*, in: *7 Revue internationale de Droit pénal* (1930), pp. 10 et seq.



Corporal Criminal Liability: Romania

at the conclusion that one should allow the imposition of measures in the form of »sanctions for the social defense« (*sanctions de défense sociale*) against a legal entity. Supporters of a criminal responsibility of legal entities interpreted »sanctions« as »criminal sanctions« (*peines*) and »security measures« (*mesures de sureté*) whereas combatants interpreted »sanctions« as a synonym for »security measures« only⁷.

Although the first Romanian Criminal Code did not recognize a legal entity as a possible offender, it was undisputed already at that time that a legal entity could be a victim of offenses against economic patrimony and offenses against honor and reputation⁸. A civil responsibility of legal entities deriving from offenses committed by its representatives was likewise not disputed.

The second Romanian Criminal Code of 1936 - which was essentially inspired by the Italian Codice Rocco from 1930 - introduced a corporate criminal liability in the broader sense. Art. 85 C.p. 1936⁹ determined that "if a crime or a delict punished by law with at least one year reformatory imprisonment was committed by the directors or the administrators of a legal entity, by the associates or by the corporate staff, which acted in the name of the legal entity and with resources procured by it, the criminal court could, alongside the applicable punishment for the physical person, also impose the security measure of suspending or dissolving the legal entity, depending on the gravity of the threat that the continuation of the activity of the legal entity would constitute for the public moral or the public order." The dissolving of the legal entity had as consequence the liquidation of its goods according to the law. The suspension consisted in the cessation of any kind of activity of the legal entity, even under a different name and with a different director or administrator for at most two years. Art. 85 C.p. 1936 was inspired by Art. 88 of the *L'avant-projet de revision du code pénal français* of 1933¹⁰. Whereas in France Art. 88 of the *L'avant-projet* never came into force, in Romania, Art. 85 C.p. 1936 was applicable law until 1968.

⁷ See *J.-A. Roux*, Congrès de Bucarest, in: 7 *Revue internationale de Droit pénal* (1930), p. 6; *M. G. Battaglini*, Responsabilité pénale des personnes juridiques?, in: 7 *Revue internationale de Droit pénal* (1930), p. 347-358.

⁸ *Traian Pop*, Drept penal comparat, partea generală, vol. II, Cluj 1923, p. 275-276.

⁹ Art. 85 C.p. 1936 reads as follows: "Când o crimă sau un delict pedepsit de lege cu cel puțin un an închisoare corecțională de către directorii sau administratorii unei societăți, asociații ori corporații, lucrând în numele persoanei juridice și cu mijloacele procurate de ea, instanța penală poate, pe lângă pedeapsa aplicată persoanelor fizice, să pronunțe și măsura de siguranță a suspendării sau disolvării persoanei juridice, după gravitatea pericolului pe care l-ar constitui pentru morala sau ordinea publică, continuarea activității acelei persoane juridice. Disolvarea atrage lichidarea bunurilor persoanei juridice în condițiile legii asupra persoanelor juridice. Suspendarea constă din încetarea oricărei activități a persoanei juridice, chiar sub un alt nume și cu alți directori sau administratori. Durata suspendării nu poate depăși 2 ani."

¹⁰ Art. 88 of the *L'avant-projet de revision du code penal français* reads as follows: "Lorsqu'un crime ou un délit, puni d'une peine d'emprisonnement supérieur à une année, aura été commis par les directeurs ou administrateurs d'une société, association ou corporation, agissant au nom de la personne morale ou avec des moyens fournis par elle, le juge pourra, outre la peine encourue par les individus, prononcer, selon la gravité du cas, la suspension ou la dissolution de la personne juridique. La suspension emportera cessation de toute activité sociale, même sous un autre nom et avec d'autres directeurs ou administrateurs, à peine, contre les contrevenants, d'un emprisonnement qui ne pourra être inférieur à un mois ni être supérieur à six mois. La durée de cette suspension ne pourra excéder 2 ans. La dissolution entraînera la liquidation des biens de la personne juridique."



Johanna Rinceanu

The third Romanian Criminal Code of 1968 - which is still in force today¹¹ - did not provide for a corporate criminal liability anymore. It was conceptually designed in a strictly individual sense, only physical persons were criminally responsible. This fact can be traced back to the strong socialistic impact upon Romania and its Criminal Code of 1968 and the abolishment of private companies to the greatest possible extent. In 2006, i.e., 17 years after the turnabout and fall of the communism in Romania, a corporate criminal liability was reintroduced into the Criminal Code¹².

II. Current law and European influence

Law no. 278/2006¹³ introduced into the current Romanian Criminal Code (Codul penal, C.p.) a plethora of legal norms with respect to criminal responsibility of legal entities¹⁴. The core provision thereby is Art. 191 para. 1 C.p. Accordingly, “legal entities, other than the state, public authorities and public institutions, that are carrying out an activity that cannot be the object of the private sector, are criminally responsible for offenses committed by realizing the object of the activity or for the benefit or on behalf of the legal entity, if the act was committed with a form of liability provided by criminal law.” Para. 2 complements that “the criminal responsibility of the legal entity does not exclude the criminal responsibility of the physical person who contributed, in any manner, to the perpetration of the same offense.” Art. 191 C.p. is strongly inspired by Art. 121-2 of the French Criminal Code¹⁵.

The impetus for the introduction of a criminal responsibility of legal entities necessitated an adjustment of the criminal law to contemporary socio-economic reality¹⁶. The criminality connected to the activity of legal entities - particularly after the turnabout of 1989 - constituted an indisputable reality; legal entities were created and used by physical persons as instruments in order to cover the commission of diverse criminal activities¹⁷. Romania was driven on the other hand

¹¹ For more details on the Romanian Criminal Code currently in force and various reforms see *Johanna Rinceanu*, Die unvollständige Reform des rumänischen Strafrechts, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* no. 2/2011, pp. 102-111; *idem*, Analiza trăsăturilor esențiale ale infracțiunii în legea penală română, in: *Revista de Drept Penal* no. 1/2010, pp. 14-27; *idem*, Auf der Suche nach einem Straftatbegriff in Rumänien, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 121 (2009) Heft 3, pp. 792-812; *Johanna Rinceanu/Attilio Nisco*, La definizione di reato nel codice penale romeno - caratteri essenziali e prospettive di riforma, in: *Diritto penale XXI secolo* no. 2/2009, pp. 263-286.

¹² For a summary of the legal situation related to the criminal responsibility of legal entities in Romania before 2006 see *Anca Jurma*, Răspunderea penală a persoanei juridice, in: *Revista de Drept Penal* no. 1/2003, pp. 99-118.

¹³ Published in *Monitorul Oficial* no. 601 from 12th July 2006.

¹⁴ The main norms with respect to criminal responsibility of legal entities in the Criminal Code are Art. 19¹ C.p., Art. 40¹ C.p., Art. 40² C.p., Art. 53¹ C.p., Art. 53² C.p., Art. 71¹-71² C.p. and Art. 122 para 1¹-para. 3 C.p.; *Ioan Lasca*, Răspunderea penală a persoanei juridice în lumina noilor modificări ale codului penal, in *Revista de Drept Penal* no. 4/2007, pp. 71-77.

¹⁵ Art. 121-2 of the French Criminal Code states: “Les personnes morales, à l’exclusion de l’Etat, sont responsables pénalement [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. [...] La responsabilité pénale des personnes morales n’exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinea de l’article 121-3.”

¹⁶ See legislative explanation (*Expunere de motive*) of law no. 278/2006, p. 1.

¹⁷ See legislative explanation (*Expunere de motive*) of law no. 278/2006, p. 1.



Corporal Criminal Liability: Romania

by the wish to accede to the European Union. The Second Protocol to the Convention on the protection of the European Communities' financial interests recommended in this regard the introduction of measures to ensure that legal entities can be held responsible for fraud, active corruption and money laundering committed for their benefit by any person, acting either individually or as part of an organ of the legal entity, who has a leading position within the legal entity¹⁸. The Second Protocol recommended, in addition to the responsibility of legal entities, not to exclude criminal proceedings against physical persons who are perpetrators, instigators or accessories in fraud, active corruption or money laundering¹⁹. Concomitantly, Romania ratified in 2002 the "Criminal Law Convention on Corruption"²⁰ and the "United Nations Convention against Transnational Organized Crime"²¹. Romania assumed hereby an obligation to establish some form of liability for legal entities engaging in corrupt practices, liability that could be criminal, administrative or civil in nature.

In 2006 a corporate criminal liability was introduced into the Romanian Criminal Code similar to the french model²² »*par ricochet*«²³ (răspundere prin ricoșeu), i.e. the responsibility of the physical person who commits an offense "rebounds" (is attributed) to the legal entity. The form of liability of the physical person that commits an offense is identical to the form of liability of the legal entity²⁴. Mitigating

¹⁸ See Art. 3 of the Second Protocol to the Convention on the protection of the European Communities' financial interests.

¹⁹ See Art. 3 of the Second Protocol to the Convention on the protection of the European Communities' financial interests.

²⁰ Romania signed the Criminal Law Convention on Corruption on 27th January 1999 and ratified it on 27th July 2002. Art. 18 of the Convention contains a reference to the corporate liability and reads as follows: "1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that legal persons can be held liable for the criminal offences of active bribery, trading in influence and money laundering established in accordance with this Convention, committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person, based on: a power of representation of the legal person; or an authority to take decisions on behalf of the legal person; or an authority to exercise control within the legal person; as well as for involvement of such a natural person as accessory or instigator in the above-mentioned offences. 2. Apart from the cases already provided for in paragraph 1, each Party shall take the necessary measures to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control by a natural person referred to in paragraph 1 has made possible the commission of the criminal offences mentioned in paragraph 1 for the benefit of that legal person by a natural person under its authority. 3. Liability of a legal person under paragraphs 1 and 2 shall not exclude criminal proceedings against natural persons who are perpetrators, instigators of, or accessories to, the criminal offences mentioned in paragraph 1."

²¹ Romania signed the United Nations Convention against Transnational Organized Crime on 14th December 2000 and ratified it on 4th December 2002. Art. 10 of the Convention contains a reference to the liability of legal persons and reads as follows: "1. Each party shall adopt such measures as may be necessary, consistent with its legal principles, to establish the liability of legal persons for participation in serious crimes involving an organized criminal group and for the offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention. 2. Subject to the legal principles of the State Party, the liability of legal persons may be criminal, civil or administrative. 3. Such liability shall be without prejudice to the criminal liability of the natural persons who have committed the offences. 4. Each State Party shall, in particular, ensure that legal persons held liable in accordance with this article are subject to effective, proportionate and dissuasive criminal or non-criminal sanctions, including monetary sanctions."

²² For the french model see *Jean Pradel, Droit pénal général*, 18^E Édition. Paris 2010, pp. 427-442; *Peggy Pfütznner, Verantwortlichkeit für Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven in Frankreich*, in: Ulrich Sieber/Karin Cornils (Hrsg.), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung - Allgemeiner Teil. Teilband 4*. Berlin 2010, pp. 391-407. For other models see *Jean Pradel, Droit pénal compare*, 3e édition. Paris 2008, pp. 163-180, who, however, does not address the regulation of the criminal responsibility of legal entities in Romania; *Cristina de Maglie, Models of corporate criminal liability in comparative law*, in: *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 4, 2005, pp. 547-566; *Cristina de Maglie, L'etica e il mercato: La responsabilità penale delle società*. Milano 2002, pp. 187-226; *Guy Stessens, Corporate criminal liability: a comparative perspective*, in: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, 1994, pp. 493-520.

²³ On the french model "par ricochet" see also *Jean Pradel, Droit pénal général*, 18^E Édition. Paris 2010, pp. 435-436; *Carlo Enrico Paliero, La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, pp. 1516-1545.

²⁴ *Matei Basarab/Viorel Pașcal/Gheorghiuță Mateuț/Constantin Butiuc, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală*. București 2007, p. 109.

or aggravating circumstances of the physical person would also be attributed to the legal entity. In exceptional cases, the criminal responsibility of legal entities can persist, even though the criminal responsibility of the physical person was abolished for example because of the death of the physical person or an amnesty²⁵. The legislator adopted a general criminal responsibility²⁶ comparable to the french regulation²⁷, so that a legal entity can be held criminally responsible for all acts provided by criminal law regardless of the form of liability that is postulated by the elements of the offense as well as irrespective of the quality by which the legal entity acted²⁸. In other words, the legal entity can be held criminally responsible, in principle, for all offences provided by the Criminal Code as offender (*autor*), instigator (*instigator*) or abettor (*complice*).

In 2009, two years after the succession of Romania to the European Union, a new Criminal Code²⁹ was published in the official gazette. The new Criminal Code is inspired by the Romanian Criminal Code of 1936 and the Italian Criminal Code currently in force. The provisions concerning corporate criminal liability were retained nearly unmodified and regulated in Art. 135-151 C.p. 2009. The new Criminal Code is a step towards a harmonization of the criminal laws of European Union States³⁰. However, until today the new Criminal Code has not yet entered into force.

III. Applicable Regulations

1. Forms of legal entities subject to criminal responsibility

There is no legal definition of »legal entity« in the Criminal Code. Its characteristics are deduced from Decree no. 34/1954 which is still applicable law today. Accordingly, a legal entity is any organization with its own legal standing, whose own assets are different from the assets of its members and which has its own purpose in accordance with the common public interest³¹. The doctrine adjusted the definition of the legal entity to the social changes and added that a legal entity is an organization which, observes the conditions provided by law and is the holder of rights and obligations³².

²⁵ *Matei Basarab/Vioarel Pașca/Gheorghiu Mateu/Constantin Butiuc*, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. București 2007, p. 110.

²⁶ *Anca Jurma*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Practică judiciară, in: Revista de Drept Penal no. 2/2010, p. 155; *Florin Streteanu/Radu Chiriță*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Ediția 2. București 2007, p. 398.

²⁷ Art. 121-2. para. 1 Code pénal states: "Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants."

²⁸ *Laura Maria Stănilă*, Răspunderea penală a persoanei juridice - modele de angajare a răspunderii penală a persoanelor juridice. De la antropomorfism la constructivism, p. 120, available under: <http://www.scribd.com/doc/39717097/REFERAT-1> [29th March 2011].

²⁹ Law no. 286/2009, published in Monitorul Oficial, no. 510/24 July 2009.

³⁰ For the new Romanian Criminal Code see *Narcis Giurgiu*, Opinii critice privind noul cod penal - partea generală, in: Revista de Drept Penal no. 4/2010, pp. 45-59; see also *Johanna Rinceanu*, Die unvollständige Reform des rumänischen Strafrechts, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, no. 2/2011, pp. 102-111.

³¹ *Laura Maria Stănilă*, Răspunderea penală a persoanei juridice - modele de angajare a răspunderii penală a persoanelor juridice. De la antropomorfism la constructivism, p. 72

³² *Laura Maria Stănilă*, Răspunderea penală a persoanei juridice - modele de angajare a răspunderii penală a persoanelor juridice. De la antropomorfism la constructivism, p. 72

Corporal Criminal Liability: Romania

Art. 191 C.p. constitutes which kind of legal entities are subject to criminal responsibility. It distinguishes for this purpose public and private legal entities. Public legal entities, such as the State, public authorities³³ and public institutions which are carrying out an activity that cannot be performed by the private sector, are generally excluded from criminal liability. This exclusion is based on the idea that criminal responsibility of the State or of public authorities would be legally absurd: The State, which has the monopoly of the right to punish, cannot punish himself³⁴. However, according to the doctrine there are certain public legal entities like political parties, syndicates, religious organizations or legal entities in the domain of the press that have limited criminal responsibility. Private legal entities in contrast are subject to an unrestricted criminal responsibility³⁵.

2. Criteria of attribution of criminal liability

There are three criteria for attributing criminal liability to a legal entity according to Art. 191 C.p.: Legal entities are criminally liable for acts or omissions of all of their employees, if they have committed an offense within the framework of the »object of the activity« (*in realizarea obiectului de activitate*) or if they have committed an offense »to the benefit« (*in interesul*) or »on behalf of« (*in numele*) the legal entity.

»Acting on behalf«, *i.e.*, in the name of the legal entity, is only possible for its organ and its representatives. According to the doctrine, an organ can either be a statutory organ or any employee who is *de facto* conducting the legal entity³⁶. In cases where the legal entity acts through their representatives, a special legal tie of representation between the legal entity and the representatives, and other than that of the organ, has to be present; this tie of representation can either be based on a special contract or on a delegation of certain competences³⁷. Pursuant to the principle *alter ego*³⁸, legal entities respond criminally for offences committed by its organ and representatives on its behalf in the same way as the physical persons. The concrete form of liability of the physical person, *i.e.*, intent, negligence or praeter-intention, is passed onto the legal entity.

³³ Public authorities are according to Title III of the Romanian Constitution the Parliament, the President of Romania, the Government, public administration, *i.e.*, specialized central public administration and local public administration and the judicial authority, *i.e.*, Courts, the Public Ministry and the Superior Council of Magistracy.

³⁴ Matei Basarab/Viorel Pașca/Gheorghiuță Mateuț/Constantin Butiuc, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. București 2007, p. 104.

³⁵ Matei Basarab/Viorel Pașca/Gheorghiuță Mateuț/Constantin Butiuc, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. București 2007, pp. 103 et seq.; Laura Maria Stănilă, Răspunderea penală a persoanei juridice - modele de angajare a răspunderii penală a persoanelor juridice. De la antropomorfism la constructivism p. 72.

³⁶ Matei Basarab/Viorel Pașca/Gheorghiuță Mateuț/Constantin Butiuc, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. București 2007, p. 107.

³⁷ Matei Basarab/Viorel Pașca/Gheorghiuță Mateuț/Constantin Butiuc, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. București 2007, p. 108.

³⁸ Matei Basarab/Viorel Pașca/Gheorghiuță Mateuț/Constantin Butiuc, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. București 2007, p. 108.



Johanna Rinceanu

Every other employee and irrespective of his or her position can act within the framework of the »object of the activity« or to »the benefit of« the legal entity. The »object of the activity« can be deduced from its certificate of incorporation³⁹. However, neither the doctrine nor the jurisprudence has developed detailed criteria for the terminology »object of the activity«⁴⁰. In respect of offenses committed »to the benefit of« the legal entity, the doctrine distinguishes between a material or moral interest, an actual or eventual interest and between a direct or indirect interest⁴¹.

3. Types of sanctions

The Romanian Criminal Code provides in Art. 531 C.p. two types of sanctions against legal entities: main sanctions (*pedepsele principale*) and so-called complementary sanctions (*pedepsele complementare*). The main sanction is a fine between 2.500 RON and 2.000.000 RON which corresponds approximately to an amount between 600 EUR and 490.000 EUR. Complementary sanctions are the dissolution of the legal entity, if the latter was constituted for the purpose of committing offenses⁴² or the legal entity's activity will be suspended for a period of three months to one year or one of the activities performed by the legal entity would be suspended in connection with the offense that was committed for a period of three months to three years. Further complementary sanctions are the closure of certain branches of the legal entity for a period of three months to three years, a prohibition on participating in any tender procedure for a period of one to three years and the publication of the conviction. In determining the sanctions against the legal entity, the court counterbalances the limits of the punishment for the offense committed by the physical person, the gravity of the committed offense and the circumstances of the offense that can aggravate (*agradează*) or alleviate (*atenuază*) the criminal responsibility. In cases where the Court assumes an alleviative circumstance for the physical person, the fine against the legal entity has to be reduced likewise.

Certain legal entities, such as political parties, syndicates, religious organizations or legal entities in the domain of the press, cannot be subject to all complementary sanctions as these sanctions⁴³ could violate fundamental rights and freedoms such as the freedom of thought, conscience and religion, the freedom of expression or the freedom of assembly and association.

³⁹ Valentin Radu-Sultănescu/Marijan Cicerone Gavrilescu, Unele aspecte privind sancționarea persoanei juridice în cazul săvârșirii infracțiunii prevăzute de Art. 139⁹ din legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, in: Revista Română de Dreptul Proprietății Intelectuale 4/2010, p. 42.

⁴⁰ Florin Streteanu/Radu Chiriță, Răspunderea penală a persoanei juridice. Editia 2. București 2007, p. 400 interpret acting within the framework of the »object of activity« of the legal entity as acting in terms of the general policy of the legal entity or within its principal task.

⁴¹ Matei Basarab/Viorel Pașca/Gheorghică Mateu/Constantin Butiuc, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. București 2007, p. 109; Jean Pradel, Droit pénal général, 18^E Édition. Paris 2010, p. 441.

⁴² Art. 71² C.p.

⁴³ Art. 71⁴ C.p.



Corporal Criminal Liability: Romania

The Criminal Code provides in Art. 118 C.p. an opportunity to impose a special confiscation (*confiscare specială*) against the legal entity as a form of security measure (*măsură de siguranță*) adjacent to the main and complementary sanctions⁴⁴. The special confiscation pertains, in general, to goods that were used for committing an offense, where they belong to the offender or a third person, who knew about its usage, or goods that were produced, modified or adopted for the purpose of committing the offense, as well as goods that were obtained through the offense. In cases where the value of the confiscated goods is apparently disproportionate to the nature and gravity of the committed offense, the Court can impose in part the confiscation of an equivalent in money.

The new Criminal Code of 2009 provides for the imposition of a fine in daily rates with regard to the main sanction. Apart from the previously explained complementary sanctions that were taken over by the new Criminal Code, a new complementary sanction relating to the legal supervision («guardianship»)⁴⁵ of the legal entity for a period of one year to three years was introduced. The purpose of such a guardianship is to render the activities of a legal entity more transparent to the judicial authorities⁴⁶.

4. Procedural characteristics

Law no. 356/2006⁴⁷ introduced into the Romanian Criminal Procedure Code (*Codul de procedura penală, C.p.p.*) special rules for the criminal liability of legal entities. The place of jurisdiction (*competență teritorială*) is according to Art. 479³ C.p.p. either the place where the offense was committed, or the place of the domicile of the legal entity, or the place of the domicile of the victim. Art. 479¹ C.p.p. determines that the dispositions of the Criminal Procedure Code are likewise applicable to legal entities, unless otherwise provided for by Art. 479²-Art. 479¹⁵ C.p.p. Two characteristics emerge in this regard: Firstly, the representation of the legal entity during the criminal trial and secondly, the possibility of imposing a preventive measure (*măsură preventivă*) against the legal entity during the criminal trial.

With regard to the representation of the legal entity during the criminal trial, it can be carried out by its legal representative, if the criminal investigation takes place only against the legal entity. If, however, the criminal investigation takes place

⁴⁴ For details on the special confiscation see, *Matei Basarab/Viorel Pașca/Gheorghiu/Mateu/Constantin Butiuc*, *Codul penal comentat*. Vol. I. Partea generală. București 2007, pp. 587 *et seq.*

⁴⁵ For the concept of placing a legal entity under supervision see *Bernd Schünemann*, Placing the Enterprise Under Supervision (“Guardianship”) as a Model Sanction Against Legal and Collective Entities, in: Albin Eser/Günter Heine/Barbara Huber (ed.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium Berlin 1998*. Freiburg 1999, p. 296.

⁴⁶ *Bernd Schünemann*, Placing the Enterprise Under Supervision (“Guardianship”) as a Model Sanction Against Legal and Collective Entities, in: Albin Eser/Günter Heine/Barbara Huber (ed.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium Berlin 1998*. Freiburg 1999, p. 298.

⁴⁷ Published in *Monitorul Oficial* no. 677 from 7th August 2006.

⁴⁸ See *Grigore Theodoru*, *Tratat de Drept procesual penal*. Ediția a 2-a. București 2008, p. 988; *Florin Streteanu/Radu Chiriță*, *Răspunderea penală a persoanei juridice*. Ediția 2. București 2007, p. 432.

against the legal entity and at the same time and for the same offense against its legal representative, the legal entity has to nominate a different representative or an attorney for its representation⁴⁸. In cases where the legal entity does not nominate any representative or attorney, the nomination is carried out by the public prosecution department or by the Court⁴⁹.

As to the second characteristic, the Court can at the request of the prosecution already impose during the criminal trial preventive measures against the legal entity if it is likely that the legal entity has committed an offense and only for the assurance of an unobstructed criminal trial. The purpose of the preventive measures is the abolishment of the risk of disappearance of the legal entity through dissolution, liquidation, division, reduction of the assets or other similar activities⁵⁰. Art. 479⁵ C.p.p. provides for preventive measures such as the suspension of the winding up or the suspension of the dissolution of the legal entity, the suspension of a merger, the division or reduction of the assets of the legal entity, the prohibition of certain operations that may lead to a significant diminution of the assets of the legal entity or even its insolvency, the prohibition on concluding certain legal contracts established by the legal body of the legal entity and the prohibition on performing current activities or activities similar to those when the offense was committed. Preventive measures can be imposed for a period not exceeding 60 days with the possibility of renewal; each renewal should, respectively, not exceed 60 days⁵¹.

IV. Special issues 1. Aspects of the doctrine

The doctrine⁵² called attention to the differentiation of legal entities into »public legal entities « and » private legal entities« subject to criminal responsibility and questioned its constitutionality under the principle of equality before the law (*egalitate in fața legii*). If, for example, the National Bank of Romania commits a falsification of documents, it cannot be held criminally responsible, as it is a »public legal entity« in terms of Art. 191 C.p. for which the criminal responsibility is excluded. A Commercial Bank that commits the same falsification of documents, in contrast, can be held criminally responsible as it is a »private legal entity«. The doctrine itself, however, justifies this differentiation arguing that a »public legal entity« is exercising an authority that exceeds the possibility of private legal entities⁵³. The activity of a public legal entity is, according to the law, not adapted to be exercised by a physical

⁴⁹ Art. 479² para. 4 C.p.p.: *Anca Jurma*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Practică judiciară, in: Revista de Drept Penal no. 2/2010, p. 157.

⁵⁰ *Anca Jurma*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Practică judiciară, in: Revista de Drept Penal no. 2/2010, p. 158.

⁵¹ Art. 479⁵ para. 3 C.p.p.

⁵² See *Florin Streteanu/Radu Chiriă*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Editia 2. București 2007, p. 394.

⁵³ See *Florin Streteanu/Radu Chiriă*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Editia 2. București 2007, p. 394.

Corporal Criminal Liability: Romania

person or a private legal entity⁵⁴. Therefore, the point of departure is not comparable and the principle of equality before the law is not violated. Based on this principle, state Universities or the majority of state medical institutions can be held criminally responsible, whereas the National Bank of Romania, penitentiaries or military units cannot be held criminally responsible⁵⁵.

The doctrine called moreover attention to the relation between the legal entity and its subordinates: In general, the legal entity as the superior is criminally responsible for acts of its subordinates (*răspundere pentru fapta altaia*). According to the *respondeat superior* doctrine, the criminal liability of the legal entity is in this case a secondary or vicarious liability. According to the doctrine, however, if the legal entity demonstrates that it has taken reasonable measures to supervise its employees in order to avoid the commission of offenses, it cannot be held criminally responsible anymore⁵⁶. Thus, a legal entity is either strictly liable, or liable only if it was negligent in the supervision of its employees or liable only if an “organ” or “administrator” was involved.

2. Aspects of the legal practice

The criminal responsibility of legal entities was introduced five years ago into the Romanian Criminal Code. One would expect a plethora of interesting cases and a rich legal practice. However, astonishingly the opposite is true: There are very few cases and there is barely legal practice⁵⁷. The few legal entities prosecuted to date are in the majority of cases commercial companies⁵⁸. The offenses they have been charged with are mostly fraud (*înșelăciune*), fiscal evasion (*evaziune fiscală*), money laundering (*spălare de bani*) and piracy in the field of computer sciences (*piraterie informatică*)⁵⁹. In nearly all of the cases it was the »organ« or the »administrator« who was acting within the framework of the »object of the activity« of the legal entity. The form of liability of the organ or administrator was attributed to the legal entity. In all of the cases both, the physical person as well as the legal entity was convicted⁶⁰. The Court imposed in most of the cases a fine on the legal entity. In a few cases the legal entity was sanctioned not only with a fine as main sanction but with its dissolution as complementary sanction. Apparently, in such cases the com-

⁵⁴ Florin Streteanu/Radu Chiriă, *Răspunderea penală a persoanei juridice*. Editia 2. București 2007, p. 396.

⁵⁵ Florin Streteanu/Radu Chiriă, *Răspunderea penală a persoanei juridice*. Editia 2. București 2007, p. 396.

⁵⁶ Matei Basarab/Viorel Pașcal/Gheorghiuță Mateuș/Constantin Butiuc, *Codul penal comentat*. Vol. I. Partea generală. București 2007, p. 108.

⁵⁷ For the legal practice see Anca Jurma, *Persoana judiciară - subiect al răspunderii penale*. București 2010. According to the Bureau of the judicial statistics (*Biroul des statistica judiciară*) of the Public Ministry of Romania, there have been in 2010 a total of 288 investigations against legal entities; only 29 thereof, however, have been indicted.

⁵⁸ See *Tribunalul Alba*, sentinta penală nr. 238, 15.9.2008; *Curtea de Apel Alba*, decizia penală nr. 4/A/2009, 10.02.2009; *Tribunalul Sibiu*, sentinta penală nr. 126, 01.07.2009; *Curtea de apel Ploiești*, decizia penală nr. 105, 18.11.2009. investigations against legal entities; only 29 thereof, however, have been indicted.

⁵⁹ Anca Jurma, *Răspunderea penală a persoanei juridice*. *Practică judiciară*, in: *Revista de Drept Penal* no. 2/2010, p. 155.

⁶⁰ Anca Jurma, *Răspunderea penală a persoanei juridice*. *Practică judiciară*, in: *Revista de Drept Penal* no. 2/2010, p. 156.

plementary sanction affects the legal entity much harder than the main sanction⁶¹.

The victim constituted himself in some of the cases a »civil party« (parte civila) to the trial against the physical person as well as against the legal entity with the purpose of obtaining damages. The Court condemned the physical person and the legal entity to pay collaboratively damages to the civil party⁶².

V. Concluding remarks

The introduction of a corporate criminal liability in Romania by law no. 278/2006 is a step forward on the right path, even though the legal practice seems to currently have some difficulties in prosecuting legal entities. An exclusively individual responsibility for offenses committed in the context of legal entities, as a counter concept, is, however, not necessarily the better concept as it can lead to weaknesses within the criminal law system up to a state of "organized irresponsibility"⁶³. In Germany, for example, where the criminal law system is fundamentally based on individual responsibility (*Schuldprinzip*)⁶⁴, an administrator or employee of a legal person will only be held criminally responsible for an action or omission personally attributable. Yet, the rules of allocation encounter obstacles when they are applied in the legal entity context. To tackle this problem, the German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*) expanded in a recent decision⁶⁵ the criminal responsibility for offenses committed by omission when it considered compliance-officers to be »guarantors« (*Garanten*) who are legally obliged to prevent certain crimes and offenses from being committed out of the company⁶⁶. Consequently, the responsibilities and personal risks for compliance-officers will increase immensely.

⁶¹ See for example *Curtea de apel Ploiești*, decizia penală nr. 105, 18.11.2009.

⁶² *Anca Jurma*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Practică judiciară, in: *Revista de Drept Penal* no. 2/2010, p. 157.

⁶³ For the terminology "organized irresponsibility" see Charles Wright Mills, *The power elite*, New York 1956, p. 342, cited at *Mario Postizzi*, *Sechs Gesichter des Unternehmensstrafrechts*. Basel, Genf, München 2006, p. 1; Günter Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*. Baden-Baden 1995, pp. 31 *et seq.*

⁶⁴ For the »Schuldprinzip« see *Tatjana Hörnle*, *Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips*, in: Ulrich Sieber/ Gerhard Dannecker/Urs Kindhäuser/Joachim Vogel/Tonio Walter (ed.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Festschrift für Klaus Tiedemann*. Köln, München 2008, pp. 325-344.

⁶⁵ See *Bundesgerichtshof*, 5 StR 394/08, decision of 17. July 2009. *Markus Bernd*, Anmerkung zur strafrechtlichen Garantenpflicht eines "Compliance-Officers", in: *Strafverteidiger* 12/2009, p. 689, states with regard to this ruling that: "Vor diesem Hintergrund darf nicht verwundern, daß erste Empfehlungen in Reaktion auf das Urteil dahin gehen, schlicht die (arbeits-) vertraglichen Regelungen zu den Rechten und Pflichten von Compliance Officer anzupassen mit dem Ziel der Vermeidung von 'Universalzuständigkeiten' des Compliance Officers und von 'gefährlichen' Formulierungen, die auf einen 'Beschützergaranten' schließen lassen können. Dies erfolgt offenbar mit dem Ziel, die gerade heraufbeschworene strafrechtliche Verantwortlichkeit auf diese Weise wieder loszuwerden." For academic opinions on this ruling see for example *Carsten Momsen*, *Der "Compliance-Officer" als Unterlassungsgarant - Ein neues Zurechnungsmodell oder ein weiterer Schritt auf dem Weg der Evaporation von Zurechnungsparametern?* In: Hans-Ullrich Paffgen/Martin Böse/Urs Kindhäuser/Stephan Stübinger/Torsten Verrel/Rainer Zaczky (Hrsg.) *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion - Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin 2011, pp. 751-766; *Jochem Reichert*, *Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 3/2011, p. 115.

⁶⁶ For a correlation of compliance and position of guarantor (Garantenstellung) see *Attilio Nisco*, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale: Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*. Bologna 2009, pp. 137-313. For details with regard to "Garantenstellung" see *Klaus Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht - Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3. Aufl., Köln 2010, pp. 78 *et seq.* For rules of compliance see *Regina Michalke*, *Untreue - neue Vermögensbetreuungspflichten durch Compliance-Regeln*, in: *Strafverteidiger* 4/2011, pp. 245-251.

Corporal Criminal Liability: Romania

The Romanian concept⁶⁷ of corporate criminal liability must prove its worth. The legal practice should thereby not only impose monetary penalties against the legal entity which fails to provide an effective deterrent if the fine is negligible so that the legal entity is able to treat it as a mere licence fee for illegitimate business operations. An interesting field study conducted by *Gneezy and Rustichini*⁶⁸ disproved the deterrence hypothesis that the introduction of a penalty that leaves everything else unchanged will produce a reduction of the criminal behavior. The study was conducted in day-care centers for children. Parents used to arrive late to pick up their children, forcing the teacher to stay after closing time. Gneezy and Rustichini introduced a monetary fine for late-coming parents. The result was astonishing: The number of late-coming parents increased remarkably. After the fine was removed no change in the behavior of the parents occurred which could be attributed to the mindset “once a commodity, always a commodity”⁶⁹. The study showed that a fine changes the »offenders« perception of the social situation in which they are involved⁷⁰. The parents perceived the fine as the »price« for being late. If one confers this perception on legal entities, a monetary penalty that leaves everything else unchanged can be perceived as the »price« for criminal behavior. Pursuant to Schünemann a “fine against an enterprise has roughly the same effect as a fine for a parking offense against a rich individual: it is merely an inconvenience with a very limited deterrent effect”⁷¹.

In contrast to a monetary penalty that leaves everything else unchanged and based on the American experience⁷², the introduction of a corporate social responsibility as a form of self-regulation⁷³ to avoid offenses in the future would be desirable together with the criminal responsibility of legal entities.

⁶⁷ For other concepts see *Attilio Nisco*, Die Strafbarkeit juristischer Personen aus rechtsvergleichender Perspektive, insbesondere der Fall Italien, in: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi s. 79–80, Mart–Nisan 2011, pp. 189–202.

⁶⁸ See Uri *Gneezy/Aido Rustichini*, A Fine is a Price, in: *Journal of Legal Studies*, vol. XXIX (January 2000), pp. 1-17.

⁶⁹ See Uri *Gneezy/Aido Rustichini*, A Fine is a Price, in: *Journal of Legal Studies*, vol. XXIX (January 2000), pp. 14.

⁷⁰ Uri *Gneezy/Aido Rustichini*, A Fine is a Price, in: *Journal of Legal Studies*, vol. XXIX (January 2000), pp. 14.

⁷¹ *Bernd Schünemann*, Placing the Enterprise Under Supervision (“Guardianship”) as a Model Sanction Against Legal and Collective Entities, in: Albin Eser/Günter Heine/Barbara Huber (ed.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium Berlin 1998*. Freiburg 1999, p. 294.

⁷² See *John C. Coffee Jr.*, “No soul to damn: no body to kick”: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment, in: *Michigan Law Review*, Vol. 79, No. 3 (Jan., 1981) pp. 386-459; *Bernd Schünemann*, Placing the Enterprise Under Supervision (“Guardianship”) as a Model Sanction Against Legal and Collective Entities, in: Albin Eser/Günter Heine/Barbara Huber (ed.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium Berlin 1998*. Freiburg 1999, p. 294.

⁷³ For social responsibility, corporate governance, self-regulation and corporate criminal law see Adán Nieto Martín, *Soziale Verantwortung, corporate governance, Selbstregulierung und Unternehmensstrafrecht*, in: Ulrich Sieber/Gerhard Dannecker/Urs Kindhäuser/Joachim Vogel/Tonio Walter (ed.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Festschrift für Klaus Tiedemann*. Köln, München 2008, pp. 485-501; for the concept of compliance in Germany see *Ulrich Sieber*, *Compliance- Programme im Unternehmensstrafrecht: Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität*, in: Ulrich Sieber/Gerhard Dannecker/Urs Kindhäuser/Joachim Vogel/Tonio Walter (ed.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Festschrift für Klaus Tiedemann*. Köln, München 2008, pp. 449-484; *Marc Engelhart*, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance - Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, Berlin 2010.



Societas delinquere potest: Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğunda Romanya Perspektifi**

Dr. Johanna Rinceanu, LL.M.*

(Tercüme: Ar. Gör. G. Hande Ulutürk)

I. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi

Romanya’da, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesine ilişkin tartışma, tarihsel olarak derin köklere dayanmaktadır. 1864 tarihli ilk Romanya Ceza Kanunu - 1810 Fransız Ceza Kanunu’ndan büyük ölçüde etkilenmiştir- »societas delinquere non potest« prensibine dayalı olarak tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu öngörmemiştir. O tarihlerde hakim olan kavrama göre, tüzel kişilerin fiziksel, gerçek bir kişiliği değil, hayali bir kişiliği olduğu öne sürülmekteydi. Tüzel kişilerin kendi iradeleri¹ olamazdı, ceza hukuku anlamında ihtiyaç duyulan kusura da sahip olamazlardı². Dolayısıyla suç faili de olamazlardı. Herhangi bir hissiyatı ya da iradesi bulunmayan bir varlığa ceza uygulamak ise bir yaptırım olarak cezanın, anlamını yitirmesine yol açacaktır³.

Fakat, Romanya doktrininin bazı temsilcileri, o zamanlarda dahi, tüzel kişilerin suç işleyebilecekleri ve ceza sorumluluğuna sahip olabilecekleri görüşünü savunmaktaydılar. Ünlü ceza hukukçusu Traian Pop, 1923’te, tüzel kişilerin kolektif bir irade gösterebileceklerini ve bu iradenin de bireylerin iradesine benzer cezai özelliklere sahip olabileceği fikrini ileri sürüyordu⁴. Yazar, tüzel kişiler için, para cezaları, itibara ilişkin yaptırımlar, belirli bir yerde faaliyet göstermekten men edilme, tüzel kişiliğin sona erdirilmesi gibi hukuki ve sosyal yaptırımlar önermekteydi⁵. Bundan birkaç yıl sonra, 1929’da, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusu, ihtilafli bir şekilde, Bükreş’te düzenlenen 2. Uluslararası Ceza Hukuku Derneği Kongresi’nde

* Dr. Johanna Rinceanu, Almanya-Freiburg’daki Max Planck Ceza Hukuku Enstitüsü’nde kıdemli araştırmacı ve Freiburg’da avukattır.

** Bu makale, 23 Mayıs 2011 tarihinde Türkiye-İstanbul’daki Bahçeşehir Üniversitesi’nde düzenlenen uluslararası bir konferansta yapılan konuşmanın revize edilmiş ve geliştirilmiş halidir. Yazar, Prof. Dr. Feridun Yenisey ve Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu’na, bu uluslararası konferansa, nazik davetlerinden dolayı şükranlarını sunar. Aynı konuşma, 13 Mayıs 2011’de İtalya-Roma’da Sapienza Üniversitesi’ndeki bir uluslararası konferansta da yapılmıştır.

¹ Bu görüşün en önemli temsilcisi, ünlü Romanyalı ceza hukukçusu Ion Tanoviceanu’dur. Bkz. George Antoniu, Răspunderea penală persoanei juridice, in: Revista de Drept Penal no. 1/1996, sh. 10.

² V. S. Khanna, Corporate criminal liability: What purpose does it serve?, In: Harvard Law Review, Vol. 109, No. 7 (May, 1996), p. 1490.

³ Traian Pop, Drept penal comparat, partea generală, vol. II, Cluj 1923, p. 272.

⁴ Bkz. Traian Pop, Drept penal comparat, partea generală, vol. II, Cluj 1923, p. 273.

⁵ Bkz. Traian Pop, Drept penal comparat, partea generală, vol. II, Cluj 1923, p. 273.





Tüzel Kişiler Hakkında Yaptırımlar: Romanya

de tartışıldı⁶. Kongrenin katılımcıları şu sonuca vardılar: “Sosyal savunma yaptırımı” şeklindeki yaptırımların tüzel kişilere uygulanmasına izin verilmelidir. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesi fikrine taraftar olanlar, “yaptırımları”, “cezalar ve güvenlik tedbirleri” olarak algılamak; fikre karşı olanlar ise yalnızca “güvenlik tedbirleri” olarak yorumladılar⁷.

Her ne kadar ilk Romanya Ceza Kanunu, tüzel kişileri muhtemel bir fail olarak görmediyse de, o tarihte bile tüzel kişilerin malvarlığına karşı ve şerefe karşı işlenen suçların mağduru olabileceği, tartışmasız olarak kabul ediliyordu⁸. Tüzel kişilerin, temsilcilerinin işlediği suçlardan türeyen medeni sorumluluğu da tartışmasız olarak kabul edilmekteydi.

1936 tarihli ikinci Romanya Ceza Kanunu -1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunundan büyük ölçüde esinlenmiştir - tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna daha geniş bir yaklaşım getirdi. 1936 Kanununun 85. maddesine göre⁹, bir tüzel kişinin yöneticileri, temsilcileri, çalışanları, tüzel kişi adına hareket eden veya tüzel kişinin kaynakları ile hareket eden gerçek kişiler tarafından en az 1 yıl hapis cezasını gerektiren bir suç işlenmesi halinde, ceza mahkemesinin, gerçek kişiye verilecek cezanın yanı sıra, tüzel kişinin de faaliyetinin durdurulması veya feshedilmesine karar verebilecektir. Tüzel kişi hakkında uygulanacak olan güvenlik tedbirine, gerçekleştirilen fiilin devamı halinde tüzel kişinin kamu ahlakı veya kamu düzeni bakımından oluşturacağı tehdidin yoğunluğuna göre karar verilir. Tüzel kişiliğin feshedilmesi, mallarının tasfiye edilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Fesih, tüzel kişiliğin farklı bir isim ve farklı bir yönetici ile bile olsa, 2 yıl süreyle herhangi bir faaliyet gösterememesini de içerir. Madde 85, 1933 tarihli *L'avant-projet de revision du code pénal français* madde 88'den esinlenilerek kaleme alınmıştır¹⁰. Fakat Fransa'da madde 88'in hiçbir zaman yürürlüğe girmemiş olmasına karşılık, Romanya'da madde 85, 1968 yılına kadar uygulanır durumdaydı.

⁶ Farklı görüşler için bkz: Voeux adoptes par le congrès international de Droit pénal, in: 7 Revue internationale de Droit pénal (1930), sh. 10 vd.

⁷ Bkz. J.-A. Roux, Congrès de Bucarest, in: 7 Revue internationale de Droit pénal (1930), p. 6; M. G. Battaglini, Responsabilité pénale des personnes juridiques?, in: 7 Revue internationale de Droit pénal (1930), p. 347-358.

⁸ Traian Pop, Drept penal comparat, partea generală, vol. II, Cluj 1923, p. 275-276.

⁹ 1936 Kanununun 85. maddesi: “Când o crimă sau un delict pedepsit de lege cu cel puțin un an închisoare corecțională de către directorii sau administratorii unei societăți, asociații ori corporații, lucrând în numele persoanei juridice și cu mijloacele procurate de ea, instant penală poate, pe lângă pedeapsa aplicată persoanelor fizice, să pronunțe și măsura de siguranță a suspendării sau disolvării persoanei juridice, după gravitatea pericolului pe care l-ar constitui pentru morală sau ordinea publică, continuarea activității acelei persoane juridice. Disolvarea atrage lichidarea bunurilor persoanei juridice în condițiile legii asupra persoanelor juridice. Suspendarea constă din încetarea oricărei activități a persoanei juridice, chiar sub un alt nume și cu alți directori sau administratori. Durata suspendării nu poate depăși 2 ani.”

¹⁰ Madde 88 of the *L'avant-projet de revision du code pénal français* şöyle demektedir: “Lorsqu'un crime ou un délit, puni d'une peine d'emprisonnement supérieure à une année, aura été commis par les directeurs ou administrateurs d'une société, association ou corporation, agissant au nom de la personne morale ou avec des moyens fournis par elle, le juge pourra, outre la peine encourue par les individus, prononcer, selon la gravité du cas, la suspension ou la dissolution de la personne juridique. La suspension emportera cessation de toute activité sociale, même sous un autre nom et avec d'autres directeurs ou administrateurs, à peine, contre les contrevenants, d'un emprisonnement qui ne pourra être inférieur à un mois ni être supérieur à six mois. La durée de cette suspension ne pourra excéder 2 ans. La dissolution entraînera la liquidation des biens de la personne juridique.”





Johanna Rinceanu

1968 tarihli ve bugün de yürürlükte olan¹¹ üçüncü Romanya Ceza Kanunu, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmemektedir. Bu kanun, katı bir şekilde yalnızca gerçek kişilerin ceza sorumluluğunu kabul eder. Bu durum, Romanya ve 1968 Ceza Kanunu üzerindeki güçlü sosyalist etkiyle özel şirketlerin mümkün olduğunca yok edilmesinin izlerini yansıtmaktadır. 2006'da, yani Romanya'da komünizmin düşmesinden 17 yıl sonra, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu, Ceza Kanunu'na yeniden getirildi¹².

II. Güncel Hukuk ve Avrupa Etkisi

278/2006 sayılı Kanun¹³, tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin olarak, Romanya Ceza Kanunu'na çok sayıda yeni norm getirmiştir¹⁴. Bunlar arasındaki temel hüküm, madde 19/1'dir. Buna göre, “devlet dışındaki, özel sektöre konu olamayacak bir aktivite yürüten tüzel kişiler, kamu makamları, kamu kurumları; yürütülen aktivitenin amacının farkında olarak ve tüzel kişi yararına veya adına işlenen suçlardan dolayı, (eğer suç ceza hukuku anlamında kabul edilen bir sorumluluk çerçevesinde işenmişse) cezai olarak sorumludurlar.” İkinci fıkraya göre ise “tüzel kişinin ceza sorumluluğu, suçun işlenmesine herhangi bir şekilde katkısı olan gerçek kişinin ceza sorumluluğunu engellemez.” Bu madde, büyük ölçüde Fransa Ceza Kanunu madde 121-2'den etkilenmiştir¹⁵.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun hızlı bir şekilde kabul edilmesi, ceza hukukunun çağdaş sosyo-ekonomik gerçekliğe uyumlu hale getirilmesi ihtiyacını doğurdu¹⁶. Tüzel kişilere bağlı yeni bir suçluluk oluştu - özellikle 1989'dan sonra - bu kaçınılmaz bir şekilde ortaya çıktı: Gerçek kişiler tarafından tüzel kişiler yaratıldı ve kozmopolit kriminal aktivitelerin gerçekleştirilmesi amacıyla kullanılmaya başlandı¹⁷. Öte yandan Romanya, Avrupa Birliği'ne girmeyi umut etmekteydi. Avrupa topluluklarının finansal çıkarlarını korumaya yönelik sözleşmenin ikinci protokolü,

¹¹ Bugün yürürlükte olan Romanya Ceza Kanunu ve çeşitli reformlar hakkında daha fazla ayrıntı için bkz. *Johanna Rinceanu*, Die unvollständige Reform des rumänischen Strafrechts, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* no. 2/2011, pp. 102-111; *idem*, Analiza trăsăturilor esențiale ale infracțiunii în legea penală romană, în: *Revista de Drept Penal* no. 1/2010, pp. 14-27; *idem*, Auf der Suche nach einem Straftatbegriff in Rumänien, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 121 (2009) Heft 3, pp. 792-812; *Johanna Rinceanu/Attilio Nisco*, La definizione di reato nel codice penale romeno - caratteri essenziali e prospettive di riforma, in: *Diritto penale XXI secolo* no. 2/2009, pp. 263-286.

¹² Romanya'da 2006 öncesi dönemde tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin durum için bkz. *Anca Jurma*, Răspunderea penală a persoanei juridice, in: *Revista de Drept Penal* no. 1/2003, pp. 99-118.

¹³ Published in *Monitorul Oficial* no. 601 from 12th July 2006.

¹⁴ Ceza Kanununda tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu ilgilendiren maddeler şunlardır: 19¹ C.p., Art. 40¹ C.p., Art. 40² C.p., Art. 53¹ C.p., Art. 53² C.p., Art. 71¹-71² C.p. and Art. 122 para 1¹-para. 3 C.p.; *Ioan Lascu*, Răspunderea penală a persoanei juridice în lumina noilor modificări ale codului penal, in *Revista de Drept Penal* no. 4/2007, pp. 71-77.

¹⁵ Fransa Ceza Kanunu Madde 121-2: “Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. [...] La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3.”

¹⁶ Bakınız madde gerekçesi (*Expunere de motive*) of law no. 278/2006, p. 1.

¹⁷ Bakınız madde gerekçesi (*Expunere de motive*) of law no. 278/2006, p. 1.





Tüzel Kişiler Hakkında Yaptırımlar: Romanya

bu anlamda, tüzel kişilerin, dolandırıcılık, aktif yolsuzluk ve kara para aklama suçlarından dolayı sorumlu olmaları gerektiğini hüküm altına alıyordu. Burada, suçun tüzel kişi yararına/adına bir gerçek kişi tarafından bireysel olarak veya tüzel kişinin bir organının parçası olarak işlenmiş olmasının bir önemi yoktur¹⁸. İkinci Protokol, tüzel kişilerin sorumluluğuna ek olarak; dolandırıcılık, aktif yolsuzluk ve kara para aklama suçlarının faili, azmettiricisi veya şeriki olan gerçek kişiler hakkında da ceza muhakemesi işlemleri yapılması gerektiğini belirtmektedir¹⁹. Aynı zamanda Romanya, “Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi”²⁰ ve “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”ne de taraf olmuştur²¹. Böylece Romanya, tüzel kişilerin yolsuzluğa ilişkin icraatlarına karşı cezai, idari veya medeni bir nitelikte sorumluluk getirme yükümlülüğü altına girmiştir.

2006’da Fransız modeline benzer şekilde,²² »*par ricochet*«²³ Romanya Ceza Kanunu’na tüzel kişilerin ceza sorumluluğu getirildi. Buna göre, suç işleyen bir gerçek kişinin sorumluluğu, tüzel kişiye yansıtılır. Suç işleyen gerçek kişinin sorumluluğu-

¹⁸ Avrupa Ekonomik Topluluklarının Mali Menfaatlerinin Korunması Hakkındaki Sözleşmenin İkinci Ek Protokolünün 3 üncü maddesine bakınız.

¹⁹ Avrupa Ekonomik Topluluklarının Mali Menfaatlerinin Korunması Hakkındaki Sözleşmenin İkinci Ek Protokolünün 3 üncü maddesine bakınız.

²⁰ Romanya, Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesini 27 Ocak 1999’da imzalayıp 27 Temmuz 2002’de de onaylamıştır. Sözleşmenin 18. maddesi şu şekildedir:

1) Taraflar, bu sözleşme gereğince düzenlenen rüşvet verme, nüfuz ticareti ve karapara aklama suçlarından dolayı, bu suçlarının, tüzel kişinin çıkarları doğrultusunda, o tüzel kişilikte etkili bir konumda bulunan herhangi bir gerçek kişi tarafından, kişisel ya da tüzel kişiliğin uzvunun bir parçası olarak; tüzel kişiliği temsil etme ya da tüzel kişilik adına karar alma ya da tüzel kişilikte denetim icra etme yetkisine dayanarak işlemesi ve ayrıca, böyle bir tüzel kişinin yukarıda zikredilen suçlara tahrik veya teşvik etmek suretiyle iştirak etmesi halinde, tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmelerini sağlamak amacıyla gerekli yasal ve diğer önlemleri alırlar.

2) Birinci fıkrada belirtilen hallerin haricinde, taraflar bir tüzel kişinin 1. fıkrada belirtilen bir gerçek kişi tarafından gözetim ve kontrol eksikliği nedeniyle aynı fıkrada belirtilen suçların anılan tüzel kişi namına onun otoritesindeki bir gerçek kişi tarafından işlenmesinin mümkün olması halinde, sorumlu tutulabilmesinin sağlanması amacıyla gerekli önlemleri alır.

3) Bir ve iki numaralı fıkralar gereğince tüzel kişinin sorumluluğu, birinci fıkrada belirtilen suçların faili, azmettiren veya iştirakçisi durumundaki gerçek kişiler hakkında ceza kavuşturması yapılmasını engellemez.

²¹ Romanya, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi, 14 Aralık 2000’de imzalamış, 4 Aralık 2002’de onaylamıştır. Sözleşmenin 10. maddesi şu şekildedir:

1) Her taraf devlet, örgütlü suç gruplarının karıştığı ağır suçlara iştirak etmeleri ve bu sözleşmenin 5, 6, 8 ve 23. maddelerinde öngörülen suçlar açısından tüzel kişilerin sorumlu tutulmaları için gerekli olacak kendi hukuk ilkelerine uygun önlemleri alacaktır.

2) Taraf devletin hukuk ilkelerine bağlı kalmak kaydıyla, tüzel kişilerin sorumluluğu cezai, medeni veya idari olabilir.

3) Bu tür bir sorumluluk, suç işlemiş olan gerçek kişilerin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

4) Her taraf devlet, özellikle bu maddeye uygun olarak sorumlu tutulan tüzel kişilerin parasal müeyyideler de dahil etkin, orantılı ve caydırıcı cezai veya cezai olmayan müeyyidelere tabi olmasını teyin edecektir.

²² Fransız modeli için bakınız; *Jean Pradel*, Droit pénal general, 18^E Édition. Paris 2010, pp. 427-442; *Peggy Pfützer*, Verantwortlichkeit für Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven in Frankreich, in: Ulrich Sieber/Karin Cornils (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung - Allgemeiner Teil. Teilband 4. Berlin 2010, pp. 391-407. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusunda Romanya’da yapılan düzenlemelere yer vermeyen, diğer modelleri inceleyen şu esere de bakınız; *Jean Pradel*, Droit pénal comparé, 3^e édition. Paris 2008, sh. 163-180, *Cristina de Maglie*, Models of corporate criminal liability in comparative law, in: Washington University Global Studies Law Review, Vol. 4, 2005, pp. 547-566; *Cristina de Maglie*, L’etica e il mercato: La responsabilità penale delle società. Milano 2002, sh. 187-226; *Guy Stessens*, Corporate criminal liability: a comparative perspective, in: International and Comparative Law Quarterly, Vol. 43, 1994, pp. 493-520.

²³ Fransız “par ricochet” modeli için bkz. *Jean Pradel*, Droit pénal général, 18^E Édition. Paris 2010, sh. 435-436; *Carlo Enrico Paliero*, La società punita: del come, del perché, e del per cosa, in: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, sh. 1516-1545.



nun şekli ile tüzel kişinin sorumluluğunun şekli aynıdır²⁴. Gerçek kişi hakkında ağırlatıcı veya hafifletici sebepler de, tüzel kişi bakımından uygulanacaktır. İstisnai durumlarda, gerçek kişinin ceza sorumluluğu, ölüm veya af gibi sebeplerle ortadan kalksa bile, tüzel kişinin sorumluluğu devam edebilir²⁵. Kanun koyucu, Fransız düzenlemesine²⁶ benzer şekilde genel bir ceza sorumluluğu²⁷ getirmiştir. Böylece, suçun unsurlarının gerektirdiği sorumluluk şeklinden ve tüzel kişinin hareket şeklinden bağımsız olarak, tüzel kişi her türlü fiilinden dolayı cezai olarak sorumlu tutulabilecektir²⁸. Bir başka deyişle, tüzel kişi prensip olarak, Ceza Kanunu içerisindeki tüm suçların faili, azmettiricisi veya yardım edeni olarak sorumlu tutulabilecektir.

2009'da, Romanya Avrupa Birliği'ne girdikten 2 yıl sonra, Resmi Gazete'de yeni bir Ceza Kanunu²⁹ yayımlandı. Bu Kanun, 1936 Romanya Ceza Kanunu ve güncel İtalyan Ceza Kanununun etkisi altında hazırlanmıştır. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin esaslar, neredeyse tamamen aynı kalmış ve 135-151. maddelerde düzenlenmiştir. Yeni Ceza Kanunu, Avrupa Birliği ülkelerinin ceza kanunlarının uyumlaştırılmasına yönelik bir adımdır³⁰. Fakat bu yeni Ceza Kanunu, henüz yürürlüğe girmemiştir.

III. Uygulanabilir Hükümler

1. Ceza Sorumluluğuna Konu Olan Tüzel Kişilerin Şekilleri

Ceza Kanununda “tüzel kişi” tanımı yapılmamıştır. Tüzel kişinin özellikleri, 34/1954 sayılı kanun hükmünde kararnameden çıkarılmaktadır. Bu KHK, bugün hala uygulanabilir hüküm niteliğindedir. Buna göre tüzel kişi, kendi hukuki varlığı olan, kendi malvarlığı, üyelerinin malvarlığından bağımsız olan ve ortak kamu yararına paralel kendi amacı olan bir teşkilattir³¹. Doktrin, tüzel kişi tanımını, sosyal değişimler doğrultusunda uyarladı ve bunu, hukuk tarafından sağlanan durumları gözlemleyen, hakların ve yükümlülüklerin sahibi olan bir teşkilat olarak tanımladı³².

²⁴ Matei Basarab/Viorel Paşca/Gheorghişă Mateu/Constantin Butiuc, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. Bucureşti 2007, p. 109.

²⁵ Matei Basarab/Viorel Paşca/Gheorghişă Mateu/Constantin Butiuc, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. Bucureşti 2007, p. 110.

²⁶ Madde 121-2. fıkra. I Code pénal: “Les personnes morales, a l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon la distinction des articles 121-4 a 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.”

²⁷ Anca Jurma, Răspunderea penală a persoanei juridice. Practică judiciară, in: Revista de Drept Penal no. 2/2010, p. 155; Florin Streteanu/Radu Chirifă, Răspunderea penală a persoanei juridice. Ediția 2. Bucureşti 2007, p. 398.

²⁸ Laura Maria Stănilă, Răspunderea penală a persoanei juridice - modele de angajare a răspunderii penală a persoanelor juridice. De la antropomorfism la constructivism, p. 120, available under: <http://www.scribd.com/doc/39717097/REFERAT-1> [29th March 2011].

²⁹ 286/2009, 510 sayılı ve 24 Temmuz 2009 tarihli Resmi Gazete.

³⁰ Yeni Romanya Ceza Kanunu için bkz. Narcis Giurgiu, Opinii critice privind noul cod penal - partea generală, in: Revista de Drept Penal no. 4/2010, pp. 45-59; see also Johanna Rinceanu, Die unvollständige Reform des rumänischen Strafrechts, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, no. 2/2011, pp. 102-111.

³¹ Laura Maria Stănilă, Răspunderea penală a persoanei juridice - modele de angajare a răspunderii penală a persoanelor juridice. De la antropomorfism la constructivism, p. 72

³² Laura Maria Stănilă, Răspunderea penală a persoanei juridice - modele de angajare a răspunderii penală a persoanelor juridice. De la antropomorfism la constructivism, p. 72



Tüzel Kişiler Hakkında Yaptırımlar: Romanya

Madde 191, hangi tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna sahip olacağını belirlemiştir. Maddede bu amaçla, kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasında ayırım yapılmıştır. Devlet, kamu makamları³³ ve özel sektör tarafından yerine getirilemeyecek işleri yürüten kamu kurumları gibi kamu tüzel kişileri, genellikle ceza sorumluluğu kapsamı dışında tutulurlar. Kamu tüzel kişilerinin, cezai sorumluluk kapsamı dışında tutulmalarının altında yatan düşünce, bunun hukuki olarak anlamsız olacağıdır: Cezalandırma tekelini elinde bulunduran devlet, kendi kendini cezalandıramaz³⁴. Fakat doktrine göre, siyasi partiler, sendikalar, dini örgütler, basın örgütleri gibi kimi kamu tüzel kişilerinin, sınırlı da olsa ceza sorumluluğu vardır. Buna karşılık, özel hukuk tüzel kişilerinin ise sınırsız ceza sorumluluğu vardır³⁵.

2. Ceza Sorumluluğu Yüklemenin Ölçütleri

Madde 191'e göre bir tüzel kişiye ceza sorumluluğu yüklemenin üç ölçütü vardır: Tüzel kişi, "tüzel kişiliğin amacı doğrultusunda, tüzel kişinin adına veya yararına" bir suç işlemiş olan bütün çalışanlarının fiillerinden ve ihmallerinden cezai olarak sorumludur. "Tüzel kişi adına" hareket etmek, sadece organlar ve temsilciler bakımından mümkündür. Doktrine göre, tüzel kişinin organı, kanuni organı olabilir veya tüzel kişiyi *de facto* olarak yöneten bir çalışan da olabilir³⁶. Tüzel kişinin, temsilcileri aracılığı ile hareket ettiği durumlarda, temsilcilerle tüzel kişi arasında, organlarla olandan farklı bir bağ bulunmalıdır. Bu bağ, özel bir sözleşmeden veya belirli yetkilerin devredilmesinden doğar³⁷. *Alter ego*³⁸ prensibinden hareketle, tüzel kişiler, organları veya temsilcileri tarafından işlenen suçlardan, cezai olarak, aynen gerçek kişiler gibi sorumludurlar. Yani, gerçek kişilerde bulunan kast, taksir gibi durumlar tüzel kişiye de geçer.

³³ Romanya Anayasası'nın III. Kısımına göre kamu makamları, parlamento, Romanya cumhurbaşkanı, hükümet, idare, mahkemeler, diplomatik temsilciliklerdir.

³⁴ *Matei Basarab/Viorel Paşca/Gheorghică Mateu/Constantin Butiuc*, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. Bucureşti 2007, p. 104.

³⁵ *Matei Basarab/Viorel Paşca/Gheorghică Mateu/Constantin Butiuc*, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. Bucureşti 2007, pp. 103 et seq.; Laura Maria Stănilă, Răspunderea penală a persoanei juridice - modele de angajare a răspunderii penală a persoanelor juridice. De la antropomorfism la constructivism p. 72.

³⁶ *Matei Basarab/Viorel Paşca/Gheorghică Mateu/Constantin Butiuc*, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. Bucureşti 2007, p. 107.

³⁷ *Matei Basarab/Viorel Paşca/Gheorghică Mateu/Constantin Butiuc*, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. Bucureşti 2007, p. 108.

³⁸ *Matei Basarab/Viorel Paşca/Gheorghică Mateu/Constantin Butiuc*, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. Bucureşti 2007, p. 108.





Johanna Rinceanu

Tüzel kişilik içerisindeki pozisyonundan bağımsız olarak, her bir çalışan, “tüzel kişinin amacı doğrultusunda” veya “tüzel kişinin çıkarına” hareket edebilir. Tüzel kişinin amacı, kuruluş statüsünden anlaşılabilir³⁹. Ancak, ne doktrin ne de içtihat, “tüzel kişinin amacı” hususunda ayrıntılı ölçütler getirebilmiştir⁴⁰. “Tüzel kişi çıkarına” işlenen suçlara ilişkin olarak, doktrin maddi çıkar- manevi çıkar ve doğrudan-dolaylı çıkar ayrımları yapmaktadır⁴¹.

3. Yaptırım Çeşitleri

Romanya Ceza Kanunu madde 53, tüzel kişilere uygulanacak iki tür yaptırım belirlemiştir: temel yaptırımlar ve tamamlayıcı yaptırımlar. Temel yaptırım, 2.500 RON ile 2.000.000 RON arasında değişen bir para cezasıdır ki bu da 600 EUR ile 490.000 EUR arasında değişen bir meblağa tekabül eder. Tamamlayıcı yaptırımlar ise tüzel kişiliğin feshi veya tüzel kişinin faaliyetinin 3 ay ile 1 yıl arasında değişen sürelerle durdurulması ya da tüzel kişinin işlediği suçla ilgili olan belirli bir faaliyetinin 3 ay ile 3 yıl arasında değişen sürelerle durdurulması gibi yaptırımlardır⁴². Bunların yanı sıra, tamamlayıcı yaptırımlar arasında tüzel kişinin belirli bir bölümünün 3 aydan 3 yıla kadar kapatılması, tüzel kişinin ihalelere katılmasının 1 yıldan 3 yıla kadar yasaklanması ve mahkûmiyet hükmünün ilanı sayılabilir. Tüzel kişi hakkında uygulanacak yaptırıma karar verirken mahkeme, cezanın sınırlarını, işlenen suçun ağırlığını, suça ait ağırlatıcı ve hafifletici sebepleri dikkate alarak denge kurar. Gerçek kişinin işlediği suçta, gerçek kişi bakımından uygulanabilecek bir hafifletici sebep varsa, paralel olarak tüzel kişiye uygulanacak para cezası da indirilmelidir.

Siyasi partiler, sendikalar, dini örgütler, basın gibi bazı tüzel kişilere, bu tamamlayıcı yaptırımların hepsinin uygulanabilmesi mümkün olmaz⁴³. Zira bunların uygulanması, düşünce ve ifade özgürlüğü, din ve inanç özgürlüğü, toplanma özgürlüğü gibi birtakım temel hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açabilir.

³⁹ *Valentin Radu-Sultănescu/Marian Cicerone Gavrilescu*, Unele aspecte privind sanctionarea persoanei juridice în cazul săvârşirii infracţiunii prevăzute de Art. 139⁹ din legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor şi drepturile conexe, in: Revista Română de Dreptul Proprietăţii Intelectuale 4/2010, p. 42.

⁴⁰ *Florin Streteanu/Radu Chiriţă*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Editia 2. Bucureşti 2007, p. 400 "Tüzel kişinin amacı", onun genel politikası veya temel görevi çerçevesinde yorumlanabilir.

⁴¹ *Matei Basarab/Viorel Paşca/Gheorghişă Mateu/Constantin Butiuc*, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. Bucureşti 2007, p. 109; *Jean Pradel*, Droit pénal général, 18^E Édition. Paris 2010, p. 441.

⁴² Art. 71² C.p.

⁴³ Art. 71² C.p.





Tüzel Kişiler Hakkında Yaptırımlar: Romanya

Ceza Kanunu, 118. maddesinde, temel ve tamamlayıcı yaptırımların yanı sıra, tüzel kişilere bir güvenlik tedbiri olarak özel bir müsadere uygulaması getirmektedir⁴⁴. Bu müsadere; suç işlemekte kullanılan ve faile veya suçta kullanılacağını bilen üçüncü kişiye ait eşyayı, suç işleme amacı ile üretilen, modifiye edilen eşyayı, suç sonucunda elde edilen eşyayı kapsar. Eğer müsadere edilecek olan eşyanın değeri, suçun ağırlığıyla orantısız şekilde yüksek ise mahkeme belirli bir miktar paranın müsadereesine de hükmedebilir.

Yeni 2009 tarihli Ceza Kanunu, temel yaptırıma ilişkin olarak, günlük kura göre belirlenecek miktarlardan bahsetmektedir. Daha önce sözü edilen ve yeni Ceza Kanunu tarafından da kabul edilen tamamlayıcı yaptırımların yanı sıra, 1 ila 3 yıl arasında değişen sürelerle tüzel kişinin vesayet altına alınması şeklinde bir yaptırım getirilmektedir⁴⁵. Bu vesayetin amacı, tüzel kişinin faaliyetlerini, yargı makamları nezdinde daha şeffaf kılmaktır⁴⁶.

4. Usuli Özellikler

356/2006⁴⁷ sayılı Kanun, Romanya Ceza Muhakemesi Kanununa, tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ve bunların yargılanmasına ilişkin yeni hükümler getirmiştir. Kanunun 479. maddesine göre, yetkili mahkeme, ya suçun işlendiği yer mahkemesi ya tüzel kişinin ikametgâhı ya da mağdurun ikametgâhı mahkemesidir. Madde 479'a göre, Ceza Muhakemesi Kanununun hükümleri, bu maddede aksi belirtilmediği müddetçe, tüzel kişiler bakımından da uygulanır haldedir. Bu anlamda iki özellik önem arz eder: İlk olarak, tüzel kişinin ceza davasında temsil edilmesi, ikinci olarak ise ceza davası sırasında tüzel kişiye koruma tedbiri uygulanması. Tüzel kişinin duruşmalarda temsil edilmesi hususuna ilişkin olarak, eğer ceza davası sadece tüzel kişi aleyhine açılmışsa, hukuki temsilcisi tarafından temsil edilebilir. Fakat eğer ceza davası hem tüzel kişi hem de aynı zamanda hukuki temsilcisi aleyhine ise farklı bir avukat seçmek durumundadır⁴⁸. Tüzel kişi, herhangi bir temsilci veya avukat seçmediyse, mahkemenin savcılığı tarafından tüzel kişiye bir avukat ataması yapılır⁴⁹.

İkinci özelliğe ilişkin olarak, savcının talebi üzerine ceza davası süresince, tüzel kişinin suçu işlediği kuvvetle muhtemelse ve ceza davasının selameti gerektiriyorsa, tüzel kişi aleyhine bir koruma tedbiri uygulanmasına karar verebilir. Koruma tedbirleri uygulanmasındaki amaç, ceza davası sürerken tüzel kişinin, fesih, bölünme,

⁴⁴ Müsaderenin ayrıntıları için bkz. *Matei Basarab/Viorel Paşca/Gheorghiu Mateu/Constantin Butiuc*, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. Bucureşti 2007, sh. 587 et seq.

⁴⁵ Tüzel kişinin kayyima devredilmesi kavramı hakkında bakınız; Bernd Schünemann, Placing the Enterprise Under Supervision ("Guardianship") as a Model Sanction Against Legal and Collective Entities, in: Albin Eser/Günter Heine/Barbara Huber (ed.), Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium Berlin 1998. Freiburg 1999, p. 296.

⁴⁶ Bernd Schünemann, Placing the Enterprise Under Supervision ("Guardianship") as a Model Sanction Against Legal and Collective Entities, in: Albin Eser/Günter Heine/Barbara Huber (ed.), Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium Berlin 1998. Freiburg 1999, p. 298.

⁴⁷ 677 sayılı ve 7 Ağustos 2006 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁸ *Grigore Theodoru*, Tratat de Drept procesual penal. Ediția a 2-a. Bucureşti 2008, p. 988; *Florin Streteanu/Radu Chiriță*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Ediția 2. Bucureşti 2007, p. 432.



küçülme vb yollarla ortadan kaybolmasını engellemektir⁵⁰. Madde 479, tüzel kişi hakkında uygulanabilecek koruma tedbirleri olarak tasfiyenin durdurulması, feshin durdurulması, mallarının satılmasının durdurulması, malvarlığının azalmasına yol açacak faaliyetlerin durdurulması, belirli hukuki sözleşmelerin yapılmasının yasaklanması, faaliyetin durdurulması, suç işlendiği sırada yapılanlara benzer faaliyetlerin durdurulması gibi tedbirlerden bahsetmektedir. Koruma tedbirlerinin süresi en fazla 60 gün olabilmektedir. Her biri yine 60 günü geçmemek üzere süreler yenilenebilmektedir⁵¹.

IV. Özel Konular 1. Doktrinin Yaklaşımları

Doktrinde⁵², ceza sorumluluğu bakımından kamu tüzel kişisi-özel hukuk tüzel kişisi ayrımı üzerinde durulmakta ve bu ayrımın kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde anayasallığı tartışılmaktadır. Örneğin Romanya Milli Bankası, belgede sahtecilik suçu işlediği zaman, madde 19'a göre ceza sorumluluğu bulunmayacaktır çünkü banka bir "kamu tüzel kişisi" dir ve kamu tüzel kişileri, ceza sorumluluğunun dışında tutulmuşlardır. Buna karşılık, aynı suçu işleyen özel bir bankanın ceza sorumluluğu bulunacaktır çünkü bu banka bir özel hukuk tüzel kişisidir. Doktrinde bu ayrım, şu şekilde açıklanmaktadır: Kamu tüzel kişisi, özel hukuk tüzel kişisinin faaliyetlerini çok aşan bir seviyede faaliyet gösterir⁵³. Bir kamu tüzel kişisinin faaliyeti, bir özel hukuk tüzel kişi veya gerçek bir kişi tarafından yürütülemez⁵⁴. Bundan dolayı, çıkış noktası karşılaştırılabilir olmadığından, kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlalinde söz edilemeyecektir. Bu prensip çerçevesinde devlet üniversiteleri ve devlet hastaneleri cezai olarak sorumlu tutulabilmesine karşılık Romanya Milli Bankası, cezaevleri veya askeri birimlerin ceza sorumluluğu yoktur⁵⁵.

Doktrinde ayrıca tüzel kişi ve buna bağlı bölümler arasındaki ilişki üzerinde de durulmuştur: Genellikle, tüzel kişinin, kendisine bağlı alt bölümlerinin fiilleri bakımından da ceza sorumluluğu vardır. Doktrine göre, tüzel kişi, çalışanlarının suç işlemesini önlemek adına gerekli tedbirleri aldığı ortaya koyabilirse, ceza sorumluluğundan kurtulabilecektir⁵⁶. Dolayısıyla, tüzel kişinin ya objektif sorumluluğu söz konusudur ya da bir organının veya yöneticisinin işlediği bir suçu önlemekte gösterdiği ihmalden dolayı sorumludur.

⁴⁹ Madde 479² para. 4 C.p.p.; *Anca Jurma*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Practică judiciară, in: Revista de Drept Penal no. 2/2010, p. 157.

⁵⁰ *Anca Jurma*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Practică judiciară, in: Revista de Drept Penal no. 2/2010, p. 158.

⁵¹ Madde 479⁵ fıkra 3.

⁵² Bkz. *Florin Streteanu/Radu Chiriă*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Editia 2. București 2007, p. 394.

⁵³ *Florin Streteanu/Radu Chiriă*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Editia 2. București 2007, p. 394.

⁵⁴ *Florin Streteanu/Radu Chiriă*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Editia 2. București 2007, p. 396.

⁵⁵ *Florin Streteanu/Radu Chiriă*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Editia 2. București 2007, p. 396.

⁵⁶ *Matei Basarab/Viorel Pașca/Gheorghită Mateu/Constantin Butiuc*, Codul penal comentat. Vol. I. Partea generală. București 2007, p. 108.



Tüzel Kişiler Hakkında Yaptırımlar: Romanya

2. Uygulamanın Yaklaşımları

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu, 5 yıl önce Romanya Ceza Kanununa girdi. Dolayısıyla, tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin çok sayıda dava ve hukuk uygulaması beklenebilir. Ancak maalesef durum böyle değildir: Bu konuda oldukça az sayıda dava ve hukuk uygulaması ortaya çıkmıştır⁵⁷. Hakkında ceza sorumluluğu iddiasıyla dava açılan az sayıdaki tüzel kişiler, çoğunlukla ticari şirketlerdir⁵⁸. Bunlara isnat edilen suçlar, dolandırıcılık, vergi kaçakçılığı, kara para aklama, bilgi-sayar korsanlığı gibi suçlardır⁵⁹. Davaların neredeyse tamamında, tüzel kişinin amacı çerçevesinde hareketi gerçekleştiren, tüzel kişinin “organi” veya “yöneticisi” dir. Organın veya yöneticinin sorumluluk şekli, tüzel kişiye yüklenmektedir. Yine davaların neredeyse tamamında, tüzel kişinin yanısıra suçu işleyen gerçek kişi de mahkûm edilmiştir⁶⁰. Davaların çoğunda mahkeme, tüzel kişiyi para cezasına çarptırmıştır. Az sayıda davada, temel yaptırım olarak para cezasının yanında, tamamlayıcı yaptırım olarak faaliyetin durdurulması da uygulanmıştır⁶¹. Faaliyetin durdurulması yaptırımının, tüzel kişiyi, para cezasında daha fazla etkilediği görülmüştür.

Davaların bazılarında mağdur, hem gerçek kişiye hem de tüzel kişiye karşı “medeni taraf” oluşturmaktadır ve tüzel kişiden zararının giderilmesini talep etmektedir. Bu durumlarda mahkeme, suçu işleyen gerçek kişi ile birlikte tüzel kişiye de ortaklaşa şekilde zararı giderme mecburiyeti yüklemiştir⁶².

V. Sonuç

Romanya’da 278/2006 tarihli Kanun ile tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesi, şu anda uygulamada tüzel kişilerin yargılanmasında problemler bulunmasına rağmen, doğru bir adımdır. Karşıt bir kavram olarak tüzel kişiler bağlamında işlenen suçlarda bireysel sorumluluk, ceza hukukunda zayıflıklara yol açabilir⁶³. Örneğin ceza hukukunun bireysel sorumluluğa (*Schuldprinzip*)⁶⁴ dayalı

⁵⁷ Hukuk uygulamaları için bkz. *Anca Jurma*, Persoana judiciară - subiect al răspunderii penale. București 2010. Adalet Bakanlığı Hukuk istatistikleri bürosuna göre, 2010’da tüzel kişiler aleyhinde yürütülen 288 dava olmuştur ancak bunlardan 29’u sonuca bağlanmıştır.

⁵⁸ Bkz. *Tribunalul Alba*, sentința penală nr. 238, 15.9.2008; Curtea de Apel Alba, decizia penală nr. 4/A/2009, 10.02.2009; *Tribunalul Sibiu*, sentința penală nr. 126, 01.07.2009; Curtea de apel Ploiești, decizia penală nr. 105, 18.11.2009. Tüzel kişiler hakkında soruşturmalar açılmış, 29 tüzel kişi hakkında iddianame düzenlenmiştir.

⁵⁹ *Anca Jurma*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Practică judiciară, in: Revista de Drept Penal no. 2/2010, p. 155.

⁶⁰ *Anca Jurma*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Practică judiciară, in: Revista de Drept Penal no. 2/2010, p. 156.

⁶¹ Mesala bkz. *Curtea de apel Ploiești*, decizia penală nr. 105, 18.11.2009.

⁶² *Anca Jurma*, Răspunderea penală a persoanei juridice. Practică judiciară, in: Revista de Drept Penal no. 2/2010, p. 157.

⁶³ “Örgütlü sorumsuzluk” terminolojisi hakkındaki açıklamalar için bakınız; Charies Mills, The power elite, New York 1956, p. 342, cited at Mario Postizzi, Sechs Gesichter des Unternehmensstrafrechts. Basel, Genf, München 2006, p. 1; Günter Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossirisiken. Baden-Baden 1995, sh. 31 vd.

⁶⁴ Kusur ilkesi için bkz. *Tatjana Hörnle*, Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, in: Ulrich Sieber/Gerhard Dannecker/Urs Kindhäuser/Joachim Vogel/Tonio Walter (ed.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Festschrift für Klaus Tiedemann. Köln, Münschen 2008, sh. 325-344.



olduğu Almanya’da tüzel kişinin suç işleyen çalışanın, yalnızca ona yüklenebilen kendi kastı veya taksirinden dolayı bireysel olarak ceza sorumluluğu vardır. Tüzel kişi bağlamında uygulandığında, dağılım kuralları da zorluklar göstermektedir. Bu problemin çözümü için Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*), yeni tarihli bir kararında⁶⁵, tüzel kişi bağlamında suç işlenmesinin önlenmesi ile hukuken görevli kişileri “garantör” olarak kabul etmiştir⁶⁶. Bunun sonucu olarak, bu görevlilerin, sorumlulukları ve kişisel riskleri artmaktadır.

Romanya’daki tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kavramı⁶⁷, değerini kanıtlamalıdır. Hukuk uygulaması, tüzel kişilere sadece para cezası uygulamanın ötesine geçmelidir ki tüzel kişiler bu yaptırımı, bedelini ödeyerek karşılığında hukuka aykırı fiiller gerçekleştirebilecekleri bir harç olarak görmesinler. *Gneezy ve Rustichini*⁶⁸ tarafından yapılan çalışmada, her şeyi değiştirmeden bırakan türde bir yaptırımın, suç azaltmada caydırıcı bir etkisi olmadığını ortaya koymuştur. Çalışma, çocukların günlük bakımlarının yapıldığı bir yuvada gerçekleştirilmiştir. Ebeveynler, çocuklarını yuvadan almaya gelmekte gecikerek, öğretmenleri kapanış saatinden sonra beklemek durumunda bırakmaktaydılar. *Gneezy ve Rustichini*, geç kalan ebeveynler için bir para cezası uygulamaya başladı. Ortaya çıkan sonuç şaşırtıcıydı: Geç kalan ebeveyn sayısında artış oldu⁶⁹. Çalışma gösterdi ki, para cezası, failin, içinde buldukları sosyal durum algısını değiştiren bir şeydir⁷⁰. Bu örnekte ebeveynler, para

⁶⁵ *Bundesgerichtshof*, 5 StR 394/08, 17 Temmuz 2009 tarihli karar. *Markus Bernd*, bu karar hakkında, (Anmerkung zur strafrechtlichen Garantienpflicht eines “Compliance-Officers”, in: Strafverteidiger 12/2009, p. 689) adlı makalesinde şöyle demektedir: “Vor diesem Hintergrund darf nicht verwundern, dass erste Empfehlungen in Reaktion auf das Urteil dahin gehen, schlicht die (arbeits-) vertraglichen Regelungen zu den Rechten und Pflichten von Compliance Officer anzupassen mit dem Ziel der Vermeidung von ‘Universalszuständigkeiten’ des Compliance Officers und von ‘gefährlichen’ Formulierungen, die auf einen ‘Beschützergaranten’ schliessen lassen können. Dies erfolgt offenbar mit dem Ziel, die gerade heraufbeschworene strafrechtliche Verantwortlichkeit auf diese Weise wieder loszuwerden.” Bu karar hakkında doktrinde ileri sürülen diğer bazı görüşler için bakınız: *Carsten Momsen*, Der “Compliance-Officer” als Unterlassungsgarant - Ein neues Zurechnungsmodell oder ein weiterer Schritt auf dem Weg der Evaporation von Zurechnungsparametern? In: Hans-Ullrich Peffgen/Martin Böse/Urs Kindheuser/Stephan Stübinger/Torsten Verrel/Rainer Zaczyk (Hrsg.) Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion - Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, sh. 751-766; *Jochem Reichert*, Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 3/2011, sh. 115.

⁶⁶ Kurallara uygun şirket yönetimi ile garantör kişinin durumu (*Garantenstellung*) arasındaki bağlantı konusundaki açıklamalar için bakınız *Attilio Nisco*, Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale: Posizioni di garanzia e tutela del risparmio. Bologna 2009, sh. 137-313. For details with regard to “Garantenstellung” see *Klaus Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht - Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, 3. Aufl., Köln 2010, sh. 78 et seq. *Regina Michalke*, Untreue - neue Vermögensbetreuungspflichten durch Compliance-Regeln, in: Strafverteidiger 4/2011, sh. 245-251.

⁶⁷ Diğer kavramlar hakkındaki açıklamalar için bakınız; *Attilio Nisco*, Die Strafbarkeit juristischer Personen aus rechtsvergleichender Perspektive, insbesondere der Fall Italien, in: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 79-80, Mart-Nisan 2011, sh. 189-202.

⁶⁸ Uri *Gneezy/Aldo Rustichini*, A Fine is a Price, in: Journal of Legal Studies, vol. XXIX (January 2000), pp. 1-17.

⁶⁹ Bakınız; Uri *Gneezy/Aldo Rustichini*, A Fine is a Price, in: Journal of Legal Studies, vol. XXIX (January 2000), sh. 14.

⁷⁰ Uri *Gneezy/Aldo Rustichini*, A Fine is a Price, in: Journal of Legal Studies, vol. XXIX (January 2000), sh. 14.



Tüzel Kişiler Hakkında Yaptırımlar: Romanya

cezasını, geç kalmanın bedeli olarak algılamaya başladılar. Bu algı, tüzel kişilere uyarlanacak olursa, diğer her şeyi aynı bırakarak uygulanan para cezası, suçlu davranışın bedeli olarak görülecektir. Schönemann'a göre, tüzel kişiye para cezası uygulamak, varlıklı bir bireye park cezası uygulamak gibidir: Çok düşük seviyede bir caydırıcılık etkisi olur⁷¹.

Diğer her şeyi aynı bırakan para cezasına karşılık, Amerikan tecrübesinde de görüldüğü gibi⁷², tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun yanı sıra sosyal sorumluluğunun da kabul edilmesi, tüzel kişiler tarafından işlenen suçların azalmasında etkili olacaktır.

⁷¹ Bernd Schönemann, Placing the Enterprise Under Supervision (“Guardianship”) as a Model Sanction Against Legal and Collective Entities, in: Albin Eser/Günter Heine/Barbara Huber (ed.), Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium Berlin 1998. Freiburg 1999, p. 294.

⁷² Bkz. John C. Coffee Jr., “No soul to damn: no body to kick”: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment, in: Michigan Law Review, Vol. 79, No. 3 (Jan., 1981) pp. 386-459; Bernd Schönemann, Placing the Enterprise Under Supervision (“Guardianship”) as a Model Sanction Against Legal and Collective Entities, in: Albin Eser/Günter Heine/Barbara Huber (ed.), Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Colloquium Berlin 1998. Freiburg 1999, p. 294.

⁷³ “Sosyal sorumluluk”, “ortak yönetim”, “öz yönetim” ve “şirket ceza hukuk” kavramları için bakınız; Adán Nieto Martn, Soziale Verantwortung, corporate governance, Selbstregulierung und Unternehmensstrafrecht, in: Ulrich Sieber/Gerhard Dannecker/Urs Kindhäuser/Joachim Vogel/Tonio Walter (ed.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Festschrift für Klaus Tiedemann. Köln, München 2008, sh. 485-501; “Kurallara uygun şirket yönetimi” kavramının Almanya’daki anlaşılış biçimi hakkındaki açıklamalar için bakınız; Ulrich Sieber, Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht: Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität, in: Ulrich Sieber/Gerhard Dannecker/Urs Kindhäuser/Joachim Vogel/Tonio Walter (ed.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Festschrift für Klaus Tiedemann. Köln, München 2008, sh. 449-484; Marc Engelhart, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance - Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA, Berlin 2010.





Die grundlegenden Rechte einer in einem spanischen Strafverfahren angeklagten juristischen Person**

Prof. Dr. Juan–Luis Gómez Colomer*

Inhalt

I. Einleitung: die gesetzliche Lösung.- II. Die Grundrechte der angeklagten juristischen Person.- III. Besonderheiten bei den anwendbaren Verfahrensgrundsätzen.- IV. Die grundlegenden Unterschiede in Bezug auf die Verfahrensvoraussetzungen des Richters und der Parteien.

Zusammenfassung

Die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen stellt seit Ende 2010 eine Neuheit im spanischen Recht dar. Der Gesetzgeber hat eine abschließende Liste derjenigen Straftaten in das Strafgesetzbuch aufgenommen, die von einer juristischen Person begangen werden können. Vorgesehen sind des Weiteren die Zurechnungsregeln, die Notwendigkeit, dass die Straftat von einer mit ihr in Verbindung stehenden natürlichen Person begangen wird, sowie die Strafen, die ihr auferlegt werden können. Überraschenderweise sieht die Reform jedoch keine prozessrechtliche Regelung vor, was ihre Durchsetzung so gut wie unmöglich macht. Dies soll sich nun gegen Ende 2011 mit der Einführung einiger weniger Vorschriften ändern, die jedoch die schwerwiegenden Probleme, die die neue Rechtslage bereitet, nicht zu lösen vermögen. Im vorliegenden Beitrag möchte ich die grundlegenden Fragestellungen erörtern, die von einer unserer demokratischen Verfassungen entsprechenden Strafverfahren (das heißt, ein rechtsstaatliches Verfahren mit allen Garantien) aufgeworfen werden, insbesondere was die Grundrechte angeht, die der juristischen Person als Passivpartei zustehen.

Schlüsselwörter

Juristische Person, strafrechtliche Verantwortung, Strafverfahren, Grundrechte, Verfahrensgrundsätze.

I. Einleitung: die gesetzliche Lösung

Wenn der Gesetzgeber eine grundlegende institutionelle Änderung in einem jeden Rechtsgebiet anstrebt und sich für die eine oder andere Lösung entscheidet, ohne dass die Rechtswissenschaft, sicherlich nach einer langjährigen

* Ord. Professor für Zivil- und Strafprozessrecht Jaume I-Universität, Castellon (Spanien).

** Aus dem Spanischen von Achim PUETZ, Abteilung für Privatrecht, Jaume I-Universität, Castellon





Rechte der angeklagten juristischen Person in Spanien

Auseinandersetzung mit dem Thema, zu einem befriedigenden Ergebnis gelangt wäre oder zumindest einen mehrheitlich angenommenen Kompromiss gefunden hätte, so ist die Gefahr einer Zunahme der rechtstheoretischen Probleme nicht von der Hand zu weisen. Diese sind dann meist in der Praxis nur sehr schwer oder überhaupt nicht zu lösen. Und das obwohl das Ziel einer jeden materiellrechtlichen Norm eigentlich darin liegen sollte, die praktische Aufarbeitung zu erleichtern und zu einer gerechten Entscheidungsfindung beizutragen.

Immer dann, wenn zur Lösung des Konflikts zwangsläufig ein Strafverfahren anzustrengen ist — wie dies bei der Feststellung, ob eine Straftat vorliegt und welche Strafe dem Täter aufzuerlegen ist, der Fall ist — so führt eine derartige Gesetzesinitiative im Bereich des materiellen Strafrechts üblicherweise zur Verwirrung, wenn nicht gar zum Chaos im Strafprozessrecht.

Das ist es aber nun, was in Spanien kürzlich bei der gesetzlichen Regelung der strafrechtlichen Verantwortung juristischer Personen durch ein Gesetz aus dem Jahr 2010¹ geschehen ist. Bis dahin hatte sich der spanische Strafgesetzgeber auf wenig mehr als die Einführung einer Art vorläufiger Maßnahmen, die gegenüber juristischen Personen ergriffen werden können, sowie bestimmter Nebenfolgen im Sinne einer dritten Sanktion neben der Strafe und den Sicherungsmaßnahmen beschränkt². Mit der Reform ist nun direkt auf das grundlegende Problem derart eingegangen worden, dass juristische Personen per Gesetz als strafrechtlich verantwortlich angesehen werden, ohne dass jedoch die Fragestellung zunächst wissenschaftlich geklärt oder zumindest mit deutlicher Mehrheit entschieden worden wäre. Nach Ansicht der Rechtswissenschaft hat dies nun dazu geführt, dass der Gesetzgeber — dem zugute zu halten ist, dass er zweifelsohne schwerwiegenden, in der Praxis aufgetretenen Missständen hat Abhilfe schaffen wollen — mit seiner Reform zusätzliche Probleme geschaffen hat, von denen einige sich als schlicht unlösbar erwiesen haben.

Zur großen Überraschung der Verfahrensrechtler ist bei der Strafrechtsreform aus dem Jahr 2010 keine einzige prozessrechtliche Vorschrift eingeführt worden, die eine angemessene Behandlung im Verfahren sicherstellen würde³. Entweder ist dabei übersehen worden, dass die Zuweisung strafrechtlicher Verantwortung in

¹ *Ley Orgánica* (in der Folge Organgesetz) Nr. 5/2010, vom 22. Juni (Amtsblatt vom 23. Juni), zur Änderung des Strafgesetzbuches aus dem Jahr 1995. Die Reform trat sechs Monate später in Kraft, das heißt, am 23. Dezember 2010.

² Die sogenannten Nebenfolgen waren in Artikel 129 des Strafgesetzbuches geregelt. Siehe hierzu GÓMEZ COLOMER, J.L., *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid 1996, S. 189 ff. Die Vorschrift wurde durch das Organgesetz Nr. 15/2003, vom 25. November, geändert. Die heute geltende Fassung ist das Ergebnis einer tiefgreifenden Reform, da sie auch Strafen vorsieht. Zu den Vorläufern kann die umfassende Darstellung von ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Revista La Ley Penal, Dezember 2010, S. 27-31, herangezogen werden.

³ Unmittelbarer Vorläufer ist das von der Kommission für Studien und Gutachten des Allgemeinen Richterrates (*Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial*) am 3. November 2006 vorgestellte Gutachten über den Vorentwurf eines Organgesetzes zur Änderung des Organgesetzes Nr. 10/1995, vom 23. November (Strafgesetzbuch), S. 42. Jedoch bezieht sich das Gutachten der Kommission für Studien und Gutachten des Allgemeinen Richterrates vom 18. Februar 2009 über den Vorentwurf eines Organgesetzes zur Änderung des Organgesetzes Nr. 10/1995, vom 23. November (Strafgesetzbuch), das den der Gesetzesreform zugrundeliegenden Entwurf behandelt, nicht hierauf.





Juan-Luis Gómez Colomer

einem Rechtsstaat, wie soeben gesagt, nur über das Strafverfahren möglich ist; oder aber dachte man, dass eine gleichzeitige Reform des Strafprozessrechts das Problem lösen würde, ohne jedoch dabei zu bedenken, dass der Verabschiedung einer derartigen Norm möglicherweise Schwierigkeiten beim Gesetzgebungsverfahren entgegenstehen könnten. Dies hat nun —sei es aufgrund übermäßiger oder aber fehlender Voraussicht— dazu geführt, dass die verfahrensrechtlichen Aspekte einer jeden Regelung entbehren. Die nachfolgenden Ereignisse haben sodann den Fehlgriff des Gesetzgebers mit aller Härte unter Beweis gestellt. Es ist daher glücklicherweise eine, wenn auch unzureichende, Regelung im zukünftigen Gesetz über verfahrensbeschleunigende Maßnahmen vorgesehen worden, das derzeit im Parlament debattiert wird und auf dessen Verabschiedung und Inkrafttreten noch vor Ende 2011 nur gehofft werden kann.

Gegenwärtig über die Zuweisung strafrechtlicher Verantwortung an ein Unternehmen im spanischen Strafverfahren zu schreiben gestaltet sich demnach insofern schwierig, als sich keine gültige Vorschrift hierauf bezieht. Die materiellrechtlichen Strafnormen werden zwar in der Praxis bereits angewendet, aber niemand weiß genau, wie dabei vorzugehen ist⁴.

Da die genannte Gesetzesinitiative nun aber schon in das spanische Parlament eingebracht worden ist, werde ich mich in meinem Beitrag auch auf sie berufen. Ich bin mir dabei jedoch der Gefahr bewusst, dass einige der zitierten Vorschriften letztendlich überhaupt nicht oder nicht mit dem derzeitigen Wortlaut verabschiedet werden. Meine kritische Studie basiert also auf einer wissenschaftlich wenig gesicherten Grundlage.

Selbstverständlich ist der Ausgangspunkt eines jeden Versuchs, eine juristische Person strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, das materielle Strafrecht. Ich kann jedoch aus Platzgründen nicht näher darauf eingehen und möchte mich in meinen Ausführungen auf den Hinweis beschränken, dass ein wichtiger Teil der spanischen Strafrechtslehre in Anlehnung an die deutsche Dogmatik von der gesetzlichen Lösung Abstand genommen hat, und zwar in —meiner Ansicht nach— weder zufälliger noch überraschender Weise. Gleiches gilt auch für Italien, das zusammen mit Deutschland den größten rechtswissenschaftlichen Einfluss im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts auf die spanische Lehre ausübt. Unsere Regelung orientiert sich vielmehr, so heißt es, am angelsächsischen (genauer gesagt, dem US-amerikanischen) sowie, unter den kontinentaleuropäischen Ländern, am französischen Modell, eine nicht immer einsichtige Mischung.

⁴ Der erste wichtige Fall in der Praxis (etwa 60 Inhaber von Schuldscheinen der Nueva Rumasa über einen Wert von mehr als 10.000.000 € haben am 10. Mai 2001 Anzeige bei der *Audiencia Nacional* gegen den Gründer des Konzerns, Jose Maria Ruiz-Mateos, seine sechs Söhne sowie sieben Gesellschaften der Familie wegen vermeintlichen Betrugs, strafbarer Insolvenz, treuwidriger Verwaltung sowie einer Straftat gegen die Verbraucherinteressen erstattet: siehe <http://www.expansion.com/2011/05/09/empresas/distribucion/1304964384.html>) wird zweifelsohne richtungweisend für die zukünftige Gerichtspraxis sein.





Rechte der angeklagten juristischen Person in Spanien

Es ist heutzutage zweifelsohne schwierig, eine wirtschaftlich wichtige Industrienation zu finden, hinsichtlich derer kategorisch versichert werden könnte, dass keine besondere Verantwortung der juristischen Person für bestimmte Sachverhalte vorgesehen ist, insbesondere wenn man bedenkt, dass eine zunehmende Verbreitung und Verbesserung der Industriestruktur zwangsläufig eine Kollektivierung des wirtschaftlichen und sozialen Lebens nach sich zieht⁵. So wird aus der Praxis deutlich, dass zum einen viele Straftaten, die eine juristische Person begünstigen, von natürlichen Personen begangen werden, und zum anderen, dass bestimmte, meist neuartige Straftaten — z.B. im Bereich des organisierten Verbrechens⁶ — oder Umweltdelikte in der Mehrzahl der Fälle mittels oder unter Zuhilfenahme von juristischen Personen begangen werden⁷.

Angesichts der fehlenden praktischen Wirksamkeit des klassischen Wegs über die zivilrechtliche Haftung reagieren die genannten Länder auf derartige Straftaten mit verschiedenen Mitteln. Gegenwärtig können dabei zwei Arten von Maßnahmen unterschieden werden:

1. - Einige Länder verschärfen die Bußen bei Ordnungswidrigkeiten, ohne jedoch über das Verwaltungs(straf)recht hinauszugehen, richten also in diesen Fällen für juristische Personen ein Quasi-Strafrecht ein⁸, wenn auch keine Strafe als solche vorgesehen ist. Von dem traditionellen Grundsatz *societas delinquere non potest* wird demnach nicht abgewichen. Jedoch handelt es sich auch hierbei keineswegs um klar definierte Stellungen⁹, denn die wirtschaftlichen Konsequenzen einer Zuwiderhandlung sind derart umfangreich und schwer, dass sich eine Unterscheidung zwischen verwaltungsrechtlichem Bußgeld und Geldstrafe schwierig gestaltet. Hier sind Deutschland und Italien besonders hervorzuheben.

In diesen Ländern ist das Verfahren zur Auferlegung der Sanktion meist verwaltungsrechtlicher Art, wie z.B. in Italien¹⁰. Es kann jedoch auch vorkommen,

⁵ Über die verschiedenen, in staatlichen und überstaatlichen Gesetzgebungen vorgesehenen Modelle siehe TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, in: GÓMEZ COLOMER, J.L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "La Reforma de la Justicia Penal (Estudios en Homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)", Universitat Jaume I, Castellon 1997, S. 28 und 29. Siehe auch LEDERMAN, E., *Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity*, Buffalo Criminal Law Review 2000, Bd. 4, S. 650 ff.

⁶ Aufschlussreich ist das Rundschreiben (Circular) Nr. 2/2011 der Generalstaatsanwaltschaft, vom 2. Juni, über die Reform des Strafgesetzbuches durch das Organgesetz Nr. 5/2010 in Verbindung mit kriminellen Organisationen und Gruppen.

⁷ Siehe HURTADO POZO, J. / MÉINI MENDEZ, I., *Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano*, in: HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMONS VALLEJO, R., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada", Tirant lo Blanch und Universidad de Alicante, Valencia 2001, S. 77 und 78.

⁸ Siehe statt vieler TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf, 1996, S. 102 und 103.

⁹ Vgl. HEINE, G., *La responsabilidad penal de las empresas: Evolución y consecuencias nacionales*, in: HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMONS VALLEJO, R., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada", op.cit., S. 49-51.

¹⁰ Die Regelung findet sich im *Decreto Legislativo* Nr. 231 vom 8. Juni 2001, das von GUARDIOLA LAGO, M.J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, S. 147 ff. ins Spanische übersetzt worden ist. Siehe auch BELLUTA, H., *Le disposizioni generali sul processo agli enti, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, in: BERNASCONI, A. (Hrsg.), "Il processo penale de societatte", Giuffrè, Mailand 2006, S. 30 ff.





Juan-Luis Gómez Colomer

dass das Bußgeld, die Auflösung des Unternehmens oder jedwede andere rechtliche Konsequenz eines von einer juristischen Person begangenen Verwaltungsunrechts — ohne aber ihre Rechtsnatur als Verwaltungsstrafe zu verlieren — im Wege eines Strafverfahrens angeordnet werden, wie dies in Deutschland der Fall ist¹¹.

2. -Andere Länder hingegen sehen eine strafrechtliche Verantwortung der juristischen Person vor. Hervorzuheben sind hier England¹², die Vereinigten Staaten¹³, Japan¹⁴, die Niederlande¹⁵, Frankreich¹⁶ und jetzt auch Spanien — aber nicht nur, denn zu nennen ist auch die Europäische Union¹⁷ —, die Strafen im engeren Sinn eingeführt haben und damit eine wirkliche strafrechtliche Verantwortung der juristischen Personen vorsehen. Die Beschuldigung, die Anklage sowie der Freispruch oder die Verurteilung sind somit Teil eines vollwertigen Strafverfahrens.

Die jeweilige Strafrechtslehre hat hier ihre Anstrengungen darauf gerichtet, bestimmte konzeptuelle Hürden dessen, was wir als klassisches Strafrecht bezeichnen könnten, zu überwinden, insbesondere was die Tatsache angeht, dass die strafrechtliche Verantwortung bisher nur natürliche Personen betraf. Konkret musste dabei auf

¹¹ Die Verwaltungsstrafe für die Zuwiderhandlung, im Allgemeinen ein Bußgeld (geregelt in den §§ 30 und 88 des *Ordnungswidrigkeitengesetzes* - OWiG, das im Jahr 1987 grundlegend geändert worden ist), wird im Strafverfahren unter Anwendung des § 444 der Strafprozessordnung aus dem Jahr 1877 auferlegt. Vgl. GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona 1985, S. 415 und 416. Ein hervorragender Kommentar von Wilhelm SCHMIDT zu dieser Vorschrift findet sich in HANNICH, R. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl., C.H. Beck, München 2008, S. 2165-2168.

¹² Siehe WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, 2. Aufl., Oxford University Press, New York 2001, S. 84 ff.

¹³ Da die Literatur zu diesem Thema kaum zu überschauen ist, soll ein Hinweis auf GERAGHTY, A., *Corporate Criminal Liability*, *American Criminal Law Review* 2002, Bd. 39, S. 327 ff.; und auf WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op.cit., S. 146 ff., genügen. Zugänglicher ist das Werk von NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Iustel, Madrid 2008, S. 178-194.

¹⁴ Zu diesem Land kann auf die Kommentare von TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, op.cit., S. 27, 29, 32, 35 oder 45 verwiesen werden.

¹⁵ Siehe VERVAELE, J., *Societas/Universitas delinquere ed punire potest. La experiencia holandesa como modelo para España?*, in: GARCÍA GARCÍA, M.A. (Hrsg.), "Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Derecho comparado y Derecho comunitario", *Estudios de Derecho Judicial* 115-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, S. 13 ff.

¹⁶ Die Regelung findet sich im französischen Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1994. Siehe PRADEL, J., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: Algunas cuestiones*, in: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61.pdf. Vom selben Autor, *La responsabilidad penal de la persona jurídica*, in: HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMÓNS VALLEJO, R., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada", op.cit., S. 133 ff.

¹⁷ Es gibt eine große Zahl an Rahmenbeschlüssen, Richtlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen, die nicht alle hier genannt werden können. Siehe QUINTERO OLIVARES, G., *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas*, in: GARCÍA GARCÍA, M.A. (Hrsg.), "Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Derecho comparado y Derecho comunitario", op.cit., S. 163 ff.; und FROMM, I.E., *Auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen/Unternehmensvereinigungen in Europa?*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 2007, Heft 7, S. 279 ff. Am weitreichendsten sind jedoch vermutlich diejenigen Texte, die noch nicht in Kraft getreten sind: ich denke hier an den *Corpus Iuris*. Vgl. dessen Artikel 14 sowie GÓMEZ COLOMER, J.L., *La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto Corpus Iuris)*, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2000, Nr. 6, S. 139 ff., zweifelsohne ein wichtiges Modell für die Zukunft. Des Weiteren werden ständig neue Vorschriften verabschiedet, die sich in irgendeiner Weise auf die strafrechtliche Verantwortung beziehen.





Rechte der angeklagten juristischen Person in Spanien

dogmatisch derart tiefgreifende Aspekte wie die Klage, das Schuldprinzip und den Grundsatz der Personalität der Strafe eingegangen werden¹⁸.

Meines Erachtens kann die Entscheidung für oder gegen eine strafrechtliche Verantwortung der juristischen Person gegenwärtig nicht mehr ausschließlich auf dogmatischen Einwänden und nicht einmal auf rein juristischen Gründen fußen. Sie ist vielmehr unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten zu treffen¹⁹. Das heißt, die Beweggründe sind meiner Meinung nach rein pragmatischer Natur: Die strafrechtliche Verantwortung der juristischen Person ist auch angesichts der – selbst ihren Befürwortern bewussten – deutlichen Angriffe auf das Strafrecht²⁰ annehmbar, weil bei gegenteiliger Ansicht die Tat – die dem Gesetz zufolge zweifelsohne als strafbare Handlung einzustufen wäre, wenn sie von einer natürlichen Person begangen worden wäre – aufgrund der Unmöglichkeit der individuellen Bestimmung der strafrechtlichen Verantwortung ungeahndet bliebe²¹.

Eine weitere Erklärung, die neben dem pragmatischen Argument angeführt werden kann, betrifft die materielle Gerechtigkeit und basiert auf der Bedeutung, die dem Opferschutz bei der gesetzlichen Regelung einer strafrechtlichen Verantwortung juristischer Personen beizumessen ist. Existierte diese nicht, wären viele Opfer völlig schutzlos, wie zum Beispiel bei verheerenden terroristischen Straftaten.

II. Die Grundrechte der angeklagten juristischen Person

Ich möchte nun zu den verfahrensrechtlichen Aspekten zurückkommen. Ich bin der Auffassung, dass eine schlüssige dogmatische Struktur für die korrekte Darstellung des Problems auf den Prinzipien, die die Einforderung strafrechtlicher Verantwortung einer juristischen Person im Strafverfahren leiten, sowie den Grundrechten, in deren Genuss sie bei der Untersuchung der Straftat kommt, aufzubauen hat. Sodann muss auf die Änderungen im Bereich der Verfahrensvoraussetzungen, die ihre Eigenschaft als Passivpartei eines Strafverfahrens als selbstverständlich und notwendig erscheinen lässt, eingegangen werden. Schließlich möchte ich am Ende meiner Ausführungen auf die am ehesten betroffenen Verfahrensinstitute sowie auf das Verfahren selbst eingehen, wobei ich mir bewusst bin, dass eine Aufarbeitung dieser beiden Fragestellungen eines weit umfangreicheren Werks bedürfte; ein Unterfangen, auf das ich hier aus Platzgründen verzichten muss.

¹⁸ Siehe TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, in: GÓMEZ COLOMER, J.L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La Reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)”, *op.cit.*, S. 36-43; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, *op.cit.*, S. 115 ff.; sowie MORALES PRATS, F., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in: QUINTERO OLIVARES, G. (Hrsg.), “La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios”, Aranzadi, Pamplona 2011, S. 45 ff.

¹⁹ Siehe PALIERO, C.E., *Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho italiano*, in: HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMONS VALLEJO, R., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada”, *op.cit.*, S. 116.

²⁰ Siehe die gegen die strafrechtliche Verantwortung der juristischen Personen gerichtete Lehrmeinung bei ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl., C.H. Beck, München 2006, § 8, Rn 59 und 60, sowie § 15 Rn 7.

²¹ Siehe HURTADO POZO, J., *Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano*, in: HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMONS VALLEJO, R., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada”, *op.cit.*, S. 76-81.





Juan-Luis Gómez Colomer

Zunächst einmal ist es wahrscheinlich nicht notwendig, gesondert darauf hinzuweisen, dass die juristischen Personen, auf die ich mich hier beziehe, juristische Personen des Privatrechts sind, und zwar insbesondere Kapitalgesellschaften²². Dieser Aspekt ist dennoch wichtig, denn das spanische Strafgesetzbuch (Span. StGB) setzt die Kenntnis des Begriffs voraus und definiert ihn nicht. Es muss daher auf das im Privatrecht²³ verwendete, außerstrafrechtliche Konzept zurückgegriffen werden, wohl aber mit einem wichtigen Unterschied: Selbstverständlich erfasst der Begriff diejenigen juristischen Personen, die gemäß den handelsrechtlichen Gesetzen wirksam gegründet worden sind²⁴, aber auch fehlerhafte Gesellschaften und andere Vereinigungen, die zwar als solche agieren, aber eines jeden formalen Gründungsakts entbehren. Die in Artikel 129 I des Strafgesetzbuches enthaltene Vorschrift lässt keinen Zweifel hierüber zu. Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass unter die neue strafrechtliche Regelung jedwede Personengruppe fällt, wie auch immer sie begründet worden ist, wenn nur eine Verbindung auszumachen ist, die zu einer konkreten, gemeinsamen Betätigung Anlass gibt, die ihrerseits in einem bestimmten Sachverhalt Ausdruck findet.

Ausgeschlossen von der Anwendung des Gesetzes bleiben dem neuen Artikel 31bis V des Spanischen Strafgesetzbuches zufolge unter anderen die juristischen Personen des öffentlichen Rechts (z.B. der Staat selbst), öffentliche Verwaltungen (z.B. die Kommunen), politische Parteien, Gewerkschaften, internationale Einrichtungen und gemischt-wirtschaftliche Unternehmen. Da sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen, scheint — im Licht der gegenwärtigen Lage in Spanien wohl etwas einfältig — davon ausgegangen zu werden, dass derartige juristische Personen keine Straftaten begehen können oder dass derartige Verhaltensweisen nicht auf dem Weg des Strafrechts geahndet werden sollten. Eine wichtige Sonderregelung findet sich im zweiten Absatz, der bestimmte Verschleiervmaßnahmen bestraft (Gründung von reinen Stroh- oder Scheinfirmen zur Vermeidung strafrechtlicher Verantwortung).

Die spanische demokratische Verfassung aus dem Jahr 1978 zeichnet sich dadurch aus, dass sie zu denjenigen Verfassungen zählt, die am meisten Grundrechte ausdrücklich anerkennen, insbesondere im Bereich des Prozessrechts. Das ist immer dann besonders wichtig, wenn es um Beschuldigte oder Angeklagte in einem Strafverfahren geht. Im Zuge der Verfassungstradition in den Vereinigten Staaten, in Deutschland und in Italien hat ihre Auslegung durch unser Verfassungsgericht zweifelsohne dazu geführt, dass Spanien heute zu Recht als eines der am weitesten

²² Die gesetzliche Regelung der Kapitalgesellschaften in Spanien findet sich gegenwärtig im *Real Decreto Legislativo* Nr. 1/2010, vom 2. Juli. Betroffen sind vor allem die Aktiengesellschaft, die GmbH sowie die Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 1 I). Kapitalgesellschaften sind aber auch die Einpersonengesellschaften (Ein-Personen-AG und Ein-Personen-GmbH, die sich jeweils auch in öffentlicher Hand befinden können, Art. 12-17), die GmbH - Neue Firma (*sociedad limitada nueva empresa*, Art. 434 bis 454), sowie die Europäische Aktiengesellschaft (Art. 455-494).

²³ Eine vollständige Definition findet sich bei DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. / GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, 10. Aufl., Tecnos, Madrid 2001, Bd. I, S. 576: "Juristische Personen sind soziale Wirklichkeiten, denen der Staat eine eigene Individualität, die von der ihrer Elemente verschieden ist, zuerkennt. Sie sind Inhaber von Rechten und Pflichten, die über ihre Organe oder Vertreter selbst am Rechtsverkehr teilnehmen".





Rechte der angeklagten juristischen Person in Spanien

entwickelten Länder angesehen wird, was die Verteidigung der Menschenwürde angeht, sowohl im Bereich der Gesetzgebung als auch in ihrer praktischen Anwendung. Artikel 24 der Verfassung ist, neben vielen anderen, ein gutes Beispiel hierfür.

Unser Strafverfahren kann daher, wie auch in den genannten Staaten, nur in seiner verfassungsrechtlichen Dimension begriffen werden. Die ausgeprägte Konfrontation, die Tiedemann zufolge²⁵ im Strafverfahren zwischen dem Grundrecht auf persönliche Freiheit und der Notwendigkeit einer staatlichen Verfolgung der Straftat und des Täters auszumachen ist — wobei es sehr wohl möglich ist, dass unwiderstehliche Spannungen zu einer nicht wieder gutzumachenden Destabilisierung des schwierigen Gleichgewichts, auf dem das Strafverfahren beruht, führen können —, kann nur dann gebührend kontrolliert werden, wenn eine demokratisch legitimierte Verfassung die Rechte des Einzelnen angemessen schützt und den umfangreichen Befugnissen des Staates im Bereich der Strafermittlung und -verfolgung klare und nicht in Zweifel zu ziehende Grenzen setzt, insbesondere — wie in letzter Zeit international anerkannt — diejenigen, die der Polizei zugewiesen werden.

Ausgehend von dieser verfassungsrechtlichen Ausprägung des Strafverfahrens, an dem gerade auch die juristische Person als Passivpartei beteiligt sein kann, zielt die zunächst zu beantwortende Frage darauf, festzustellen, ob ein Unternehmen in den Genuss derjenigen Grundrechte kommen kann, die die Verfassung den natürlichen Personen als Beschuldigten oder Angeklagten zuerkennt²⁶.

Es handelt sich hierbei keineswegs um eine unbedeutende Fragestellung, da im Grunde eine rechtliche Fiktion, eine Nichtwirklichkeit²⁷ in das Verfahren übertragen wird, nämlich die der Existenz der juristischen Person. Und diese ist am Verfahren nur virtuell beteiligt, weswegen stets eine natürliche Person in ihrem Namen

²⁴ Neben den genannten Kapitalgesellschaften sind ebenfalls juristische Personen: Arbeitnehmerschaften (in Form von Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung), Kreditgarantiegemeinschaften, Sport-Aktiengesellschaften (*sociedad anónima deportiva*), Genossenschaften (einschließlich der Europäischen Genossenschaften mit Sitz in Spanien), sowie die offene Handelsgesellschaft und die einfache Kommanditgesellschaft, die jeweils ihren eigenen Rechtsvorschriften unterliegen.

²⁵ Siehe ROXIN, C. / ARZT, G. / TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Übersetzung von Arroyo Zapatero und Gomez Colomer, Ariel, Barcelona 1989, S. 133.

²⁶ Genau betrachtet handelt es sich um die Grundfrage überhaupt. Siehe z.B. HERNÁNDEZ GARQA, J., *Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables*, La Ley, 18. Juni 2010, S. 6-8; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal*, in: GASCÓN INCHAUSTI, F. (Hrsg.), *“Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal”*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2010, S. 54-59; sowie ECHARRI CASI, F.J., *Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: Una nueva perspectiva de las garantías constitucionales*, Diario La Ley, Mittwoch 18. Mai 2011, S. 2 ff.

²⁷ Vgl. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., / JUANES PECES, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor*, La Ley Nr. 7501, vom 3. November 2010, S. 6. Ich bin mir der materiellen Probleme sehr wohl bewusst, die eine Betrachtung der juristischen Person als Fiktion, das heißt, als ausschließlich zur Erfüllung juristischer Zielsetzungen geschaffenes Gebilde mit sich bringt. Es ist auch nicht meine Absicht, hier in die Diskussion um ihre Rechtsnatur einzutreten (siehe DÍEZ-PÍCAZO Y PONCE DE LEÓN, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, op.cit.*, Bd. I, S. 576-578), obwohl die Theorie der Fiktion heute unzweifelhaft überwunden ist. Ich möchte lediglich in einfachen Worten auf die Eigenschaft als “immaterielle” Prozesspartei — im Gegensatz zur natürlichen Person als tatsächlich gegenwärtiger Partei — hinweisen.





Juan-Luis Gómez Colomer

handeln muss. Ihre verfassungsmäßigen Rechte und Garantien müssen demnach aus einer anderen Optik heraus betrachtet werden²⁸. Am leichtesten ist es, die Frage dahingehend zu beantworten, dass die Grundrechte selbstverständlich dieselben sind, da wir uns im Strafverfahren befinden und sowohl die natürliche als auch die juristische Person zunächst beschuldigt und dann angeklagt werden. Ihr Rechtsstatut, so heißt es, ändere sich demnach nicht.

Dieser Ansatz ist jedoch zu undifferenziert und vermag jedenfalls nicht zu überzeugen, denn alle demokratischen Verfassungen der Welt räumen den Bürgern bestimmte Grundrechte gerade deshalb ein, weil es sich um natürliche Personen — Individuen also — handelt. Aus diesem Grund sind sie vielfach überhaupt nicht oder nur kaum auf juristische Personen anwendbar.

In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Deutschland²⁹ hat das spanische Verfassungsgericht entschieden, dass juristische Personen in den Genuss bestimmter Grundrechte kommen, jedenfalls immer dann, wenn sie aufgrund ihres Wesensgehalts auf juristische Personen angewendet und zur Verteidigung ihrer berechtigten Interessen wahrgenommen werden können, wobei stets der mit der juristischen Person verfolgte Zweck und der konkrete Sachverhalt zu berücksichtigen sind³⁰. Zwar spricht sich die spanische Verfassung — im Gegensatz zur deutschen³¹ — nicht klar hierfür aus, wohl aber das Verfassungsgericht und der Oberste Gerichtshof, deren Rechtsprechung keinen Zweifel über die Anwendung der Grundrechte auch auf juristische Personen zulässt³².

Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben ist es daher notwendig, bestimmte Unterscheidungen einzuführen, wobei zu bedenken ist, dass die Grundrechte der juristischen Person im Strafverfahren weder ausschließenden Charakter besitzen noch mit denen der natürlichen Personen, die zur Geschäftsführung oder zur

²⁸ Es kann daher nicht verwundern, dass von einer Vermenschlichung der juristischen Person gesprochen wird, denn es ist eine natürliche Person — normalerweise der gesetzliche Vertreter —, die die juristische Person sichtbar werden lässt. Siehe das Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 1/2011, vom 1. Juni, über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen nach der Reform des Strafgesetzbuches durch das Organgesetz Nr. 5/2010, S. 81.

²⁹ Hier soll ein Hinweis auf die in den früher genannten Werken von TIEDEMANN und HEINE zitierten Entscheidungen genügen. Siehe z.B. TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, op.cit., S. 37, Fn 10, und 38, Fn 14; HEINE, G., *La responsabilidad penal de las empresas: Evolucion y consecuencias nacionales*, in: HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMÓNS VALLEJO, R., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada", op.cit., S. 52, Fn 6 und 7.

³⁰ Siehe HERNÁNDEZ GARCIA, J., *Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables*, op.cit., S. 7.

³¹ Artikel 19 III des Grundgesetzes.

³² So heißt es z.B. in einer Entscheidung des spanischen Verfassungsgerichts: "Wenn das Ziel und die Funktion der Grundrechte im Schutz des Individuums zu suchen ist, sei es eben gerade als Individuum oder als Teil einer Gemeinschaft, so ist es selbstverständlich, dass die Vereinigungen, die von natürlichen Personen zum Schutz ihrer Interessen gegründet werden, ebenfalls Inhaber von Grundrechten sind, insofern diese darauf gerichtet sind, die mit der Vereinigung verfolgten Interessen zu verteidigen. Die genannten Vereinigungen handeln daher in diesen Fällen nicht nur zum Schutz eines berechtigten Interesses im Sinne des Artikels 162 I b) der Verfassung, sondern als Inhaber eigener Rechte. Sieht man derartige Vereinigungen nun als Inhaber von Grundrechten — und nicht nur eines berechtigten Interesses — an, so wird ein Schutzwall an Rechten gegen jedweden Übergriff geschaffen. Zudem wird der subjektive Wirkungsbereich der Grundrechte erweitert, und zwar jenseits dessen, was als privat oder subjektiv eingestuft werden kann, um einen kollektiven und sozialen Bereich auszufüllen" (Urteil Nr. 139/1995, vom 26. September, Rechtsgrund Nr. 4).





Rechte der angeklagten juristischen Person in Spanien

Arbeitnehmerschaft des Unternehmens gehören, kollidieren dürfen. Und das weil keine Gesamthaftung zwischen den Angeklagten besteht und deshalb jeder von ihnen in den Genuss derjenigen Grundrechte kommt, die auf ihn anwendbar sind³³:

a) Zunächst einmal ist es offensichtlich, dass es Grundrechte gibt, die in keinem Fall auf juristische Personen anwendbar sind. So zum Beispiel das Recht auf Leben oder auf körperliche Unversehrtheit, da es sich um Rechte handelt, die Individuen — und damit natürlichen Personen — eigen sind und nicht auf andere Körperschaften angewendet werden können. Ein weiterer Kommentar erübrigt sich daher.

b) Andere Grundrechte hingegen sind nur auf sie anwendbar, wie zum Beispiel die Unternehmensfreiheit. Sie ermöglicht es der juristischen Person, einen Beitrag zur Weiterentwicklung des Systems der Grundfreiheiten zu leisten, denn bestimmte Zielsetzungen im Allgemeininteresse übersteigen die Möglichkeiten einer einzelnen Person, was einen demokratischen Mehrwert darstellt³⁴.

Auch wenn nicht alle in der Folge genannten Rechte denselben Verfassungswert besitzen, so kann die Möglichkeit ihrer Ausübung seitens einer juristischen Person dennoch nicht in Zweifel gezogen werden. In diese Kategorie gehören die Rechte auf Freiheit des gewerkschaftlichen Zusammenschlusses (Arbeitergewerkschaften), auf Redefreiheit (Massenmedien), auf Vereinigungsfreiheit (politische Parteien), auf Gewissensfreiheit (Nichtregierungsorganisationen) oder das Recht auf Gründung von Stiftungen (insbesondere gemeinnützige Stiftungen).

In bestimmten Fällen ist auch der auf den Strafprozess anwendbare verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz dazu berufen, eine entscheidende Rolle zu spielen, denn a priori scheint die Lage einer mitangeklagten natürlichen Person schlechter zu sein als die eines mächtigen, multinationalen Konzerns³⁵.

c) Andere Grundrechte wiederum sind nur mit gewissen Einschränkungen anwendbar. So zum Beispiel das Recht auf Ehre, bei dessen Anwendung zu den unzweifelhaft persönlichkeitsbezogenen Aspekten in Bezug auf natürliche Personen der gute Ruf und das Ansehen hinzuzufügen sind, deren Verlust ein Unternehmen letztendlich sogar in die Insolvenz treiben kann³⁶.

³³ Dieser Gedanke findet sich in den einleitenden Bemerkungen des Rundschreibens der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 1/2Q11, vom 1. Juni, über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen nach der Reform des Strafgesetzbuches durch das Organgesetz Nr. 5/2Q1Q, op.cit., S. 77-89, obwohl nicht ausdrücklich darauf Bezug genommen wird.

³⁴ Siehe HERNÁNDEZ GARCIA, J., *Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables*, op.cit., S. 6 und 7.

³⁵ Diese Fragestellung befindet sich gerade im Zentrum der Diskussion darüber, ob es annehmbar ist, dass ein allmächtiger, multinationaler Konzern diejenigen Rechte in Anspruch nehmen darf, die dem Einzelnen gegenüber dem nicht weniger mächtigen Staat eingeräumt werden, das heißt, wir befinden es im wesentlichen vor einem Problem der Auslegung des Gleichheitsgrundsatzes. Siehe NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, op.cit., S. 1Q4; sowie ECHARRI CASI, F.J., *Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: Una nueva perspectiva de las garantías constitucionales*, op.cit., S. 3.





Juan-Luis Gómez Colomer

d) Wieder andere Grundrechte stehen zweifelsohne den natürlichen Personen zu, weisen jedoch Grauzonen auf, wenn es um juristische Personen geht. Das ist zum Beispiel der Fall bei der Unverletzlichkeit der Wohnung³⁷, denn die juristische Person verfügt über keine Wohnstatt, in der sie tun kann, was sie möchte. Das bedeutet, sie hat kein Recht auf Privatsphäre, denn es handelt sich um ein ausschließliches Recht natürlicher Personen³⁸. Dieser Grundsatz ist jedoch immer dann diskutabel, wenn am Geschäftssitz des Unternehmens existenzbegründende Dokumente aufbewahrt werden, z.B. ein Betriebsgeheimnis.

In die genannte Grauzone gehört auch das Recht darauf, sich nicht für schuldig zu bekennen, sowie das Recht darauf, nicht gegen sich selbst auszusagen (*nemo tenetur se ipsum accusare*), obwohl es sich eigentlich um das gleiche Recht in zwei scheinbar unterschiedlichen Ausformungen handelt. Die bisherige Rechtsprechung in Spanien muss deshalb sogleich revidiert werden, denn zum einen können nach Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortung juristischer Personen keine Zweifel mehr daran gehegt werden, ob man nun die Pflicht zur Mitwirkung in einem verwaltungsrechtlichen Ordnungswidrigkeitsverfahren einfordert oder aber die Garantien anwendet, die einem jeden Strafverfahren innewohnen³⁹. Zum anderen ist in Spanien die Zusammenarbeit mit der Verwaltung im Strafverfahren ein mildern-der Umstand, was die Anzeige — wie noch zu sehen sein wird — zur unwiderstehlichen Versuchung werden lässt⁴⁰. Um ein deutliches Beispiel zu nennen, sollte die Möglichkeit ausgeschlossen werden, eine Anschuldigung wegen eines Steuerdelikts auf der Basis von Dokumenten vorzubringen, die Willens- oder Wissenserklärungen enthalten und in einem früheren Verfahren vor dem Finanzamt in Erfüllung einer Verpflichtung eingebracht worden sind, vom Unternehmen als Steuerpflichtigem aber nicht zu trennen sind; jedenfalls immer dann, wenn man der Auffassung ist, dass die Verfassung es verbietet, dass eine juristische Person, die Steuern zahlt, an ihrer späteren strafrechtlichen Verurteilung selbst mitwirkt. Und das, weil es sich um ein höherrangiges Recht handelt, bei dessen Anwendung derartige Dokumente später nicht in einem Strafverfahren gegen das Unternehmen verwendet werden dürfen. Weitaus zweifelhafter ist jedoch, ob auch Beweismaterial, das unabhängig von dem

³⁶ Siehe VIDAL MARIN, T., *Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional*, InDret Revista para el Análisis del Derecho, Januar 2007, Nr. 397, S. 5 ff. Hierzu heißt es im zitierten Urteil des Verfassungsgerichts Nr. 139/1995, vom 26. November (Rechtsgrund Nr. 5): "Obwohl die Ehre «ein auf einzelne Personen bezogener Wert ist», so bleibt das Recht auf Selbstschätzung oder auf Ansehen oder einen guten Ruf, auf dem sie sich stützt, doch nicht allein jenen vorbehalten... Es ist daher offensichtlich, dass auf dem Weg über die Zielsetzung, die der Gründung einer jeden juristischen Person des Privatrechts zugrunde liegt, ein Schutzbereich ihrer eigenen Identität geschaffen werden kann, und zwar in zweierlei Hinsicht: sowohl zur Verteidigung ihrer Identität bei der Verfolgung ihrer Ziele als auch zum Schutz der Bedingungen der Ausübung dieser Identität; und hierzu gehört auch das Recht auf Ehre. Wenn dem so ist, dann kann auch eine juristische Person durch die Verbreitung von auf sie bezogene Tatsachen, die zur Verleumdung oder einer Minderung ihres Ansehens geeignet sind, in ihrem Recht auf Ehre verletzt sein". Auch das Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 1/2Q11, vom 1. Juni, über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen nach der Reform des Strafgesetzbuches durch das Organengesetz Nr. 5/2Q1Q, op.cit., S. 97, bezieht auf die Gefahr eines Ansehensverlusts.

³⁷ Zum Begriff der Wohnung im Bereich des Verfahrensrechts siehe GÓMEZ COLOMER, J.L., *Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español*, Revista de Derecho Procesal 1993, Nr. 3, S. 57Q und 571.





Rechte der angeklagten juristischen Person in Spanien

Willen der juristischen Person vorliegt, in einem späteren Strafverfahren ebenfalls nicht verwendet werden kann⁴¹.

Es ist abzusehen, dass die spanischen Gerichte diese Fragen bei ihrer Interpretation der neuen Rechtslage beantworten und weitere Zweifel aus dem Weg räumen werden. Kann das Unternehmen wie eine natürliche Person Straftaten begehen, so sollten die Unterschiede bei der Anklage auf ein nach der Natur der Dinge unentbehrliches Mindestmaß beschränkt werden.

e) Ohne hier auf alle möglichen Einzelheiten eingehen zu können, ist der aus verfahrensrechtlicher Sicht am schwierigsten zu fassende Aspekt das Recht auf Verteidigung, das nicht wenige Probleme in der Praxis bereitet. In diesem Sinne erlaubt es die Ausformung eines Strafverfahrens, in dem eine juristische Person Verfahrenspartei sein kann, dass diese die einzige Partei ist, gegen die sich das Verfahren richtet. Daher muss das Problem ihrer Verteidigung vor Gericht gelöst werden. Wird jedoch zudem eine natürliche Person beschuldigt oder angeklagt – normalerweise diejenige, deren sich die juristische Person zur Durchführung ihrer Handlungen bedient hat, oder aber die, die ihrerseits die juristische Person zur Begehung einer Straftat benutzt hat (der gesetzliche Vertreter; Mitglieder, auch faktische, des Vorstands; oder jedweder Arbeitnehmer, im Sinne des Artikel 31bis I Span. StGB –), so liegt eine Streitgenossenschaft vor, was die Lösungsfindung noch weiter erschwert. Das Recht auf Verteidigung ist auf beide Parteien anwendbar, mit dem wichtigen Unterschied, dass hinsichtlich der natürlichen Person keinerlei Schwierigkeiten auszumachen sind, wohl aber in Bezug auf die juristische Person. Hierbei müssen drei Fragestellungen beachtet werden:

1.- Zunächst einmal müssen wir uns fragen, ob derselbe Anwalt sowohl die juristische als auch die natürliche Person vertreten kann, wenn letztere irgendeine Stellung in der Geschäftsführung des Unternehmens innehat oder sonst auf rechtlich fassbare Weise mit ihm in Verbindung steht, insbesondere wenn man den offensichtlichen Zusammenhang bedenkt, der zwischen den Straftaten bestehen kann.

³⁸ Im Urteil des Verfassungsgerichts Nr. 283/2000, vom 27. November (Rechtsgrund Nr. 2) heißt es hierzu, dass: "...der Grundgehalt der verfassungsrechtlich geschützten Wohnung das Domizil im Sinne einer Wohnstatt natürlicher Personen und einer letzten Bastion ihrer persönlichen und familiären Intimität ist, denn die Wohnung als Wohnstatt oder Lebensraum einer Person weist eine enge Verbindung zu ihrer Privatsphäre auf..."

³⁹ Siehe die Urteile des Verfassungsgerichts Nr. 76/1990, vom 26. April; Nr. 161/1997, vom 2. Oktober; Nr. 233/2005, vom 26. September; und Nr. 142/2009, vom 15. Juni; sowie das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 17. Dezember 1996 (Saunders/Vereinigtes Königreich), unter anderen.

⁴⁰ Vgl. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., / JUANES PECES, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor, op.cit.*, S. 6.

⁴¹ Das Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 1/2011, vom 1. Juni, über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen nach der Reform des Strafgesetzbuches durch das Organgesetz Nr. 5/2010, *op.cit.*, S. 90-95, stellt die Sorge um derartige Fragestellungen unter Beweis und untersucht das Problem der Gerichtsakte, die ihren Ursprung in früheren Verfahren oder Amtshandlungen der Verwaltung haben, wobei sie sich für die Verfassungsmäßigkeit sowohl der verwaltungsrechtlichen Verpflichtung zur Mitwirkung als auch der Würdigung der gewonnenen Unterlagen als Beweis im späteren Strafverfahren ausspricht.





Juan-Luis Gómez Colomer

Hierbei gibt es mehrere Möglichkeiten. Vor allem muss beachtet werden, wie die Stellung der Passivpartei im Strafverfahren gesetzlich ausgestaltet wird. Die spanische Lösung stellt auf die Verfahrensautonomie der juristischen Person ab, und zwar in folgendem Sinne: Zur Einnahme der Stellung einer Passivpartei im Strafverfahren ist es unerheblich, ob zur gleichen Zeit eine dem Unternehmen fremde natürliche Person angeklagt wird, aber auch, ob zudem eine Anklage gegen eine zum Unternehmen gehörige natürliche Person gerichtet wird oder nicht.

Obwohl alle diese Fälle in der Praxis auftreten können und es zudem üblich ist, dass neben dem Unternehmen auch eine zu ihm gehörige natürliche Person beschuldigt oder angeklagt wird, so ist es dennoch möglich, dass das Unternehmen die einzige Passivpartei im Strafverfahren ist⁴².

Dieses Merkmal bringt es mit sich, dass sich die Antwort auf diese erste Frage in der Theorie recht einfach darstellt. Die juristische Person muss ihren eigenen, unabhängigen Anwalt stellen, der nicht von den anderen Prozessparteien, sofern es sie denn gibt, geteilt werden darf. Die klassischen Argumente der Verfahrensökonomie (ein einziger Anwalt ist weniger kostenaufwändig) und der Verfahrenserleichterung (es sind weniger Verfahrenshandlungen durchzuführen) können hier nicht ins Feld geführt werden⁴³.

Diese Lösung dient zudem der Vorsorge nicht von der Hand zu weisender Interessenkonflikte, die sich einstellen würden, wenn die juristische und die natürliche Person auf denselben rechtlichen Beistand zählten. Dass die Wahrscheinlichkeit derartiger Konflikte groß ist, wird deutlich, wenn man bedenkt, dass die Verteidigungsstrategien beider Mitangeklagter sicherlich auf einer Schuldzuweisung an die jeweils andere Partei basieren werden: es kann als gesichert angesehen werden, dass das Unternehmen zu seiner Verteidigung anführen wird, der wahre Täter sei der Geschäftsführer, während dieser das genaue Gegenteil vertreten wird. Dieses Szenario sollte keine schwerwiegenden verfahrensrechtlichen Probleme bereiten, wenn die von der Rechtsprechung zur Aussage von Mitangeklagten ausgearbeiteten Kriterien beachtet werden⁴⁴.

⁴² Der Entwurf eines neuen Artikels 14bis der spanischen Strafprozessordnung (Span. StPO) macht dies deutlich.

⁴³ Das Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 1/2011, vom 1. Juni, über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen nach der Reform des Strafgesetzbuches durch das Organgesetz Nr. 5/2010, *op.cit.*, S. 85 und 86, hält es nicht für schädlich, dass ein und derselbe Anwalt alle Parteien vertritt, da die Verteidigungsstrategie häufig identisch ist.

⁴⁴ Siehe GASCÓN INCHAUSTI, F., *Consecuencias procesales del nuevo regimen de responsabilidad penal de las personas juridicas: la persona juridica como sujeto pasivo del proceso penal*, in: GASCÓN INCHAUSTI, F. (Hrsg.), "Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Organica 5/2010, de reforma del Código Penal", *op.cit.*, S. 57; oder auch das Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 1/2011, vom 1. Juni, über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen nach der Reform des Strafgesetzbuches durch das Organgesetz Nr. 5/2010, *op.cit.*, S. 82.





Rechte der angeklagten juristischen Person in Spanien

Ich möchte hier daran erinnern, dass die spanischen Gerichte ohne weiteres die Aussage eines im selben Verfahren Mitangeklagten zulassen und immer dann von einem gültigen Beweismittel ausgehen, wenn andere Beweise, Indizien oder externe, von der Aussage selbst unabhängige Elemente deren Inhalt bestätigen. Handelt es sich jedoch um das einzige gewonnene Beweismittel, so wird sie aufgrund der Schutzwirkung des in der Verfassung niedergelegten Rechts auf Unschuldsvermutung als nicht ausreichend betrachtet, selbst wenn sie glaubwürdig, wahrscheinlich und stimmig ist. Die jeweiligen Strafverteidiger kennen diese Lage sehr wohl und können besser darauf reagieren, wenn sie getrennt auftreten.

2.- Die zweite Frage, die sich sodann stellt, zielt darauf festzustellen, welche der verschiedenen Rechte, die das Recht auf Verteidigung ausmachen, auch tatsächlich auf eine juristische Person anwendbar sind und welche nicht. Hat sie zum Beispiel Recht auf einen Dolmetscher wenn sie die Gerichtssprache nicht versteht? Oder kann sie in den Genuss des Rechts auf Prozesskostenhilfe kommen, wenn ein Insolvenzverfahren gegen sie eröffnet worden ist?

Es ist unzweifelhaft, dass die verschiedenen Rechte, die unter dem Recht auf Verteidigung zusammengefasst sind, in der Regel auch auf juristische Personen Anwendung finden, jedenfalls insoweit ihre Rechtsnatur es zulässt, wie zum Beispiel das Recht zu schweigen⁴⁵ oder das Recht auf einen Dolmetscher⁴⁶. Andere hingegen sind schon aufgrund sachlicher Unmöglichkeit nicht einschlägig, so zum Beispiel das Recht auf einen Telefonanruf oder auf eine medizinische Untersuchung.

Bei anderen Rechten wiederum ist es gegenwärtig noch nicht endgültig geklärt, ob die juristische Person in ihren Genuss kommen soll oder nicht. Denken Sie zum Beispiel an das Recht auf kostenlosen Rechtsbeistand, darauf also, dass bei Vorliegen der gesetzlichen Bedingungen ein Pflichtverteidiger vom Gericht bestellt wird. Die traditionelle spanische Rechtsprechung, die im Zivilprozess nicht ohne Kritik davon ausgeht, dass die Prozesskostenhilfe nur natürlichen Personen zugutekommen soll — denn nur sie sind von der besonderen wirtschaftlichen Situation betroffen, an die das Gesetz die Gewährung der Beihilfe knüpft und die auf dem persönlichen oder familiären Existenzminimum beruht⁴⁷ —, ist neu zu überdenken, denn wir befinden uns jetzt nicht mehr im Zivil- sondern im Strafverfahren. Die Gefahr einer Verletzung

⁴⁵ Siehe GASCON INCHAUSTI, F., Consecuencias procesales del nuevo regimen de responsabilidad penal de las personas juridicas: la persona jurfdica como sujeto pasivo del proceso penal, in: GASCON INCHAUSTI, F. (Hrsg.), "Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Organica 5/2Q1Q, de reforma delCodigo Penal", *op.cit.*, S. 8Q.

⁴⁶ Vgl. das Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 1/2Q11, vom 1. Juni, über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen nach der Reform des Strafgesetzbuches durch das Organgesetz Nr. 5/2Q1Q, *op.cit.*, S. 90.

⁴⁷ Urteil des Verfassungsgerichts Nr. 117/1998, vom 2. Juni. Ein kurzer Hinweis auf die Entscheidung findet sich in MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L. / MONTÓN REDONDO, A. / BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional*, Bd. I (Allgemeiner Teil), 19. Aufl., Tirant lo Blanch, Valencia 2Q11, S. 27Q.





Juan-Luis Gómez Colomer

der Verteidigungsrechte der juristischen Person ist bei gegenteiliger Ansicht überdeutlich⁴⁸.

3.- Die dritte und letzte Frage bezieht sich darauf, ob der Anwalt neben seinen anderen Funktionen auch die Aufgabe eines Verständigungsorgans wahrnehmen kann, das zwischen der juristischen Person und dem Gericht vermittelt.

Diese Frage muss verneint werden, denn eine derartige Position übersteigt bei weitem die Aufgaben, die auf das Recht auf Verteidigung zurückzuführen sind, und würde den Anwalt zu einem weiteren Gesellschafter oder Arbeitnehmer des Unternehmens werden lassen. Die Gesetzgebung erlaubt es deshalb üblicherweise, dass das Unternehmen einen Stellvertreter bestimmt, der im Rahmen einer gesetzlichen Vertretung für die juristische Person vor Gericht auftritt, während die Prozessvertretung dem Anwalt vorbehalten bleibt⁴⁹. Sollte das Gesetz, das die bei juristischen Personen verfahrensrelevanten Fragen regelt und auf das ich mich am Beginn meiner Ausführungen bezogen habe, in Kraft treten, so ist es dieser Vertreter, der im Gerichtssaal die Stelle des Angeklagten einnimmt — obwohl seine Gegenwart zur Durchführung des Verfahrens nicht unbedingt notwendig ist— und der mit der Aufgabe betraut wird, dem Gericht in Verhören den Willen oder die Erklärungen der juristischen Person in Bezug auf die zu beurteilenden Handlungen und Vorgänge mitzuteilen (so sieht es der Entwurf eines neuen Artikels 786bis der spanischen Strafprozessordnung — Span. StPO— vor).

Dieser Aspekt ist wichtig, denn es scheint, dass die Ausübung des Rechts auf Verteidigung immer dann von einem mystischen Schein umgeben ist, wenn eine Körperschaft verteidigt wird, die nicht anwesend ist, die nicht sichtbar ist, die nur in einem Register vermerkt erscheint, und das obwohl aus rechtlicher Sicht kein Zweifel über ihre Existenz besteht. Die Gegenwart des Vertreters steht schaubildlich für das Unternehmen auf der Anklagebank und entlarvt damit diese “Nichtwirklichkeit”.

III. Besonderheiten bei den anwendbaren Verfahrensgrundsätzen

Nachdem ich im vorhergehenden Abschnitt versucht habe, den Einfluss der Grundrechte im Strafverfahren näher zu erläutern, geht ein zweiter Problemkomplex, der in Verbindung mit der Einforderung strafrechtlicher Verantwortung einer juristischen Person zu behandeln ist, auf die Frage zurück, ob mit den Verfahrensgrundsätzen etwas ähnliches geschieht. Auch hier muss die Antwort positiv ausfallen — wenn auch natürlich nicht in Bezug auf alle Prinzipien— aber es müssen bestimmte, nicht

⁴⁸ Das Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 1/2Q11, vom 1. Juni, über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen nach der Reform des Strafgesetzbuches durch das Organgesetz Nr. 5/2Q1Q, *op.cit.*, S. 89, hingegen befürwortet die gerichtliche Entscheidungspraxis und wendet sich damit gegen die Möglichkeit, dass eine juristische Person das genannte Recht in Anspruch nehmen kann.

⁴⁹ Eigentlich handelt es sich um die rechtliche Verteidigung, da die Prozessvertretung in Spanien von sogenannten Prozessbevollmächtigten (*procuradores*) ausgeübt wird (Artikel 543 des Organgesetzes über die Gerichtsverfassung aus dem Jahr 1985, sowie Artikel 121 der spanischen Strafprozessordnung aus dem Jahr 1882).





Rechte der angeklagten juristischen Person in Spanien

zu vernachlässigende Besonderheiten beachtet werden, auf die ich in der Folge eingehen möchte.

Ich werde mich natürlich nicht noch einmal auf diejenigen Verfahrensgrundsätze beziehen, die ich bereits behandelt habe, weil sie gleichzeitig Grundrechte sind. Des Weiteren möchte ich mich auf einige wenige Prinzipien des Verfahrens beschränken, insbesondere auf das Opportunitätsprinzip und die Beweisgrundsätze, aber auch auf die Probleme, die im Bereich der Grundsätze des Verfahrens mit dem Mündlichkeitsprinzip auftreten können.

1.- Das Opportunitätsprinzip weist einige wichtige Besonderheiten auf, die sich zum einen auf die teilweise Immunität im Falle einer Kooperation mit den Behörden beziehen, zum anderen die Verhandlungen über den Schuldspruch oder Absprachen betreffen.

a) Betrachtet man aufmerksam die Liste von Straftaten, die der gegenwärtigen Ansicht des spanischen Gesetzgebers zufolge von juristischen Personen begangen werden können⁵⁰, so ist es nicht schwierig, zu der Schlussfolgerung zu gelangen, dass es bei einer Mehrzahl von ihnen nicht so sehr darauf ankommt, welche Strafen der juristischen Person aufgrund ihrer gesetzeswidrigen Handlung nun letztendlich auferlegt werden können. Es geht vielmehr darum, eine praktisch wirksame Möglichkeit dafür zu schaffen, dass die juristische Person den entstandenen Schaden ersetzt, effektiv zur Aufklärung der Straftat beiträgt oder einer erneuten Begehung vorbeugt. Und das unter Rückgriff auf eine der in der Folge aufgeführten, im Gesetz –abschließend– geregelten Möglichkeiten, was eine analoge Anwendung *in bonam partem* von anderen mildernden Umständen ausschließen kann⁵¹.

1) Zunächst einmal erlaubt der Gesetzgeber eine erste, für den Täter günstige Anwendung des Opportunitätsprinzips immer dann, wenn das Opfer schadlos gestellt wird. Die juristische Person kann somit den verursachten Schaden in jedem Verfahrensabschnitt vor der mündlichen Verhandlung wiedergutmachen oder wenigstens mindern (Artikel 31bis IV lit. c Span. StGB). Diese Möglichkeit verspricht, so heißt es, mehr Aussicht auf Erfolg als bei Verfahren gegen natürliche Personen, denn es wird davon ausgegangen, dass die juristische Person über ein größeres Vermögen verfügt, mit dem Ersatzzahlungen geleistet werden können; in der gegenwärtigen Konjunktur handelt es sich aber wohl eher um eine Wunschvorstellung.

⁵⁰ Siehe später im Text, Fn 62.

⁵¹ Vgl. vor allem die qualifizierte Meinung von MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, 2008 (8. Aufl.), Reppetor, weitergeführt von V. Gómez Martín, 2010, auf www.ub.edu/dpenal/Mir_Actualizacion%20Derecho%20penal,%20PG.pdf, S. 17. Zwar führt der Verfasser selbst kein Beispiel an, man könnte aber folgendes nennen: Wäre der Milderungsgrund der ungerechtfertigten Verfahrensverzögerung des Artikels 21 Nr. 6 Span. StGB anwendbar? Meiner Ansicht nach schon, wegen der wiedergutmachenden Wirkung des mildernden Umstandes und dem prozessualen Gleichgewicht, das vom Gleichheitsgrundsatz gewährt wird. So jetzt auch das Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 1/2Q11, vom 1. Juni, *op.cit.*, Absatz III.4 und Schlussfolgerung Nr. 7, obwohl von einer Anwendung abgeraten wird, solange keine Vorschrift sich ausdrücklich darauf bezieht.





Juan-Luis Gómez Colomer

2) Sodann sieht der Gesetzgeber auch die Mitwirkung der juristischen Person bei der Aufklärung der Tatsachen vor, indem sie in jedwedem Verfahrensabschnitt neue Beweise vorlegt, die entscheidend⁵² dazu beitragen, die strafrechtliche Verantwortung für die Geschehnisse festzustellen (Artikel 31bis IV lit. b Span. StGB). Meiner Ansicht nach handelt es sich hierbei sowohl um Straftaten, in die die juristische Person selbst verwickelt ist, als auch solche, die darüber hinaus gehen und an denen andere, mit der juristischen Person in Verbindung stehende natürliche Personen oder sogar andere juristische Personen beteiligt sind, und deren Aufdeckung durch die Strafverfolgungsbehörden sich sonst äußerst schwierig gestalten würde. Denkt man zum Beispiel an Straftaten wie Terrorismusfinanzierung oder Menschenhandel, aber auch Hehlerei oder unerlaubte Einflussnahme, so scheint es angemessen, zu dieser Schlussfolgerung zu gelangen.

3) Schließlich kann sich die Mitwirkung der juristischen Person nicht nur auf fremde Straftaten beziehen, sondern auch auf eigene, die noch nicht aufgedeckt worden sind. So kann es sein, dass der Staat, der eine mehr als wahrscheinliche Komplexität der Untersuchung voraussieht, eine aktive Teilnahme des Unternehmens bei der Aufklärung des Falles dadurch begünstigen möchte, dass die juristische Person noch vor der mündlichen Verhandlung effektive Maßnahmen zur Vorbeugung oder Aufdeckung von Straftaten ergreift, die sonst später mit Mitteln oder unter dem Deckmantel des Unternehmens begangen werden könnten (Artikel 31bis IV lit. d Span. StGB).

Eine derartige Zusammenarbeit —*ex post facto* und seitens der gesetzlichen Vertreter der juristischen Person⁵³— mit den Strafverfolgungsbehörden (Untersuchungsrichter, Staatsanwalt und Polizei) kann in den drei genannten Fällen ohne ein dogmatisches Zugeständnis (eine Relativierung des Legalitätsprinzips in Strafsachen) des Staates nicht eingefordert werden. Der spanische Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die genannten Mitwirkungshandlungen mit einer Minderung der Strafe zu belohnen, die es notwendig macht, derartige Verhaltensweisen als Milderungsgründe anzusehen (so der neue Artikel 31bis IV litt. b, c und d Span. StGB).

b) Eine weitere Besonderheit bezieht sich auf das sogenannte *plea bargaining* (eine Absprache über die Schuldigerklärung, die in Spanien —obwohl viele Unterschiede festzustellen sind— als Einvernehmen des Angeklagten oder *conformidad* bekannt ist). Erkennt die juristische Person eine Zuwiderhandlung bei einer

⁵² Die Formulierung ist nicht ganz deutlich, denn es scheint, dass es sich um andere Beweise handeln muss als die, die zu einem Freispruch führen würden.

⁵³ Übrigens: Nur diese? Oder kann es sich auch um ein (faktisches) Mitglied des Vorstands oder einen Arbeitnehmer handeln?





Rechte der angeklagten juristischen Person in Spanien

Behörde an, noch bevor sie Kenntnis von der Einleitung eines Strafverfahrens gegen sie erlangt hat⁵⁴, so wird sie mit einer Minderung der Strafe belohnt, da auch ein derartiges Verhalten als Milderungsgrund angesehen wird (Artikel 31bis IV lit. a Span. StGB).

Drei Bemerkungen zu dieser Ausformung des Prinzips der gesetzlich geregelten Opportunität⁵⁵:

1) Das Gesetz spricht fälschlicherweise von einem Geständnis (*confesión*), aber so etwas gibt es im spanischen Strafverfahren nicht. Es kann sich auch keinesfalls um ein Geständnis im zivilrechtlichen Sinne handeln, denn die Konsequenzen sind unterschiedlich. Der Schlüsselaspekt ist darin zu sehen, dass bei einem Geständnis die davon erfassten, den Urheber belastenden Tatsachen eines Beweises nicht bedürfen. Dahingegen ordnet Artikel 406 I Span. StPO an, dass der Sachverhalt dennoch zu untersuchen ist. Im Strafverfahren ist daher von einem Tatsachenanerkennnis zu sprechen.

2) Des Weiteren ist nicht klar ersichtlich, ab welchem Moment sich das Verfahren gegen den Schuldigen richtet. Die kürzlich in Spanien entfachte gerichtliche Diskussion darüber, wann eine Unterbrechung der Verjährung der Straftat eintritt, macht dies deutlich⁵⁶. Tritt man dafür ein, die Frage in dem Sinne zu entscheiden, dass als entscheidendes Moment die materielle Beschuldigung auf richterliche Anordnung hin anzusehen ist, so räumt man dem untersuchten Unternehmen wohl einen zu großen zeitlichen Spielraum ein. Es wäre daher vorzuziehen gewesen, eine Frist für die Anerkennung festzusetzen, zum Beispiel eine Woche oder zehn Tage nach der richterlichen Zulassung der Anzeige oder des Strafantrags.

3) Schließlich wird die Berücksichtigung des mildernden Umstandes der Vorsorge des Artikels 31bis IV lit. d) Span. StGB an die Bedingung geknüpft, dass die Gesellschaft vor der Verhandlung ein Programm zur Verbeugung und Aufdeckung von Straftaten aufstellt. Aus dem Gesetz wird jedoch nicht deutlich, worin ein derartiges Programm zu bestehen hat — eine entsprechende Regelung ist wohl von Kriminologen auszuarbeiten und von der Regierung auf dem Verordnungsweg in Kraft zu setzen —, noch wird eine Rechtsfolge im Falle der Nichterfüllung angeordnet; auch ist nicht ersichtlich, was zu geschehen hat, wenn ein derartiges Programm

⁵⁴ Hierzu ist gemäß der Reform eine besondere Vollmacht des Prozessbevollmächtigten erforderlich, was heute einen nicht zu rechtfertigenden Anachronismus darstellt, nicht nur weil dadurch ein Berufsstand begünstigt wird, der so bald wie möglich in der Struktur der neuen gerichtlichen Geschäftsstelle (*oficina judicial*) aufgehen sollte, sondern auch wegen der höheren Kosten, die dadurch verursacht werden.

⁵⁵ Auch das Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 1/2011, vom 1. Juni, über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen nach der Reform des Strafgesetzbuches durch das Organgesetz Nr. 5/2010, *op.cit.*, S. 86 und 87, stellt bestimmte Fehlfunktionen bei Absprachen unter Beteiligung juristischer Personen fest.

⁵⁶ Vgl. QUINTERO OLIVARES, G., *La nueva regulación de la prescripción del delito*, in: ALVAREZ GARQA, F.J. / GONZALEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, *op.cit.*, S. 172 ff.





Juan-Luis Gómez Colomer

bereits vorher aufgestellt worden war, die Straftat aber dennoch begangen worden ist⁵⁷.

2.- Auch die Beweisgrundsätze bedürfen einiger allgemeiner Erläuterungen, wenn eine juristische Person in einem Strafverfahren beschuldigt oder angeklagt wird:

a) Kein Zweifel besteht hinsichtlich des — in der Verfassung anerkannten (Artikel 24 II der Verfassung aus dem Jahr 1978)— Rechts der juristischen Person, alle zulässigen Beweismittel zu ihrer Verteidigung zu verwenden, weshalb sich jeder weitere Kommentar erübrigt.

b) Unzweifelhaft ist auch, dass die Lehre vom Beweisverbot —die, wie allgemein bekannt, in Spanien im Rückgang begriffen ist, denn die Früchte des verbotenen Baumes (vgl. die US- amerikanische Lehre der *Fruits of the Poisonous Tree*, oder die Drittwirkung des deutschen Rechts) sind vollkommen verschwunden⁵⁸ — voll und ganz anwendbar ist. Daher sind rechtswidrige Überwachungen des Telefons und anderer Kommunikationsmittel des Unternehmens oder Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung des Sitzes, der Geschäftsräume und der Unterlagen der juristischen Person —auch wenn es sich, wie gesehen, nicht um eine Wohnung handelt— nichtig und sind als Untersuchungshandlungen oder Beweisstücke aus dem Verfahren zu entfernen.

c) Weiterhin kann auch nicht bezweifelt werden, dass die Parteibefragung an den Vertreter zu richten ist, soweit dieser vor Gericht erscheint und zur Aussage bereit ist. Er ist es dann auch, der die Fragen der anderen Parteien, seines Anwalts oder des Richters beantwortet. Er kann jedoch keine Fragen an die anderen Parteien richten, denn das ist Aufgabe seines Anwalts. Der Gesetzesentwurf, auf den ich mich früher berufen habe (genauer gesagt, der Entwurf eines neuen Artikels 786bis Span. StPO), sieht vor, dass der Vertreter nicht als solcher auftreten kann, wenn er als Zeuge berufen oder sonst an der Beweisaufnahme teilnimmt (z.B. als Sachverständiger), da er im Gerichtssaal den für den Beschuldigten vorgesehenen Platz einnimmt. Dies bestätigt die Annahme, dass das Unternehmen ein unwirkliches Wesen darstellt, das von seinem Vertreter verkörpert wird. Das Gesetz gibt jedoch keine Antwort auf die wesentliche Frage, das heißt, wer es denn nun zu vertreten hat. Der Entwurf spricht von einer ausdrücklich hierzu vom Unternehmen berufenen Person, aber das führt dazu, dass der juristischen Person zu viel Spielraum gewährt und sie begünstigt wird. Vielmehr sollte der Vorstandsvorsitzende hierzu verpflichtet werden — jedenfalls dann, wenn

⁵⁷ Zu dieser Art Handbuch des angemessenen Unternehmensverhaltens, dessen Ursprung in den US-amerikanischen *Compliance Programs* zu suchen ist, siehe NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, op.cit., S. 215 ff.

⁵⁸ Siehe GÓMEZ COLOMER, J.L., *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato*, in: GÓMEZ COLOMER, J.L. (Hrsg.), "Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado", Tirant lo Blanch, Valencia 2008, S. 107 ff.





Rechte der angeklagten juristischen Person in Spanien

er nicht selbst beschuldigt wird—, der sich natürlich bei von ihm nicht beherrschten, technischen Fragestellungen beraten lassen kann⁵⁹.

3.- Der Mündlichkeitsgrundsatz schließlich kann im engeren Sinn nicht auf die juristische Person angewendet werden, und zwar aus folgenden Gründen: zunächst einmal spricht in ihrem Namen ihr Anwalt oder ihr Vertreter, oder beide, jeweils gemäß ihrem Aufgabenbereich; sodann “sprechen” juristische Personen mittels Schriftstücken, so dass der Schlüsselaspekt im Strafverfahren, an dem sie als Passivpartei teilnehmen, nicht so sehr in dem suchen ist, was vom gesetzlichen Vertreter oder Rechtsbeistand in der Verhandlung mündlich ausgedrückt wird, sondern darin, was aus den vorgelegten schriftlichen Beweisen hervorgeht. Daher sind die Vorschriften über die Aussage als Beschuldigte oder Angeklagte dem Entwurf zufolge nicht auf sie anwendbar. Sie werden durch die Schriftstücke, die von ihrem Anwalt eingereicht werden, ersetzt. Das Recht auf das letzte Wort bezieht sich dann ebenfalls auf den vom Anwalt eingereichten Schlussbericht.

IV. Die grundlegenden Unterschiede in Bezug auf die Verfahrensvoraussetzungen des Richters und der Parteien

Eine letzte Frage, die sich in Verbindung mit den Verfahrensvoraussetzungen stellt, bezieht sich darauf, ob die Tatsache, dass eine juristische Person Passivpartei eines Strafverfahrens ist, den Inhalt der Verfahrensvoraussetzungen in Bezug auf das zuständige Gericht und die Parteien beeinflusst.

1. - Was das zuständige Gericht angeht, so liegen im Gesetzesentwurf, auf den ich mich zu Beginn meiner Ausführungen bezogen habe, weder zur internationalen noch zur allgemeinen strafrechtlichen Zuständigkeit ausdrückliche Regeln vor; die sachliche und die funktionelle Zuständigkeit wird zwar näher bestimmt, aber es gibt keine Hinweise auf die örtliche Zuständigkeit. Dies bringt unzählige und nicht zu lösende Probleme mit sich, von denen ich hier die wichtigsten nennen möchte:

a) Die spanische Gerichtsbarkeit ist ausschlaggebend wenn es darum geht, die Staatsangehörigkeit des zuständigen Gerichts zu bestimmen. Da der Gesetzgeber einen jeden Hinweis hierauf unterlässt, sieht er die allgemeine Zuständigkeitsregel in Artikel 23 I des spanischen Gerichtsverfassungsgesetzes (Span. GVG) iVm Artikel 14 Span. StPO —Zuständigkeit der Gerichte des Staats, in dem die Straftat begangen worden ist— wohl als ausreichend an. Das bedeutet, dass die Staatsangehörigkeit der juristischen Person bei der Bestimmung der Zuständigkeit der spanischen Gerichte überhaupt keine Rolle spielt. Probleme können dann bei der Vollstreckung auftreten, aber nicht hier.

⁵⁹ Wie dem auch sei, es ist ratsam dass von nun an die Satzungen der Kapitalgesellschaften ausdrücklich vorsehen, wem die Vertretung des Unternehmens im Falle einer Beschuldigung oder Anklage in einem Strafverfahren anvertraut wird.





Juan-Luis Gómez Colomer

Die Zuständigkeit liegt also im Prinzip bei den spanischen Gerichten, wenn die Straftat in Spanien begangen worden ist. Hierbei wird jedoch vergessen, dass in der globalisierten Welt, in der wir leben, ein großer Teil der einflussreichen Unternehmen, insbesondere der Kapitalgesellschaften, ihren Hauptsitz nicht in Spanien haben. Es ist des Weiteren nicht von der Hand zu weisen, dass die Straftat zwar im Sitzstaat begangen wird, die verheerenden Folgen davon aber in allen Staaten, in denen das Unternehmen präsent ist — einschließlich Spanien—, auftreten.

Welches Gericht ist dann international zuständig? Sieht der Staat, in dem die Straftat begangen worden ist, eine strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen nicht vor, kann diese dann in einem anderen Land, in dem eine entsprechende Regelung existiert, gerichtlich durchgesetzt werden? Der Konflikt muss dann unter Rückgriff auf internationale Abkommen gelöst werden, wobei als Anfechtungsinstrument, das zu einer korrekten Bestimmung des Gerichtsstandes führt, die Einrede der fehlenden internationalen Zuständigkeit (Artikel 9 VI Span. GVG) in Betracht kommt.

Sind die spanischen Gerichte dann letztendlich nicht zuständig und die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen ist am Sitz des international zuständigen Gerichts nicht vorgesehen, so ist ein Verfahren unzulässig, weil damit nicht nur das (interne) Legalitätsprinzip, sondern auch der (internationale) Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit, der in letzter Zeit in wichtigen überstaatlichen Normen relativiert worden ist⁶⁰, verletzt würde.

b) Die allgemeine strafrechtliche Zuständigkeit überwiegt in der Diskussion um die Frage, ob die Zuwiderhandlung verwaltungsrechtlicher Art ist, und zwar deshalb, weil die Strafgerichtsbarkeit vorrangigen und nicht subsidiären Charakter hat. Wird der Tatbestand einer Strafnorm verletzt, so ist das Verfahren daher einem Strafrichter zuzuweisen (Artikel 9 III Span. GVG).

Ein Streit über diese Frage —die sich innerhalb Spaniens wohl häufiger stellen wird, als dies zu erwarten wäre, weil ein Großteil der Straftaten, die von juristischen Personen begangen werden können, Blankettvorschriften enthalten, von denen einige verwaltungsrechtlicher Natur sind, und weil derartige Sachverhalte bis jetzt lediglich Verwaltungsunrecht darstellten— würde zur Formulierung einer Einrede der fehlenden Zuständigkeit gemäß Artikel 9 VI Span. GVG führen. Eine schlichte Anwendung des Vorrangprinzips sollte aber mögliche Auseinandersetzungen in diesem Bereich zugunsten der allgemeinen strafrechtlichen Zuständigkeit entscheiden.

⁶⁰ In Verbindung mit dem Europäischen Haftbefehl siehe z.B. die in Artikel 2 und 4 des Rahmenbeschlusses des Rates (2002/584/JI) vom 13. Juni 2002, über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. L 190/1, vom 18. Juli 2002), sowie in Artikel 9 und 12 des Gesetzes Nr. 3/2003, vom 14. März, über den Europäischen Haft- und Übergabebefehl, vorgesehenen Ausnahmen; vgl. auch PÉREZ CEBADERA, M.A., *La nueva extradición europea: La orden de detención entregada*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, S. 63 ff., 101 ff.





Rechte der angeklagten juristischen Person in Spanien

c) Die sachliche Zuständigkeit (sowie die funktionelle Zuständigkeit für die erste Instanz) bleibt gesetzlich auf die als *numerus clausus* im Strafgesetzbuch aufgeführten Straftaten, die von einer juristischen Person begangen werden können, beschränkt⁶¹, obwohl die Strafrechtslehre bereits hervorgehoben hat, dass auch andere Sachverhalte hätten berücksichtigt werden müssen⁶². Ist diese Bedingung erfüllt, so ermittelt der Untersuchungsrichter, während das weitere Verfahren den allgemeinen Regeln zufolge in die Zuständigkeit des Amtsrichters (*Juzgado de lo Penal*), des Provinzgerichts (*Audiencia Provincial*) oder der *Audiencia Nacional*—ein Gericht mit landesweiter Zuständigkeit für bestimmte Sachverhalte— fällt, je nach dem, um welche Straftat es sich handelt.

Obwohl die Absicht des Gesetzgebers dem scheinbar entgegensteht, kann nicht mit aller Sicherheit behauptet werden, dass die Geschworenengerichte von der sachlichen Zuständigkeit ausgeschlossen bleiben, denn zumindest eines der genannten Delikte gehört in den Zuständigkeitsbereich dieser Gerichte (die unerlaubte Einflussnahme des Artikels 430 Span. StGB iVm Artikel 2 II lit. h des Geschworenengerichtsgesetzes aus dem Jahr 1995). Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass ein Unternehmen aufgrund einer Verbindung gemäß Artikel 5 des Geschworenengerichtsgesetzes wegen eines von einer natürlichen Person begangenen Bestechungsdelikts, einer Treuwidrigkeit bei der Verwahrung von Unterlagen oder der Veruntreuung öffentlicher Gelder auf der Anklagebank sitzt; und bei diesen Straftaten sind die Geschworenengerichte zuständig. Der Gesetzgeber hätte diese Situation vorhersehen müssen und nicht darauf warten dürfen, dass die Rechtsprechung, die —abgesehen von wenigen Ausnahmen— einer Ausdehnung der Zuständigkeit der Geschworenengerichte eher abgeneigt ist, die Lage klärt⁶³.

d) Unverständlicherweise gibt es derzeit (dem Entwurf zufolge auch in naher Zukunft) keine Vorschrift, die die örtliche Zuständigkeit regeln würde; dies ist um so überraschender als das Kriterium der Staatsangehörigkeit —wie gesehen— irrelevant ist, die entscheidende Rolle somit dem *forum comissi delicti* zukommt. Da eine jede ausdrückliche Norm fehlt, kann der Ort der Begehung der Straftat kein

⁶¹ Die komplette und abschließende Liste sieht, der Nummerierung im Strafgesetzbuch folgend, die nachstehenden Straftaten vor: illegaler Organhandel (Artikel 156bis), Menschenhandel (Artikel 177bis), Prostitution und Missbrauch Minderjähriger (Artikel 189bis), Straftaten gegen die Privatsphäre und unerlaubter Zugriff auf Information (Artikel 197), Betrug (Artikel 251bis), strafbare Insolvenz (Artikel 261bis), Datenschäden (Artikel 264), Straftaten gegen das gewerbliche und geistige Eigentum, den Markt und die Verbraucher (Artikel 288 I), Geldwäsche (Artikel 302), Steuerdelikte und Straftaten im Bereich der Sozialversicherung (Artikel 310bis), Straftaten gegen die Rechte ausländischer Mitbürger (Artikel 318bis), im Bereich der Raumplanung (Artikel 319) und gegen die Umwelt (Artikel 327 und 328), Straftaten im Bereich der Kernenergie und in Bezug auf radioaktive Strahlung (Artikel 343), Straftaten wegen Gefährdung durch Sprengmaterial (Artikel 348) und gegen die öffentliche Gesundheit, das heißt, Drogenhandel (Artikel 369bis), Fälschung von Zahlungsmitteln (Artikel 399bis), Bestechung (Artikel 427), unerlaubte Einflussnahme (Artikel 430), Bestechung ausländischer Beamter (Artikel 445), kriminelle Organisationen oder Gruppen (Artikel 570quater), sowie Terrorismusfinanzierung (Artikel 576bis).

⁶² So beinhaltet die Liste beispielsweise weder fahrlässige Umweltdelikte noch die passive Bestechung. Vgl. MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General, op.cit.*, S. 8, Fn 5.

⁶³ Das Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 1/2011, vom 1. Juni, über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen nach der Reform des Strafgesetzbuches durch das Organgesetz Nr. 5/2010, *op.cit.*, S. 102, schließt —und zwar nicht nur aufgrund einer wörtlichen Auslegung des Gesetzestextes— eine Zuständigkeit der Geschworenengerichte in jedem Fall aus.





Juan-Luis Gómez Colomer

anderer sein als der spanische Sitz des beschuldigten Unternehmens⁶⁴.

Eine weitere Präzisierung ist jedoch dann erforderlich, wenn das Unternehmen mehr als einen Sitz in Spanien hat: Entscheidend ist nicht unbedingt der Hauptsitz, sondern derjenige — sei es nun der Hauptsitz oder ein oder mehrere Nebensitze (Zweigniederlassungen) —, bei dem Indizien (schriftliche Glaubhaftmachung oder *principio de prueba por escrito*) darauf hindeuten, dass die Straftat dort begangen worden ist; oder aber der Ort, an dem der Vertreter, das (faktische) Mitglied des Vorstands oder der Arbeitnehmer die rechtswidrige Handlung vorgenommen hat. Werden verschiedene Handlungen an unterschiedlichen Orten vorgenommen, so ist gemäß den allgemeinen Regeln des Artikels 17 Span. StPO zu entscheiden.

2. - Was die Voraussetzungen hinsichtlich der Parteien — in diesem Fall der Passivpartei — in Bezug auf die Partei- und Prozessfähigkeit, die Legitimation und die Prozessvertretung angeht, so treten die folgenden zwei Probleme auf:

a) Kann die juristische Person zu ihrer Verteidigung anführen, dass sie keine Partei- oder Prozessfähigkeit besitzt?

Keinesfalls. Das Strafgesetzbuch hat dafür gesorgt, dass dem Gesetz gemäß gegründete juristische Personen über Artikel 31bis, fehlerhafte Gesellschaften oder überhaupt nicht gesetzlich begründete Vereinigungen hingegen über Artikel 129 verfolgt werden können. Aus diesen Gründen kann sich die juristische Person niemals auf eine fehlende Partei- oder Prozessfähigkeit berufen.

b) Die Prozessvertretung habe ich bereits hinsichtlich zweier, vom Recht auf Verteidigung abgeleiteter Aspekte behandelt. Es muss noch hinzugefügt werden, dass das Gesetz in Spanien die juristische Person weiterhin dazu verpflichtet, sich durch einen Prozessbevollmächtigten (*procurador*) vertreten zu lassen, was zu der in der Folge beschriebenen, kafkaesken Situation der Stellvertretung in einem einzigen Verfahren führt⁶⁵:

1) Zunächst gibt es einen Prozessvertreter — der Prozessbevollmächtigte oder *procurador* —, der Gebühren für seine Tätigkeit (die ebenso gut von einem Anwalt ausgeübt werden könnte) erhebt. Er hat am Tag der Verhandlung anwesend zu sein.

2) Sodann gibt es einen gesetzlichen Vertreter, der von der Satzung der juristischen Person oder den handelsrechtlichen Gesetzen bestimmt wird, z.B. der

⁶⁴ Siehe GASCÓN INCHAUSTI, F., *Consecuencias procesales del nuevo regimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal*, in: GASCÓN INCHAUSTI, F. (Hrsg.), "Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Organica 5/2010, de reforma del Código Penal", cit., pag. 93.

⁶⁵ Ausführlich zu den Schwierigkeiten der Vertretung, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Consecuencias procesales del nuevo regimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal*, in: GASCÓN INCHAUSTI, F. (Hrsg.), "Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Organica 5/2010, de reforma del Código Penal", op.cit., S. 59-70. Ich möchte in jedem Fall darauf hinweisen, dass zur Zeit der Verfassung dieses Aufsatzes noch nicht endgültig geklärt ist, wie die Regelung nun aussehen wird, da eine ausdrückliche Norm fehlt. Es scheint jedoch, dass im Gesetzesentwurf und im Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 1/2011, vom 1. Juni, über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen nach der Reform des Strafgesetzbuches durch das Organengesetz Nr. 5/2010, op.cit., gegenteilige Ansichten vertreten werden. Vgl. auch DOLZ LAGO, M., *Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable*, *Diario La Ley*, S. 6 y 7, im Druck.





Rechte der angeklagten juristischen Person in Spanien

Vorstandsvorsitzende, der als Zeuge aufgerufen werden kann, wenn er nicht gleichzeitig freiwilliger Vertreter ist. Er kann daher am Tag der Verhandlung zugegen sein.

3) Schließlich gibt es noch einen freiwilligen Vertreter, der auf der Anklagebank sitzt, wenn das Unternehmen einen solchen bestellt. In diesem Fall hat er am Tag der Verhandlung anwesend zu sein.

Es ist nicht möglich, diese Dreiteilung in Bezug auf die Vertretung in befriedigender Weise zu erklären, aber das spanische Recht sieht es nun einmal so vor. Die Abschaffung der Notwendigkeit, einen Prozessbevollmächtigten einzuschalten, würde zweifelsohne zur dringend erforderlichen Klärung der Vertretungsregeln beitragen.

3. - Auch die Bestimmung des geeigneten Verfahrens kann Probleme bereiten. Wie gesagt könnte es sein, dass gewisse Straftaten in die Zuständigkeit der Geschworenengerichte fallen, womit das im entsprechenden Gesetz aus dem Jahr 1995 vorgesehene Verfahren anzuwenden wäre. Aber es gibt noch vier weitere Verfahren, die je nach Art der Straftat Anwendung finden können: das ordentliche Strafverfahren für besonders schwere Straftaten, das beschleunigte ordentliche Strafverfahren vor dem Amtsrichter, das beschleunigte ordentliche Strafverfahren vor dem Provinzgericht und das spezielle Strafverfahren für die rasche Verfolgung bestimmter Straftaten⁶⁶.

Das Kriterium für die Wahl des geeigneten Verfahrens ist in Spanien stets die Freiheitsstrafe gewesen, aber juristische Personen können nun einmal nicht zu Haft verurteilt werden. Aus diesem Grund wird das Beschleunigungsgesetz einen neuen Artikel 14bis in die Strafprozessordnung einfügen, der zur Bestimmung des Verfahrens auf die für eine natürliche Person gesetzlich vorgesehene Strafe verweist, selbst dann, wenn das Verfahren ausschließlich gegen eine juristische Person gerichtet ist. Die Lösung mag ungewöhnlich erscheinen, aber es gibt gegenwärtig keine andere; würde es nicht auf diese Weise geregelt werden, so wären die Probleme schlicht unlösbar. Besorgniserregend ist jedoch, dass die Frage solange nicht befriedigend beantwortet werden kann, bis die Reform vom Parlament verabschiedet wird und in Kraft tritt.

Angesichts all dessen muss man sich zwangsläufig folgendes fragen: Wäre es nicht —obwohl ich gegen eine Verkomplizierung und für eine Vereinfachung des Verfahrens bin— vorzuziehen gewesen, bis zur Verabschiedung einer neuen Strafprozessordnung ein besonderes Strafverfahren für Anklagen gegen juristische Personen einzurichten? Auf diese Weise könnten viele Probleme in der Praxis vermieden werden.

⁶⁶ Das geeignete Verfahren für die Verfolgung einer Mehrzahl der Fälle wird wohl das beschleunigte Verfahren sein, aber es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass das ordentliche Strafverfahren für besonders schwere Straftaten zur Anwendung kommt. Dies geht auch aus dem Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 1/2011, vom 1. Juni, über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen nach der Reform des Strafgesetzbuches durch das Organgesetz Nr. 5/2010, op.cit., S. 101 und 102, hervor. Vergehen (faltas) bleiben hiervon ausgenommen, da die Strafen, die juristischen Personen auferlegt werden können, gemäß Artikel 33 VII iVm Artikel 13 III Span. StGB stets als schwer eingestuft werden.





İspanyol Ceza Muhakemesinde Sanık Tüzel Kişilerin Temel Hakları**

Prof. Dr. Juan–Luis Gómez Colomer*

(Tercüme: Prof. Dr. Feridun Yenisey)

İçindekiler

I. Giriş: Yasal düzenleme.- II. Sanık tüzel kişilerin temel hakları.- III. Uygulanabilen muhakeme hukuku ilkelerinin özellikler. - IV. Hakimde ve taraflarda aranan muhakeme hukuku koşulları açısından önemli farklar.

Özet

İspanyol Hukukunda tüzel kişilerin ceza sorumluluğu 2010 yılı sonundan beri yeni bir düzenlemeye kavuştu. Kanun koyucu tüzel kişiler tarafından işlenebilen belli suçları tüketici bir liste halinde Ceza Kanunu ile düzenledi. Ayrıca, tüzel kişi ile bağlantılı bulunan bir gerçek kişinin işleyebileceği suçlarda sorumluluğu düzenleyen kurallar ile bu kişilere isnad edilebilecek suçlar düzenlendi. Ancak, beklenmedik bir şekilde, reform sırasında bu kuralların uygulanmasını sağlayacak usul hükümlerine yer verilmedi. 2011 yılı sonlarına doğru bazı hükümlerin eklenmesi bekleniyorsa da, bunların yeni hukuki durumun doğurduğu zor problemleri çözmesi beklenmemektedir. Bu makale ile, demokratik Anayasamıza uygun bir ceza muhakemesinde bulunması gereken hukuk garantilerini, yani pasif bir taraf olarak tüzel kişilerin sahip bulunmaları gereken temel hakları ortaya koyacağım.

Anahtar kelimeler

Tüzel kişi, ceza sorumluluğu, ceza muhakemesi, temel haklar, muhakeme hukuku ilkeleri

I. Giriş: Yasal düzenleme

Kanun koyucu, bilimsel açıdan uzun bir süre tartışılarak belli çözümler kabul edilmeden veya belli konularda uzlaşmalar sağlanmadan, herhangi bir hukuk alanında temel ilkeleri değiştirerek, farklı bir sistem kabul ederse, teorik tartışmaların artması tehlikesi ortaya çıkar. Böylece ortaya çıkan sorunların uygulama ile çözülmesi zordur veya imkansızdır. Halbuki, maddi ceza hukukuna ilişkin normların amacı, uygulamada ortaya çıkan sorunların çözülmesi ve adil bir hüküm verilmesini sağlamaktır.

Ortaya çıkan sorunların çözümü için zorunlu olarak ceza hukukuna ilişkin kurallar konulduğu zaman, bu tür kanunlar, hangi suçun hangi faile yükleneceğini belirlemek zor olduğu hallerde, genellikle maddi ceza muhakemesi hukuku alanında bir karmaşa ve hatta kaos meydana getirirler.

* Medeni Muhakeme ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ordinaryüs Profesörü Jaime I-Universitesi, Castellón (İspanya).

** İspanyolca'dan Almanca'ya tercüme eden: Achim PUETZ, Özel Hukuk Bölümü, Jaime I-Universitesi, Castellón.





İspanya'da Sanık Tüzel Kişilerin Hakları

İspanya'da 2010¹ yılında tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ile ilgili olarak yapılan yasal düzenlemede de bu durum meydana geldi. İspanyol kanun koyucusu bu zamana kadar, tüzel kişiler hakkında bazı geçici tedbirler almış ve yaptığı değişiklikleri güvenlik tedbirleri ve belli ferî cezalarla sınırlı tutmuştu². Yapılan reform ile bilimsel açıdan tartışma yapılmış veya üzerinde çoğunluk görüşü sağlanmış olmamasına rağmen, bu tür temel bir ilke düzenlenerek, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edildi. Kanun koyucu iyi niyetle, uygulamada yaşanan bazı sorunlara çözümler bulmak için hareket etmiştir ama, bilim insanlarının görüşlerine nazaran, bu düzenleme, bir kısmı hiç bir şekilde çözülemeyecek olan bazı ek sorunlar doğmasına neden olmuştur.

Muhakeme Hukukçularını şaşkırtan şey ise, 2010 reformu sırasında usule ilişkin hiç bir hüküm yer almamasıdır³. Yasa hazırlanırken ya, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun, yukarıda belirtildiği gibi, bir Hukuk Devletinde sadece muhakeme hukuku kuralları ile düzenlenebileceği unutulmuş veya ceza hukuku ile birlikte muhakeme hukuku kuralı koymanın sorunu halledeceği düşünülmüş, ama usul kurallarını eklemenin kanunun çıkmasını zorlaştıracağı nazara alınmıştır. Nedeni ister öngörü eksikliği, isterse üzerinde çok düşünme olsun, sonuçta muhakeme hukuku kurallarına hiç yer verilmemiştir. Daha sonra yaşanan olaylar, Kanun Koyucunun bu hatasının ne kadar önemli sonuçlar doğurduğunu göstermiştir. Sonuçta, sevindirici bir şekilde, yetersiz de olsa, halen Mecliste görüşülmekte olan bir tasarı hazırlanmış ve muhakemeyi hızlandıracak hükümlere, 2011 yılı sonunda yürürlüğe girmesi beklenen bu tasarıda yer verilmiştir.

Halen İspanyol Hukukunda yürürlükte bulunan bir düzenleme bulunmadığı için, bir şirketin ceza hukuku açısından sorumluluğunu belirlemek zordur. Maddi ceza hukuku normları uygulanmakta, fakat hiç kimse nasıl davranacağını tam olarak bilmemektedir⁴.

İspanyol Meclisinde bir kanun tasarısı bulunduğu için, açıklamalarımı buna dayandıracam. Bununla birlikte, atf yapacağım bazı hükümlerin ya hiç kanunlaşmayabileceği veya içeriklerinin değişebileceği tehlikesinin de farkındayım. Bu nedenle, eleştirel açıdan yaptığım bu inceleme, bilimsel olarak çok sağlam olmayan temellere dayanmaktadır.

¹ 22 Haziran 2010 tarih ve 5/2010 numaralı Ley Orgánica (bundan sonra "Organgesetz" olarak isimlendirilecektir) (Resmi Gazete 23. Haziran 2010), 1995 tarihli Ceza Kanununu değiştirmiştir. Bu reform altı ay sonra, yani 23 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

² Sözü edilen ferî cezalar Ceza Kanununun 129 uncu maddesinde düzenlenmişti. Bu konuda; GÓMEZ COLOMER, J.L., *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid 1996, S. 189 vd.. Bu hüküm 25 Kasım 2003 tarih ve 15/2003 sayılı Temel Kanun ile değiştirilmiştir. Bugün yürürlükte olan madde hükmü, ceza da verilmesini öngören köklü bir reformun sonucudur. Bu hükümden önceki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Revista La Ley Penal, Aralık 2010, S. 27-31.

³ Bu hükümden hemen önceki düzenleme, Hakimler Yüksek Kurulunun (*Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial*) hazırladığı, 23 Kasım tarihli ve 10/1995 sayılı Organ Kanunu değiştirmeyi öneren, 3 Kasım 2006 tarihli raporudur (sh. 42). Ancak Hakimler Kurulunun oluşturduğu komisyonun 18 Şubat 2009 tarihli raporu 1995 tarihli Organ Kanununun değiştirilmesine ilişkin bir ön tasarıya ilişkin olup, bu konu ile ilgili değildir.

⁴ Uygulamada görülen ilk önemli olay, ilerideki yasal kararlara örnek teşkil edecektir; bu olayda Nueva Rumasa'nın 10.000.000 € dan fazla değerinde hisse sahiplerinden 60 kadar kişi, şirketin kurucusu Jose Maria Ruiz-Mateos ve altı oğlu hakkında, dolandırıcılık, kasıtlı iflas, emniyeti suistimal ve tüketici haklarının ihlali suçu işlendiği iddiası ile suç duyurusunda bulundular (bakınız <http://www.expansion.com/2011/05/09/empresas/distribucion/1304964384.html>).



Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu ele alma girişiminin başlangıç noktası, doğal olarak maddi ceza hukuku kurallarıdır. Ancak, zaman azlığı nedeni ile bu konuya ayrıntılı olarak girmem mümkün olmayacağı için, açıklamalarımı, İspanyol Ceza Hukuku Biliminin önemli bir kısmının, Alman doktrinine dayanarak, yasal düzenleme yapılmasından kaçındığı hususunu belirtmek ile sınırlandırmak istiyorum; benim görüşüme nazaran, bu tercih tesadüfi bir seçim olmadığı gibi, şaşırtıcı da değildir. Bu konu, İspanyol Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukuna bilimsel açıdan önemli katkıları bulunan İtalyan Hukuku açısından da geçerlidir. Bizim düzenlemelerimiz anglosakson (daha doğrusu Anglo-Amerikan) sistemine ve Avrupa içinde de, Fransız modeline benzemekte ve karma bir sistem oluşturmaktadır.

Günümüzde bütün önemli endüstri Devletlerinde, belli konularda tüzel kişilerin sorumluluğunu düzenlemeyeni hemen hemen yoktur; zira, iktisadi alanda endüstri yapılanmasını ve sosyal hayatın kolektif hale getirilmesi söz konusudur⁵. Bu şekilde, uygulamada gerçek kişiler tarafından işlenen bir çok suç tipinin tüzel kişilerin lehine olduğu açık bir şekilde görülmekte ve bu nedenle de genellikle de yeni suç tiplerinin -mesela örgütlü şekilde işlenen suçları- ile çevre⁶ suçlarının, tüzel kişilerden yararlanılarak işlenmesi olgusu ortaya çıkmaktadır⁷.

Klasik Medeni Hukuk yaptırımlarının etkili olmaması nedeni ile, adı geçen ülkeler bu tür ceza hukuku yaptırımları uygulamaya başladılar. Günümüzde iki türlü tedbir uygulanmaktadır:

1.- Bazı devletler kabahatlerde ağırlaştırılmış idari yaptırımlar uygulamakta⁸ ve idare hukuku alanı dışına çıkmaksızın, tüzel kişiler hakkında ceza hukuku benzeri bir yaptırım sistemi uygulamakta iseler de, bu bir *ceza* olarak nitelendirilmemektedir. Klasik bir hukuk ilkesi olan, *societas delinquere non potest* kuralından sapma yapılmış olmamaktadır. Ancak, bu yöntemde açık tanımlara yer veren bir uygulama söz konusu değildir⁹, zira, ihlallerin ekonomik yaptırımları o kadar kapsamlı ve ağırdır ki, adli para cezası ile idari para yaptırımı arasındaki farkı açıkça görmek zordur. Almanya ve İtalya'daki uygulama bu yöndedir.

⁵ Değişik ülkelerde ve Devletlerüstü normlarda uygulanan modeller hakkında bakınız; TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, in: GÓMEZ COLOMER, J.L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "La Reforma de la Justicia Penal (Estudios en Homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)", Universitat Jaume I, Castellon 1997, sh. 28 ve 29. Ayrıca bakınız LEDERMAN, E., *Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity*, Buffalo Criminal Law Review 2000, c. 4, sh. 650 vd.

⁶ Bu konuda Başsavcılığın 2 Haziran tarihinde yürürlüğe koyduğu, 5/2010 numaralı Organ Kanunu ile değişen Ceza Kanunu ile ilgili olan ve suç örgütleri hakkındaki düzenlemeleri açıklayan 2/2011 numaralı Genelge, geniş bilgi içermektedir.

⁷ Bakınız; HURTADO POZO, J. / MEINI MÉNDEZ, I., *Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano*, in: HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMÓNS VALLEJO, R., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada", Tirant lo Blanch und Universidad de Alicante, Valencia 2001, sh. 77 ve 78.

⁸ Diğer bir çok kaynak yerine, bakınız; TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf, 1996, sh. 102 ve 103.

⁹ Bakınız; HEINE, G., *La responsabilidad penal de las empresas: Evolución y consecuencias nacionales*, in: HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMÓNS VALLEJO, R., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada", op.cit., sh. 49-51.



İspanya'da Sanık Tüzel Kişilerin Hakları

Bu ülkelerde yaptırım uygulama açısından genellikle idare hukukunun kuralları tatbik edilmektedir; mesela İtalya'daki durum böyledir¹⁰. Bununla birlikte, tüzel kişinin gerçekleştirdiği idare hukukuna aykırılıklar ile ilgili olarak uygulanan idari para yaptırımı, şirketin faaliyetine son verilmesi veya her türlü yasal sonuç, idare hukuku niteliğini kaybetmeksizin, ceza muhakemesi yapılarak da hükmedilebilmektedir; Almanya'daki düzenleme böyledir¹¹.

2.- Buna karşılık, diğer bazı ülkeler tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmiştir. Mesela, İngiltere¹², Amerika¹³, Japonya¹⁴, Hollanda¹⁵, Fransa¹⁶ ve İspanya ile Avrupa Birliği¹⁷ gibi ülkelerde, tüzel kişilerin sorumluluğu açısından dar anlamda ceza niteliği taşıyan yaptırımlar kabul edilmiştir. Bu nedenle, suçlama, kamu davasının açılması, mahkumiyet veya beraat kararları tam anlamı ile bir ceza muhakemesi yapılarak verilmektedir.

Bu ülkelerdeki ceza hukuku bilimi, klasik ceza hukuku dediğimiz hukuk dalının yarattığı ve ceza hukukunu sadece gerçek kişilere inhisar ettiren görüşlerden kaynaklanan engelleri aşmak için çabalamaktadır. Bunu yaparken, somut olarak ve

¹⁰ Bu düzenleme için 8 Haziran 2001 tarih ve 231 numaralı kanun kuvvetinde kararnameye (*Decreto Legislativo*) bakınız; bu kaynak GUARDIOLA LAGO, M.J., tarafından İspanyolca'ya tercüme edilmiş ve yayımlanmıştır (*Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, sh. 147 vd.). Ayrıca bakınız: BELLUTA, H., *Le disposizioni generali sul processo agli enti, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, in: BERNASCONI, A. (ed.), "Il processo penale de societate", Giuffrè, Mailand 2006, sh. 30 vd.

¹¹ Aykırılıklar hakkında öngörülen ve 1987 yılında köklü değişiklik geçiren Kabahatler Kanunu'nun 30 ve 88 inci maddelerinde düzenlenen idari yaptırımlara, 1877 tarihli Ceza Muhakemesi Kanununun 444 üncü maddesi uygulanarak ve ceza muhakemesi yapılarak hükmedilir; bu konuda bakınız GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona 1985, sh. 415 ve 416. Bu konuda Wilhelm SCHMIDT tarafından yazılmış olan mükemmel bir makale, şu kaynakta yayımlanmıştır: HANNICH, R. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6.Bası, C.H. Beck, München 2008, sh. 2165-2168.

¹² Bakınız WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, 2. Bası, Oxford University Press, New York 2001, sh. 84 vd.

¹³ Bu konuda yazılan kaynakları özetlemek mümkün olmadığı için, sadece birkaç kaynağa yollama yapalım: GERAGHTY, A., *Corporate Criminal Liability*, American Criminal Law Review 2002, c. 39, sh. 327 vd.; ve WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, op.cit., sh. 146 vd. Ayrıca bakınız; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Iustel, Madrid 2008, sh. 178-194.

¹⁴ Bu ülke hakkında TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, op.cit., sh. 27, 29, 32, 35 oder 45 tarafından yazılan şerhe bakınız.

¹⁵ Bakınız VERVAELE, J., *Societas/Universitas delinquere ed punire potest. La experiencia holandesa como modelo para España?*, in: GARCÍA GARCÍA, M.A. (ed.), "Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Derecho comparado y Derecho comunitario", Estudios de Derecho Judicial 115-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, sh. 13 vd.

¹⁶ Bu kural Fransız Ceza Kanununda 1994 yılından beri vardır. Bakınız; PRADEL, J., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho frances: Algunas cuesti on es*, in: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61.pdf. Aynı yazar tarafından yazılan, *La responsabilidad penal de la persona jurídica*, in: HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMÓNS VALLEJO, R., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada", op.cit., sh. 133 vd., adli esere de bakınız.

¹⁷ Burada hepsinin tek tek sayılması mümkün olmayan çerçeve kararları, direktifler ve görüşler vardır. Bu konuda bakınız QUINTERO OLIVARES, G., *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas*, in: GARCÍA GARCÍA, M.A. (ed.), "Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Derecho comparado y Derecho comunitario", op.cit., sh. 163 vd.; ve FROMM, I.E., *Auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen/ Unternehmensvereinigungen in Europa?*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2007, s. 7, sh. 279 vd. En geniş kapsamlı düzenlemeyi getiren, fakat yürürlüğe girmiş olmayan metin, Corpus Iuris düzenlemesidir. Bunun gelecek için örnek teşkil edecek nitelikteki 14 üncü maddesi hakkındaki açıklamalar için bakınız; GÓMEZ COLOMER, J.L., *La proteccion procesal penal de la Union Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto Corpus Iuris)*, Revista de Derecho Penal y Criminología 2000, no. 6, sh. 139 vd. Bunun dışında, sürekli olarak, ceza sorumluluğunu öngören yeni hükümler yürürlüğe sokulmaktadır.





Juan-Luis Gómez Colomer

derinlemesine araştırmalar yaparak, kamu davası, kusur ilkesi ve cezanın kişiselleştirilmesi gibi kavramların irdelenmesi gerekmektedir¹⁸.

Kanaatimce, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusunda olumlu veya olumsuz bir karar verirken, artık sadece dogmatik gerekçelerden yola çıkmak ve yalnızca hukuki gerekçelere dayanmak yerinde değildir. Bu karar verilirken daha ziyade olgusal gerekçelerden yola çıkılmalıdır¹⁹. Yani, kanaatimce çok pragmatik davranılmalıdır: tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna taraflar olanların da bildikleri gibi, ceza hukuku açısından açık bir müdahale²⁰ teşkil eden bu kurum, neticeleri bakımından kabul edilebilir bir yüküdür, zira, karşı görüşe nazaran, bir gerçek kişi tarafından işlense idi, hiç kuşkusuz cezalandırılan bir fiil olarak ele almak gerekecek idi; eğer bu fiil cezalandırılmazsa, cezasız kalacaktır²¹.

Pratik bakış açılarının yanısıra ileri sürülen diğer bir açıklama, maddi hakikatin bulunması ve adaletin yerine getirilmesi fikri olup, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusuna, mağdurun korunması bakış açısını eklemektedir. Eğer bu kurum kabul edilmezse, yok edici terör eylemlerinde olduğu gibi, mağdur tamamen korumasız kalacaktır.

II. Sanık durumundaki tüzel kişilerin temel hakları

Şimdi meseleyi muhakeme hukuku açısından irdelemek istiyorum. Kanaatimce, ceza muhakemesi hukuku açısından, suç işlendikten sonra yapılan araştırmalar sırasında temel hakların ihlal edilmemesi için, tüzel kişilerle ilgili prensiplerin doğru oturtulması ve problemlerin iyi teşhis edilmesi gerekir. Bundan sonra, pasif süjeler açısından ceza muhakemesi şartları konusunda yapılması doğal ve zorunlu olan değişiklikler üzerinde durulmalıdır. Nihayet, açıklamalarımın sonunda ilgili muhakeme hukuku kurumlarına ve muhakemenin kendisine değinmek istiyorum, ancak bu konuların hepsinin incelenmesinin, daha geniş bir incelemenin konusu olacağıının bilincindeyim.

¹⁸ Bakınız TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, in: GÓMEZ COLOMER, J.L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La Reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)”, *op.cit.*, S. 36-43; NIETO MARTIN, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo, *op.cit.*, S. 115 ff.; sowie MORALES PRATS, F., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in: QUINTERO OLIVARES, G. (Hrsg.), “La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios”, Aranzadi, Pamplona 2011, S. 45 ff.

¹⁹ Bakınız PALIERO, C.E., *Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho italiano*, in: HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMÓNS VALLEJO, R., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada”, *op.cit.*, S. 116.

²⁰ Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu aleyhine bilimsel görüş için bakınız ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, c. I, 4. Bast, C.H. Beck, München 2006, § 8, Rn 59 und 60, aynı görüş için bakınız: § 15 Rn 7.

²¹ Bakınız HURTADO POZO, J., *Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano*, in: HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMÓNS VALLEJO, R., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada”, *op.cit.*, S. 76-81.





İspanya'da Sanık Tüzel Kişilerin Hakları

Öncelikle, burada üzerinde durulan tüzel kişilerin, özel hukuk tüzel kişileri ve özellikle de şirketler olduğunu belirtmeye belki gerek yoktur²². Bunu söylemek önemlidir, zira İspanyol Ceza Kanunu bu kavramın bilindiğini var sayarak, ayrıca bir tanım vermemiştir. Bu nedenle, özel hukukta²³ kullanılan, ceza hukuku dışında kalan tanımdan yola çıkılması ve şu önemli farka dikkat çekmek gerekmektedir: bu kavram doğal olarak, Ticaret Hukuku kurallarına²⁴ uygun olarak kurulmuş olan yasal şirketleri kapsamakta, fakat ayrıca, kurallara aykırı olarak oluşturulan ve hiç bir kurala uygun olarak kurulmuş olmayan şirketleri ve diğer birleşimleri de kapsamaktadır. Ceza Kanununun 129/1 maddesinde yer alan bu hüküm, bu konuda hiç bir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde düzenlenmiştir. Özet olarak, yeni ceza hukuku düzenlemesinin, nasıl kurulmuş olursa olsun, somut olarak birlikte hareket eden ve kendileri açısından belirli bir olayı gerçekleştirmek isteyen her türlü insan gurubunu kapsadığı söylenebilir.

İspanyol Ceza Kanunun yeni 31bis maddesinin V inci fıkrası gereğince, Devlet gibi kamu hukuku tüzel kişileri, belediyeler, siyasi partiler, sendikalar, uluslararası kuruluşlar ve karma nitelikli iktisadi işletmeler, kanunun kapsamı dışında tutulmuşlardır. Bunlar kamusal görevler üstlendikleri için, - her ne kadar İspanya'nın bu günkü durumunda tek yanlı olsa bile - bu tür tüzel kişilerin suç işleyemeyecekleri veya suç teşkil eden davranışları olsa bile, ceza hukuku aracılığı ile yaptırıma bağlanamayacağı düşünülmüştür. Maddenin ikinci fıkrası ile önemli bir özel bir hüküm sevk edilerek, (cezai yaptırımdan kurtulmak için paravan şirketler kurmak gibi) bazı gizleyici işlemler cezalandırılmıştır.

İspanya'nın 1978 tarihli demokratik Anayasasının özelliği, muhakeme hukuku alanında en fazla hakkı, açıkça düzenleyen bir Anayasa olmasıdır. Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanık olanlar için bu husus çok önemlidir. Amerikan, Alman ve İtalyan Anayasa uygulamaları bizim Anayasa Mahkememiz tarafından nazara alındığı için, İspanya bu gün, en gelişmiş Anayasa Hukukuna sahip olan Devletler arasında yer almaktadır ve bu husus özellikle gerek insanın insan olma onurunun korunması açısından yapılan yasal düzenlemeler, gerekse bu yasaların uygulanması bakımından görülmektedir. Anayasanın 24 üncü maddesi, diğerlerinin yanında bu konuda iyi bir örnek olarak gösterilebilir.

²² İspanya'da sermaye şirketlerinin yasal düzenlemesi, halen 2 Haziran tarih ve 1/2010 numaralı kanunda yer alır: *Real Decreto Legislativo*. Bundan en fazla şirketler etkilenir. Sermaye şirketleri tek bir kişi tarafından da kurulabilir (tek kişi tarafından kurulan şirket ve kamusal makamlar tarafından kurulan limited şirketler, madde 12-17), yeni şirketler (*sociedad limitada nueva empresa*, Art. 434 bis 454) ve Avrupa şirketleri (madde 455-494).

²³ Bu konuda tam bir tanım için bakınız; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, 10. Bası, Tecnos, Madrid 2001, c. I, p. 576: "Tüzel kişiler, Devlet tarafından kendilerine, kendi unsurlarından farklı kişilik tanınmış olan sosyal bir varlık niteliği taşırlar. Bunlar, organları veya temsilcileri eli ile bizzat hukuki işlem yapabilir ve hak sahibi olabilir, yükümlülüklere tabi olurlar."

²⁴ Belirtilen bu sermaye şirketlerinin yanısıra, kendilerine özgü hukuk kurallarına bağlı olan işçi şirketleri, kredi garanti birlikleri, sporla ilgili şirketler (*sociedad anonima deportiva*), (merkezi İspanya'da bulunan Avrupa sendikaları gibi) sendikalar gibi ticaret şirketleri de tüzel kişi niteliğindedir.



Bizim Ceza Muhakemesi Hukukumuz, belirtilen diğer ülkelerde olduğu gibi, sadece anayasal ilkeler açısından anlam ifade eder. Tiedemann'ın²⁵ belirttiği gibi, kişi özgürlüğü ile suçun ve failinin kovuşturulmasındaki zorunluluk ihtiyacı arasındaki çelişki, demokratik açıdan meşru bir zemine dayanan Anayasa tarafından bireyin hakları ve Devletin yetkileri korunarak oluşturulan bir ceza muhakemesinin kuracağı denge ile ve polislin araştırma ve Devletin kovuşturma yetkilerinin sınırlarının açık ve net bir şekilde belirlenmesi ile ortadan kaldırılabilir.

Tüzel kişilerin pasif bir süje olarak katıldıkları Ceza Muhakemesinin Anayasal yönlerine değinen bu açıklamalardan sonra, Anayasanın gerçek kişilerden oluşan şüpheli ve sanıklara tanıdığı haklardan haklardan, bir şirketin yararlanıp yararlanamayacağı sorusunun cevabını aramak gerekir²⁶.

Bu soru çok önemlidir, zira sorunun cevabı, aslında mühim bir hukuki karinenin, yani gerçek hayatta mevcut bulunmayan²⁷ tüzel kişilerin “varlıklarının” tartışılmasına dayanmaktadır. Gerçekte var olmayan bu kişiler, ceza muhakemesinde bir işlem yaparlarken, onları daima bir gerçek kişinin temsil etmesi gerekmektedir. Bu nedenle, tüzel kişilerin Anayasal haklarının ve bunlara sağlanan hukuk garantilerinin bir başka bakış açısından ele alınması gerekmektedir²⁸.

Bu sorunun en kolay cevabı, ceza muhakemesinde gerek gerçek kişilerin ve gerekse de tüzel kişilerin şüpheli ve sanık durumuna geldiklerinde, doğal olarak aynı haklara sahip olduklarının söylenmesidir. Bu cevaba göre, bunların hukuki durumları kişiliklerine göre değişmez.

Ancak, bu bakış açısı ayrıntılara girmeyen, farklara dikkat etmeyen bir yaklaşım olup, çok da inandırıcı değildir, zira dünyanın bütün demokratik Anayasaları vatandaşlarına haklar tanıırken, gerçek ve yaşayan kişiler oldukları için bu haklar kabul edilir. Bu nedenle, gerçek kişiler için tanınan bu haklar, tüzel kişiler hakkında ya hiç bir zaman veya çoğunlukla uygulanamaz.

²⁵ Bakınız; ROXIN, C. / ARZT, G. / TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, tercüme eden, Arroyo Zapatero ve Gomez Colomer, Ariel, Barcelona 1989, sh. 133.

²⁶ Tam olarak belirtildiğinde, burada asıl sorun incelenmiş olur. Bu konuda bakınız; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables*, La Ley, 18. Juni 2010, SH. 6-8; GASCON INCHAUSTI, F., *Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal*, in: GASCÓN INCHAUSTI, F. (Hrsg.), “Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal”, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2010, SH. 54-59; ve ECHARRI CASI, F.J., *Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: Una nueva perspectiva de las garantías constitucionales*, Diario La Ley, Mittwoch 18. Mai 2011, sh. 2 vd.

²⁷ Bakınız; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., / JUANES PECES, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor*, La Ley, 3 Kasım 2010 tarihli ve 7501 numaralı Kanun, SH. 6. Tüzel kişileri farazi varlıklar, yani sadece hukuki amaçlara ulaşmak için yaratıldıklarını kabul eden görüşlerin neden olduğu maddi sorunların farkındayım. Buradaki amacım, tüzel kişilerin hukuki niteliği konusunda bir tartışmaya (bu konuda bakınız; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L. / GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, op.cit.*, Bd. I, SH. 576-578) girişmek değildir, bununla birlikte, artık farazi varlık teorisinin günümüzde terk edildiğini vurgulamak isterim. Burada sadece, sade kelimelerle, tüzel kişinin “elle tutulamayan, maddi varlığı bulunmayan” bir muhakeme süjesi olduğunu, gerçek kişilerin ise muhakemede bizzat vücutları ile hazır bulduklarını belirtmek isiyorum.

²⁸ Bu nedenle, burada “tüzel kişilerin insanlaştırılmasından” bahsedilmesi, şartmamaıdır; zira, gerçek bir insan - burada normal olarak, temsilcisi- tüzel kişiyi görülebilir kılar. Başsavcılığın, Ceza Kanununda 5/2010 numaralı Organ Kanununun 81 inci maddesi ile yapılan ve tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu öngören değişiklik hakkındaki, 1 Haziran tarih ve 1/2011 numaralı genelgesine bakınız.



İspanya'da Sanık Tüzel Kişilerin Hakları

Alman Anayasa Mahkemesinin²⁹ verdiği kararlara dayanarak, İspanyol Anayasa Mahkemesi, tüzel kişilerin belli anayasal hakları, konuları bakımından tüzel kişilere uygulanabildiği takdirde ve tüzel kişinin kurulma amacı ile bağlantılı olduğu somut hallerde kullanabileceklerini kabul etmiştir³⁰. Gerçi İspanyol Anayasası, Alman Anayasasının³¹ aksine, bu konuda açık bir hüküm içermemekle birlikte, Anayasa Mahkemesi ile, en üst mahkemenin verdikleri kararlar, Anayasada düzenlenen temel haklardan tüzel kişilerin de yararlanacakları konusunda tereddüte yer bırakmayacak şekilde, açıktır³².

Yapılan bu anayasal açıklamalar doğrultusunda, tüzel kişiler hakkında ceza muhakemesinde uygulanan kuralların sınırlı olmadığı ve tüzel kişilerle ilgili şirket yönetimine ve işverenliğe ilişkin sair kurallar ile çakışmaması gerektiği ortaya konduğu için, bazı ayrımlar yapılacaktır. Ayrıca, sanıklar arasında topluca, birlikte sorumluluk söz konusu olamayacağı için, her bir sanığın kullanacağı temel hakkın hangisi olduğu belli olmalıdır³³:

a) Öncelikle belirtilmelidir ki, tüzel kişiler hakkında hiç bir zaman uygulanamayacak olan bazı temel haklar vardır, Mesela, yaşama hakkı, vücut bütünlüğü gibi haklar, sadece yaşayan, canlı varlıklar için uygulanabilen haklar olup, tüzel kişilere uygulanamaz. Bu konuda başka açıklama yapmaya gerek bile yoktur.

b) Buna karşılık, girişimcilik özgürlüğü gibi bazı temel haklar, sadece tüzel kişiler hakkında uygulanabilir. Bu hak, bazı amaçlar kamu yararına hizmet ettikleri için, bireyin kişisel yararından daha önemli sayıldıkları ve demokrasi açısından ek bir değer yarattıkları için, tüzel kişinin temel hak ve özgürlükler sistemine katkıda bulunmasını sağlarlar³⁴.

²⁹ Burada TIEDEMANN ve HEINE tarafından yazılan ve yukarıda atıf yapılan eserlere yollama yapmak yeterlidir. Mesela, bakınız; TIEDEMANN, K., Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado, op.cit., SH. 37, Fn 10, und 38, Fn 14; HEINE, G., La responsabilidad penal de las empresas: Evolucion y consecuencias nacionales, in: HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMONS VALLEJO, R., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada", op.cit., sh. 52, dipnot 6 und 7.

³⁰ Bakınız; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables, op.cit., sh. 7.

³¹ Anayasa'nın 19 III maddesine bakınız.

³² Mesela, İspanyol Anayasa Mahkemesi bir kararında şu hususlara işaret etmektedir: "Eğer temel hakların düzenlenme amacı ve bu hakların görevi, birey ister tekil olarak, isterse toplumun bir bireyi olarak ele alsın, bireyin korunması ise, bu takdirde, tek tek bireylerden oluşan tüzel kişilerin, (tüzel kişinin amacı doğrultusundaki) haklarının da, gerçek insanların hakları gibi, korunması gerektiğini kabul etmek gerekir. Belirtilen dernekler, bu gibi hallerde Anayasa'nın 162/1-b maddesi anlamında, haklı bir menfaatin korunması olarak değil, kendilerinin sahip buldukları haklar nedeniyle korunacaktır. Eğer tüzel kişilerin temel hakların sahibi oldukları kabul edilecek olursa (yani sadece haklı menfaatlerin korunması olarak değil), böylece hakların korunması açısından bir üst kavram yaratılmış ve koruma sınırı yükseltilmiş olur. Bunun dışında, temel hakların subjektif etki alanları genişletilir ve özel veya subjektif olarak yapılan sınıflandırma, kolektif bir temel hak ve sosyal hak seviyesine yükseltilir (26 Eylül tarih ve 139/1995 numaralı kararın 4 numaralı gerekçesi).

³³ Bu görüş, açıkça atıf yapılmamakla birlikte, Başsavcılığın tüzel kişilerin ceza sorumluluğu hakkında Organ Kanunu ile Ceza Kanununda yapılan değişikliğe ilişkin 1 Haziran tarih ve 1/2011 numaralı genelgesinin giriş kısmında yer almaktadır (op. cit., sh. 77-89).

³⁴ Bakınız; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables, op.cit., sh. 6 und 7.





Juan-Luis Gómez Colomer

Belirtilen bütün bu haklar “anayasal hak” düzeyinde olmasalar dahi, tüzel kişiler tarafından kullanılabilirlerinde şüphe yoktur. Bu kategorideki haklar arasında; sendika kurma özgürlüğü (işçi sendikaları), ifade özgürlüğü (basın özgürlüğü), dernek kurma özgürlüğü (siyasi partiler), din ve inanç özgürlüğü (sivil toplum örgütleri) ve vakıf kurma özgürlüğü (kamuya yararlı vakıflar) ile ilgili haklar sayılabilir.

Belli bazı hallerde, ceza muhakemesi hukukunda kullanılması söz konusu olan haklar, anayasal haklardan olan eşitlik hakkı açısından değerlendirilir; zira, aynı davada sanık durumunda olan bir gerçek kişinin hukuki durumu, çok uluslu bir holding’in hukuki durumundan çok daha kötüdür³⁵.

c) Diğer bazı temel haklar ise, sadece belli sınırlamalar dahilinde tüzel kişiler için geçerli olabilir. Mesela, şeref hakkı, tüzel kişi için uygulandığında, iyi bir şöhret olarak algılanmak gerekir; bunun kaybedilmesi, işletmenin zarar etmesi ve hatta iflas etmesini sonuçlandırabilir³⁶.

d) Diğer bazı temel haklar tüzel kişiler hakkında uygulandığı zaman gri bir alan meydana gelir. Mesela, konut dokunulmazlığı hakkı³⁷ böyledir, zira bir tüzel kişinin, içinde özel hayat yaşayacağı, istediği gibi davranışlarda bulunacağı bir konutu olamaz. Özel hayat hakkı sadece gerçek kişiler için söz konusu olur³⁸. Fakat, tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yerde şirketin önemli belgeleri muhafaza ediliyorsa, mesela iş hayatı ile ilgili sırlar saklanıyorsa, durum farklı olacaktır.

Bu gri alandaki diğer bir hak, aynı hakkın iki farklı görünümü niteliğindeki “susma hakkı” ve “kendisi aleyhinde delil vermeme haklarıdır” (*nemo tenetur se ipsum accusare*). İspanyol mahkemelerinin bu güne kadar olan içtihadının artık değişmesi gerekir, zira tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul ederken, idare hukuku alanında hakkında bir yaptırım uygulanan tüzel kişinin, kendisi hakkında uygulanacak olan idari yaptırıma hükmedilmesi için katkıda bulunması beklenme-

³⁵ Bu sorun, çok kuvvetli, çok uluslu bir Holding’in, kendisinden çok zayıf konumdaki bir bireye Devletin tanıdığı haklardan aynı oranda yararlanabilip yararlanamayacağı hususunda bir tartışma doğmasına neden olmaktadır; yani eşitlik ilkesinin nasıl yorumlanması gerektiği tartışılmaktadır. Bu konuda bakınız; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, op.cit., SH. 104; ayrıca bakınız; ECHARRI CASI, F.J., *Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: Una nueva perspectiva de las garantías constitucionales*, op.cit., sh. 3.

³⁶ Bakınız; VIDAL MARÍN, T., *Derecho al honor, personas jurídicas tribunal constitucional*, In Dret Revista para el Análisis del Derecho, Ocak 2007, no. 397, sh. 5 vd. Bu konuda, yukarıda atıfta bulunduğumuz Anayasa Mahkemesinin 26 Kasım tarih ve 139/1995 numaralı kararı (5 numaralı gerekçe) şöyle demektedir: “şeref, kişiye bağlı değerlerden biri ise de, itibar sahibi olmak veya kendisine saygı duymak, sadece bireylere mahsus bir hak değildir. Bu nedenle, bir özel hukuk tüzel kişisi, amacını belirleyerek, kimlik sahibi olabilir ve kimliğinin iki yönden korunmasını talep edebilir: hem ulaşmak istediği amaçlara varmak için, hem de bu kimliği kullanarak yaptığı koşulların korunmasını isteyebilir; bunlar arasında, şerefinin korunması da vardır. Bu nedenle, kendisini ilgilendiren olayların yayınlanması dolayısı ile iftira suçunun mağduru olabilir veya itibarını zedeleyecek hususlarda da şeref hakkı ihlal edilmiş olabilir”. Başsavcılığın 1 Haziran tarihli ve 1/2011 numaralı genelgesinin 97 inci maddesi de, itibar kaybı tehlikesine dikkat çekmektedir.

³⁷ Muhakeme hukuku açısından ikametgah kavramı hakkında bakınız; GÓMEZ COLOMER, J.L., *Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español*, Revista de Derecho Procesal 1993, no. 3, sh. 570 ve 571.

³⁸ Anayasa Mahkemesinin 27 Kasım tarih ve 283/2000 numaralı kararının 2 numaralı gerekçesinde, bu konuda şu görüşlere yer verilmektedir: “...Anayasa tarafından korunan “konut’un”, gerçek kişilerin ikametgahı ve kişisel ve ailevi özel yaşantılarının kalesi görünümündedir, zira, insanın yaşadığı yerin konutu ve ikametgahı olması ile yakın bağlantı vardır...”.





İspanya’da Sanık Tüzel Kişilerin Hakları

melidir; burada her ceza muhakemesi için geçerli olan garantiler tatbik edilmelidir³⁹. Diğer taraftan, idare ile işbirliği yapan tüzel kişilere, İspanya’da ceza muhakemesi hukuku açısından daha hafif cezalar uygulandığı için, suç duyurusunda bulunmak, karşı koyulmaz bir istek olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁰. İrade açıklaması içeren ve vergi müdürlüğüne başka bir dava sırasında, vergi yükümlüsü olduğu için, işletmenin farklı bir yükümlülüğünü yerine getirmek amacı ile verilmiş olan belgelere dayanarak, vergi suçu nedeni ile dava açılmamalıdır; zira vergisini ödeyen bir tüzel kişinin, hakkında daha sonra açılan bir ceza davasında kendisini suçlayıcı beyanda bulunduğu söylenebilir. Kendisini suçlamama hakkı, üstün bir hak olduğu için, bu tür belgeler, şirket hakkında daha sonra açılan ceza davalarında delil olarak kullanılamaz. Bunun dışında, tüzel kişinin iradesine bağlı olmaksızın ortaya konan bir belgenin, daha sonra açılan ceza davasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı da tartışmalıdır⁴¹.

İspanyol mahkemelerinin bu yeni kuralların yorumuna ilişkin verecekleri kararların nasıl olacağını ve tereddütleri giderip gideremeyeceklerini, beklemek gerekmektedir. Eğer bir şirket gerçek bir insan gibi suç işleyebiliyorsa, bunlar hakkında açılan davalardaki istisnalar, sadece en gerekli olanlarla sınırlı kalmalıdır.

e) Uygulamada muhakeme hukuku açısından en fazla sorun yaratan husus, burada bütün ayrıntılarına girmemiz mümkün olmayan, savunma hakkına ilişkindir. Tüzel kişinin ceza davasının tek sanığı olduğu hallerde, muhakemenin özel olarak şekillendirilmesi gerekir. Bu nedenle, tüzel kişi için savunma sağlanması, mahkeme tarafından çözülmesi gereken bir sorundur. Ancak, tüzel kişi ile birlikte, (kanuni temsilci, yönetim kurulu üyesi, İspanyol Ceza Kanununun 31 bis I maddesi anlamında “hizmet kabul eden bir kişi gibi), tüzel kişi adına hukuki işlemler yapan veya suç işlemek için tüzel kişiyi alet olarak kullanan bir gerçek şahıs da şüpheli veya sanık konumunda ise, bu takdirde, sorunun çözümünü daha da zorlaştıran, bir *dava arka- daşlığı* söz konusu olur. Her iki taraf için müdafî görevlendirilmesi söz konusu olursa da, gerçek kişiler hakkında herhangi bir sorun çıkmazken, tüzel kişiler bakımından büyük meseleler çıkar. Burada özellikle üç sorun vardır:

1.- İlk soru, gerçek kişinin şirketin yönetiminde herhangi bir şekilde katkıda bulunduğu ve özellikle de, her ikisinin işlediği iddia edilen suçlar arasında bağlantı bulunan hallerde, aynı avukatın hem tüzel kişiyi, hem de gerçek kişiyi temsil edip edemeyeceğidir.

³⁹ Bu konuda Anayasa Mahkemesinin 26 Nisan tarih ve 76/1990 numaralı, 2 Ekim tarih ve 233/2005 numaralı, 26 Eylül tarih ve 142/2009 numaralı ve 15 Haziran tarih ve 142/2009 numaralı kararlarına ve de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesininin 17 Aralık 1996 tarihli *Saunders v. İngiltere* kararına bakınız.

⁴⁰ Bakınız: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., / JUANES PECES, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas- su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor, op.cit.*, sh. 6.

⁴¹ 5/2010 numaralı Organ Kanunu ile değişen Ceza Kanunu ile ilgili olarak yayımlanan 1/2011 numara ve 1 Haziran tarihli Başsavcılık Genelgesininin 90-95 inci maddeleri, bu tür sorunları dile getirmekte ve idari yargılamanın daha önce yapılan muhakemelerine ilişkin dosyaların veya önceki idari işlemlerin, daha sonraki bir ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasının Anayasa’ya uygun olduğunu ve hatta idare hukukunun bir gereği olduğunu vurgulamaktadır.





Juan-Luis Gómez Colomer

Burada bir kaç ihtimal söz konusu olur. Pasif süjenin hukuki durumunun ceza muhakemesi hukuku açısından nasıl düzenlenmiş olduğu önemlidir. İspanyol Hukuku tüzel kişinin muhakeme hukuku açısından bağımsız olduğunu kabul eder; ceza muhakemesi hukuku açısından pasif süje rolünün üstlenilmesi için, şirket ile bağlantısı bulunmayan bir gerçek kişinin aynı zamanda sanık durumunda olup olmaması önem taşımadığı gibi, şirkete mensup olan bir gerçek kişi hakkında dava açılmış olup olmaması da dikkate alınmaz.

Şirketin yanısıra, şirkette çalışan gerçek kişilerin de şüpheli veya sanık durumunda olması gibi durumlara uygulamada rastlanması mümkün olmakla birlikte, davanın tek pasif süjesinin şirket olması da mümkündür⁴².

Bu husus, ilk soruya verilen cevabın, teorik olarak, çok basit olmasını gerektirir. Tüzel kişi, hizmeti, varsa, muhakemenin diğer süjeleri tarafından paylaşılmayan, bağımsız bir avukat görevlendirmelidir. Usul ekonomisi (tek avukat daha az masraflıdır) ve davanın görülmesi açısından kolaylık (muhakemede yapılması gereken usuli işlemlerin sayısının azalması) gibi klasik gerekçeler, burada ortaya konulmamalıdır⁴³.

Bu çözümün diğer bir yararı, önemli bir sorun olan ve gerçek kişi ile tüzel kişinin aynı kişinin sağladığı hukuki yardımdan yararlandığı durumlarda ortaya çıkabilecek olan, menfaat çatışmasını engellemesidir. Her iki sanığın savunma stratejilerinin, kusuru diğer taraf yüklemek üzerine dayanacağı düşünülürse, bu tür çatışmaların ortaya çıkma olasılığının yüksek olduğu görülecektir: tüzel kişi esas failin yöneticisi olduğunu ileri sürerken, gerçek kişi de tam tersini söyleyecektir. Eğer mahkeme içtihadı sanıkların beyanları hakkında belli kriterler geliştirecek olursa, bu senaryo muhakeme hukuku açısından önemli sorunlar yaratmaz⁴⁴.

Şunu da belirtmek isterim ki, İspanyol mahkemeleri aynı davada birlikte suçlanan sanığın beyanda bulunmasını, özellikle beyanın içeriğini destekleyen yan deliller bulunduğu hallerde, sorun çıkarmadan kabul etmektedirler. Buna karşılık, elde edilmiş olan tek delil bu ise, Anayasada düzenlenmiş olan suçsuzluk karinesinden yola çıkarak, beyan güvenilir, ihtimal dahilinde ve tutarlı olsa bile, ispat açısından elverişli olarak kabul edilmemektedir. Ceza davalarında müdafilik yapanlar bu durumu çok iyi bildikleri için, ayrı ayrı savunma yatıklarında daha başarılı olurlar.

2. - Bu konuda tartışılan ikinci sorun, müdafaa haklarından hangilerinin tüzel kişiler hakkında gerçekten uygulanabileceğine ilişkindir. Mesela, duruşmada yapılan konuşmaları anlamadığı takdirde, tercümandan yararlanma hakkı var mıdır?

⁴² İspanyol Ceza Muhakemesi Kanununun yeni 14 bis numaralı maddesinin tasarısı bu konuya açıklık getirmektedir.

⁴³ 5/2010 numaralı Organ Kanunu ile değişen Ceza Kanunu ile ilgili olarak yayımlanan 1/2011 numara ve 1 Haziran tarihli Başsavcılık Genelgesininin 85 ve 86 ncı maddeleri, aynı avukatın bütün tarafları temsil etmesinde, savunma stratejileri genellikle aynı olacağı için, bir sakınca görmemektedir.

⁴⁴ Bakınız; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Consecuencias procesales del nuevo regimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal*, in: GASCÓN INCHAUSTI, F. (ed), "Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal", *op.cit.*, sh. 57; veya 5/2010 numaralı Organ Kanunu ile değişen Ceza Kanunu ile ilgili olarak yayımlanan 1/2011 numara ve 1 Haziran tarihli Başsavcılık Genelgesininin 82 inci maddesi.





İspanya'da Sanık Tüzel Kişilerin Hakları

Veya, hakkında iflas kararı verilmiş olan bir tüzel kişi, fakirler için uygulanan adli yardımdan yararlanabilecek midir?

Savunma hakkı kapsamında ele alınan susma hakkı⁴⁵ ve tercümandan yararlanma hakkı⁴⁶ gibi hakların, hukuki nitelikleri elverdiği ölçüde, kural olarak tüzel kişiler hakkında da uygulanacağı konusunda tereddüt yoktur. Buna karşılık, mesela telefon etme veya sağlık kontrolünden geçme gibi diğer bazı haklar, konuları bakımından uygulanamazlar.

Diğer bazı haklar vardır ki, bunların tüzel kişiler tarafından kullanılıp kullanılmayacakları, halen tartışmalıdır. Mesela, yasal koşulları oluştuğunda mahkeme tarafından görevlendirilen, zorunlu müdafiden ücretsiz yararlanma hakkı konusunu düşününüz. Klasik bakış açısından hareket eden İspanyol mahkemelerinin kararları, eleştirilmekle birlikte, hukuk yargılaması açısından, kanunun adli yardım yapılmasını düzenleyen koşullarının, yani kendisinin ve ailesinin fakirlik alt sınırının⁴⁷ sadece gerçek kişiler bakımından ele alınabileceğini düşünerek, adli yardımdan sadece gerçek kişilerin yararlanabileceklerini kabul etmektedirler; ancak, konumuz hukuk yargılaması değil de, ceza yargılaması olduğu için, bu görüşün yeniden düşünülmesi gereklidir. Karşı görüşün kabul edilmesi durumunda, tüzel kişinin savunma haklarının ihlal edilmesi olasılığı doğacağı açıkça bellidir⁴⁸.

3. - Üçüncü ve son konu, bir avukatın diğer fonksiyonlarının yanısıra, tüzel kişi ile mahkeme arasında uzlaşma sağlama görevini üstlenip üstlenemeyeceğine ilişkindir.

Hukuk düzeninin müdafiden beklediği görevlerin seviyesini düşüreceği ve avukatı işletmenin bir çalışanı veya ortağı gibi kabul etmeye götürecek bu konum doğuracağı için, bu soruyu olumsuz yanıtlamak gerekir. Bu nedenle, Kanun işletmeye bir kanuni temsilci atanmasını ve bu temsilcinin duruşmada tüzel kişiyi temsil etmesi sistemini benimsemiştir⁴⁹. Başlangıçta bahsettiğim ve tüzel kişilere ilişkin muhakeme hukuku sorunlarını düzenleyen Kanun yürürlüğe girecek olursa, bu temsilci duruşma salonunda sanık tüzel kişinin yerini alacak ve muhakemenin bu kişinin hazır bulunduğu bir ortamda yapılmasına gerek olmamasına rağmen, temsilcinin

⁴⁵ Bakınız; GASCÓN INCHAUSTI, F. *Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal*, in: GASCÓN INCHAUSTI, F. (Hrsg.), "Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Organica 5/2010, de reforma del Código Penal", *op.cit.*, S. 8Q.

⁴⁶ Bakınız 5/2010 numaralı Organ Kanunu ile değişen Ceza Kanunu ile ilgili olarak yayınlanan 1/2011 numara ve 1 Haziran tarihli Başsavcılık Genelgesinin 90 ncı maddesi.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesinin 2 Haziran tarih ve 117/1998 numaralı kararı. Bu konuda kısa bir açıklama için bakınız; MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L. / MONTÓN REDONDO, A. / BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional*, c. I (Genel Kısım), 19. Bası, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, sh. 270.

⁴⁸ 5/2010 numaralı Organ Kanunu ile değişen Ceza Kanunu ile ilgili olarak yayınlanan 1/2011 numara ve 1 Haziran tarihli Başsavcılık Genelgesinin 89 uncu maddesi; buna karşılık, yargı içtihatları bunu onaylamakta ve tüzel kişilerin bu hakkı kullanabilmelerini benimsemektedir.

⁴⁹ İspanya'da savunma, 1985 tarihli Mahkemeler Teşkilatı Hakkındaki Organ Kanununun 543 ve 1982 tarihli İspanyol Ceza Muhakemesi Kanununun 121 inci maddesi uyarınca, yetkili vekiller eli ile yapıldığı için, burada hukuki açıdan müdafî'den bahsetmek yerinde olur.





Juan-Luis Gómez Colomer

görevi, yargılanan fiiller ile ilgili olarak, sözlü duruşmalar sırasında tüzel kişinin iradesini veya açıklamalarını sunmak olacaktır (İspanyol Ceza Muhakemesi Kanununun 786 bis maddesindeki düzenleme böyledir).

Bu konu önemlidir, zira, hazır bulunmayan, gözle görünmeyen, sadece bir kütüğe kaydı yapılmış olan, fakat hukuki açıdan varlığı konusunda hiç bir tereddüt bulunmayan bir varlığın savunulması, savunma görevini yapılması açısından daima mistik bir yön taşır. Temsilcinin hazır bulunması, şirketi sanık sandalyesinde gözüktür hale getirir ve böylece “gerçek olmayan şey”, gözle görünür hale gelir.

III. Uygulanabilen Muhakeme Hukuku İlkelerinin Özellikleri

Buraya kadar temel hakların ceza muhakemesi üzerindeki etkilerini ortaya koyduktan sonra, artık tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ile bağlantılı olan ikinci problem grubunda, muhakeme hukuku ilkeleri açısından aynı hususların ortaya çıkıp çıkmadığını incelemeye başlayabiliriz. Burada da, her ilke ile ilgili olmasa da, bir çok muhakeme hukuku ilkesi açısından belli özellikler gösterecek şekilde bir uygulama olduğunu söylemek gerekir; bunlar aşağıda incelenecektir.

Bazı muhakeme hukuku ilkeleri aynı zamanda temel hak niteliğinde olduğu için, yukarıda incelenen haklara tekrar değinmeyeceğim. Burada sadece kamu davasının açılmasındaki takdirilik sistemi ile, bazı ispat kuralları ve sözlülük ilkesi üzerinde duracağım.

1.- Şirketin bazı makamlarla kooperasyon yaptığı durumlarda ve uzlaşma veya dava pazarlığı yapılan hallerde, takdirilik sistemi bazı önemli özellikler gösterir.

a) İspanyol Kanununda tüzel kişiler tarafından işlenebilen suçların listesine⁵⁰ dikkatle bakıldığında, bu suçların çoğunda tüzel kişi hakkında sonuçta hangi cezanın uygulanacağını önemli olmadığı görülür. Burada önemli olan, suçtan meydana gelen zararın tüzel kişi tarafından etkin bir şekilde giderilmesi, tüzel kişinin suçun ortaya çıkarılmasına katkıda bulunması veya tüzel kişinin tekrar suç işlemesinin önlenmesidir. Bu nedenle, Kanun sınırlı sayıda aşağıda belirtilen iyi halli taraf hakkında uygulanabilen imkanlar yaratmış ve bunları diğer takdiri indirim nedenlerinden ayırmıştır⁵¹.

1) Mağdurun zararının giderildiği bütün hallerde, Kanun koyucu fail hakkında takdirilik prensibinin uygulanmasını kabul etmiştir. Tüzel kişi muhakemenin duruşmadan önceki her evresinde zararı kısmen veya tamamen giderebilir (İspanyol Ceza Kanunu madde 31 bis fıkra IV, c bendi). Bu imkan, tüzel kişiler hakkında gerçek

⁵⁰ Aşağıda 62 numaralı dip nota bakınız.

⁵¹ Öncelikle bu konudaki yerleşik kanaat için bakınız; MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, 2008 (8. Bası), Reppetor, aynı görüşü temsil eden kanaat için bakınız; V. Gómez Martín, 2010, kaynak olarak bakınız; www.ub.edu/dpenal/Mir_Actualizacion%20Derecho%20penal,%20PG.pdf, sh. 17. Yazar bu konuda örnek vermemiştir ama, şu örnek verilebilir: İspanyol Ceza Kanununun 21 inci maddesinin 6 numaralı bendinde gösterilen, “muhakemenin haksız bir şekilde geçiktirilmesi” hafifletici sebebi, burada uygulanamaz mı? Kanaatimce, uygulanabilir ve hafifletici sebebin iyileştirici etkisi ve taraflar arasında dengenin sağlanması ve eşitlik ilkesinin korunması mümkün olur. Aynı görüş Başsavcılığın 1 Haziran tarih ve 1/2011 numaralı genelgesinin III. 4 fıkrasında ve 7 numaralı sonuçlar bölümünde de kabul edilmiş olmakla birlikte, açık bir kanun ile yollama yapılmadığı sürece, bu yetkinin kullanılmaması tavsiye edilmektedir.





İspanya'da Sanık Tüzel Kişilerin Hakları

kişilere nazaran daha geniş uygulanmıştır, zira bunların maddi imkanları daha geniştir, ancak ekonominin bu günkü gidişi içinde bu bir temenni olarak kalmaktadır.

2) Buna göre, Kanun koyucu muhakemenin her evresinde ceza sorumluluğunun belirlenmesi açısından önemli olan olayların belirlenmesi için yeni delil göstererek işbirliği yapmak yükümü öngörmektedir (İspanyol Ceza Kanunu m. 31bis, fıkra IV, bent b). Kanaatimce, burada tüzel kişinin kendisi tarafından işlenen suçlar söz konusudur; hatta, bunlara kendisi tarafından işlenen suçların dışında, tüzel kişinin gerçek kişilerle veya başka tüzel kişilerle birlikte işlediği suçlar da dahildir; doğaldır ki, bu suçların ortaya çıkarılması, tüzel kişinin katkısı olmaksızın, çok zor olacaktır. Örnek olarak, terörün finansmanı, insan kaçakçılığı veya yasa dışı etkileme suçları düşünülmelidir.

3) Tüzel kişinin işbirliği yapması, sadece başkalarının işlediği suçlar bakımından değil, kendisi tarafından işlenen, fakat henüz meydana çıkarılmamış olan suçlara ilişkin de olabilir. Mesela, ileride tüzel kişinin sahip bulunduğu imkanlar kullanılarak veya şirket paravan olarak işlenebilecek olan suçların, duruşma başlıktan önce, tüzel kişinin işbirliği yapması sayesinde ortaya çıkarılması sağlanırsa, Devletin bu yardımı ödüllendirmesi söz konusu olabilir (İspanyol Ceza Kanunu madde 31bis, fıkra IV, bend d).

Suç işlendikten sonra, tüzel kişinin kanuni temsilcisi⁵² ile ceza kovuşturması makamları (sorgu hakimi, savcı ve polis) arasında yapılan bu tür bir işbirliği yapılması, kanun koyucunun maddi ceza hukuku anlamında onayı alınmadan (yani ceza davasının açılması bakımından kamu davasının mecburiliği ilkesi yumuşatılmadan) yapılamaz. İspanyol kanun yapıcısı, bu konudaki kararını, bu tür davranışların cezada indirim sebebi olarak düzenlenmesi yönünde vermiştir (İspanyol Ceza Kanununun yeni 31bis maddesinin IV üncü fıkrasının b, c ve d bendleri).

b) İspanyol Hukukunun diğer bir özelliği, plea bargaining denilen ve İspanyol Hukukunda *conformidad* adı altında tanınan (sanığın suçunu ikrar etmesine bağlanan sornuçlardan oluşan) kurumdur. Eğer bir tüzel kişi, kendisi hakkında ceza soruşturması başlatmaya neden olabilecek bir bilgi edinilmezden önce⁵³, bu aykırılığı kabul ederek, bir resmi makama bildirimde bulunursa, ceza indirimi ile mükafatlandırılmaktadır (İspanyol Ceza Kanunu madde 31bis, fıkra IV, bend a). Kanunda düzenlenmiş olan takdirilik sistemi⁵⁴ hakkında üç husus belirtilmelidir:

⁵² Sadece bunlar mı? Veya yönetim kurulunun fiili bir üyesi veya bir işveren de bu kapsama girer mi?

⁵³ Reform uyarınca, bu konuda özel yetki gerekmektedir, ancak bu konuda bir meslek grubuna avantaj sağlanmakta ve büyük masraflara girilerek, adeta yeni bir adli makam (*oficina judicial*) oluşturulmaktadır.

⁵⁴ Başsavcılığın 1 Haziran tarih ve 1/2011 numaralı genelgesininin 86 ve 67 inci maddeleri de, tüzel kişilerin katılımı ile yapılan uzlaşmalarda, kurumun fonksiyonuna aykırı bazı durumlar doğabilceğini belirtmektedir.



1) Yasada hatalı olarak, ikrar (confesion) kelimesi kullanılmış ise de, İspanyol Ceza Muhakemesi Hukukunda böyle bir kavram yoktur. Hukuk muhakemesi usulünde kullanılan kabul burada herhalde söz konusu olmayacaktır, zira, bunun doğurduğu hukuki sonuçlar farklıdır. Davanın kabul edilmesindeki temel özellik, ikrarda bulunan kişi aleyhindeki olguların ispat edilmesine gerek olamamasıdır. Buna karşılık, İspanyol Ceza Muhakemesi Kanununun 506 ıncı maddesinin I inci fıkrası, somut maddi olguların, ikrara rağmen araştırılmasını amirdir. Ceza Muhakemesinde maddi olguların araştırılması ilkesi geçerlidir.

2) Açık ve net olmayan diğer bir husus, kusurlu olan kişi hakkında ceza muhakemesinin hangi anda başladığının belirlenmesidir. Son zamanlarda İspanya’da zaman aşımının hangi anda kesileceği konusunda yapılan tartışmalar, bu husustaki fikir ayrılıklarını su üstüne çıkarmıştır⁵⁵. Maddi ceza hukuku açısından suçlamanın, hakimın karar verdiği anda yapıldığı görüşü kabul edilecek olursa, araştırmaların konusu olan tüzel kişiye oldukça geniş bir zaman kazandırıldığı görülecektir. Bu nedenle, suç ihbarının veya şikayetin hakim tarafından kabul edildiği andan itibaren bir hafta veya on günlük bir sürenin geçmesi ile, sürenin işlemeye başladığının kabul edilmesi daha faydalıdır.

3) Nihayet, cezada indirim nedenlerinin göz önünde tutulması, İspanyol Ceza Kanununun 31bis maddesinin IV üncü fıkrasının d bendi tarafından öngörülen bir koşul olan, şirketin duruşma öncesinde “suçların önlenmesi ve ortaya çıkarılmasına” hizmet eden bir düzenlemeyi kabul etmiş olmasına bağlıdır. Bununla birlikte, Kanundaki bu düzenleme açık değildir ve böyle bir programın unsurlarının ne olduğu düzenlenmemiştir; kriminoloji uzmanlarının bu düzenlemeyi hazırlamaları ve hükümetin bir yönerge hazırlayarak bunu yürürlüğe sokması gerekecektir; ayrıca bu kurala uygun davranılmadığı takdirde buna bağlanan sonuçlar gösterilmemiş olduğu gibi, bu tür önleyici programın mevcut bulunmasına rağmen suçun işlendiği durumlarda nasıl karar verileceği de düzenlenmemiştir⁵⁶.

2.- Tüzel kişiler hakkında şüpheli veya sanık sıfatı ile yapılan bir ceza muhakemesinde uygulanacak olan ispat kuralları hakkında da bazı konulara değinmek gerekir:

a) 1978 tarihli Anayasanın 24 üncü maddesinin II inci fıkrasında kabul edilmiş bulunan temel kural olan, savunma için bütün delillerin kullanılması ilkesi, doğal olarak, tüzel kişiler hakkında da geçerlidir.

⁵⁵ Bakınız; QUINTERO OLIVARES, G., *La nueva regulación de la prescripción del delito*, in: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, op.cit., sh. 172 vd.

⁵⁶ Amerikan Hukukunun *Compliance Programs*’larından esinlenen bu tür el kitapları ile, şirketler için davranış kuralları belirlenmesi konusunda bakınız; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, op.cit., sh. 215 vd.



İspanya’da Sanık Tüzel Kişilerin Hakları

b) Her ne kadar zehirli ağacın meyvası, yani uzak etki teorisi tamamen terk edilmiş⁵⁷ olsa bile, delil yasaklarının da tam anlamı ile tüzel kişiler açısından da uygulanacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle, bir tüzel kişinin telefonları hakim kararı olmadan dinlenmiş veya tüzel kişinin iş yerinde böyle bir arama yapılmış ise elde edilen deliller ve işlemler hükümsüz sayılacak ve bu deliller dosyadan çıkartılacaktır.

c) Bunun dışında, mahkemeye gelir ve beyanda bulunmaya hazır olduğunu söylerse, taraflara sorulacak soruların temsilciye sorulacağı kuşkusuzdur. Diğer taraflar veya hakim soru sorduğunda da, cevap verecek olan olan odur. Fakat bu temsilci diğer taraflara kendisi soru sormaz, zira soru sormak, avukatının görevidir. İspanyol Ceza Muhakemesi Kanununun 786 bis maddesi için hazırlanan tasarı, duruşmada tanık olarak bulunmak veya delil süjesi olarak (mesela bilirkişi) çağırılan bu kişinin, şüpheli için ayrılan yerde durması nedeni ile, bu tür yetkilere sahip olmadığını belirtmektedir. Bütün bu düzenlemeler, tüzel kişinin gerçek varlığı bulunmayan bir nesne olarak, temsilcisi aracılığı ile yaşama geçtiğini ortaya koymaktadır. Ancak Kanun asıl soru olan, kimin temsilcilik görevini yapacağına cevap vermemiştir. Tasarıda, “şirket tarafından görevlendirilen kişi” denilmekte, ve tüzel kişiye büyük bir takdir yetkisi tanınmakta ve kayırılmaktadır. Bunun yerine, yönetim kurulu başkanının, -tabii kendisinin sanık durumunda olmadığı hallerde-, kendisinin cevap veremeyeceği teknik konulara hakim olan bir başka kişiyi görevlendirmesi yolunda bir düzenleme yapılmalı idi⁵⁸.

3.- Ceza muhakemesinde geçerli olan sözlülük ilkesi, tüzel kişiler bakımından tam anlamı ile uygulanamaz; uygulanamama nedenleri şunlardır: bir defa, tüzel kişi adına avukatı veya temsilcisi veya görev bölümüne bakılarak, her ikisi birden konuşurlar; bundan sonra tüzel kişi, belgeler aracılığı ile “konuşur” ve pasif bir süje olarak rol aldığı ceza muhakemesinde, kanuni temsilcisinin veya müdafininin duruşmada sözlü olarak ifade ettiklerinden başka, ortaya konmuş olan belge delillerinden anlaşılabilir tartışılır. Bu nedenle, Tasarı, şüpheli ve sanık ifadesine ilişkin hükümlerin tüzel kişiler bakımından geçerli olmadığını söylemektedir. Tüzel kişinin “beyanının” yerini, avukatının verdiği yazılı belgeler almaktadır. Son söz hakkı, avukatın sunduğu sonuç raporu yolu ile kullanılmaktadır.

IV. Hakim ve taraflar açısından geçerli olan muhakeme şartları açısından ortaya çıkan temel farklar

Muhakeme şartları açısından ortaya çıkan son mesele, tüzel kişinin muhakemenin pasif süjesi olmasının, muhakeme şartlarının içeriğini, yetkili mahkeme ve taraflar açısından etkileyip etkilemediği sorunudur.

⁵⁷ Bakınız; GÓMEZ COLOMER, J.L., *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato*, in: GÓMEZ COLOMER, J.L. (Ed.), “Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado”, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, S. 107 vd.

⁵⁸ Nasıl olursa olsun, bundan sonra şirketlerin tüzüklerinde, şirket suçlandığı veya hakkında dava açıldığı takdirde, ceza muhakemesinde kendisini kimin temsil edeceğinin yer alması tavsiye edilir.





Juan-Luis Gómez Colomer

1.- Açıklamalarımın başlangıcında belirttiğim gibi, kanun tasarısında, mahkemenin görevi konusunda, ne milletlerarası yetki, ne de genel ceza hukukuna ilişkin yetki ile ilgili bir ayrıntı yer almamaktadır; gerçi madde itibariyle yetki ile, görev bakımından yetki konusunda açık hükümler vardır, ama yer bakımından yetki düzenlenmemiştir. Bunun düzenlenmemesi, çok sayıda çözümsüz sorun doğurmaktadır. Bunlardan bazılarına aşağıda değinilecektir:

a) İspanyol mahkemesinin yetkisini belirlerken vatandaşlık kriteri önem kazanır. Tüzel kişiler bakımından ayrıca düzenleme yapılmadığı için, İspanyol Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 23/1 maddesindeki genel yetki kuralları, yani suçun işlendiği yer mahkemesi, uygulanır. Bu demektir ki, tüzel kişinin sahip bulunduğu vatandaşlık, İspanyol mahkemelerinin yetkisini belirlemede herhangi bir rol oynamaz. Bu nedenle, cezanın infazı sırasında bazı sorunlar çıkar, ama soruşturma evresinde mesele yoktur.

Eğer suç İspanya’da işlenmişse, millet itibariyle yetki, İspanyol mahkemelerine aittir. Ancak, burada unutulmuş husus, günümüzün globalleşmiş dünyasında, büyük sermaye şirketlerinin merkezlerinin İspanya’da bulunmadığı hatırlanmalıdır. Ayrıca unutulmamaktadır ki, tüzel kişinin işletme merkezinin bulunduğu ülkede işlenen suçun, sonuç itibariyle diğer Devletlerde ve İspanya’da neticeler doğurduğu bilinmektedir. Bunun dışında, suçun tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yerde işlendiği hallerde, şirketin faaliyet gösterdiği diğer bütün Devletlerde, bu arada mesela İspanya’da, büyük zarar veren sonuçlar doğurmasının mümkün olduğu unutulmamalıdır.

Bu durumda hangi Devletin mahkemesi millet itibariyle yetkilidir? Suçun işlendiği yer Devletin hukuku tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul etmemiş ise, suç, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul eden diğer bir Devlette kovuşturulabilecek midir? Bu gibi durumlarda milletlerarası sözleşmelere bakılarak sorunun cevabı bulunmalı ve millet açısından yetkili mahkemeyi doğru belirlemek üzere, İspanyol Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 9/VI maddesindeki, “millet bakımından yetkili mahkemenin belirlenmesi itirazını” kullanılmalıdır.

Sonuç olarak söylenebilir ki, eğer İspanyol mahkemeleri yetkili değil ise ve milletlerarası yetki açısından tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer Devleti de tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmemişse, hem iç hukuktaki “kanunsuz suç olmaz ilkesi”, hem de son zamanlarda bazı uluslararası hukuk normları ile soyutlaştırılmış bulunan⁵⁹ ve uluslararası hukukta geçerli olan “karşılıklı cezalandırılabilme koşulu” doğrultusunda, tüzel kişinin yargılanması mümkün değildir.

⁵⁹ Avrupa Yakalama Kararı ile bağlantılı olarak, Avrupa Yakalama Kararının içeriği ve üye Devletler arasında (18 Temmuz 2002 tarihli teslim koşulları hakkında, Birliğin (2002/584/JI) sayılı Çerçeve Kararının 2 ve 4 üncü maddelerine (13 Haziran 2002 tarihli ABl. L 190/1), ve ayrıca, 14 Mart tarih ve 3/2003 numaralı “Avrupa Yakalama Kararı ve Teslim Koşulları Hakkındaki Kanunun” 9 ve 12 inci maddelerinde öngörülen istisnalara bakınız; PEREZ CEBADERA, M.A., La nueva extradición europea: La orden de detención-y entrega, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, sh. 63 vd., 101 vd.





İspanya'da Sanık Tüzel Kişilerin Hakları

b) Ceza hukukunun ikincil olmayıp, öncelikle uygulanması gerektiği için, genel ceza hukuku ile ilgili olarak yapılan tartışmalarda, tüzel kişiler tarafından yapılan ihlallerin, idare hukukuna ilişkin olup olmadığı hususu ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle, yapılan ihlal ile bir ceza hukuku normu ihlal edilirse, uyuşmazlığın ceza mahkemesine devredilmesi gerekir (İspanyol Mahkemeler Teşkilat Kanunu, m. 9/III).

İspanya'da tüzel kişiler tarafından işlenen suçların büyük bir çoğunluğu, çerçeve kanun şeklindeki hükümler olmaları ve bunların idare hukukuna ilişkin bazı unsurlar içermeleri nedeniyle, bu düzenlemenin İspanyol Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 9/VI maddesi gereğince, yetkisizlik itirazı ile karşılaşması sorunu tartışılmaktadır. Fakat, öncelik kuralı uygulanarak, bu tür tartışmalar ceza hukuku uygulanması gerektiği yönünde çözülmelidir.

c) Tüzel kişiler tarafından işlenen suçlarda madde bakımından yetki (ilk derece mahkemesi açısından da, görev itibarıyla yetki), Ceza Kanunu tarafından tahdidi⁶⁰ olarak sayılmış bulunan suçlar açısından vardır; doktrin ise, diğer hususların da göz önünde tutulması gerektiğini ileri sürmektedir⁶¹. Bu koşul yerine getirilmiş olursa, araştırmalar sorgu hakimi tarafından yapılır; buna karşılık, davanın ilerleyen aşamalarında, genel hükümlere göre, suçun niteliğine göre, sulh ceza mahkemesi (*Juzgado de lo Penal*), asliye ceza (*Audiencia Provincial*) veya ağır ceza mahkemesi (*Audiencia Nacional*) yetkili olur.

Kanun koyucunun amacının böyle olmadığı açık olmakla birlikte, ağır ceza mahkemelerinin tüzel kişilerin işledikleri iddia edilen suçlarda madde bakımından yetkili olmadıkları, inanılabilir bir şekilde ileri sürülebilir, zira, bu mahkemelerin görev alanına giren suçlardan sadece bir tanesi ağır cezalıdır (İspanyol Ceza Kanununun 430 uncu maddesi ile bağlantılı olarak, 1995 tarihli Ağır Ceza Mahkemeleri Kanununun 2/II maddesi). Bunun dışında, bir şirketin Ağır Ceza Mahkemeleri Kanununun 5 inci maddesi uyarınca, bir gerçek kişinin rüşvet verme, belgelerin gizliliğini ihlal veya zimmet suçundan dolayı sanık sandalyesinde oturduğu hallerde de, ağır ceza mahkemesi yetkili olacaktır. Kanun koyucu, bu hususu öngörerek, mahkeme kararlarının, bazı istisnalar dışında, ağır ceza mahkemelerinin görevli olmadıklarını içtihad etmesini beklemeden, konuya açıklık getirmesi gerekirdi⁶².

⁶⁰ Bütün suçları sayan tam liste, Ceza Kanunundaki madde numaralarına göre şöyle sıralanabilir: organ ticareti (madde 156bis), insan ticareti (madde 177bis), fuhuş ve küçüklerin istismarı (madde 189bis), özel hayatın gizli alanını ihlal ve yetkisiz kişisel veri toplama (madde 197), dolandırıcılık (madde 251bis), hileli iflas (madde 261bis), verilere zarar verme suçu (madde 264), işletmenin ve kişilerin fikri haklarına karşı, piyasalara veya tüketici aleyhine işlenen suçlar (madde 288 I), karapara aklama (madde 302), vergi suçları ve sosyal sigortalar alanındaki suçlar (madde 310bis), yabancı yurttaşların hakları aleyhine işlenen suçlar (Artikel 318bis), şehir planlamacılığı aleyhine işlenen suçlar (madde 319), çevre suçları (madde 327 und 328), atom enerjisi ve radyoaktif maddeler ile ilgili suçlar (madde 343), patlayıcı maddelerle yaratılan tehlike ile ilgili suçlar (madde 348), genel sağlığa karşı suçlar, yani uyuşturucu madde ticareti (madde 369bis), kalpazanlık (madde 399bis), rüşvet (madde 427), haksız bir şekilde nüfuz kullanma (madde 430), yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme (madde 445), suç örgütü veya gurubu kurmak suçu (madde 570quater), terörün finansmanı (madde 576bis).

⁶¹ Mesela, listede taksirle çevre kirliliğine neden olma veya rüşvet alma suçları yer almamıştır; bakınız; MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., sh. 8, dipnot 5.



d) Açıklanması zordur ama, halen (tasarıda da), yer bakımından yetkiyi düzenleyen bir hüküm yer almamaktadır; bu konu önemlidir, zira, millet bakımından yetkinin belirlenmesinde vatandaşlık kriteri kullanılmamış, suçun işlendiği yer (forum comissi delicti) ölçütü benimsenmiştir. Bu konuda hiç bir düzenleme bulunmadığı için, sanık şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin, suçun işlendiği yer olarak kabul etmekten başka çare yoktur⁶³.

Şirketin İspanya’da birden fazla merkezinin bulunduğu hallerde, ayrıca açıklık getirilmesi gerekir: burada önemli olan, asıl merkezin bulunduğu yer değildir, şirketin bir veya birden çok şubeleri de bulunabilir; eğer suçun burada işlendiğini gösteren belirtiler (*principio de prueba por escrito*) veya belgeler varsa, veya şirketin temsilcisinin veya yönetim kurulu üyesinin veya bir çalışanın hukuka aykırı fiiller gerçekleştirdiği yer de yetki kazanacaktır. Eğer farklı fiiller, farklı yerlerde işlenmiş ise, bu gibi hallerde İspanyol Ceza Muhakemesi Kanununun 17 inci maddesindeki genel kural kapsamında karar verilecektir.

2.- Tarafların taraf ehliyeti, duruşma ehliyeti, meşruiyet ve duruşmada temsil açısından konuya bakıldığında, iki önemli problem ortaya çıkar:

a) Tüzel kişi, taraf ehliyeti veya duruşma ehliyeti bulunmadığını, savunma olarak ileri sürebilir mi?

Bu sorunun cevabı kesin olarak hayır’dır. Ceza Kanunu, kanuna uygun olarak kurulan tüzel kişilerin 31 bis madde ile kanuna aykırı olarak kurulan tüzel kişilerin ise, 129 uncu madde uyarınca kovuşturulmasını düzenlediği için, tüzel kişiler “taraf ehliyetinin bulunmadığını” hiç bir zaman ileri süremezler.

b) Duruşma sırasında temsil edilme sorununu, savunma hakkından türetilen iki açıdan yukarıda ele almıştım. Bunlara ek olarak şunu da eklemeliyim ki, İspanyol Kanunları tüzel kişinin yetkili bir temsilci (*procurador*) tarafından temsil edilmesi mükellefiyetini yüklemiştir; ancak bu düzenleme, aşağıda açıklanacağı gibi, tek bir dava açısından yapılan temsillerde karışıklıklara neden olmaktadır⁶⁴:

1) Öncelikle, verdiği hizmet için ücret isteyen (avukat da olabilen) bir temsilci (özel olarak yetkilendirilen bir temsilci veya *procurador*) vardır. Bu kişinin duruşmanın yapıldığı gün, hazır bulunma yükümü vardır.

⁶² 1 Haziran 2011 tarihli Başsavcılık Genelgesininin 102 inci maddesi -kanun maddesini lafzen yorumlayarak- ağır ceza mahkemesinin yetkisini herhalde ortadan kaldırmaktadır.

⁶³ Bakınız; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal*, in: GASCÓN INCHAUSTI, F. (Hrsg.), “Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal”, cit.sh.93.

⁶⁴ Temsilin neden olduğu zorluklar hakkında bakınız; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal*, in: GASCÓN INCHAUSTI, F. (ed.), “Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal”, a.g.e, sh. 59-70. Ancak, bu makaleyi kaleme aldığım sırada, kesin bir madde olmadığı için, nihai metnin nasıl oluşacağı bilinmiyordu. Bununla birlikte, Başsavcılığın 1 Haziran 2011 tarihli Genelgesi aksi götüştür. Bu konuda bakınız; DOLZ LAGO, M., *Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable*, Diario La Ley, sh. 6 ve 7, (basılmaktadır).



İspanya'da Sanık Tüzel Kişilerin Hakları

2) Ayrıca bir de kanuni temsilci vardır; kanuni temsilci tüzel kişinin tüzüğü uyarınca veya ticaret kanunları ile belirlenmiştir; mesela, yönetim kurulu başkanı, aynı anda gönüllü olarak temsilcilik görevini üstlenmemişse, tanık olarak çağırıldığında bu durum ortaya çıkar. Bu kişi duruşmada hazır bulunabilir.

3) Nihayet, bir de işletme böyle bir kişiyi görevlendirmiş ise, sanık sandalyesinde oturan gönüllü temsilci vardır. Bu gibi hallerde, bu kişinin de duruşmada hazır bulunması gerekir.

Temsil açısından yapılan bu üçlü ayrımı tatmin edici bir şekilde açıklamak imkanı bulunmamakla birlikte, İspanyol Hukuku bunu böyle kabul etmiştir. Muhakemede tüzel kişi temsil eden vekaletnameli temsilcilerin ortadan kaldırılması, temsile ilişkin kuralların açıklanmasına, mutlaka katkı yapacaktır.

3.- Uygun muhakeme kurallarının belirlenmesi de sorundur. Belirtildiği gibi, belli suçlar ağır ceza mahkemesinin görev alanına girebilir ve 1995 yılında kabul edilen kanundaki usulün uygulanmasını gerektirebilir. Fakat bunun dışında dört ayrı muhakeme usulü daha vardır: çok ağır suçlarda uygulanan normal muhakeme usulü, Sulh ceza hakimi önündeki muhakemelerde uygulanan normal hızlandırılmış usul, şehir mahkemelerinde uygulanan normal hızlandırılmış usul ve belli suçların kovuşturulmasında uygulanan özel hızlandırılmış usul⁶⁵.

Uygun muhakeme usulünün seçiminde İspanya'da uygulanan ölçüt, daima hapis cezası olmuştur, fakat tüzel kişiler bakımından hapis cezası verilemez. Bu nedenle, Hızlandırma Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanununa 14 bis madde olarak, sadece tüzel kişiye karşı açılan ceza davalarında, gerçek kişilere karşı açılan davalarda öngörülen kritere atıf yapacaktır. Bu çözüm tatmin edici görülmeyebilir, ama halen başka bir yol bulmak olanağı yoktur; böyle bir düzenleme yapılmazsa, problemleri ortadan kaldırmak imkanı yoktur. Reform paketi Mecliste kabul edilip kanunlaşınca kadar, bu sorunun devam edecek olması da, ayrı bir endişe kaynağıdır.

Yukarıda söylenenlerin hepsine rağmen, zorunlu olarak şu soru sorulmalıdır: (ceza muhakemesinin karmaşık hale getirilmemesi, işleyişinin kolaylaştırılması gerektiğini düşünmeme rağmen), yeni bir Ceza Muhakemesi Kanunu yapıncaya kadar, tüzel kişiler hakkında açılan davalarda uygulanacak olan yeni bir muhakeme usulü Kanuna eklense idi, daha iyi olmaz mıydı? Bu şekilde, bir çok sorun ortaya çıkmazdı.

⁶⁵ Olayların birçoğunda uygun muhakeme usulü, hızlandırılmış muhakeme usulüdür. Bununla birlikte, ağır hallerde genel usulün uygulanması yerinde olur. Bu husus Başsavcılığın 1 Haziran 2011 tarihli Genelgesinin 101 ve 102 inci maddelerinden anlaşılmaktadır. Cünhalar (faltas), tüzel kişilere isnat edildiklerinde, İspanyol Ceza Kanununun 33 ve 14 üncü maddeleri uyarınca, daima ağır cezalı kabul edildikleri için, bu kuralın dışında kalırlar.





Verantwortlichkeit von Juristischen Personen aus der Sicht des türkischen Strafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts

Yrd. Doç. Dr. Zeynel Kangal*

I – Allgemeines

Das türkische Strafgesetzbuch Nr. 765 enthielt keine Vorschrift über die strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen, sondern behandelte nur natürliche Personen als Subjekte von Strafrechtsnormen. Gleichzeitig wurde die strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen in mehreren Sondergesetzen ausdrücklich vorgesehen. Artikel 220 des türkischen Strafgesetzbuches Nr. 765, bezüglich der Straftat der Bestechung, sowie Gesetz Nr. 4782 vom 2. Januar 2003 hatten schwere Geldstrafen für juristische Personen vorgesehen, deren zuständige Vertreter die Straftat der Bestechung begangen hatten und. hatten somit die strafrechtliche Verantwortung von juristischen Personen in das türkische Strafgesetzbuch aufgenommen.

Artikel 20 des neuen türkischen Strafgesetzbuch Nr. 5237, das am 26. September 2004 verabschiedet wurde und am 1. Juni 2005 in Kraft trat, erkennt eine strafrechtliche Verantwortung von juristischen Personen ausdrücklich nicht an, nimmt jedoch an, dass Sicherungsmaßnahmen gegen diese verhängt werden können: (1) *Die strafrechtliche Verantwortung ist personengebunden. Niemand darf für die Tat eines anderen verantwortlich gemacht werden.* (2) *Gegen juristische Personen können keine Strafsanktionen angewendet werden. Die wegen einer Straftat im Gesetz vorgesehenen Sanktionen in Form einer Sicherungsmaßnahme bleiben jedoch vorbehalten.* Da diese Regelung laut Artikel 5 türk. StGB, der am 31.12.2008 in Kraft trat, ebenfalls für die vor diesem Datum in Kraft getretenen nebenstrafrechtlichen Gesetze gültig ist, finden Sonderregelungen über die strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen keine Anwendung mehr. Ohnehin wurden durch mehrere neue Gesetze, vor allem durch das Gesetz Nr. 5728, die Regelungen über die strafrechtliche Verantwortung von juristischen Personen aus unserer Gesetzgebung gestrichen. Außerdem wird deutlich, dass neue Nebengesetze Regelungen schaffen, die mit dem türk. StGB übereinstimmen.

II – Die Verantwortlichkeit von juristischen Personen aus der Sicht des türkischen Strafrechts

1 – Das Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen

Die Annahme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen

Hilfsdozent am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht der Juristischen Fakultät der Universität Kadir Has (Istanbul).

Das türkische Strafgesetzbuch, (Übers. Silvia TELLENBACH), Berlin 2008, S. 24.





Sanktionen gegen juristische Personen: Türkei

führt zu Tadel der juristischen Person wegen Taten ihrer Organe oder Vertreter, da juristische Personen an sich keine Handlungsfähigkeit besitzen. Ein solcher Ansatz bedeutet eine Verantwortung für die Tat eines Dritten. Denn hier wird die juristische Person für die Taten ihrer Organe oder Vertreter verantwortlich gemacht. Dies ist jedoch unvereinbar mit dem Prinzip der Personengebundenheit der strafrechtlichen Verantwortung und infolgedessen, mit der Verfassung (Art. 38/7)¹. Artikel 20 des neuen türkischen StGB Nr. 5237 wiederholt die Personengebundenheit der strafrechtlichen Verantwortung. Er betont, dass niemand für die Tat eines anderen verantwortlich gemacht werden darf und regelt endgültig, dass gegen juristische Personen keine Strafsanktionen angewendet werden dürfen. Diese Regelung steht ebenfalls im Einklang mit dem Prinzip «Strafrecht als letztes Mittel» (Ultima ratio Prinzip). Danach dürfen gegen juristische Personen keine Strafe angewendet werden, wenn der Zweck durch Sanktionen des Privatrechts und des Verwaltungsrechts in ausreichendem Maß erfüllt wird.

2 – Sanktionen gegen juristische Personen außer von Strafen, wegen Straftaten ihrer Organe oder Vertreter

a) Anwendung von Sicherungsmaßnahmen

Artikel 60 des neuen türkischen StGB lautet²;

(1) Bei einer Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Straftat zum Nutzen einer juristischen Person, die unter Beteiligung von Organen oder Repräsentanten einer juristischen Person des Privatrechts begangen worden ist, deren Tätigkeiten auf der Genehmigung einer öffentlichen Institution beruhen und durch den Missbrauch der durch eine solche Genehmigung verliehenen Befugnisse, ergeht eine Entscheidung über die Annullierung dieser Genehmigung.

(2) Ebenso werden die Einziehungsvorschriften auch bei einer juristischen Person des Privatrechts angewendet, wenn die Straftat zu ihrem Nutzen begangen wurde.

(3) Der Richter kann von der Anwendung der Vorschriften der obigen Absätze absehen, wenn diese Folgen nach sich ziehen könnte, die im Verhältnis zu der Tat zu schwer sind.

(4) Diese Vorschriften werden angewendet, sofern das Gesetz dies gesondert vorsieht.

Wenn diese Vorschrift zusammen mit Artikel 20 türk. StGB behandelt wird, so lässt sich verstehen, dass anstatt einer strafrechtlichen Verantwortung das Modell von Sicherungsmaßnahmen angenommen wird³.

Da juristische Personen keine Handlungsmöglichkeit und dementsprechend auch keine Schuldfähigkeit besitzen, würde die Anwendung von strafrechtlichen

¹ KANGAL, Zeynel T.: *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2003, S. 143-145. Das Verfassungsgericht hat jedoch in den Urteilen über einige besondere Strafnormen, die die strafrechtliche Verantwortung von juristischen Personen anerkennen, dass die strafrechtliche Verantwortung von juristischen Personen nicht gegen die Personengebundenheit der strafrechtlichen Verantwortung verstößt.

² Das türkische Strafgesetzbuch, (Übers. Silvia TELLENBACH), S. 49-50.

³ RUGGIERO, Gianluca: *“Primo Sguardo d’Insieme Sulla Responsabilità delle Persone Giuridiche nel Nuovo Codice Penale Turco”*, Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul 2005, S. 93 etc.





Zeynel Kangal

Sanktionen gegen juristische Personen den grundlegenden Prinzipien des Strafrechts zuwiderlaufen. Deswegen wurde in Bezug auf juristische Personen der Einsatz von Sicherungsmaßnahmen eingeführt.

Das türk. StGB sieht in Artikel 60 vor, dass Sicherungsmaßnahmen nur gegen juristische Personen des Privatrechts Anwendung finden dürfen. Aus diesem Grund können nur Vereine, Stiftungen, Handelsgesellschaften, Gewerkschaften und Konföderationen, politische Parteien und Partnerschaften von Rechtsanwälten (laut dem Gesetz über die Anwaltschaft) Gegenstand von Sicherungsmaßnahmen sein, da sie als juristische Personen des Privatrechts gelten. Dadurch werden alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts von der Anwendung von Sicherungsmaßnahmen befreit. Doch die Annahme von Sicherungsmaßnahmen nur gegen die juristischen Personen des Privatrechts und die Befreiung von Sicherheitsmaßnahmen aller juristischen Personen des öffentlichen Rechts, welche auch auf dem Gebiet vom Privatrecht Aktivitäten entfalten, lässt eine Tür für die Diskussion über das Gleichheitsprinzip offen. Darüber hinaus wird diskutiert, ob Sicherungsmaßnahmen gegen öffentliche (d.h. staatliche) Wirtschaftsunternehmen, wo Regelungen des öffentlichen Rechts und auch des Privatrechts zur Anwendung kommen, verhängt werden könnten.

Artikel 60 türk. StGB hat nur zwei Sicherungsmaßnahmen gegen juristische Personen vorgesehen. Eine von diesen ist die Annullierung der Tätigkeitsgenehmigung und die andere ist die Einziehung. Jedoch könnten bei Sondernormen andere Sicherungsmaßnahmen gegen juristische Personen vorgesehen sein. Zum Beispiel können politische Parteien laut Artikel 69 der Verfassung von staatlicher Unterstützung teilweise oder völlig ausgeschlossen oder sogar gänzlich aufgelöst werden (Gesetz über politische Parteien Art. 101). Diese Sanktionen gegen politische Parteien haben die Eigenschaft von Sicherungsmaßnahmen, die die aus gesellschaftlicher Sicht gefährlichen Tätigkeiten von politischen Parteien zu unterbinden und deren Folgen zu verhindern suchen. Das Kriterium des Brennpunkts, wie es in Artikel 69/6 der Verfassung und Artikel 103 des Gesetzes über politische Parteien zum Ausdruck kommt, betont die Gefahr der politischen Parteien für die Gesellschaft und bekräftigt die Ansicht, dass es sich bei diesen Sanktionen ebenfalls um Sicherungsmaßnahmen handelt.

Die erste Sicherungsmaßnahme in Art. 60 türk. StGB ist die Annullierung der Tätigkeitsgenehmigung. Es bedarf einer vorsätzlichen Straftat, um die Tätigkeitsgenehmigung einer juristischen Person zu annullieren. Diese Maßnahme kann gegen juristische Personen in Bezug auf fahrlässige Straftaten nicht verhängt werden. Zum Zweiten muss die vorsätzliche Straftat durch die Teilnahme der Organe oder Vertreter der juristischen Person begangen werden. Die Teilnahme eines Organs oder Vertreters an der Straftat kann als Täterschaft, Anstiftung oder Beihilfe verwirklicht werden (tür. StGB Art. 37-41). In diesem Sinne erkennt Artikel 60 türk. StGB die reflektierende Verantwortungstheorie, wie sie im französischen Recht in Bezug auf die strafrechtliche Verantwortung von juristischen Personen angenommen wird (franz. StGB Art. 121-2), in Bezug auf die Sicherungsmaßnahmen an. Danach kann die Handlungsfähigkeit und Vorwerfbarkeit nur bei natürlichen Personen angenommen werden, die als Organe oder Vertreter tätig sind. Nur im





Sanktionen gegen juristische Personen: Türkei

Falle, dass diese Personen einer Straftat schuldig sind, können Sicherungsmaßnahmen gegen die juristische Person verhängt werden. Eine andere Voraussetzung für die Annullierung der Tätigkeitsgenehmigung ist, dass die Straftat zu Gunsten der juristischen Person durch ihre Organe oder Vertreter begangen wurde. Somit dürften keine Sicherungsmaßnahmen gegen die juristische Person verhängt werden, falls ihre Organe oder Vertreter nur zu ihren eigenen Gunsten, zu Gunsten der Arbeitnehmer bzw. der Gesellschaft oder einer Minderheit unter den Mitgliedern der juristischen Persönlichkeit eine Straftat begangen hat. Die Interessen von juristischen Personen könnten sehr breit ausgelegt werden. Deshalb können Sicherungsmaßnahmen auch dann verhängt werden, wenn es nicht nur darum geht, die juristische Person zu bereichern, sondern auch deren Hauptfunktionen oder Ziele zu verwirklichen. Eine andere Voraussetzung bzgl. der Anwendung dieser Maßnahmen ist, dass die Straftat durch den Missbrauch der durch eine Tätigkeitsgenehmigung verliehenen Befugnis begangen wurde. Danach muss eine Straftat in Verbindung mit der Ausübung der Genehmigung begangen werden, indem die Befugnis, die auf der Tätigkeitsgenehmigung beruht, die der juristischen Person von einer öffentlichen Institution erteilt worden ist, von Organen oder Vertretern der juristischen Person missbraucht wird. Die letzte Voraussetzung ist, dass das Organ oder der Vertreter als natürliche Person wegen einer vorsätzlichen Straftat zu Gunsten der juristischen Person verurteilt worden ist. Gegen die juristische Person dürfen keine Sicherungsmaßnahmen verhängt werden, wenn das Organ oder der Vertreter freigesprochen wurde oder sie wegen eines Schuldausschlussgrundes oder eines Strafausschlussgrundes nicht verurteilt wurden (türk. StPO Art. 223).

Als Folge der Annullierung der Tätigkeitsgenehmigung besteht die juristische Person zwar weiter, darf aber keine Aktivitäten bezüglich des Gegenstandes der Genehmigung mehr ausüben. Die juristische Person wird durch die Annullierung nicht ausgelöscht. Zum Beispiel kann die Genehmigung einer juristischen Person annulliert werden, falls in einem Labor mit einer Genehmigung für die Herstellung von Medikamenten, Betäubungsmittel oder Aufputzmittel hergestellt werden.

Eine andere Sicherungsmaßnahme in Artikel 60 türk. StGB ist die Einziehung. Danach können gegen eine juristische Person die Bestimmungen bezgl. Einziehung (tür. StGB Art. 54) und Verfall (tür. StGB Art. 55) angewendet werden. Für das Urteil zur Einziehung wird ebenfalls die Begehung der Straftat zu Gunsten der juristischen Person zur Bedingung gemacht.

Gemäß Art. 60/4 türk. StGB können Sicherungsmaßnahmen gegen juristische Personen nicht wegen aller Tatbestände, sondern nur wegen der im Gesetz besonders vorgesehenen Tatbestände angewendet werden. Dieser Ansatz zeigt deutlich, dass das türk. StGB das Prinzip der Spezialität, ähnlich wie das französische Recht, das die strafrechtliche Verantwortung von juristischen Personen anerkannte, bei der Anwendung von Sicherungsmaßnahmen annimmt. Jedoch wurde im französischen Recht ab 31. Dezember 2005 das Spezialitätsprinzip aufgegeben. Nach dem Spezialitätsprinzip in Artikel 60/4 türk. StGB können Sicherungsmaßnahmen gegen juristische Personen nur verhängt werden, wenn das Gesetz dies im betreffenden Tatbestand ausdrücklich bestimmt. Falls eine solche in einer Bestimmung nicht erwähnt wird, darf in dem betreffenden Fall keine Sicherungsmaßnahme gegen die





Zeynel Kangal

juristische Person angewendet werden. Als Beispiel wurde erwähnt, dass in den Tatbeständen des Völkermords (Art. 76), des Menschenhandels (Art. 80) oder der vorsätzlichen Verschmutzung der Umwelt (Art. 181) Sicherungsmaßnahmen gegen juristische Personen angewendet werden können. Es könnte sein, dass die Anwendung von Sicherungsmaßnahmen für bestimmte Straftaten unnötig und nutzlos erscheint, wobei das bei einigen Straftaten, bei denen keine solche Regelung angenommen wurde, als Mangel anzusehen ist. Deshalb wäre es eher angebracht, wenn eine allgemeine Regelung zur Anwendung von Sicherungsmaßnahmen gegen juristische Personen angenommen würde.

Art. 60/3 türk. StGB sieht vor, dass der Richter von der Anwendung von Sicherungsmaßnahmen gegen juristische Personen absieht, wenn sie Folgen nach sich ziehen könnten, die im Verhältnis zu der Tat zu schwer sind. Bei der Anwendung von Sicherungsmaßnahmen gegen die juristische Person könnten viele Menschen arbeitslos bleiben oder für gutgläubige Dritte Verluste (wie der Ausfall ihrer Forderungen u.a.) entstehen, die nur schwer wiedergutmacht werden könnten. In diesem Fall kann das Gericht von Sicherungsmaßnahmen absehen, indem es die Verhältnismäßigkeitsregel beachtet.

Artikel 249 der türkischen Strafprozessordnung Nr. 5271 regelt die Vertretung von juristischen Personen im Ermittlungsverfahren und im Hauptverfahren bzgl. der Sicherungsmaßnahmen. Demnach können Organe und Vertreter der juristischen Person in einem Ermittlungsverfahren und in einem Hauptverfahren, das wegen Straftaten durchgeführt wird, die im Rahmen der Tätigkeit einer juristischen Person begangen sind, auf Seiten der Verteidigung an der Hauptverhandlung teilnehmen. Diese (natürliche) Person ist Organ oder Vertreter nicht zur Zeit der Begehung der Straftat, sondern zur Zeit des Ermittlungsverfahren und des Hauptverfahrens. Dieser Person werden die Rechte von Angeklagten zuerkannt. Falls jedoch das Organ oder der Vertreter der juristischen Person gleichzeitig Beschuldigter oder Angeklagter ist, können sie sie im Ermittlungsverfahren und im Hauptverfahren nicht vertreten. In solchen Fällen sollte das Gericht einen Pfleger bestellen, falls niemand sonst für die Vertretung der juristischen Person zu finden sind.

b) Anwendung von Geldbußen

Artikel 43/A des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (türk. OWiG), der ein das mit dem Gesetz Nr. 5918 hinzugefügt wurde, sieht die Anwendung von Geldbußen gegen juristische Personen des Privatrechts wegen bestimmter Straftaten vor, die zu ihren Gunsten begangen worden sind. Auch diese Regelung nimmt die Anwendung von Geldbußen nur gegen juristische Personen des Privatrechts an und belässt juristische Personen des öffentlichen Rechts außerhalb des relevanten Umfangs.

Zur Anwendung von Geldbußen gegen juristische Personen für gewisse Straftaten setzt Art. 43/A türk. OWiG voraus, dass die Straftat von ihren Organen oder Vertretern oder einer Person begangen worden ist, die eine Aufgabe im Rahmen der Tätigkeiten der juristischen Person übernommen hatte, ohne deren Organ oder Vertreter zu sein.. Die betreffenden Gesetze geben je nach der Beschaffenheit der juristischen Person an, welche Organe sie besitzen muss. 43/A türk. OWiG macht in Bezug auf die Verantwortung der juristischen Person keinen Unterschied zwischen





Sanktionen gegen juristische Personen: Türkei

ihren Organen. Juristische Personen dürfen außer ihren Organen auch Vertreter nach allgemeinen Regelungen ernennen.

Artikel 60 türk. StGB setzt voraus, dass die Straftat durch die Organe oder Vertreter begangen sein muss, damit Sicherungsmaßnahmen gegen eine juristische Person verhängt werden können. Hingegen fasst Art. 43/A türk. OWiG den Umfang breiter, indem er neben den Organen und Vertretern auch eine andere beauftragte Person im Rahmen der Tätigkeiten der juristischen Person angibt. Artikel 60 türk. StGB wird auch in Bezug auf die Straftaten des Art. 43/A türk. OWiG Anwendung finden können. Falls jedoch eine Person, die eine Aufgabe im Rahmen der Tätigkeiten der juristischen Person übernommen hatte, eine der Straftaten im Art. 43/A türk. OWiG begangen hat, darf Art. 60 türk. StGB nicht zur Anwendung kommen, selbst wenn seine sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind und keine Sicherungsmaßnahmen wie die Annullierung der Genehmigung oder Einziehung verhängt werden dürfen. Aus diesem Grund wäre es angebracht, die erfassten natürlichen Personen in gleicher Weise so zu bestimmen, dass Geldbußen und Sicherungsmaßnahmen gegen juristische Personen verhängt werden können⁴.

Damit eine Geldbuße gegen die juristische Person verhängt werden kann, sollte eine der Straftaten in Art. 43/A OWiG zu ihren Gunsten begangen werden. Diese Straftaten mit wirtschaftlichen oder finanziellen Dimensionen sind: Betrug (türk. StGB Art. 157-158), Ausschreibungsbetrug (türk. StGB Art. 235), betrügerische Erbringung von Leistungen (türk. StGB Art. 236), Bestechlichkeit (türk. StGB Art. 252), Geldwäsche (türk. StGB Art. 282), Amtsunterschlagung (Gesetz über das Bankwerbe Art. 160), Schmuggeldelikte (Gesetz zur Bekämpfung von Schmuggel), Straftat, die im Zusatzartikel 5 des Gesetzes über den Erdölmarkt beschrieben wurde, Terrorfinanzierung (Terrorbekämpfungsgesetz Art. 8). Es finden sich ebenfalls Regelungen in manchen Sondergesetzen. Solche Regelungen sind ebenfalls im Art. 15/5 vom Gesetz über die Bio-Sicherheit und im Art.11/7 des Gesetzes zur Behinderung von Gewalt und Ausschreitungen im Sport.

Um eine Geldbuße gegen eine juristische Person wegen der Straftaten in Art. 43/A türk. OWiG verhängen zu können, müssten sie zu ihren Gunsten begangen werden. Interessen der juristischen Person könnten zu ihrer Weiterentwicklung in jeder materiellen und immateriellen, tatsächlichen oder möglichen, direkten und indirekten Art beschaffen sein.

Die zuständige Behörde, welche Geldbußen gegen die juristische Person wegen der erwähnten Straftaten in Art. 43/A des türk. OWiG verhängt, ist das für das Strafverfahren wegen dieser Straftaten zuständige Gericht (türk. OWiG Art. 43/A/2, Gesetz Nr. 5977 Art. 15/9). Diese Kompetenz wurde nicht den Staatsanwälten, Verwaltungskommissionen oder Beamten zuerkannt. Nur das zuständige Gericht kann diese Sanktion verhängen, nachdem es sich darüber vergewissert hat, dass die relevanten natürlichen Personen diese Straftaten begangen haben⁵.

Gegen die juristische Person kann wegen der genannten Straftaten nur Geldbuße verhängt werden. Die Einziehung und andere Verwaltungsmaßnahmen dürfen nicht

⁴ KANGAL, Zeynel T.: *Kabahatler Hukuku, İstanbul* 2011, S. 228-229.

⁵ KANGAL, *Kabahatler Hukuku*, S. 230.





Zeynel Kangal

zur Anwendung kommen. Weil es sich jedoch um eine Straftat handelt, können die Annullierung der Tätigkeitsgenehmigung und die Einziehung zur Anwendung kommen, wenn die Voraussetzungen des Art. 60 türk. StGB erfüllt sind und diese Sanktionen in den betreffenden Tatbestände ausdrücklich bestimmt worden sind. Art. 43/A türk. OWiG macht die Verhängung von Geldbußen gegen juristische Personen bei der Begehung der genannten Straftaten unerlässlich.

Die Untergrenze der Geldbuße gegen juristische Personen wird mit 10.000 und ihre Obergrenze mit 2 Millionen türkische Lira angegeben. Bei der Festsetzung der Geldbuße zieht das Gericht die Regelungen des Art. 17/2 des tür. OWiG in Erwägung. Es ist möglich, gegen eine juristische Person des Privatrechts eine Geldbuße zu verhängen, "in den Fällen, in denen die Tat keine Ordnungswidrigkeit darstellt, die mit höherer Geldbuße bedroht ist".

Art. 43/B tür. OWiG, der durch Gesetz Nr. 6352 von 2012 hinzugefügt wurde, sieht bei Nichterfüllung der Anzeigepflicht des Art. 278 StGB vor, dass gegen juristische Personen Geldbußen verhängt werden. Demnach können Banken, finanzielle Institutionen oder Dienstleister für Banken, die Geld nachzählen oder prüfen, oder Handelsgesellschaften, denen die Genehmigung erteilt wurde, im Rahmen der Vorschriften Geschäfte mit Fremdwährungen zu tätigen, vom Staatsanwalt mit einer Geldbuße zwischen TL 1000 und 5000 belegt werden, wenn sie aus welchem Grund auch immer, eine Fälschung des ihnen vorgelegten Geldes festgestellt und das nicht den zuständigen Behörden gemeldet haben.

III – Verantwortung von juristischen Personen wegen Ordnungswidrigkeiten

Wenn eine natürliche Person einen Ordnungswidrigkeitstatbestand im Rahmen der Tätigkeit einer juristischen Person verwirklicht hat, sieht Art. 8/1 des tür. OWiG vor, dass Verwaltungssanktionen ebenfalls für die juristische Person zur Anwendung kommen. Demnach werden juristische Personen für die Tat eines anderen im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts verantwortlich gemacht und Verwaltungssanktionen unterworfen. Hier kann man nicht von Ordnungswidrigkeiten sprechen, die von der juristischen Person begangen wurden. Nur die Ordnungswidrigkeiten von natürlichen Personen führen zu juristischen Konsequenzen für juristische Personen.

Der Einsatz von Verwaltungssanktionen gegen juristische Personen wegen Ordnungswidrigkeiten steht nicht im Widerspruch zum Prinzip der Personengebundenheit der strafrechtlichen Verantwortung in Art. 38/7 der Verfassung. Denn dieses Prinzip bezieht sich nur auf die strafrechtliche Verantwortung. Danach dürfen keine Strafen gegen eine juristische Person wegen einer Straftat verhängt werden, die von natürlichen Personen zu ihren Gunsten begangen worden ist. Da die Verhängung von Verwaltungssanktionen gegen eine juristische Person wegen einer Ordnungswidrigkeit, die von natürlichen Personen im Rahmen ihrer Tätigkeit begangen worden ist, keine strafrechtliche Verantwortung darstellt, verstößt sie auch nicht gegen Art. 38/7 der Verfassung.

Obwohl Art. 8/1 tür. OWiG juristische Personen erwähnt, nimmt er jedoch bei der Verhängung von Verwaltungssanktionen keine Trennung zwischen diesen vor.





Sanktionen gegen juristische Personen: Türkei

Somit ist es möglich, sowohl juristische Personen des Privatrechts als auch juristische Personen des öffentlichen Rechts verantwortlich zu machen. Zum Beispiel könnten Verwaltungssanktionen gegen eine Gemeinde wegen Ordnungswidrigkeiten bezüglich des Umweltschutzes verhängt werden. Gleichzeitig wäre es eher angebracht, einige Begrenzungen hinsichtlich der Verhängung von Verwaltungssanktionen gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts vorzusehen.

Die Verantwortung von juristischen Personen für Ordnungswidrigkeiten ist abhängig von der Verantwortung der betreffenden natürlichen Personen. Die Verhängung von Verwaltungssanktionen erfordert eine Handlung, die durch Organe, Vertreter oder Beauftragte verwirklicht worden ist. Laut Art. 8/1 des tür. OWiG müsste die Ordnungswidrigkeit durch eine Person im Rahmen ihrer Aufgaben begangen werden, welche die Funktion eines Organs oder Vertreters der juristischen Person wahrnimmt oder die eine Aufgabe im Rahmen der Tätigkeit der juristischen Person übernommen hat, obwohl sie weder deren Organ noch Vertreter ist, damit Verwaltungssanktionen gegen die juristische Person verhängt werden können. Juristische Personen können zur Ausübung von diversen Geschäften Personal einstellen oder die Unterstützung von dritten Personen erhalten. Auch wegen Ordnungswidrigkeiten, die derartige Personen im Rahmen ihrer Aufgaben begangen haben, kann eine Verwaltungssanktion gegen die juristische Person verhängt werden.

Art. 8/1 OWiG setzt zur Verhängung von Sanktionen gegen die juristische Person voraus, dass die Organe oder Vertreter oder andere Personen, die eine Aufgabe im Rahmen der Tätigkeiten der juristischen Person übernommen hatten, die Ordnungswidrigkeit *“im Rahmen ihrer Aufgaben”* begangen haben. Der Wortlaut in Art. 8/1 sollte als *“bei ihren Aufgaben”* verstanden werden. Wenn ein Zusammenhang zwischen den Aufgaben der betreffenden natürlichen Personen und ihrer Ordnungswidrigkeit besteht, ist es möglich, Verwaltungssanktionen ebenfalls gegen die juristische Person anzuwenden.

Es ist nicht erforderlich, dass die Ordnungswidrigkeiten, welche durch Organe, Vertreter oder andere Beauftragte während ihrer Aufgaben begangen wurden, zu Gunsten der juristischen Person begangen wurden. In diesem Sinne kann die juristische Person auch dafür verantwortlich gemacht werden, dass sie diese Personen angesichts der Schäden und Gefahren für die öffentliche Ordnung nicht aufmerksam und sorgfältig ausgewählt und kontrolliert hatte.

Die Verhängung von Verwaltungssanktionen gegen juristische Personen schließt die verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit des Organs, Vertreters oder eines anderen Beauftragten wegen Ordnungswidrigkeiten bei der Erfüllung ihrer Aufgaben für die juristische Person nicht aus. Auf diese Weise wurde das Prinzip der kumulativen Verantwortung eingeführt.

Art. 8/1 türk. OWiG sieht den Einsatz von Verwaltungssanktionen gegen juristische Personen vor und macht unter diesen keinen Unterschied. Aus diesem Grund können Geldbußen und Verwaltungsmaßnahmen gegen juristische Personen angewendet werden. Diese Verwaltungsmaßnahmen beschränken sich auf die Übertragung des Eigentums auf die Amt und andere Maßnahmen (Einstellung der Tätigkeiten, Zurücknahme der Genehmigung u.a.), wie sie in den einschlägigen Gesetzen enthalten sind (tür. OWiG Art. 16).





Türk Ceza ve Kabahatler Hukuku Açısından Tüzel Kişilerin Sorumluluğu

Yrd. Doç. Dr. Zeynel Kangal*

A. Genel Olarak

765 sayılı Türk Ceza Kanunu tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin bir hüküm içermemekte, sadece gerçek kişileri ceza normunun muhatabı olarak ele almakta idi. Bununla birlikte, birçok özel kanunda tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna açıkça yer verilmekteydi. 2 Ocak 2003 tarihli ve 4782 sayılı Kanun ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yeniden düzenlenen rüşvet suçuyla ilgili 220. maddesi, tüzel kişilerin yetkili temsilcileri tarafından işlenen rüşvet verme suçu bakımından tüzel kişiler hakkında da ağır para cezasına hükmolunacağını öngörmek suretiyle tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu Ceza Kanunu'na dâhil etmişti.

26 Eylül 2004'te kabul edilerek 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun ceza sorumluluğunun şahsiliği başlıklı 20. maddesi tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu açıkça reddetmekle birlikte, haklarında güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bu maddeye göre; (1) "*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz*". (2) "*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır*". Bu düzenleme, TCK'nın 31.12.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5. maddesi gereğince, bu tarihten önce yürürlükte bulunan yan ceza kanunları bakımından da geçerli olacağından, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu öngören özel hükümler artık uygulama alanı bulamayacaktır. Zaten 5728 sayılı Kanun başta olmak üzere, çıkarılan birçok kanunla tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu öngören düzenlemeler mevzuatımızdan arındırılmıştır. Ayrıca belirli alanlar için çıkarılan kanunlarda da TCK ile uyumlu düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

B. Türk Ceza Hukuku Açısından Tüzel Kişilerin Sorumluluğu

I. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Sorunu

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabulü, tüzel kişiler hareket yeteneğine sahip olmadıkları için organı veya temsilcisinin fiillerinden dolayı tüzel kişiliğin kınanması sonucuna götürür. Böyle bir yaklaşım ise üçüncü kişinin fiilinden sorumluluk anlamına gelir. Çünkü tüzel kişi organ veya temsilcisi olan gerçek kişilerin gerçekleştirdiği fiilden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Bu durum ise ceza sorumlulu-

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: Türkiye

ğunun şahsiliği ilkesine, dolayısıyla da Anayasa'ya (md. 38/7) aykırıdır¹. 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesi ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini tekrarlayıp, kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağını da belirttiikten sonra, tüzel kişilere ceza yaptırımı uygulanamayacağını kesin olarak ifade etmiştir. Bu düzenleme, ceza hukukunun son araç (ultima ratio) olma ilkesine de uygun düşmektedir. Buna göre, tüzel kişiler hakkında özel hukuk ve idare hukuku yaptırımları uygulandığı takdirde amaca ulaşılabilirse, ceza uygulanması yoluna gidilmemelidir.

II. Organ veya Temsilcilerinin İşlemiş Olduğu Suçlardan Dolayı Tüzel Kişilere Ceza Dışında Yaptırım Uygulanması

1. Güvenlik Tedbirleri Uygulanması

TCK'nın 60. maddesi şu şekildedir;

(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.

Bu hüküm TCK md. 20 ile beraber ele alındığında ceza sorumluluğu yerine, güvenlik tedbiri modelinin benimsendiği görülmektedir².

Tüzel kişilerin hareket yeteneği ve buna bağlı olarak da kusur yeteneği bulunmadığından haklarında ceza yaptırımı uygulanması ceza hukukunun temel ilkelerine ters düşeceğinden, tüzel kişiler bakımından güvenlik tedbirleri uygulanmasının kabul edilmesi yoluna gidilmiştir.

TCK md. 60 güvenlik tedbirlerinin yalnızca özel hukuk tüzel kişilerine uygulanabileceğini kabul etmektedir. Böylece dernekler, vakıflar, ticaret şirketleri, sendikalar ile konfederasyonlar, siyasî partiler ve avukatlık ortaklıkları (Avukatlık Kanunu md. 44) özel hukuk tüzel kişileri olduklarından güvenlik tedbiri uygulamasına konu olabileceklerdir. Bu suretle bütün kamu hukuku tüzel kişileri güvenlik tedbiri uygulamasından muaf tutulmaktadır. Yalnızca özel hukuk tüzel kişileri hakkında

¹ KANGAL, Zeynel T.: *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2003, sh: 143-145. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu öngören spesifik bazı ceza normlarıyla ilgili olarak vermiş olduğu kararlarında, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı bulmamıştır.

² RUGGIERO, Gianluca: "Primo Sguardo d'Insieme Sulla Responsabilita delle Persone Giuridiche nel Nuovo Codice Penale Turco", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 2005, sh: 93 vd.





Zeynel Kangal

güvenlik tedbirine başvurulabileceğinin kabul edilmesi, özel hukuk alanında da faaliyetlerde bulunan kamu hukuku tüzel kişilerinin güvenlik tedbirlerinden muaf tutulması eşitlik ilkesi açısından tartışmaya açık kapı bırakmaktadır. Ayrıca hem kamu hukuku hem de özel hukuk kurallarının uygulandığı kamu iktisadî teşebbüsleri hakkında bu düzenleme karşısında güvenlik tedbirine başvurulup başvurulamayacağı tartışma konusu oluşturmaktadır.

TCK md. 60 tüzel kişiler için yalnızca iki güvenlik tedbiri öngörmüştür. Bunlardan biri faaliyet izninin iptali, diğeri de müsaderedir. Ancak özel düzenlemelerde de tüzel kişiler bakımından başka güvenlik tedbirleri öngörülmüş olabilir. Örneğin Anayasa'nın 69. maddesi gereğince, siyasî partiler devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılabilecekleri gibi, temelli de kapatılabilirler (Siyasî Partiler Kanunu md. 101). Siyasî partilere yönelik bu yaptırımlar, siyasî partilerin toplum bakımından tehlikeli olabilecek birtakım faaliyetlerine engel olmak, bunların devamının önüne geçmek için karara bağlanan güvenlik tedbirleri niteliğindedir. Gerek Anayasa md. 69/6'da, gerek Siyasî Partiler Kanunu md. 103'de öngörülen "odak olma kriteri" de siyasî partilerin toplumsal tehlikeliliğini vurguladığından, bu yaptırımların güvenlik tedbiri olduğu görüşünü daha da güçlendirmektedir.

TCK md. 60'da öngörülen birinci güvenlik tedbiri faaliyet izninin iptalidir. Tüzel kişi hakkında faaliyet izninin iptali tedbirine başvurulması için öncelikle kasıtlı bir suçun işlenmesi gereklidir. Taksirle işlenen suçlar bakımından tüzel kişi hakkında bu tedbire başvurulamaz. İkincisi, bu kasıtlı suçun tüzel kişinin organı veya temsilcisinin iştirakiyle işlenmiş olmasıdır. Organın veya temsilcinin suça iştiraki faillik, azmettirme veya yardım etme şeklinde gerçekleşebilir (TCK md. 37-41). Bu bağlamda TCK md. 60, Fransız hukukunda tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bakımından kabul edilen (CK md. 121-2) yansıma sorumluluk teorisini güvenlik tedbirleri bakımından benimsemektedir. Buna göre, hareket yeteneği ve kusur yargısı yalnızca organ veya temsilci niteliğini taşıyan gerçek kişiler bakımından anlaşılabilir. Bu gerçek kişiler bir suçu gerçekleştirmekten dolayı kusurlu buldukları takdirde, ancak bu durumda tüzel kişi hakkında da güvenlik tedbirine karar verilebilmektedir. Faaliyet izninin iptali tedbirinin uygulanmasının diğeri bir koşulu da, eylemin organ veya temsilci tarafından tüzel kişi yararına işlenmiş olmasıdır. Böylece tüzel kişinin organ veya temsilcisi bizzat kendi yararına, üçüncü kişi, tüzel kişinin üyelerinden bir azınlık, işçilerin veya toplum yararına hareket ederek bir suç işlemişse, tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Tüzel kişinin yararı ifadesi çok geniş yorumlanabileceği için, organ veya temsilci tüzel kişiyi yalnızca zenginleştirmek için değil, onun temel fonksiyonlarını veya amaçlarını gerçekleştirmek için hareket ettiğinde de tüzel kişiye güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Bu tedbirin uygulanabilmesi için başka bir koşul da, suçun faaliyet izninin verdiği yetkinin kötüye kullanılarak işlenmiş olmasıdır. Buna göre, kamu kurumu tarafından bir özel hukuk tüzel kişisine verilen belirli bir faaliyette bulunmaya ilişkin iznin sağladığı yetkinin organ veya temsilci tarafından kötüye kullanılarak, iznin kullanılmasıyla bağlantılı bir





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: Türkiye

suçun işlenmesi gerekir. Son koşul ise organ veya temsilci hakkında tüzel kişi yararına işledikleri kasıtlı suçtan dolayı bir mahkûmiyet kararının verilmiş olmasıdır. Organ veya temsilci gerçek kişi beraat etmişse ya da kusuru ortadan kaldıran bir nedenin veya bir cezasızlık nedeninin mevcudiyetinden dolayı hakkında mahkûmiyet kararı verilmemişse (CMK md. 223) tüzel kişiye güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır.

Faaliyet izninin iptal edilmesi neticesinde ilgili tüzel kişi varlığını sürdürmekte, ancak iznin konusuyla ilgili olarak faaliyette bulunması yasaklanmaktadır. Tüzel kişilik bu iptal kararıyla fesih edilmemektedir. Örneğin, ilaç üretmek için izin alınmış olan bir laboratuarda uyuşturucu veya uyarıcı madde üretimi yapılması durumunda tüzel kişinin bu izninin iptaline karar verilecektir.

TCK md. 60'da öngörülen diğer güvenlik tedbiri ise, müsadere. Buna göre, tüzel kişiler hakkında eşya müsaderesine (TCK md. 54) ve kazanç müsaderesine (TCK md. 55) ilişkin hükümler uygulanabilecektir. Suçun tüzel kişilik yararına işlenmiş olması koşulu, hakkında müsadere kararının verilebilmesi için de aranmaktadır.

TCK md. 60/4 gereğince, tüzel kişiler hakkında her suç bakımından değil, yalnızca kanunda özel olarak belirtilen hâllerde güvenlik tedbirlerine karar verilebilecektir. Bu yaklaşım, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu benimseyen Fransız hukukundaki "özellik prensibinin" TCK'da tüzel kişilere güvenlik tedbirleri uygulanması açısından kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Ancak Fransız Ceza Kanunu'nda 31 Aralık 2005'ten itibaren özellik prensibinden vazgeçilmiştir. TCK md. 60/4'ün benimsediği özellik prensibine göre, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine karar verilebilmesi için bunun kanunî bir düzenlemeyle açıkça öngörülmüş olması zorunludur. Hiçbir hükümde özel olarak bu yönde bir düzenleme yoksa, tüzel kişiye güvenlik tedbiri uygulanması gündeme gelmeyecektir. Örneğin soykırım (md. 76), insan ticareti (md.80), çevrenin kasten kirletilmesi (md. 181) suçlarında tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanabileceği belirtilmiştir.

Tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanması bazı suçlar bakımından gereksiz ve yararsız olabileceken, böyle bir düzenlemenin kabul edilmediği bazı suçlarda ise bir eksiklik olabilecektir. Bu yüzden tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanması için genel bir düzenlemenin kabul edilmesi daha yerinde olurdu.

TCK md. 60/3, tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkimin bu tedbirlere hükmetmeyebileceği öngörmektedir. Tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine başvurulması hâlinde, çok sayıda kişi işsiz kalabilir veya iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından telafisi güç kayıplar (alacaklarını tahsil edememe vb.) meydana gelebilir. Bu durumda mahkeme TCK md. 60/3' deki orantılılık ilkesine dayanarak güvenlik tedbirlerine karar vermekten çekinebilecektir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 249. maddesi de tüzel kişilerin güvenlik tedbirlerine ilişkin olarak soruşturmada ve kovuşturmada temsilini düzen-





Zeynel Kangal

lemektedir. Buna göre, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi, savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul edilir. Bu kişi tüzel kişinin fiilin işlendiği tarihteki organ veya temsilcisi değil, soruşturma ve kovuşturma esnasındaki organ veya temsilcisidir. Bu kişi sanık haklarından yararlanacaktır. Ancak tüzel kişinin organ veya temsilcisi aynı zamanda şüpheli veya sanık ise, soruşturmada ve kovuşturmada tüzel kişiyi temsil edemez. Böyle bir durumda, tüzel kişiyi temsil edecek başka bir kişi yoksa, mahkeme bir kayyım atmalıdır.

2. İdarî Para Cezası Uygulanması

Kabahatler Kanunu'nda 5918 sayılı Kanun ile eklenen 43/A maddesi, özel hukuk tüzel kişileri hakkında yararlarına işlenen bazı suçlardan dolayı idarî para cezası uygulanmasını öngörmektedir. Bu düzenleme de sadece özel hukuk tüzel kişileri hakkında bazı suçlardan dolayı idarî para cezasının uygulanmasını kabul ederek, kamu hukuku tüzel kişilerini kapsam dışı bırakmıştır.

KK md. 43/A, belirli suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında idarî para cezasının uygulanabilmesi için, suçun organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmakla birlikte, bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından işlenmiş olmasını aramaktadır. Tüzel kişilerin zorunlu organlarını nelerden ibaret olduğu ilgili kanunlarda tüzel kişi türüne göre gösterilmiştir. KK md. 43/A, tüzel kişinin sorumluluğu bakımından organları arasında bir ayırım yapmamıştır. Tüzel kişiler organlarının haricinde genel kurallara göre temsilci de tayin edebilirler.

TCK md. 60, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için suçun tüzel kişinin organ veya temsilcileri tarafından işlenmesini aramıştır. Buna karşın KK md. 43/A, organ ve temsilcinin yanısıra, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişiyi de belirterek kapsamı daha geniş tutmuştur. KK md. 43/A'da belirtilen suçlar bakımından TCK md. 60 da aynı zamanda uygulama alanı bulabilecektir. Buna karşın, KK md. 43/A'da belirtilen suçlardan biri, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından işlendiği takdirde, TCK md. 60, diğer koşulları oluşsa bile, uygulanamayacak ve tüzel kişi hakkında iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbirlerine karar verilemeyecektir. Bu yüzden tüzel kişi hakkında idarî para cezası ve güvenlik tedbirleri kararının verilmesine yol açacak gerçek kişilerin kapsamının aynı şekilde belirlenmesi yerinde olur³.

Tüzel kişi hakkında idarî para cezasına karar verilebilmesi için ancak KK md. 43/A'da sayılan suçlardan birinin tüzel kişi yararına işlenmiş olması gerekmektedir. Ekonomik ve malî boyutları olan bu suçlar şunlardır; Dolandırıcılık (TCK md. 157-158), ihaleye fesat karıştırma (TCK md. 235), edimin ifasına fesat karıştırma (TCK md. 236), rüşvet (TCK md. 252), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (TCK md. 282), bankacılık zimmeti (Bankacılık Kanunu md. 160), kaçakçılık suç-

³ KANGAL, Zeynel T.: *Kabahatler Hukuku*, İstanbul 2011, S. 228-229.





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: Türkiye

ları (Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu), Petrol Piyasası Kanunu ek md. 5'te tanımlanan suç, terörün finansmanı (Terörle Mücadele Kanunu md. 8). Özel bazı kanunlarda da düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu md. 15/5'te ve 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun md. 11/7'de bu yönde düzenlemeler mevcuttur.

KK md. 43/A, belirtilen suçlardan dolayı tüzel kişi hakkında idarî para cezasına karar verilebilmesi için bu suçların tüzel kişi yararına işlenmiş olmasını aramaktadır. Tüzel kişinin yararı, tüzel kişiyi ilerletmeye yönelik maddî veya manevî, mevcut veya olası, doğrudan veya dolaylı her türlü yarar olabilir.

KK md. 43/A'da sayılan suçlardan dolayı tüzel kişi hakkında idarî para cezası vermeye yetkili makam, belirtilen suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkemedir (KK md. 43/A/2; 5977 sayılı Kanun md. 15/9). Cumhuriyet savcılıkları ile idarî kurul, makam veya kamu görevlilerine bu yetki verilmemiştir. Bu kararı sadece mahkeme, ilgili gerçek kişilerin bu suçları işlediğine kanaat getirdiğinde verebilecektir.

Tüzel kişi hakkında ilgili suçlardan dolayı sadece idarî para cezası uygulanması öngörülmüştür. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve diğer idarî tedbirler uygulanmaz. Bununla birlikte, burada bir suç sözkonusu olduğundan TCK md. 60'ın koşulları ve ilgili suç tiplerinde açık hüküm varsa, iznin iptali ve müsadere hükümleri uygulanabilecektir. KK md. 43/A, ilgili suçların işlenmesi hâlinde tüzel kişilere idarî para cezasının verilmesini zorunlu kılmıştır.

Tüzel kişi hakkında uygulanabilecek idarî para cezasının alt sınırı 10 bin TL, üst sınırı da 2 milyon TL olarak gösterilmiştir. Mahkeme idarî para cezasının miktarını belirlerken KK md. 17/2'deki hususları dikkate alacaktır. KK md. 43/A'da belirtilen suçlardan dolayı özel hukuk tüzel kişisi hakkında idarî para cezasının verilebilmesi, fiilin "daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hâllerde" mümkündür.

Kabahatler Kanunu'nun 6352 sayılı Kanun ile eklenen 43/B maddesi, TCK md. 278'de düzenlenen suçu bildirim yükümlülüğün yerine getirilmemesi bakımından tüzel kişilere idarî para cezası uygulanmasını öngörmektedir. Buna göre, Bankacılık Kanunu'nda tanımlanan bankalara, finansal kuruluşlara veya paranın sayım ve incelenmesini yaparak bankalara destek hizmeti veren kuruluşlar ile mevzuat çerçevesinde dövize ilişkin işlemler yapmasına izin verilen şirketlere, her ne amaçla olursa olsun ibraz edilen paranın sahte olduğunun anlaşılmasından sonra durumun yetkili makamlara bildirilmemesi hâlinde, Cumhuriyet savcısı tarafından 1 000 TL'den s5 000 TL'ye kadar idarî para cezası verilecektir.

III. Kabahatlerden Dolayı Tüzel Kişilerin Sorumluluğu

Gerçek bir kişi bir kabahati tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirdiği takdirde, tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanmasını KK md. 8/1 kabul etmektedir. Böylece tüzel kişiler kabahatler hukuku alanında üçüncü kişilerin fiilin-





Zeynel Kangal

den sorumlu tutularak idarî yaptırımların muhatabı olmaktadır. Burada tüzel kişinin işlemiş olduğu kabahatten sözedilemez. Sadece ilgili gerçek kişilerin işlemiş olduğu kabahatler tüzel kişiler bakımından da hukuksal sonuçlara yol açmaktadır.

Tüzel kişilere kabahatlerden dolayı idarî yaptırım uygulanması AY md. 38/7’de öngörülen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesiyle çelişmez. Çünkü bu ilke, sadece ceza sorumluluğuna ilişkindir. Buna göre, gerçek kişiler tarafından tüzel kişi yararına işlenen bir suçtan dolayı tüzel kişilik hakkında ceza yaptırımları uygulanamaz. Ancak gerçek kişiler tarafından tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen bir kabahatten dolayı tüzel kişiliğe idarî yaptırımlar uygulanması ceza sorumluluğunu ifade etmediğinden AY md. 38/7’ye de aykırı olmaz.

KK md. 8/1 tüzel kişilerden bahsetmiş, ancak idarî yaptırımların uygulanması bakımından bunlar arasında bir ayırım yapmamıştır. Böylece hem özel hukuk tüzel kişilerinin hem de kamu hukuku tüzel kişilerinin sorumlu olmasının yolu açılmıştır. Örneğin, bir belediye hakkında çevre kabahatlerinden dolayı idarî yaptırım uygulanmasına karar verilebilecektir. Bununla birlikte, kamu hukuku tüzel kişilerine idarî yaptırımlar uygulanması bakımından bazı sınırlamalar getirilmesi daha yerinde olur.

Tüzel kişilerin kabahatten dolayı sorumluluğu ilgili gerçek kişilerin sorumluluğuna bağlıdır. Tüzel kişilere de idarî yaptırım uygulanabilmesi için organ, temsilci veya görev üstlenen diğer kişiler tarafından gerçekleştirilmiş bir fiile ihtiyaç bulunmaktadır. KK md. 8/1’e göre, tüzel kişi hakkında kabahatten dolayı idarî yaptırım uygulanabilmesi için, kabahatin, organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişi tarafından bu görevi kapsamında işlenmiş olması gereklidir. Tüzel kişiler çeşitli işlerini yürütmek için personel istihdam edebilecekleri gibi, üçüncü bir kişiden de yardım alabilirler. Bu kişilerin görevleri kapsamında işlemiş oldukları kabahatten dolayı tüzel kişilik hakkında da idarî yaptırım uygulanabilecektir.

KK md. 8/1, tüzel kişi hakkında idarî yaptırım uygulanması kararının verilebilmesi için organ veya temsilcinin ya da tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen diğer kişilerin kabahati “bu görevleri kapsamında” işlemiş olmalarını öngörmektedir. KK md. 8/1’deki ifadenin “görevleri sırasında” şeklinde anlaşılması gerekir. İlgili gerçek kişilerin görevleri ile işlemiş oldukları kabahat arasında bağlantılı bulunduğu takdirde, tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanması yoluna gidilebilecektir.

Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde organın, temsilcinin veya görev üstlenen diğer kişilerin görevleri sırasında işlemiş oldukları kabahatlerin tüzel kişilik yararına olması gerekmemektedir. Böylece tüzel kişi, organının, temsilcisinin veya görev üstlenen diğer kişilerin kamu düzeni bakımından yol açtıkları zarar veya tehlikelerden dolayı, bu kişileri dikkatli ve özenli olarak seçmediği ve denetlemediği için de sorumlu tutulabilmektedir.

Tüzel kişideki görevlerini yerine getirdikleri sırada bir kabahat işleyen organ,





Tüzel Kişiler Hakkındaki Yaptırımlar: Türkiye

temsilci veya görev üstlenen diğer kişilerin bu kabahatten dolayı idarî yaptırım sorumlulukları, tüzel kişiler hakkında idarî yaptırım uygulanması kararı alınması üzerine ortadan kalkmamaktadır. Böylece kümülatif bir sorumluluk esası kabul edilmiştir.

KK md. 8/1, tüzel kişilere idarî yaptırım uygulanmasını öngörmüş, bunlar arasında bir ayırım yapmamıştır. Bu nedenle tüzel kişilere idarî para cezası ve idarî tedbirler uygulanabilecektir. Bu idarî tedbirler de mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerden (faaliyetin durdurulması, ruhsatın geri alınması vb.) ibarettir (KK md. 16).





Vertretung von juristischen Personen im Strafverfahren nach türkischem Recht

Dr. habil. Ali Kemal Yıldız*

I. Einleitung

Eine der wichtigsten Regelungen zu den Grundlagen der strafrechtlichen Verantwortung im türkischen Strafgesetzbuch findet sich in Art. 20 tStGB. Während im ersten Absatz dieser Regelung die Personengebundenheit der strafrechtlichen Verantwortung bzw. das Schuldprinzip explizit geregelt ist¹, hat der türkische Gesetzgeber bei der Verabschiedung des neuen Strafgesetzbuchs mit dem zweiten Absatz dieser Vorschrift auch das Thema der strafrechtlichen Haftung von juristischen Personen behandelt. Danach können zwar gegen juristische Personen keine Strafsanktionen angewendet werden, er hat jedoch im zweiten Satz dieses Absatzes (Art. 20 Abs. 2 S. 2 tStGB) die Sanktionierung der juristischen Personen in Form einer Sicherungsmaßnahme grundsätzlich für möglich gehalten².

Die in Art. 20 Abs. 2 S. 2 tStGB angenommenen Sanktionsmöglichkeiten bzw. Sicherungsmaßnahmen werden in Art. 60 tStGB geregelt. Diese sind die Annullierung der verwaltungsrechtlichen Genehmigung und die Einziehung. Zur Anwendung dieser beiden Maßnahmen sind jedoch einige Voraussetzungen vorgesehen. In diesem Zusammenhang kann zum einen eine Sicherungsmaßnahme gegen eine juristische Person nur dann angewendet werden, wenn diese eine juristische Person des Privatrechts ist. Zum anderen ist eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Anwendung der Sicherungsmaßnahme erforderlich, die für die begangene Straftat in Betracht kommt. Schließlich ist eine Sicherungsmaßnahme gegen eine juristische Person nur dann zulässig, wenn die Straftat unter Beteiligung von Organen oder Vertretern der juristischen Person des Privatrechts begangen wird, deren Tätigkeiten auf der Genehmigung einer öffentlichen Institution beruhen, und durch den Missbrauch der durch eine Genehmigung verliehenen Befugnisse. Abgesehen von der Täterstellung der juristischen Person kann eine juristische Person auch die Opferstellung (bzw. Verletztenstellung) bei einer von jemand anderem begangenen Straftat innehaben³.

* Juristische Fakultät der Bahçeşehir Universität/Istanbul

¹ Die Regelung lautet wie folgt: "Art. 20 Abs. 1 tStGB: Die strafrechtliche Verantwortung ist personengebunden. Niemand darf für die Tat eines anderen verantwortlich gemacht werden"

² Die Regelung lautet wie folgt: "Art. 20 Abs. 2 tStGB: Gegen juristische Personen können keine Strafsanktionen angewendet werden. Die wegen einer Straftat im Gesetz vorgesehenen Sanktionen in Form einer Sicherungsmaßnahme bleiben jedoch vorbehalten."

³ Vgl. hierzu **Yıldız**, Ali Kemal; Ceza Muhakemesi Hukukunda Magdur, Suçtan Zarar Gören, Şikayetçi, Ankara 2008, S. 22.





Vertretung juristischer Personen im türkischen Strafverfahren

Sowohl für die Fallkonstellationen, in denen eine Sicherungsmaßnahme wegen einer vom Organ oder Vertreter der juristischen Person zu deren Nutzen begangenen Straftat in Betracht kommt, als auch für die Fallkonstellationen, in denen die juristische Person die "Verletztenstellung" hat, ist unbedingt erforderlich, dass sie im Strafverfahren vertreten wird und ihr bestimmte Rechte und Befugnisse eingeräumt werden.

Im Folgenden werden die Regelungen der türkischen Strafprozessordnung in Bezug auf die Vertretung der juristischen Personen in einem Strafverfahren erörtert.

II. Vertretung der juristischen Personen im Strafverfahren

Die unumgängliche Folge der Tatsache, dass durch die Neuregelung im türkischen Strafgesetzbuch auch die Sanktionierung von juristischen Personen - auch wenn nur durch Sicherungsmaßnahmen - ermöglicht wurde, ist die Erforderlichkeit der Vertretung von juristischen Personen im Strafverfahren. Das ist nicht nur für ihre Täterstellung, sondern auch für ihre Opfer- bzw. Verletztenstellung der Fall. Infolgedessen hat der türkische Gesetzgeber in der neuen tStPO eine diesbezügliche Regelung vorgesehen, die den folgenden Wortlaut hat:

"Art. 249 tStPO: (1) Im Ermittlungs- und Hauptverfahren wird das Organ oder der Vertreter der juristischen Person als Nebenkläger oder Beistand⁴ in die Hauptverhandlung einbezogen.

(2) Im Falle einer Einbeziehung in das Strafverfahren gemäss des obigen Absatzes dieser Vorschrift, profitiert das Organ oder der Vertreter der juristischen Person von den gleichen Rechten, die dem Nebenkläger oder Beschuldigten zuerkannt werden.

(3) Die Regelung im ersten Absatz dieser Vorschrift ist nicht anzuwenden, wenn der Beschuldigte gleichzeitig die Organ-oder Vertreterstellung der juristischen Person besitzt."

In dem Teil der tStPO, in dem sich die oben dargestellte Vorschrift befindet, finden sich die Regelungen zu den besonderen (Straf-) Verfahrensarten. Die Überschrift des dritten Abschnitts dieses Teils der tStPO lautet "Die Vertretung von juristischen Personen im Ermittlungs- und Hauptverfahren". Demzufolge wird in Art. 249 Abs. 1 tStPO die Vertretung von juristischen Personen sowohl für das Ermittlungsverfahren, als auch für Hauptverfahren genannt. Genauer betrachtet ist aber in dieser Regelung nur die Vertretung von juristischen Personen im Hauptverfahren geregelt⁵. Im ersten Absatz der Vorschrift ist von der Einbeziehung des Organs oder Vertreters der juristischen Person in die "Hauptverhandlung" die Rede. Denn die "Verteidigungstellung" im Strafverfahren kommt grundsätzlich nur

⁴ Der "Beistands-"Begriff hat hier die gleiche Bedeutung wie der Beschuldigtenstatus im Strafverfahren. Der türkische Gesetzgeber hat bei der Verabschiedung der neuen tStPO merkwürdigerweise diese Terminologie für die Täterstellung der juristischen Person verwendet.

⁵ So auch Şahin, Cumhur; Ceza Muhakemesi Hukuku I, 3. Auflage, Ankara 2012, S. 138; Şahin, Cumhur; Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, Art. 249, S. 760.





Ali Kemal Yıldız

in der Hauptverhandlung in Frage. Auch die Beteiligung am Strafverfahren ist nach Art. 237 tStPO nur im Hauptverfahrensstadium des Strafverfahrens möglich. Für diese Auslegung spricht auch der im dritten Absatz der Vorschrift benutzte Begriff des Angeklagten. Im Sinne des Strafverfahrensrecht ist der Angeklagte (nach der begrifflichen Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. b tStPO) derjenige, gegen den in der Phase vom Beginn des Hauptverfahrens bis zur Rechtskraft eines Urteils ein Tatverdacht besteht. Ausgehend von diesen Tatsachen ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass durch diese Regelung nur die Vertretung der juristischen Personen im Hauptverfahren angenommen wird.

Für den Fall, dass die juristische Person im konkreten Fall Verletztenstellung hat, kann das Organ oder der Vertreter der juristischen Person das Recht auf Strafantrag gem. Art. 73 tStGB ausüben. Das Organ oder der Vertreter der juristischen Person kann auch die Beschwerde gegen den Einstellungsbescheid nach Art. 172 tStPO einlegen (Art. 173 tStPO). Allerdings wäre es verfehlt, aus diesen Rechten die Schlussfolgerung zu ziehen, dass die juristische Person, die unter der Drohung einer Sanktion in Form einer Sicherungsmaßnahme wegen einer Straftat steht, auch im Ermittlungsverfahren vertreten werden kann⁶. Kriminalpolitisch ist es jedoch geboten, dass die juristische Person auch in diesem Stadium des Strafverfahrens vertreten wird und die Rechte wie etwa das Antragsrecht auf die Aufnahme von Beweisen zu ihren Gunsten eingeräumt werden.

Die Regelung in Art. 249 tStPO ist darüber hinaus auch für die Geschädigtenstellung der juristischen Person nicht zutreffend. Denn die juristische Person, im Rahmen derer Taten einer Straftat begangen wird, darf nicht im Ermittlungs- oder Hauptverfahren die rechtliche Stellung als Verletzter bzw. Nebenkläger haben. Da die juristische Person in einem solchen Fall mit einer Sicherungsmaßnahme sanktioniert werden kann, kann sie in dem Strafverfahren ausschließlich die Beistandsrolle haben. Das ist die Konsequenz des Wortlauts der Regelung in Art. 249 tStPO. Auch wenn in Art. 237 tStPO die Beteiligung der juristischen Person am Strafverfahren angedeutet wird, gibt es in dieser Regelung keine Vorgabe darüber, wie die juristische Person im Strafverfahren zu vertreten ist. Insofern ist es für die Rechtssicherheit erforderlich, dass durch die Neuregelung dieser Vorschrift auch die Verletztenstellung der juristischen Person im Strafverfahren gesetzlich angenommen wird. Dadurch würde die Nebenklägerstellung der juristischen Person neben deren Beistandsstellung im Gesetz ausdrücklich geregelt, was der Natur der Sache entsprechen würde.

⁶ Dagegen Yurtcan, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Auflage, İstanbul 2007, S. 210. Nach Yurtcan können die juristische Personen sowohl im Ermittlungsverfahren, als auch im Hauptverfahren vertreten werden.





Vertretung juristischer Personen im türkischen Strafverfahren

Im folgenden Teil dieser Untersuchung werden zunächst die Bedingungen für die Einbeziehung des Vertreters oder Organs der juristischen Person in das Strafverfahren erörtert. Anschließend daran werden auch die Rechte des im Namen der juristischen Person an dem Strafverfahren beteiligten Organs oder Vertreters kurz dargestellt.

1. Voraussetzungen der Vertretung der juristischen Person im Strafverfahren

◆ Beginn des Hauptverfahrens gegen die juristische Person wegen einer Straftat, die im Rahmen ihrer Tätigkeit begangen wurde, oder Beginn der Hauptverhandlung in einem Hauptverfahren wegen einer Straftat, durch die die juristische Person geschädigt wurde.

Das Hauptverfahren im strafprozessrechtlichen Sinne beginnt nach türkischem Recht mit der Annahme der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft und endet mit einem rechtskräftigen Urteil (Art. 2 Abs. 1 lit. f tStPO). Die Hauptverhandlung beginnt mit der Verkündung des Vorsitzenden oder Richters, dass die Hauptverhandlung eröffnet wird, in dem die Annahme der Anklageschrift bekannt gemacht wird (Art. 191 Abs. 1 tStPO).

Der Einschränkung der Vertretung der juristischen Person im Strafverfahren darauf, dass sie nur für die Fallkonstellationen gilt, in denen “die Straftaten im Rahmen der Tätigkeiten der juristischen Person begangen werden”, ist meiner Meinung nach nicht zu folgen. Es ist zwar zuzustimmen, dass in einigen Tatbeständen im tStGB (wie etwa Art. 79 Abs. 4; Art. 189 tStGB) die Sanktionierung der juristischen Person mit einer Sicherungsmaßnahme wegen einer im Rahmen ihrer Tätigkeit begangenen Straftat vorgesehen ist. Es gibt jedoch im tStGB auch solche Delikte (wie etwa Art. 111, 169 tStGB), in denen das Vorhandensein eines strafbaren Deliktes, das im Rahmen der Tätigkeit begangen wird, nicht vorausgesetzt wird. Dennoch wird auch bei diesen Tatbeständen die Sanktionierung mit einer Sicherungsmaßnahme wegen der Entstehung “eines rechtswidrigen Vorteils zugunsten der juristischen Person” für möglich gehalten. In der letzteren Fallkonstellation ist eine Vertretung der juristischen Person im Strafverfahren jedoch ausgeschlossen, obwohl die Anwendung einer Sicherungsmaßnahme auf die betroffene juristische Person in Betracht kommt⁷.

◆ Die juristische Person ist gem. Art. 249 Abs. 1 tStPO in der Hauptverhandlung durch ihr Organ oder ihren Vertreter zu vertreten, der nach den gesetzlichen Regelungen über die rechtlichen Stellung der juristischen Person zu bestimmen ist. Während beispielsweise die Bestimmung des Organs oder Vertreters einer Handelsgesellschaft nach den diesbezüglichen Regelungen des türkischen Handelsgesetzbuches erfolgt, wird der Vertreter eines Vereins oder einer Stiftung nach dem türkischen Zivilgesetzbuch bestimmt⁸. Das Organ oder der Vertreter der

⁷ Ünver, Yener / Hak e ri, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Auflage, Ankara 2012, S. 793.

⁸ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, S. 210.





Ali Kemal Yıldız

juristischen Person muss nicht selbst in der Hauptverhandlung erscheinen. Er kann auch je nach seiner Stellung einen Rechtsanwalt oder Strafverteidiger diesbezüglich beauftragen.

◆ Nach Art. 249 Abs. 1 tStPO wird das Organ oder der Vertreter der juristischen Person in das Strafverfahren als Nebenbeteiligter oder Beistand “einbezogen”. Somit ist hier eine gerichtliche Handlung für die Einbeziehung in das Verfahren vorgesehen. In diesem Zusammenhang ist jedoch hervorzuheben, dass das Organ oder der Vertreter der juristischen Person bei Vorliegen einer Straftat, die im Rahmen der Tätigkeiten der juristischen Person begangen wird und bei der deshalb die Sanktionierung der juristischen Person mit einer Sicherungsmaßnahme in Betracht kommt, ohne vorherigen diesbezüglichen Antrag und Stattgeben durch das Gericht unmittelbar am Verfahren teilnehmen kann, es sei denn, dass der Vertreter oder das Organ der juristischen Person selbst im anhängigen Strafverfahren Beschuldigtenstellung hat. Wird die juristische Person durch eine Straftat geschädigt und will daher ihr Organ oder ihren Vertreter am Strafverfahren beteiligen, so ist nach Art. 237 ff. tStPO ein Antrag zur Einbeziehung in das Verfahren zu stellen. Nur nach der diesbezüglichen Genehmigung des Gerichts kann die juristische Person durch die genannte Person im Strafverfahren vertreten werden.

◆ Wird eine Hauptverhandlung wegen einer Straftat, die im Rahmen der Tätigkeiten der juristischen Person begangen wird, eröffnet und hat der Beschuldigte gleichzeitig die Organ- oder Vertreterstellung dieser juristischen Person, so ist die Vertretung der juristischen Person durch ihn ausgeschlossen (Art. 249 Abs. 3 tStPO). Wenn der Angeklagte gleichzeitig die Stellung eines Organs oder Vertreters der juristischen Person innehat und es ein anderes Organ oder einen anderen Vertreter gibt, so kann dieser die juristische Person vertreten. Falls dies nicht möglich ist und im relevanten Fall die juristische Person eine “Handelsgesellschaft” ist, könnte gem. Art. 133 tStPO ein Prozesspfleger vom Gericht bestellt werden⁹. Das hierbei entstehende Problem liegt darin, dass die Vertretung einer juristischen Person durch einen Prozesspfleger nach dieser Vorschrift nur für die Handelsgesellschaften in Betracht kommt¹⁰. Abgesehen davon kann von dieser Möglichkeit nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die jeweilige Straftat zu den in Art. 133 tStPO aufgezählten Katalogtaten gehört (numerus clausus).

⁹ Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pinar / Tepe, Ilker; Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Auflage, Ankara 2012, S. 847. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, S. 792; a.A. Centel, Nur / Zafer, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Auflage, Istanbul 2010, S. 805. Nach diesen Autoren ist die Vertretung einer juristischen Person durch einen Prozesspfleger nicht möglich, da das im Gesetz nicht offensichtlich geregelt wird und die rechtliche Stellung des Prozesspflegers nur im privatrechtlichen Bereich des Rechtssystems anerkannt wird.

¹⁰ Ünver / Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 792.

¹¹ Ausführlich zu den Rechten des Nebenklägers siehe Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, S. 809 ff.; Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dali Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Auflage, Istanbul 2010, S. 385 ff.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, S. 572.





Vertretung juristischer Personen im türkischen Strafverfahren

2. Rechte des Organs oder Vertreters der juristischen Person

In der türkischen Strafprozessordnung sind in Bezug auf die Vertretung einer juristischen Person im Strafverfahren zweierlei Beteiligungsgelegenheiten vorgesehen. Demnach kann dem Organ oder Vertreter der juristischen Person entweder "Nebenkläger-" oder "Beistandsstellung" zukommen (Art. 249 Abs. 1 tStPO). Insofern profitiert das Organ oder der Vertreter der juristischen Person von den gleichen Rechten, die dem Nebenkläger oder Beschuldigten zuerkannt werden (Art. 249 Abs. 2 tStPO). Im folgenden werden erst die Rechte des Organs oder Vertreters einer juristischen Person im Falle, dass dieser Nebenklägerstellung im Strafverfahren besitzt, dargelegt¹¹:

- Das Recht auf Hinzuziehung eines Verteidigers (Art. 234 Abs. 1 lit. b-5 tStPO), sowie das Antragsrecht auf Bestellung eines Pflichtverteidigers durch die Anwaltskammer für die Delikte, deren Mindestmaß fünfjährige Haftstrafe beträgt (Art. 239 tStPO).
- Das Recht auf Einlegung eines Rechtsmittels ohne die Zustimmung der Staatsanwaltschaft (Art. 242 Abs. 1, 234 Abs. 1 lit. b-5 tStPO)
- Das Recht auf Zurücktreten von der strafrechtlichen Verfolgung (Art. 243 tStPO).
- Das Recht auf Information von der Hauptverhandlung, sowie das Antragsrecht auf Ausfertigungen des Protokolls und der Unterlagen sowie auf Ladung von Zeugen (Art. 234 Abs. 1 lit. b tStPO).

Hat das Organ oder der Vertreter der juristischen Person die Beistandsstellung im Strafverfahren, so werden ihm die gleichen Rechte, die dem Beschuldigten im Strafrecht eingeräumt werden, zuerkannt. Diese sind die folgenden¹²:

- Das Recht auf Wahl eines Verteidigers (Art. 149 Abs. 1, Art. 197 tStPO); sowie das Antragsrecht auf die Bestellung eines Verteidigers (Art. 150 Abs. 1 tStPO).
- Bestellung eines Pflichtverteidigers (also ohne Antrag des Beschuldigten) durch das Gericht für die Delikte, deren Mindestmaß fünf jährige Haftstrafe beträgt (Art. 150 Abs. 3 tStPO).
- Das Recht auf die Aufnahme der Beweisen zu seinem Gunsten und das Recht darauf sich zum Vorwurf zu äussern (Art. 147 Abs. 1 lit. f, Art. 177 tStPO)
- Schweigerecht (Art. 147 Abs. 1 lit. e tStPO)
- Das Recht auf Anwesenheit in der Hauptverhandlung (Art. 193 Abs. 1 tStPO)

¹² Ausführlich zu den Rechten des Beschuldigten siehe Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, S. 141 ff.; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dali Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, S. 419 vd.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, S. 558; Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sırma, Özge / Saygılar- Kırıt, Yasemin F. / Özaydin, Özdem / Alan-Akcan, Esra / Erdem, Efser; Nazari ve Uygulamali Ceza Muhakemesi Hukuku, S. 229 vd.; Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, S. 141 ff.





Ali Kemal Yıldız

- Das Recht auf persönliche Abwesenheit von der Hauptverhandlung (Art. 196 tStPO)
- Das Recht auf Befragung von Zeugen, Gutachtern und den weiteren zur Hauptverhandlung geladenen Personen, die durch den Vorsitzenden des Gerichts erfolgt (Art. 201 Abs. 1 tStPO)
- Das Recht auf einen Übersetzer (Art. 202 tStPO).

III. Zusammenfassung und Vorschläge

◆ Mit der Verabschiedung des neuen türkischen Strafgesetzbuches wird im türkischen Recht die strafrechtliche Verantwortung der juristischen Person - auch wenn nur mit Sicherungsmaßnahmen - angenommen. Das hat zur Folge, dass diese im Strafverfahren zu vertreten ist. Dafür spricht auch die Tatsache, dass die juristische Person durch Straftaten auch geschädigt werden können. Der türkische Gesetzgeber hat mit der Regelung in Art. 249 tStPO zwar dieses Erfordernis erkannt. Die Vorschrift spiegelt jedoch durch ihre mangel- und lückenhafte Regelungstechnik die Nachlässigkeit des türkischen Gesetzgebers wider. Aus diesem Grund ist die Neuregelung dieser Vorschrift geboten.

◆ Bei der Neuregelung des Art. 249 tStPO ist die Vertretung der juristischen Person auch für das Ermittlungsverfahren vorzusehen. Die Möglichkeit der Vertretung der juristischen Person lediglich im Hauptverfahren (sogar nur in der Hauptverhandlung) bildet eine der wichtigsten Schwäche der Systematik in Art. 249 tStPO.

◆ Eine weitere Schwäche der Regelung stellt das Fehlen der Vertretungsmöglichkeit der juristischen Person in einem Strafverfahren wegen einer Straftat dar, die zwar nicht im Rahmen ihrer Tätigkeiten begangen wird, ihr jedoch unberechtigten Nutzen bringt. Das türkische Strafgesetzbuch akzeptiert auch für diese Fälle Sanktionsmöglichkeiten der juristischen Person. Ihre Vertretung im Strafverfahren ist daher notwendig.

◆ Mangelhaft ist diese Regelung auch deshalb, weil die Vertretung der juristischen Person als „Verletzter“ nicht ordnungsgemäß geregelt wird. Das ist in den Fallkonstellationen ersichtlich, in denen eine Straftat nicht im Rahmen der Tätigkeiten der juristischen Person begangen wird, jedoch die juristische Person geschädigt wurde. Hier ist die Vertretung der juristischen Person im Strafverfahren zu ermöglichen.

◆ Der türkische Gesetzgeber hat bei der Ausformulierung der Regelung vermutlich die Notwendigkeit einer Ersatzvertretung für den Fall übersehen, dass das Organ oder Vertreter der juristischen Person zugleich die Beschuldigtenstellung im gleichen Strafverfahren hat. Auch wenn hier die Bestellung eines Prozesspflegers

¹³ Für den Text der Regelung im Dönmezer-Entwurf siehe Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, S. 792, Fn. 8).





Vertretung juristischer Personen im türkischen Strafverfahren

gem. Art. 133 tStPO eine beschränkte Lösung für diesen Konflikt anbietet, hat das Fehlen eine ausdrückliche Regelung erhebliche Folgen. Diese lückenhafte Situation, die auch das Recht auf die Verteidigung der juristischen Person beeinträchtigt, ist zu beseitigen, indem eine diesbezügliche detaillierte Regelung geschaffen wird. Eigentlich enthielt der Dönmezer-Entwurf zur Strafprozessordnung solch eine Regelung, die auch für die Neuregelung der Vorschrift das Vorbild sein kann¹³.

◆ Schließlich gibt es weder in der türkischen Strafprozessordnung, noch in einer anderen gesetzlichen Regelung eine Vorgabe für den Fall, dass die juristische Person während des Strafverfahrens aufgelöst wird. Zur Schaffung von Rechtsklarheit ist auch eine diesbezügliche Regelung zu schaffen.





Tüzel Kişilerin Ceza Muhakemesinde Temsili

Doç. Dr. Ali Kemal Yıldız*

I. Giriş

Türk Ceza Kanunu 20. maddesinin birinci fıkrasında, “Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.” düzenlemesine yer verildikten sonra; maddenin ikinci fıkrasında “Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbirini niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” hükmüne yer verilmiştir.

Tüzel Kişiler hakkında uygulanabilecek yaptırımlar ise, TCK’ nın 60. maddesinde faaliyet izninin iptali ve müsadere olarak öngörülmüştür. Ancak tüzel kişiler hakkında bu yaptırımlara başvurulabilmesi için, tüzel kişinin özel hukuk tüzel kişisi olması; işlenen suç için tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine başvurulacağıının kanunda açık olarak düzenlenmiş olması; bunun yanında da kamu kurum kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş olması gereklidir.

Diğer taraftan tüzel kişilerin suçtan zarar gören olmaları da mümkündür¹.

Gerek organ veya temsilcilerinin tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işledikleri, tüzel kişi yararına işlenmiş olan suçlarda tüzel kişi hakkında da güvenlik tedbirine başvurulacak olması; gerekse tüzel kişilerin suçtan zarar gören olmaları durumunda ceza muhakemesinde temsil edilmeleri, bazı hak ve yetkilere sahip olmaları gereklidir.

Bu tebliğde tüzel kişilerin ceza muhakemesinde temsiline ilişkin Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan hükümlerin kısa bir değerlendirmesi yapılacaktır.

II. Tüzel Kişilerin Ceza Muhakemesinde Temsili

TCK’da tüzel kişilerin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı güvenlik tedbirine hükmedilebileceğinin düzenlenmesinin sonucu olarak, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yahut da tüzel kişilerin suçtan zarar gören olmaları durumunda tüzel kişilerin ceza muhakemesinde temsili gerekecektir. Tüzel kişilerin ceza muhakemesinde temsili CMK’nın 249. maddesinde düzenlenmiştir:

CMK m. 249: (1) Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul edilir.

(2) Bu durumda, tüzel kişinin organ veya temsilcisi bu Kanunun katılana veya sanığa sağladığı haklardan yararlanır.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Bu konuda bkz.: Yıldız, Ali Kemal; Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur, Suçtan Zarar Gören, Şikayetçi, Ankara 2008, s. 22.





Tüzel Kişilerin Ceza Muhakemesinde Temsili

(3) birinci fıkra hükmü, sanığın aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıması halinde uygulanmaz.

CMK'nın 249. maddesinin yer aldığı, özel yargılama usullerini düzenleyen beşinci kitap, birinci kısım, üçüncü bölümünün başlığı "Tüzel Kişilerin Soruşturmada ve Kovuşturmada Temsili" olmakla ve maddenin ilk fıkrasında da "soruşturma ve kovuşturmada" ifadesi kullanılmış olmakla birlikte; madde metni tüzel kişinin sadece "kovuşturma" evresinde temsilini düzenlemiştir². Maddenin ilk fıkrasında tüzel kişinin organ veya temsilcisinin "duruşmaya" kabulünden söz etmiştir. Diğer taraftan "makam olarak savunma" esas olarak duruşmada söz konusu olabileceği gibi; kamu davasına katılma da CMK'nın 237. maddesi uyarınca ancak kovuşturma evresinde mümkündür. Yine maddenin 3. fıkrasında da "sanık" ifadesi kullanılmış olduğundan, maddenin düzenlemesinin soruşturma evresine değil; kovuşturma evresine yönelik olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. CMK'nın "tanımlar"a ilişkin 2. maddesinin 1. fıkrasının b bendinden "sanık", kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi olarak tanımlanmıştır.

Tüzel kişinin suçtan zarar gören olması halinde organ veya temsilcisi aracılığıyla TCK'nın 73. maddesi hükmüne göre şikâyet hakkını kullanması ve buna bağlı olarak Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek kovuşturmaya yer olmadığına dair karara (CMK m. 172) karşı itiraz hakkını kullanabileceği de (CMK m. 173); tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda, muhakeme sonunda hakkında güvenlik tedbiri uygulanması ihtimali olan tüzel kişi, soruşturma evresinde herhangi bir temsil imkânı bulamayacaktır³. Bununla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda da tüzel kişinin soruşturma evresinde temsili ve lehine olan delillerin toplanmasını isteme vb. sanığa ait hakları kullanabilmesi imkânının yaratılması gereklidir.

249. maddenin ifadesi suçtan zarar gören açısından da hatalıdır. Maddede belirtildiği gibi, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturma söz konusu olursa, muhakeme sonunda tüzel kişi hakkında da güvenlik tedbirine başvurulabileceğinden, tüzel kişinin bu durumda ancak savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabulü söz konusu olacak ve suçtan zarar gören ve dolayısıyla katılan sıfatına sahip olması söz konusu olmayacaktır. CMK'nın 237. maddesinde tüzel kişinin de kamu davasına katılması düzenlenmişse de, bu düzenlemede davaya katılma hakkına sahip tüzel kişinin nasıl temsil edileceği düzenlenmemiştir. Burada tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş suçlardan dolayı organ veya temsilcinin duruşmada tüzel kişiyi temsiline kıyasen bir uygulama yapılabilirse de, madde metninin ifadesinin bu anlamda da düzeltilip, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar yanında tüzel kişinin suçtan zarar gören olması hali açık bir biçimde düzenlenmesi daha doğru olacaktır.

² Aynı yönde, Şahin, Cumhuriyet; Ceza Muhakemesi Hukuku I, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 138; Şahin Cumhuriyet; Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, m. 249, s. 760.

³ Aksi yönde, tüzel kişinin soruşturma, kovuşturma evresinde organ veya temsilcisi tarafından temsil edilebileceği yönündeki görüş için bkz.: Yurtcan, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2007, s. 210.





Ali Kemal Yıldız

Bu bağlamda ele alındığında aşağıda, önce CMK'nın 249. maddesi çerçevesinde tüzel kişinin organ veya temsilcisinin duruşmaya kabulünün koşulları ele alınacak; ardından da tüzel kişinin organ veya temsilcisinin sahip olacağı haklara kısaca değinilecektir.

1. Tüzel Kişinin Duruşmada Temsilinin Koşulları

◆ Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş bir suçtan dolayı tüzel kişi aleyhine başlamış bir kovuşturmada yahut da tüzel kişinin suçtan zarar gören olduğu bir suçtan dolayı başlamış kovuşturmada duruşma aşamasına geçilmiş olması gereklidir.

Ceza muhakemesinde “kovuşturma”, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir (CMK m. 2/1-f). “Duruşma” ise, mahkeme başkanı veya hâkimin, duruşmanın başladığını, iddianamenin kabulü kararını okuyarak açıklaması ile başlar (CMK m. 191/1).

Maddede sadece tüzel kişinin ceza muhakemesinde temsilinin “tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar” la sınırlı tutulması hatalı olmuştur. Gerçekten de TCK'da bazen suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbiri uygulanabileceğini öngörülmüş olmakla birlikte (Örn.: m. 79/4, 189); bazı hallerde suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi bir koşul olarak aranmamış ve suç sonucunda “yararına haksız menfaat sağlanan” tüzel kişi hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbiri uygulanmasını kabul etmiştir (Örn.:m. 111, 169). Bu durumda tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olmamakla birlikte, Kanunun tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasını öngördüğü başka hallerde tüzel kişinin ceza muhakemesinde temsili mümkün olmayacaktır⁴.

◆ Tüzel kişi duruşmada organ veya temsilcisi tarafından temsil edilir (CMK m. 249/1). Organ veya temsilcinin kim olacağı, tüzel kişinin tabi olduğu mevzuata göre belirlenecektir. Örneğin, şirketlerin organ veya temsilcileri Türk Ticaret Kanunu, dernek veya vakıfların organ veya temsilcileri Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir⁵. Tüzel kişinin organ veya temsilcisinin kim olduğu her somut olayda ilgili mevzuat yanında, tüzel kişiliğin iç düzenlemeleri ve kararları çerçevesinde araştırılması gereklidir. Bu bağlamda tüzel kişiliği temsile yetkili olmayan tüzel kişi mensuplarının tüzel kişiyi ceza muhakemesinde temsil yetkisi de bulun-

⁴ Ünver, Yener/Hakeri, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012 s. 793

⁵ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 210. “... *SS 53 Nolu Motorlu Taşıyıcılar Kooperatifi tüzel kişiliğini, temsile yetkili bulunmayan denetim kurulu üyelerinin veril tayin etikleri Av. 1... Yönetken'in talebi üzerine anılan kooperatifin usulsüz olarak kamu davasına katılmasına karar verilmesi hükmü temyiz hakkı vermeyeceğinden 5320 sayılı yasanın 8/1. maddesi hükmü gözetilerek CMUK'un 317. maddesi uyarınca temyiz isteğinin REDDİNE, oybirliğiyle karar verildi*” (Y. 5. CD, 13.02.2008, 15412/849); “*Beyoğlu Eğitim ve Araştırma Hastanesi Döner Sermaye Saymanı olarak görev yapan ve suçtan doğrudan doğruya zarar görmesi söz konusu olmayan, Hastane tüzel kişiliğini temsile de yetkili olmadığı anlaşılan müşteki L ... M ... Ertürk'in; sanıklar hakkında zimmet ve resmi evrakta sahtecilik suçlarından açılmış bulunan kamu davasına katılma olanağı olmayıp, mahkemece verilen katılma isteminin kabulüne ilişkin kararın da hukuken geçerliliği bulunmadığından müdahil vekilinin temyiz isteminin 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'un 317. maddesi uyarınca reddi ile sanıklar vekillerinin zimmet suçundan kurulan mahkumiyet hükmüne yönelik temyizleri ile sınırlı inceleme yapılmasına...*”(Y. 5. CD, 13.07.2006, 17429/6559 - Kararlar için bkz.: Yaşar, Osman; Ceza Muhakemesi Kanunu, C.: III, 5. Baskı, Ankara 2011, m. 249, s. 3583).”





Tüzel Kişilerin Ceza Muhakemesinde Temsili

mayacaktır⁶. Organ veya temsilci duruşmaya kendisi katılabileceği gibi, duruşmadaki sıfatına göre bir vekil veya müdafiyeye de sahip olabilir.

◆ CMK'nın 249. maddesinin 1. fıkrasında organ veya temsilcinin katılan veya savunma yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul "edileceği" belirtilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, şayet tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş bir suç olur da yapılan yargılama sonunda tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbiri uygulanması ihtimali bulunursa, bu konuda herhangi bir talebe ve mahkemenin kabulüne bağlı olmaksızın tüzel kişinin organ veya temsilcisi aynı davada sanık sıfatını taşımamak koşuluyla duruşmaya doğrudan katılabilirler. Buna karşı, tüzel kişiye karşı işlenmiş olan bir suç dolayısıyla, tüzel kişinin organ veya temsilcisi suçtan zarar gören olarak davaya katılmak istiyorsa, bu durumda CMK'nın 237. vd. maddelerde düzenlenen usule göre katılma talebinde bulunması ve mahkemece bu talebin kabulüne karar verilmesi gereklidir.

◆ Şayet tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş bir suç dolayısıyla başlamış olan duruşmada sanık, aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıyorsa, bu durumda organ veya temsilcinin tüzel kişiyi temsili mümkün değildir (CMK m. 249/3)⁷.

Sanığın aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisinin olması halinde, tüzel kişiyi temsil etme yetkisine sahip başka bir organ veya temsilci bulunuyorsa, tüzel kişiyi duruşmada bu organ veya temsilcisi temsil edebilir. Bu da mümkün değilse, faaliyeti çerçevesinde suç işlenen tüzel kişi bir "şirket" ise, diğer koşulların da varlığı halinde şirket için CMK'nın 133. maddesine göre kayyım tayini yoluna gidilebilecektir⁸. Ancak belirtmek gerekir ki bu durumda şirket dışındaki tüzel kişilerin duruşmada temsili mümkün olamayacağı gibi⁹; şirketler açısından da kayyım tayini ancak CMK'nın 133. Maddesinde tek tek sayılan suçlar açısından mümkün olduğundan, şirketlerin diğer suçları için de kayyım tayini ve dolayısıyla duruşmada temsili mümkün olamayacaktır.

⁶ "27.06.2001 tarihli dilekçesi ile katılma talebinde bulunan S.S. Başmakçı 1 no'lu (Gül) Tarımsal Kalkınma Kooperatifine ait ana sözleşme ile yönetim kurulu kararları getirilerek Yönetim kurulu üyesi Adem İçöz'ün Kooperatifi tek başına temsile yetkili olup olmadığı araştırılmadan kooperatifin müdahilliğine karar verilmesi ve 21.11.2001 tarihli celsede de; temyiz dilekçesi veren 30.06.2001 tarihinde yönetim kurulu olduğu anlaşılan Şevki Ceviz'in Kooperatifi tek başına temsil yetkisi olup olmadığı araştırılmadan katılan temsilcisi olarak duruşmalara kabulüne karar verilmesi" (Y. 11. CD, 01.06.2006, 8118-4303 - Karar için bkz.: Yaşar, Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 249, s. 3584).

⁷ "5237 sayılı TCK'nın 60. Maddesi gereğince hakkında güvenlik tedbiri uygulanan Mis-Sina Gümrük İthalat İhracat Hayvancılık Limited Şirketinin yokluğunda verilen hükmün, şirket müdürü olan sanık S... S... vekile Av. A... S... 0...' e 01.11.2007 tarihinde tebliğ edilmiş ise de, 06.04.2007 gün ve 2403 yevmiye no'lu vekaletnmeden adı geçen avukatın sadece sanık S... S...' nun vekili olduğu, kendisine şirket tüzel kişiliğini temsilen vekalet verilmediği, dolayısıyla şirket tüzel kişiliği adına tebliğat alma yetkisinin bulunmadığı gibi menfaat çatışması nedeniyle sanık ve ilgili şirketin vekilliğinin aynı vekilde birleşmemesi nedeniyle 7201 sayılı Tebliğat Yasasının 12 ve 13. maddelerine uygun olarak usulüne adı geçen şirkete yeniden tebliğat yapılarak, verilmesi halinde temyiz dilekçesi de eklenmek suretiyle dosyanın iadesinin temini için Yargıtay C. Başsavcılığına TEVDİİNE, oybirliğiyle karar verildi." (Y.11. CD, 21.01.2008, 10064/78 - Karar için bkz.: Yaşar, Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 249, s. 3584).

⁸ Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker; Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 847. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 792; Ancak öğretilde, Kanunda açık bir düzenleme bulunmaması sebebiyle kayyımın yetkisinin özel hukuk alanıyla sınırlı olduğu ve tüzel kişiyi ceza muhakemesinde temsil yetkisinin bulunmadığı görüşü de savunulmaktadır (Bkz.: Centel, Nur / Zafer, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2010, s. 805).

⁹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.792.



2. Organ veya Temsilcinin Sahip Olacağı Haklar

CMK, tüzel kişinin organ veya temsilcisinin duruşmada “katılan” veya “savunma makamı yanında yer alan” sıfatlarına sahip olabileceğini belirtmiştir (m. 249/1). Buna göre, organ veya temsilcisi duruşmada sahip olduğu sığata göre katılan veya sanığın sahip olduğu haklardan yararlanacaktır (CMK m. 249/2).

Tüzel kişinin organ veya temsilcisi duruşmada katılan sıfatını kazanırsa,

- Kendi seçeceği bir vekilin yardımından yararlanabileceği (CMK m. 234/1-b,5) gibi; Alt sınırı beş yıldan fazla olan suçlarda baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteyebilme (CMK m. 239),
- Cumhuriyet savcısına bağlı olmaksızın kanun yollarına başvurabilme (CMK m. 242/1, m. 234/1-b,5),
- Davadan vazgeçebilme (CMK m. 243),
- Duruşmadan haberdar edilme, tutanak ve belgelerden örnek isteme, tanıkların davetini isteme (CMK m. 234/1-b) gibi haklara sahiptir¹⁰.

Tüzel kişinin organ veya temsilcisi duruşmada savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla bulunursa, sanığın sahip olduğu haklara sahip olacağından,

- Kendi seçeceği bir müdafii yardımından yararlanabileceği gibi (CMK m. 149/1, m. 197); kendisine bir müdafii görevlendirilmesini talep de edebilme (CMK m. 150/1); hatta alt sınırı beş yıldan fazla olan suçlara ilişkin bir kovuşturmanın varlığı halinde istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilmesi (CMK m. 150/3),
- Lehine olan delillerin toplanmasını isteyebilme veya lehine olan hususları ileri sürebilme (CMK m. 147/1-f, m. 177),
- Susma (CMK m. 147/1-e),
- Duruşmada hazır bulunma (CMK m. 193/1)
- Duruşmadan bağışık tutulma (CMK m. 196)
- Tanık, bilirkişi ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla soru yöneltme (CMK m. 201/1),
- Tercüman yardımından yararlanma (CMK m. 202)

gibi haklara sahiptir¹¹.

III. Sonuç ve Öneriler

◆ TCK, güvenlik tedbiri niteliğinde de olsa, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmiştir. Hem bu durumun, hem de tüzel kişilerin de suçtan zarar gören olabilmelerinin sonucu olarak ceza muhakemesinde temsil edilmeleri gereklidir. CMK'nın, tüzel kişilerin ceza muhakemesinde temsilini düzenleyen 249. maddesi

¹⁰ Katılanın hakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 809 vd.; Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhuğu, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 385 vd.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 572.

¹¹ Sanığın hakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 141 vd.; Kunter/Yenisey/Nuhuğu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 419 vd.; Özbek/ Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 558; Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş/ Erde m, Mustafa Ruhan / Sırma, Özge / Saygılar - Kırıt, Yasemin F. / Özyaydın, Özdem / Alan-Akcan, Esra / Erdem, Efser; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 229 vd.; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 141 vd.



Tüzel Kişilerin Ceza Muhakemesinde Temsili

hem çok özensiz, hem de eksik hazırlanmış olup, boşluklar içermektedir.

◆ 249. madde, tüzel kişinin sadece kovuşturma evresinde ve hatta duruşmada temsilini düzenlemiş olup; bu durumun soruşturmayı da kapsayacak biçimde düzeltilmesi gereklidir.

◆ Madde sadece “tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar” konusunda tüzel kişilerin ceza muhakemesinde temsilinden söz etmekte olup; tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmemiş olmakla birlikte, tüzel kişi lehine haksız menfaatin elde edilmiş olması sebebiyle tüzel kişihakkında güvenlik tedbiri uygulanmasının öngörüldüğü suçlar açısından bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu eksikliğin de yapılacak düzenleme ile giderilmesi gereklidir.

◆ Yine maddede tüzel kişinin duruşmada temsilini, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla sınırlaması, tüzel kişinin suçtan zarar gören olduğu durumlar açısından da hatalıdır. Zira tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmemiş olmakla birlikte, tüzel kişiyekarşı işlenmiş ve tüzel kişinin suçtan zarar gören olduğu suçlarda da, tüzel kişinin ceza muhakemesinde temsilinin daha doğru bir biçimde ifade edilmesi gereklidir.

◆ Görülmekte olan davanın sanığının aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıması halinde, organ veya temsilcinin ceza muhakemesinde tüzel kişiyi temsil edemeyeceğini düzenleyen Kanun Koyucu, bu durumda tüzel kişiyi kimin temsil edeceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Şirketler bakımından sınırlı bir biçimde “kayım tayini” (CMK m. 133) yoluyla sorun çözülebilirse de, bu boşluk sebebiyle pek çok durumda tüzel kişinin ceza muhakemesinde temsili mümkün olamayacaktır. Bu durum, açık bir biçimde tüzel kişilere açısından “savunma hakkı”nın kısıtlanması sonucunu doğuracağından, konunun ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi gereklidir.

Bu konuda CMK 2003 Dönmezer Tasarısı’nın mevcut CMK’ya alınmayan 261. Maddesi esas alınabilir¹².

◆ Son olarak mevcut CMK düzenlemesinde ya da başka bir kanuni düzenlemede ceza muhakemesinin devamı sırasında tüzel kişiliğin sona ermesi halinde ve hatta bu sona ermenin hileli bir işlemle gerçekleştirilmesi halinde nasıl bir uygulama yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumun da açık bir kanuni düzenlemeye bağlanması yerinde olacaktır¹³.

¹² “Tüzel kişiliğin kamu davasında temsili

Madde 261- Kamu davası, fiilin işlendiği tarihte tüzel kişinin yasal temsilcisi olan kişiye karşı açılır; bu kişi bütün usul işlemlerinde tüzel kişiyi temsil eder. Tüzel kişi yararına suç işleyen kişi, aynı zamanda yasal temsilci ise mahkeme, tüzel kişiyi temsil etmek üzere bir kayıyı atar. Ancak tüzel kişi, kamuna veya statüsüne göre, yasal temsilciye vekalet edebilmek olanağına sahip diğer bir kişi tarafından da temsil edilebilir. Bu kişi, kimliğini ve kabulü istemini Cumhuriyet savcısı veya mahkemeye yazılı olarak bildirir.

Usul işlemleri veya yargılama devam etmekte iken temsilci değiştiğinde de aynı hüküm uygulanır.

Bu maddede yer alan hükümlere göre tüzel kişiyi temsil etmek hususunda yetkili bir kişi bulunmadığında mahkeme, Cumhuriyet savcısının veya katlanın istemi üzerine, tüzel kişiyi temsil etmek üzere bir kayıyı atar” (Metin için bkz.: Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 792, dn.: 8).

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ünver, Yener / Hakeri, Hakan; Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2006, s. 554 vd.





Zur Verantwortlichkeit juristischer Personen: ein Fazit

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Die Strafbarkeit juristischer Personen gilt als eines der meist diskutierten Themen im Strafrecht. Diese Diskussion beeinflusste in vielen Ländern auch die Gesetzgeber.

Die europäische Union hat den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auferlegt, wegen Straftaten von Organen oder Vertretern von juristischen Personen, auch diese selbst zu bestrafen. (Zweites Zusatzprotokoll vom 19. Juni 1997, in Kraft getreten am 19. Mai 2009). Diese Verpflichtung wurde in vielen Rechtsakten der europäischen Union wiederholt.

Zum Beispiel hat die Empfehlung Nr. R (88) 18 der Europäischen Kommission vom 20. August 1988 für die juristische Personen der Mitgliedstaaten die Möglichkeit schaffen zwischen einer echten Kriminalstrafe, einer Verwaltungsstrafe und anderen Sanktionsarten zu wählen. Ungeachtet dessen, was für eine Sanktion möglich ist, muss sie wirksam, abschreckend und verhältnismässig sein.

In diesem Zusammenhang sehen England und die Niederlande gegen juristische Personen echte Kriminalstrafen vor, Deutschland und Italien haben sich für Verwaltungsstrafen entschieden. Damit haben sie alle die Anforderungen des Rechts der Europäischen Union erfüllt.

Die wichtigsten Argumente der Gegner einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person bestehen darin, dass eine solche keine kriminalpolitische Legitimation besitzt und aus der Strafrechtsdogmatik nicht begründet werden kann.

Demgegenüber sagt die Gegenmeinung, dass juristische Personen und weitere Einheiten keine juristischen Fiktionen, sondern eine Tatsache des wirtschaftlichen und sozialen Lebens seien und eine große Macht in der Hand hätten. Darum müssten sie bestraft werden können. Außerdem sollten nach der Bestrafung der juristischen Person auch die handelnden natürlichen Personen verurteilt werden.

Es gibt eigentlich kein Problem dabei, die Handlungsfähigkeit von juristischen Personen im rechtlichen Sinne anzuerkennen. Die herrschende Meinung im deutschen Recht und in der Rechtsprechung ist, dass juristische Personen und Personenverbände durch ihre Organ und gesetzlichen Vertreter handeln und dass ihnen die Handlung ihrer Organ und Vertreter zugerechnet werden können.

Solange man eine Beziehung zwischen Schuld und moralischer Persönlichkeit herstellt, kann man nur natürlichen Personen einen Schuldvorwurf machen. Jedoch könnte man auch einen Schuldbegriff erarbeiten, der auf juristische Personen passt. In diesem Fall würde der Begriff des "Organisationsverschuldens" auftauchen. Der





Zur Sanktionen gegen juristische Personen

Gesetzgeber, der die Strafbarkeit der juristischen Person annimmt, stützt sich auf den Begriff des “Organisationsverschuldens”.

Andererseits akzeptieren die amerikanische Rechtsordnung wie die Europäische Kommission und der Europäische Gerichtshof eine eigene “Verbandschuld”. Das ist eine “Verbandschuld” und eine Form der sozialen Verantwortlichkeit. Ausserdem ist davon auszugehen, dass die Anordnung einer echten strafrechtlichen Verantwortlichkeit wirksamer ist als lediglich die Androhung einer Verwaltungsgeldstrafe.

2010 hat der spanische Gesetzgeber die strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen im Strafgesetzbuch vorgesehen. Nach dieser Regelung kann eine juristische Person für eine Straftat bestraft werden, die ihr Vertreter oder ihr rechtlicher oder tatsächlicher Verwalter in ihrem Namen oder zu ihrem Nutzen begangen hat, wenn diese Straftat im Strafgesetzbuch vorgesehen ist.

Nach dem spanischen Strafgesetzbuch sind die Sanktionen gegen juristische Personen Geldstrafen, Auflösung der juristischen Person, Untersagung der Geschäftstätigkeit bis zu fünf Jahren, Schließung von Geschäftsräumen bis zu fünf Jahren, befristetes oder entgeltliches Verbot von Geschäften, die mit der Straftat in Zusammenhang stehen, das Verbot von öffentlichen Subventionen oder Steuer- oder Sozialversicherungsvergünstigungen und die richterliche Intervention.

In Frankreich wurde 1994 die strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen eingeführt. Das französische Strafgesetzbuch erkannte die strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen mit Ausnahme des Staates für Straftaten ihrer Vertreter oder Organe an. Die Änderungen im Strafgesetzbuchs von 2004 legten die Verantwortlichkeit von juristischen Personen für alle Straftaten fest.

Ähnlich sieht das schweizerische Strafgesetzbuch eine Strafbarkeit nicht nur für juristische Personen vor, sondern auch für Einzelfirmen, die das Gesetz als Unternehmen ansieht.

Im italienischen Recht wurde 2001 durch gesetzesvertretende Verordnung Nr. 231 die Verantwortung von juristischen Personen anerkannt. Im italienischen Strafgesetzbuch werden vier Arten von Sanktionen für die juristische Personen vorgesehen. Das sind Geldstrafen, die unter Berücksichtigung der finanziellen Lage der juristischen Person nach dem Tagessatzsystem errechnet werden, das Verbot der Durchführung einer Tätigkeit und die Schließung des Betriebs, die Einziehung des Gewinns und die öffentliche Bekanntmachung des Urteils.

Das rumänische Gesetz bleibt bei der strafrechtlichen Verantwortung der juristischen Person unter dem Einfluss des französischen Strafgesetzbuchs und hat 2006 die strafrechtliche Verantwortung von juristischen Personen eingeführt. Im rumänischen Recht können juristische Personen für alle Straftaten verantwortlich gemacht werden und die strafrechtliche Verantwortlichkeit der natürlichen Person spiegelt sich bei der juristischen Person wider.

Im finnischen Recht geht das Strafgesetzbuch davon aus, dass die Bestrafung der juristische Person aufgrund der individuellen Handlung der natürlichen Person





Ayşe Nuhoğlu

erfolgt. Gegen die juristische Person wird eine Geldstrafe verhängt. In welchem Fall juristische Personen strafrechtlich verantwortlich sind, ergibt sich aus dem Gesetz.

Im türkischen Recht bestimmt Art. 20/2, dass gegen juristische Personen keine strafrechtlichen Sanktionen verhängt werden dürfen, dass jedoch die Sicherungsmaßnahmen die wegen einer Straftat im Gesetz vorgesehen sind, vorbehalten bleiben. Dann regelt Art. 60 StGB die Sicherungsmaßnahmen, die gegen juristische Personen verhängt werden können, gesondert. Nach Art. 60 StGB können gegen juristische Personen nur zwei Arten von Sicherungsmaßnahmen verhängt werden. Das sind Annullierung der Genehmigung und Einziehung. Im Falle einer Straftat zugunsten der juristischen Person hängt die Verhängung der Sicherungsmaßnahmen davon ab, dass im Gesetz bezüglich der betreffenden Straftat eine ausdrückliche Regelung besteht. Mit anderen Worten, was die juristische Person betrifft, so kann nicht bei jeder Straftat, aus der sie einen Nutzen sieht, eine Sicherungsmaßnahme gegen sie verhängt werden. Vielmehr ist im türkischen Strafgesetzbuch und den einschlägigen sonstigen Gesetzen einzeln angegeben, bei welchen Straftaten Sicherungsmaßnahmen verhängt werden können.

Die Voraussetzungen, unter denen Sicherungsmaßnahmen verhängt werden dürfen, sind im türkischen Strafgesetzbuch folgendermaßen angegeben: Gemäß Art. 60 StGB dürfen

Sicherungsmaßnahmen nur gegen juristische Personen des Privatrechts (Handelsunternehmen, Vereinen, Stiftungen, politische Parteien usw.) verhängt werden. Bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts wird weder eine Strafe noch eine Sicherungsmaßnahme angewendet.

Bei der Untersuchung der Sicherungsmaßnahmen gegen juristische Personen ist zunächst zwischen den juristischen Personen, die aufgrund der Erlaubnis einer öffentlichen Institution tätig sind und denjenigen, deren Tätigkeit nicht von einer solchen Erlaubnis abhängt, zu unterscheiden. Bei juristischen Personen, die aufgrund der Erlaubnis einer öffentlichen Institution tätig sind, besteht die Möglichkeit, die Annullierung der Erlaubnis oder die Einziehung oder beides zu verhängen; bei juristischen Personen, deren Tätigkeit nicht von einer Erlaubnis abhängt, kann nur die Sanktion der Einziehung angewendet werden.

Wie oben dargelegt ist die erste Sicherungsmaßnahme gegen juristische Personen gemäß Art. 60 Abs. 2 StGB die Annullierung der Erlaubnis. Damit diese Maßnahme verhängt werden kann, muss;

- Die betreffende juristische Person im Rahmen der öffentlichen Erlaubnis tätig sein,
- Zwischen der begangenen Straftat und der erteilten Erlaubnis ein kausaler Zusammenhang bestehen,
- Die Straftat durch den Missbrauch der Genehmigung der öffentlichen Institution verübt worden sein,
- Die Straftat mit Beteiligung der Vertreter oder Organe der juristischen Person begangen worden sein,





Zur Sanktionen gegen juristische Personen

- Die Straftat vorsätzlich begangen worden sein,
- Im Gesetz bei den entsprechenden Straftatbestand eine Regelung bestehen, dass gegen juristische Personen Sicherungsmaßnahmen anzuwenden sind.

Wird die Annullierung der Genehmigung verhängt, so endet die Existenz der juristische Person nicht. Vielmehr werden ihre Tätigkeiten nur soweit gehindert, wie sie durch die Rücknahme der Genehmigung begrenzt werden.

Gem. Art. 60 Abs. 3 tStGB kann der Richter von der Verhängung einer Sicherungsmaßnahme gegen juristische Personen des Privatrechts absehen, wenn diese im Verhältnis zur begangenen Tat sehr schwere Folgen nach sich ziehen würde. Wenn zum Beispiel die Wahrscheinlichkeit besteht, dass bei der Verhängung der Rücknahme einer Erlaubnis gegen einen Betrieb viele Menschen arbeitslos würden, kann das Gericht unter Berufung auf den in diesem Artikel genannten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von einer Verhängung dieser Sicherungsmaßnahme absehen.

Die zweite anwendbare Sanktion im türkischen Gesetz ist die Einziehung. Einziehung bedeutet, dass das Eigentum an einem Gegenstand oder einem wirtschaftlichen Wert, der nicht einem gutgläubigen Dritten gehört und der bei einer vorsätzlichen Straftat verwendet wurde, für die Begehung der Tat bestimmt oder durch die Tat erlangt wurde oder dessen Herstellung, Besitz, Verwendung, Beisichführen oder Kauf und Verkauf verboten ist, beschlagnahmt wird und durch Gerichtsbeschluss an den Staat übergeht. Sind dementsprechend bei einer Straftat zugunsten der juristischen Person die Voraussetzungen der Vorschriften über die Einziehung ebenfalls erfüllt, so wird der mit der Straftat im Zusammenhang stehende Gegenstand oder Gewinn im Rahmen der Vorschriften der Art. 54, 55 StGB eingezogen.

Im türkischen Recht sieht außerdem Artikel 43A OWIG wegen der in dieser Vorschrift genannten Straftaten noch die Verhängung einer verwaltungsrechtlichen Geldstrafe gegen juristische Personen vor. Im türkischen Recht findet sich zu den Sicherungsmaßnahmen gegen juristische Personen weder im Strafgesetzbuch noch im Strafvollzugsgesetz eine Regelung über die Art der Anwendung, die Dauer und ähnliches. Zum Strafprozess gibt es in Artikel 249 StPO eine allerdings unzureichende Regelung.





Sonuç: Tüzel Kişilerin Sorumluluğu Hakkında

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Tüzel kişilerin cezalandırılabilirliği konusu ceza hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Bu tartışma birçok ülkede kanun koyucuyu da etkilemiştir.

Avrupa Birliği, üye devletlere tüzel kişinin organları veya temsilcileri tarafından işlenen suçlardan dolayı, tüzel kişinin de cezalandırılması konusunda yükümlülük yüklemiştir (19 Mayıs 2009 tarihinde yürürlüğe giren 2 numaralı Ek Protokol). Bu yükümlülük Avrupa Birliği'nin birçok hukuki metninde tekrarlanmıştır.

Örneğin Avrupa Komisyonunun, 20 Ağustos 1988 tarih ve R (88) 18 sayılı Tavsiye Kararında, üye devletlere tüzel kişiler hakkında gerçek kriminal cezalar ile idari cezalar ve diğer yaptırım türleri arasında seçim yapma imkanı tanınmıştır. Ancak uygulanan yaptırım ne olursa olsun etkili, korkutucu ve ölçülü olmalıdır.

Bu kapsamda İngiltere, Hollanda tüzel kişiler hakkında gerçek kriminal yaptırımlar öngörürken, Alman ve İtalya idari cezaların hükmedilebileceğini kabul ederek, Avrupa Birliği hukukunun gereklerini yerine getirmiştir.

Tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun kabul edilmesine karşı çıkanların temel gerekçeleri, bunun kriminal politik meşruiyetinin olmaması ve ceza hukuku dogmatigi açısından temellendirilemeyecek olmasıdır.

Buna mukabil karşı görüş, tüzel kişiler ve diğer birliklerin hukuki bir varsayım olmadığı, ekonomik ve sosyal hayatın gerçekleri olduğu ve ellerinde büyük bir güç buldukları kabul ederek, cezalandırılabilmeleri gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca tüzel kişi cezalandırıldıktan sonra suç oluşturan gerçek kişi de cezalandırılacaktır.

Aslında tüzel kişinin ceza hukuku anlamında hareket yeteneğinin varlığının kabul edilmesinde problem yoktur. Alman hukukundaki baskın görüş ve içtihatlar tüzel kişiler ve diğer birliklerin organ ve temsilcileri vasıtasıyla hareket ettiklerini, organ veya temsilcinin hareketinin tüzel kişiye isnat edilebileceğini kabul ederler.

Kusur ve manevi kişilik arasında bağlantı kurulduğu sürece sadece gerçek kişilere kusur isnadı yapılabilir. Ancak tüzel kişilere de uyumlu bir kusur kavramı üzerinde çalışılabilir. Bu halde “organizasyon kusur” kavramı karşımıza çıkar. Tüzel kişilerin cezalandırılabilirliğini kabul eden kanun koyucu organizasyon kusuru kavramına dayanmaktadır. Tüzel kişinin temsilcisi veya tüzel kişiyi yöneten kişinin kontrol yükümlülüğü mevcuttur. Kontrol yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı suç işlenmişse nedensellik bağının varlığı kabul edilmelidir.

Öte yandan Avrupa Komisyonu ve Avrupa Mahkemesi gibi Amerikan hukuk düzeni, kendine özgü bir “birlik kusuru” kabul eder. Bu “birlik kusuru” bir sosyal sorumluluk şeklidir.

Ayrıca tüzel kişiler için gerçek bir ceza hukuku sorumluluğu öngörmenin, sadece idari para cezası öngörmeye nazaran daha etkili olduğu kabul edilmelidir.





Tüzel Kişilere Uygulanan Yaptırımlar Hakkında

İspanyol kanun koyucu 2010 yılında tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu Ceza Kanunu'nun da düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre, tüzel kişinin temsilcisi, idarecisi veya fiili yönetiminde olanlar tarafından tüzel kişi adına veya yararına işlenen ve ceza kanununda belirtilen suçlardan dolayı tüzel kişinin ceza sorumluluğuna gidilebilecektir.

İspanyol Ceza Kanunu'na göre tüzel kişiler hakkında hükmedilebilecek yaptırımlar para cezaları, tüzel kişiliğin feshi, beş yıla kadar ticari faaliyetin yasaklanması, beş yıla kadar işyerinin kapatılması, suç ile bağlantılı olan ticari faaliyetlerin süreli veya sürekli yasaklanması, Devlet desteği, vergi ve sigorta indirimleri alınmasının yasaklanması ve hakim müdahalesidir.

Fransa'da tüzel kişilerin ceza sorumluluğu 1994 yılında kabul edilmiştir. Fransız Ceza Kanunu, Devlet dışındaki tüzel kişilerin, temsilci veya organları tarafından işlenen suçlardan dolayı ceza sorumluluğunu kabul etmiştir. 2004 yılında Ceza Kanunu'nun da yapılan değişiklikle, tüzel kişilerin tüm suçlardan sorumluluğu kabul edilmiştir.

Benzer şekilde İsviçre Ceza Kanunu sadece tüzel kişilerin değil, Kanunun işletme olarak nitelendirdiği birliklerin de ceza sorumluluğunu kabul etmiştir.

İtalyan hukukunda 2001 yılında 231 numaralı Kanun Hükmünde Kararname ile tüzel kişilerin sorumluluğu kabul edilmiştir. İtalyan Ceza Kanununda tüzel kişiler için dört tür yaptırım öngörülmektedir. Bunlar, tüzel kişinin ekonomik durumu göz önüne alınarak gün para cezası sisteminde hesaplanan para cezaları, bir faaliyetin icrasının yasaklanması ve işletmenin kapatılması, kazanç müsaderesi ve hükmün ilanıdır.

Romanya hukuku tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusunda Fransız Ceza Kanunu'nun etkisinde kalarak, 2006 yılında tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmiştir. Romanya hukukunda tüzel kişilerin tüm suçlardan sorumlu olabilecekleri, suç işleyen gerçek kişinin sorumluluğunun tüzel kişiye yansıtılması kabul edilmiştir.

Finlandiya hukukunda, Ceza Kanunu tüzel kişiyi, gerçek kişinin bireysel fiili nedeniyle cezalandırılmasını kabul etmektedir. Tüzel kişiler hakkında adli para cezası uygulanmaktadır. Hangi suçlarda tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunduğu Kanun'da belirtilmiştir.

Türk hukukunda ise, Türk Ceza Kanunu'nun 20/2. fıkrasında, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu belirtildikten sonra, 60. maddesinde tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri ayrıca düzenlenmiştir. TCK'nun 60. maddesine göre tüzel kişiler hakkında sadece iki tür güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Bunlar, izin iptali ve müsaderedir. Tüzel kişilik yararına suç işlenmesi halinde maddede belirtilen güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi, ilgili suça ilişkin kanun hükmünde açıklık olmasına bağlıdır. Diğer bir ifade ile tüzel kişi bağlantılı olarak, tüzel kişi yararına işlenen herhangi bir suçtan dolayı tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır. Hangi suçlarda güvenlik





Ayşe Nuhoğlu

tedbiri uygulanabileceği Türk Ceza Kanunu ve ilgili diğer Kanunlarda ayrıca belirtilmiştir.

Türk Ceza Kanununda tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasının koşulları şöyle düzenlenmiştir: Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca, güvenlik tedbirleri sadece özel hukuk tüzel kişileri (ticaret şirketleri, dernekler, vakıflar, siyasi partiler vb.) hakkında uygulanabilir. Kamu tüzel kişileri hakkında ise ne ceza ne de güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır.

Tüzel kişiler hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri incelenirken, önce kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan ve herhangi bir izne bağlı olmaksızın faaliyette bulunan tüzel kişi ayırımını yapmak gerekir. Kamu kurumunun verdiği izne bağlı olarak faaliyette bulunan tüzel kişiler hakkında, iznin iptali ve müsadere yaptırımlarından biri veya her ikisinin birlikte uygulanma imkanı varken, herhangi bir izne bağlı olmaksızın faaliyette bulunan tüzel kişiler hakkında sadece müsadere yaptırımını uygulanabilecektir.

Yukarıda da belirtildiği gibi tüzel kişiler hakkında uygulanacak ilk güvenlik tedbiri TCK'nun 60. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen iznin iptalidir. Bu tedbire hükmedilebilmesi için;

- İlgili tüzel kişinin bir kamu kurumunun verdiği izin çerçevesinde faaliyet göstermesi,
- İşlenen suçla verilen iznin kullanılması arasında nedensellik bağının bulunması,
- suçun kamu kurumunca verilen iznin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş olması,
- suçun tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle işlenmiş olması,
- kasıtlı bir suçun işlenmiş olması,
- kanunda ilgili suç tipinde “tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanacağına” ilişkin düzenlemenin bulunması, gerekir.

İznin iptali tedbirine hükmedildiğinde tüzel kişinin hukuki varlığı sona ermemekte, sadece iptal edilen iznin konusuyla sınırlı olarak faaliyette bulunmasına engel olunmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 60/3. fıkrası uyarınca özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri hükmedilmesinin, işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir. Örneğin şirket hakkında, iznin iptali tedbirine hükmedildiğinde, birçok insanın işsiz kalması ihtimali mevcutsa, mahkeme söz konusu maddedeki orantılılık ilkesine dayanarak verilen güvenlik tedbirine karar vermeyebilir.

Türk Hukukunda tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek ikinci yaptırım türü, müsadere. Müsadere, iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan, suçun işlenmesine tahsis edilen, suçtan meydana gelen veya üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım satımı yasak olan eşya veya ekonomik değerlere el konulması ve mahkeme kararı ile mülkiyetin devlete geçmesidir. Buna göre, tüzel kişi yararına işlenen suç bakımından, müsadere





Tüzel Kişilere Uygulanan Yaptırımlar Hakkında

hükümlerindeki koşullar da gerçekleşmiş ise, TCK'nun 54 ve 55. maddeleri çerçevesinde o suçla bağlantılı olan eşya veya kazancın müsaderesine hükmedilecektir.

Türk hukukunda ayrıca Kabahatler Kanunu'nun 43A maddesi, bu maddede sayılan suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında idari para cezalarının uygulanmasını kabul etmektedir.

Türk hukukunda tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri konusunda, bu tedbirlerin uygulanma şekli, süresi ve benzeri konularda ne Ceza Kanunu'nda ne de İnfaz Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargılama konusunda ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 249. maddesinde yeterli olmayan bir düzenleme bulunmaktadır.

