



E-ISSN: 2687-2897

# İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi İHİD

Journal of Administrative Law  
and Administrative Sciences JALAS

Sayı Number 23 Yıl Year 2024

**Dizinler / Indexing and Abstracting**

SOBİAD

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin

Erih Plus

DOAJ

Gale Cengage

**İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**  
**Journal of Administrative Law and Administrative Sciences**

Sayı/Number 23 • Aralık/December 2024

E-ISSN: 2687-2897 • DOI: 10.26650/ihid

**Sahibi / Owner**

**Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ**

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye /  
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager**

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN**

Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi /  
Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR Administrative Law and Administrative Sciences Research and  
Application Center

**Yazışma Adresi / Correspondence Address**

**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi 34116 Beyazıt/İstanbul

Telefon / Phone: +90 (212) 440 01 05

Faks / Fax: +90 (212) 512 41 35

<http://dergipark.gov.tr/iuihid>

E-mail: [ihid@istanbul.edu.tr](mailto:ihid@istanbul.edu.tr)

**Yayıncı / Publisher**

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press

İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,

Fatih / İstanbul - Türkiye

Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

**İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi'nin yayınıdır.**  
The publication of Istanbul University Administrative Law and Administrative Sciences Research and  
Application Center.

**Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.**  
Authors bear responsibility for the content of their published articles.

**Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca'dır.**  
The publication languages of the journal are Turkish, English, German and French.

**Aralık aylarında, yılda bir sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.**  
This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published annually in December.

**Yayın Türü / Publication Type**  
**Yayın Süreli / Periodical**

**İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**  
**Journal of Administrative Law and Administrative Sciences**

Sayı/Number 23 • Aralık/December 2024

E-ISSN: 2687-2897 • DOI: 10.26650/ihid

**DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT**

**Baş Editör / Editor-in-Chief**

**Prof. Dr. Aydın GÜLAN**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [aydingulan@istanbul.edu.tr](mailto:aydingulan@istanbul.edu.tr)

**Baş Editör Yardımcısı / Co-Editor in Chief**

**Dr. Öğr. Üyesi Memduh Cemil ŞİRİN**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
– [memduh.sirin@istanbul.edu.tr](mailto:memduh.sirin@istanbul.edu.tr)

**Etik Editörü / Ethics Editor**

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU**, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Bilkent  
Üniversitesi, E. Öğretim Üyesi, Ankara, Türkiye – [tekinakillioğlu@gmail.com](mailto:tekinakillioğlu@gmail.com)

**Tanıtım Yöneticisi / Publicity Manager**

**Arş. Gör. Yasir Talha ÖZTÜRK**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [yasir.ozturk@istanbul.edu.tr](mailto:yasir.ozturk@istanbul.edu.tr)

**Editorial Asistanlar / Editorial Assistants**

**Arş. Gör. Ezgi ŞİRİN**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [eyildirim@istanbul.edu.tr](mailto:eyildirim@istanbul.edu.tr)

**Arş. Gör. Nurcan YILMAZ ÖZEL**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
– [nurcan.yilmaz@istanbul.edu.tr](mailto:nurcan.yilmaz@istanbul.edu.tr)

**Arş. Gör. Beyza GÖZ**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [beyzagöz@istanbul.edu.tr](mailto:beyzagöz@istanbul.edu.tr)

**Arş. Gör. Fatma OTKAN**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [fatma.otkan@istanbul.edu.tr](mailto:fatma.otkan@istanbul.edu.tr)

**Arş. Gör. Büşra İZCİ**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [busraizci@istanbul.edu.tr](mailto:busraizci@istanbul.edu.tr)

**Dil Editörü / Language Editor**

**Elizabeth Mary EARL**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [elizabeth.earl@istanbul.edu.tr](mailto:elizabeth.earl@istanbul.edu.tr)

**YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD**

**Prof. Dr. Adem SÖZÜER**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [asozuer@istanbul.edu.tr](mailto:asozuer@istanbul.edu.tr)

**Prof. Dr. Ali AKYILDIZ**, Başkent Üniversitesi, Ankara, Türkiye – [aakyildiz@baskent.edu.tr](mailto:aakyildiz@baskent.edu.tr)

**Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye – [bakyilmaz@gazi.edu.tr](mailto:bakyilmaz@gazi.edu.tr)

**Prof. Dr. Bertrand MATHIEU**, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, Fransa  
– [bertrand.mathieu@univ-paris1.fr](mailto:bertrand.mathieu@univ-paris1.fr)

**Prof. Dr. Durmuş TEZCAN**, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [d.tezcan@iku.edu.tr](mailto:d.tezcan@iku.edu.tr)

**Prof. Dr. Esin ÖRÜCÜ**, University of Glasgow, İskoçya, Birleşik Krallık – [esin.orucu@glasgow.ac.uk](mailto:esin.orucu@glasgow.ac.uk)

**Prof. Dr. Gérard TMSIT**, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, E. Öğretim Üyesi, Paris, Fransa – [gerard.tmsit@univ-paris1.fr](mailto:gerard.tmsit@univ-paris1.fr)

**Prof. Dr. Haddoum KAMEL**, University of Boumerdes, Boudouaou, Cezayir – [haddoum@yahoo.fr](mailto:haddoum@yahoo.fr)

**Prof. Dr. Halil KALABALIK**, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Ankara, Türkiye  
– [halil.kalabalik@tihek.gov.tr](mailto:halil.kalabalik@tihek.gov.tr)

**Prof. Dr. Murat SEZGİNER**, TOBB Eğitim ve Teknoloji Üniversitesi, Ankara, Türkiye  
– [msezginer@etu.edu.tr](mailto:msezginer@etu.edu.tr)

**Prof. Dr. Pascale GONOD**, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, Fransa – [Pascale.Gonod@univ-paris1.fr](mailto:Pascale.Gonod@univ-paris1.fr)

**Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU**, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Bilkent Üniversitesi, E.  
Öğretim Üyesi, Ankara, Türkiye – [tekinakillioğlu@gmail.com](mailto:tekinakillioğlu@gmail.com)

**Prof. Dr. Turan YILDIRIM**, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye – [turanyildirim@marmara.edu.tr](mailto:turanyildirim@marmara.edu.tr)

**Prof. Dr. Turgut TAN**, Bilkent Üniversitesi, Ankara, Türkiye – [ttan@bilkent.edu.tr](mailto:ttan@bilkent.edu.tr)

**Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY**, Ankara Üniversitesi, Ankara, Türkiye – [tekinsoy@law.ankara.edu.tr](mailto:tekinsoy@law.ankara.edu.tr)

## İçindekiler Table of Contents

---

### MAKALELER ARTICLES

---

*Araştırma Makalesi / Research Article*

- Bağımsızlıklarını Yitiren Düzenleyici Kurulların İşlevsellikleri de Sorgulanıyor**  
The Functionality of Regulatory Authorities that Lose Their  
Independence is Also Quersted ..... 1  
Turgut Tan

*Araştırma Makalesi / Research Article*

- La Montée en Puissance des Juges dans Les Systèmes Politiques  
Démocratiques : Causes et Manifestations**  
The Growing Power of Judges in Democratic Political Systems:  
Causes and Manifestations ..... 27  
Bertrand Mathieu

*Araştırma Makalesi / Research Article*

- Yargılama Bütünlüğü İçinde Medeni ve İdari Yargıya Bakış ve Değerlendirme**  
Overview and Evaluation of Civil and Administrative Jurisdiction  
Within The Integrity of Jurisdiction ..... 45  
Muhammet Özkes

*Araştırma Makalesi / Research Article*

- İdare ve Gelecek Yaklaşımı: İdarenin Gelecek Öngörüsünün İdari Faaliyetlerdeki  
Yeri ve Görünümü Hakkında Değerlendirmeler**  
The Administration and the Future Approach: Assessments on the Place and Outlook of  
the Future Foresight of the Administration in Administrative Activities ..... 95  
Necip Taha Gür

*Araştırma Makalesi / Research Article*

- Çevrimiçi Platformlar İçin Dijital Hizmetler Yasası'nın Hukuki Çerçevesi**  
Legal Framework of the Digital Services Act for Online Platforms..... 115  
Elif Beyza Akkanat-Öztürk, Eylül Erva Akın

*Araştırma Makalesi / Research Article*

- Devlet ve Birey Arasında Ahlaki Denge: Server Cemal'in Siyasi Ahlak Anlayışı**  
The Moral Equilibrium Between State and Individual: Server Cemal's  
Perspective on Political Ethics..... 151  
Yasin Yılmaz, Mehmet Kiremitçi

*Araştırma Makalesi / Research Article*

- Hizmet Kusurunu Siber Alana Uyarlama Çabasına Bir Öneri Olarak: Dijital Hizmet Kusuru**  
As a Proposal for the Effort to Harmonize the Service Fault to Cyberspace:  
Digital Service Fault ..... 179  
Egemen Karaca

*Konferans Bildirisi / Conference Proceedings*

- Singularité et Mutations du Droit Public en Droit Français: Le Point de Vue du  
Constitutionnaliste** ..... 227  
Bertrand Mathieu





## Bağımsızlıklarını Yitiren Düzenleyici Kurulların İşlevsellikleri de Sorgulanıyor

### The Functionality of Regulatory Authorities that Lose Their Independence is Also Questioned

Turgut Tan\*

#### Öz

Türkiye’de genellikle kullanılan “düzenleyici ve denetleyici kurumlar” veya “bağımsız kurullar” kavramları karşılığında, hukuki statülerini daha iyi ifade ettiğini düşündüğümüz, Fransız hukukundaki “bağımsız idari otorite” (BİO), (Autorité administrative indépendante) kavramını kullanmaktayız.

Özelleştirmeler sonucu kamu tekellerinin kaldırıldığı sektörlerde düzenleme ve denetimin bağımsız kuruluşlara verilmesi gereksinimine koşut olarak bu kuruluşların ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Türkiye’de bu kuruluşların ortaya çıkmasında İMF’nin yapısal reform tavsiyelerinin de etkili olduğu savunulmaktadır. Ancak, bu tür bir idari yapılanmanın parlamenter sistemlerde güçler ayrılığı ilkesi ile ne ölçüde bağdaştığı da sorgulanmaktadır.

Türkiye’de, son yıllarda yaşanan ve çok sayıda kişinin maddi açıdan zararlarına yol açan uygulamaların engellenememesinde, BİO’ların işlevlerini gereğince yerine getirememesinin de payı olduğunu düşündüğümüzden ve ayrıca, bazı hukuki düzenlemelerle bağımsızlıklarını da kaybetmekte olduklarını gözlediğimizden bu konuyu ele almakta yarar gördük.

BİO’lar yapısal ve işlevsel olmak üzere iki açıdan incelenebilir. Yapısal olarak “özerk kurum”; karar organı olarak da “bağımsız kurul” vardır. Türkiye’deki gelişme, BİO’ların her iki açıdan da özelliklerini yitirmeleri yönünde olmuştur. Karar organının bağımsızlığı için önemli olan güvenceler, özellikle 2018 sonrası Cumhurbaşkanına verilen yetkiler sonucu tümüyle kalkmıştır. Cumhurbaşkanı serbestçe atadığı kurul üyelerini istediği zaman görevden alabilmektedir.

BİO’lar, düzenleme, denetleme, yaptırım uygulama ve sektörel uyumazlıkları çözme işlevlerine sahiptir. Düzenleme yetkileri klasik idari düzenleme yetkisinden farklı olup “regülasyon” kavramı ile açıklanmakta; buna koşut ve (soft law) olarak, “regülasyon hukuku”nun varlığı kabul edilmektedir. Ancak, bu hukukun uygulamasında yapılan işlemlerin, örneğin yatırımcıları zarara uğratacak bazı girişimler konusunda çıkarılan “uyarı”ların idari yargıda dava konusu olabilecek işlem nitelikleri tartışmalıdır. Türkiye’de BİO’ların bu tür girişimler konusunda denetim ve gözetim yetkilerini kullanmamaları da eleştiri konusudur.

#### Anahtar Kelimeler

Bağımsız İdari Otoriteler • Soft Law • Bağımsızlık • Regülasyon İşlemleri • İşlevsel Özellikler

#### Abstract

In contrast to the terms of “regulatory and supervisory institutions” or “independent boards”, which are generally used in Türkiye, we use the term of “independent administrative authority” (IAA), (Autorité administrative indépendante), as

\* Sorumlu Yazar: Turgut Tan (Emeritus Profesör Dr.) Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye. E-posta: ttan@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5308-3984.

Atrf: Tan, Turgut. “The Functionality of Regulatory Authorities that Lose Their Independence is Also Questioned” (2024) 23 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 1. <https://doi.org/10.26650/ihid.ihid.23.008>



in French law, which we think better expresses their legal status.

It is accepted that in sectors where public monopolies have been abolished because of privatizations, these organizations have emerged in parallel with the need to provide regulation and supervision to independent institutions. It is argued that the IMF's structural reform recommendations were also effective in the emergence of these institutions in Türkiye. However, it is also questionable to what extent such an administrative structure is compatible with the principle of separation of powers in parliamentary systems.

We believe that the inability of the IAAs to fulfill their functions properly has contributed to their failure to prevent the practices that have occurred in Türkiye in recent years, which have caused financial losses to many people, and because we observe that they are also losing their independence due to certain legal regulations, we deemed it useful to address this issue.

IAAs can be examined from two perspectives: structural and functional. Structurally, there is an "autonomous institution" and as a decision-making body, there is an "independent board". The development in Türkiye has been in the direction that IAAs have lost their characteristics in both respects. Guarantees that are important for the independence of the decision-making body have completely disappeared, especially after 2018, because of powers delegated to the President. The President of the Republic of Türkiye may dismiss the appointed board members at any time and place.

IAAs have the functions of regulating, auditing, imposing sanctions, and resolving sectoral disputes. Regulatory powers are different from the classical administrative regulatory authority and "regulation" as explained by the concept; in parallel with this, the existence of "regulation law" (as soft law) is accepted. However, it is controversial whether the transactions carried out in the application of this law, such as the "warnings" issued regarding certain attempts that will damage investors, are in the nature of transactions that can be the subject of lawsuit in the administrative judiciary. The fact that the IAAs in Türkiye do not use their auditing and supervisory powers in such attempts is also a subject of criticism.

#### **Keywords**

Independent Administrative Authorities • Soft Law • Independence • Regulatory Actions • Functional Characteristics



# I. BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELERİN ORTAYA ÇIKIŞI, ÖZELLİKLERİ VE BAĞIMSIZLIKLARINI KAYBETME SÜRECİ

## A. Bağımsız İdari Otoriteleri Yaratan Nedenler

### 1. Özelleştirme ve Serbestleştirmeye Koşut Gelişme

Bağımsız idari otoritelerin piyasa ekonomisinin yaygınlaşması ve geniş anlamda özelleştirme uygulamalarına koşut olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Öte yandan, *deregulation* olarak ifade edilen devlet düzenlemelerinin azaltılması sonucu boşluğun, piyasa koşullarına bağlı olarak, BİO'lar tarafından doldurulduğu ileri sürülmektedir<sup>1</sup>.

Anayasa Mahkemesi'ne göre;

*"...toplumun günlük yaşamında önemli bir yere sahip olan ve teknolojik gelişmelerin hızlı bir şekilde yaşandığı enerji, gaz, su ve haberleşme gibi mal ve hizmetlerin üretildiği piyasaların, devletin herhangi bir müdahalesi olmaksızın Pazar koşullarına terkedilmesi, bu piyasalarda aksaklıklara yol açması nedeniyle kabul edilmemektedir. Bu nedenle devletler, bu piyasaların işleyişine çeşitli vasıtalarla ve belirli sınırlar içinde müdahale etmektedir. Devletlerin bu piyasalara müdahalesi, bazı sektörlerin kamu tarafından tekel olarak işletilmesi ya da bu sektörlerdeki özel işletmelerin regülasyonu şeklinde olmaktadır.*

*"Bu sektörlerin devlet tarafından tekel olarak işletilmesinin, istenilen verimi ve toplumsal refaha beklenen katkıyı sağlayamaması gibi nedenlerle, devletin özelleştirme ve serbestleştirme yolu ile bu piyasalardan çekilmesi ile tekeli özellik gösteren bu piyasalardaki devletçi politikalar, yerini düzenlenmiş piyasalara bırakmakta ve bu alanlar; faaliyet gösterdikleri sektörlerin siyasi-idari etkilerden uzak, objektif, şeffaf ve öngörülebilir kurullar ile çalışmasını sağlamak amacıyla kurulan bağımsız düzenleyici kurumlar tarafından doldurulmaktadır"*<sup>2</sup>.

Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkıp yaygınlaşmasında aşağıdaki nedenlerin etkili olduğu da söylenebilir:

- Ekonomik alandaki karmaşık ve teknik sorunların çözümü uzmanlık gerektirdiğinden, klasik bakanlık yapısı buna uygun görünmemektedir.
- Devletin piyasada hem hakem hem de oyuncu olması durumunda, alınacak kamusal kararların haklılığı ve tarafsızlığına gölge düşmemesi için, bu kararların bağımsız ve tarafsız kurumlarca alınmasında yarar görülmektedir.
- Siyasal etkilerden arındırılmış bu kurumlar uzun dönemli politika oluşturulmasını olanaklı kıldığı gibi; siyasi iktidarların siyasal nedenlerle alamayacakları veya almayı erteleyebilecekleri kararların alınmasını da kolaylaştıracaktır<sup>3</sup>. Nitekim

<sup>1</sup> J.-L. Autin, "Modernisation de l'Etat" Documentation française, 370.

<sup>2</sup> AYM GK, E.2008/115, K.2011/86, T. 02.06.2011.

<sup>3</sup> BİO'ların kurulmasından sonra da siyasal etkilerin sürdüğüne ilişkin örnekler dikkat çekilmektedir. Duran'a göre, "Çukurova A.Ş'nin yönetimi konusunda SPK ile Rumeli Holding arasında çıkan uyuşmazlıkta küçük tasarruf sahiplerinin hak ve yararları ne yazık ki siyasi organların müdahalesi ve biraz da yargı mercilerinin katkıları yüzünden sermaye grubu karşısında savunulamamıştır". Lütfi Duran, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler" (1997) 30 (1) Amme İdaresi Dergisi 3, 10.

ülkemizde, bankacılık sektöründe, geciktirilen kararlardan sorumlulukları nedeniyle yargılanan bakanlar olmuştur<sup>4</sup>.

Türkiye'deki bağımsız idari otorite örnekleri şunlardır: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (6112 sayılı Yasa, m. 34 vd.) Sermaye Piyasası Kurulu (6362 sayılı Yasa, m. 117), Rekabet Kurumu (4054 sayılı Yasa, m.22), Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (5411 sayılı Yasa, m.83), Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (2813 sayılı Yasa, m.5), Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (4628 sayılı Yasa, m.5), Kamu İhale Kurumu (4734 sayılı Yasa, m.53), Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (660 sayılı KHK,m.3vd), Kişisel Verileri Koruma Kurumu (6698 sayılı Yasa,m.19), Nükleer Düzenleme Kurumu (702 sayılı KHK,m.7) ve Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu (47 sayılı CBK, m.3vd.).

Bağımsız idari otoritelerden RTÜK (6112 sayılı Yasa m.34) ve SPK 6362 sayılı Yasa m.17) kurul, diğerleri “kurum” olarak örgütlenmiş olup “kurul” kurumun karar organı olarak düzenlenmiştir.

Bağımsız idari otoritelerin Kara Avrupası ülkelerinde, Anglo-Sakson ülkelerindeki örneklerden esinlenerek oluşturuldukları ve sermaye piyasası ve rekabetin korunması gibi ekonominin ve genel olarak, kamusal yaşamın hassas sektörlerinde 70’li yıllardan başlayarak ortaya çıktıkları görülmektedir<sup>5</sup>. Bağımsız idari otoritelerin Anglo-Sakson sisteminde çok daha eski tarihlerde ortaya çıkması ve gelişme göstermesi, bu ülkelerin hukuk ve idare sistemlerinin özelliği ile yakından ilişkilidir<sup>6</sup>.

Öte yandan, Türkiye’de bu kurumların ortaya çıkışının, İMF’nin dayattığı yapısal reformların bir sonucu olduğu kabul edilmektedir<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Örneğin, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu’nun (YDK) T.Halk Bankası 1997 yılı faaliyet raporunda soruşturulması istenen konuların incelenmesine ilişkin Hazine müsteşarlığı makamının 21.7.1999 tarih ve 99/1231 sayılı onayının aynı tarihte Bankalar Yeminli Murakıplar Kurulu Başkanlığına intikaline karşın murakıpların sekiz ay gecikmeyle 21.3.2000 tarihinde görevlendirilmesi; Başbakanlık YDK’nun 1997 ve 1998 raporlarında incelenmesi istenen konuların, haklı nedenler olmadan, tekrar gözden geçirilmek üzere iadesi için Başbakanlıktan 27.3.2000 tarihinde onay alıp soruşturmayı geciktirmesi nedeniyle ekonominin sorumlu devlet bakanı TCK’nun 240. Maddesi uyarınca Yüce Divan’da yargılanmış, beraat etmiştir. Geniş bilgi için bkz. Mehmet Tural, *12 Eylül’de Bir Hakim Olmak* (Postiga 2011) 239 vd.

<sup>5</sup> Benedicte Delaunay, *L’Amelioration des rapports entre l’administration et les administres* (LGDJ, 1993) 171.

<sup>6</sup> İngiliz hukukundaki güncel tartışmalar için bkz. R. Austin, “Administrative Law’s Reaction to the changing concepts of public service” in P. Leyland and T. Woods (eds), *Administrative Law Facing the Future: Old constraints and new horizons* (Blackstone 1997) 1 vd; T. Prosser, “Regulation, Markets, and Legitimacy” in J. Joweil and D. Oliver (eds), *The Changing Constitution* (Oxford 1994) 237 vd.

<sup>7</sup> BDDK eski başkanlarından Z.Temizel’in açıklamaları. Temizel’e göre, bağımsız kurullar siyasi otoriteyi ekonomik karar mekanizmalarından sıışlamak için kurulmuştur. Siyasetin bu alanlardan dışlanması ile kararların rasyonelleşeceği temel tercih olmuştur. “Türkiyede Kurullar Bağımsız Olamadı”, (Cumhuriyet, 16.9.2003) <[4](https://egazete.cumhuriyet.com.tr/oku/192/2003-09-16/0.></a></p></div><div data-bbox=)

## 2. Yeniden Yapılanmaya Eleştiriler

Bu tür kurumların gelişimi bir yandan “yasama-yürütme öte yandan da yürütme içinde “hükümet-idare ilişkilerinin” düzenleniş biçimi ile yakından ilgili olup; bu özellik Anglo-Sakson sisteminin bu tür kurumların gelişimine uygun ortam yaratmasını da açıklamaktadır<sup>8</sup>. Nitekim, özelleştirilen kamu hizmeti alanlarında “işletici” ve “düzenleyici” ayrımı yapıp, “düzenleyici” otoritenin merkezi ve yerel idarelerden bağımsız olmasına önem veren Avrupa Hukukunun da Anglo-Sakson hukuk kültüründen esinlendiği vurgulanmaktadır. Ancak, temsili demokrasilerde bağımsızlığın ne anlama geldiği, “düzenleyici” otoriteyi kimin denetleyeceği soruları sorulmakta; İngiltere’de uygulanan parlamento denetimi formülünün diğer ülkelerde uygulanabilirliği konusunda ise duraksama gösterilmektedir<sup>9</sup>.

Buna karşın Kara Avrupası ülkelerinde, bağımsız idari otoritelerin yapısal ve işlevsel özellikleri dolayısıyla, anayasal erkler düzenlemesine yabancı bir kurumsal yapı oluşturdukları; devletin bütünlüğünün parçalanıp tehlikeye girdiği de ileri sürülmektedir<sup>10</sup>.

Öte yandan, hukukun temel ilkelerini bozma sonucu yaratacak kavramsal ve hukuki karışıklıkların yaygınlaşmasından sakınmak gerektiği vurgulanmakta; kimi yazarlarca bu tür kurumların anayasada özel olarak düzenlenmesi gerektiği<sup>11</sup>; kimi yazarlarca da anayasal açıdan devlet erklerinin düzenleniş biçiminin yeniden değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.

## B. Yeniden Yapılanmanın Özelliği: Özerklik ve Bağımsızlık

Bağımsız idari otoritelerin özellikleri, bir yandan kurumsal özerklikleri, öte yandan da kurumun karar organı olan kurulların bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları açısından değerlendirilebilir. Bu özellikler de kısaca, “özerk kurum” ve “bağımsız ve tarafsız kurul” şeklinde ifade edilebilir.

### 1. Özerk Kurum

Bazı istisnalar (örneğin Fransa) dışında genelde bağımsız idari otoriteler ayrı kamu tüzel kişileri olarak örgütlenmişlerdir. Zira kamu tüzel kişiliği idari özerkliği sağlama yanında, ileride değineceğimiz gibi, özellikle Türk hukukunda yönetmelik gibi düzenleyici işlemleri yapabilmenin de ön koşulu olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, bu tür kuruluşların bağımsızlığını sağlamaya yönelik düzenlemeler arasında birlik olduğunu söylemek de zordur.

<sup>8</sup> Michel Gentot, *Les autorités administratives indépendantes* (2. Bası, Montchrestien 1994) 24; N. Longobardi, “Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l’administration publique” (1995) 11 (1) RFDA 171.

<sup>9</sup> Jean François Auby, *Les services publics en Europe* (PUF, 1999) 92.

<sup>10</sup> Pierre Delvolve, *Droit public de l’économie* (Daloz 1998) 28.

<sup>11</sup> Gentot (n 8) 51. Fransa’da 1992 yılındaki anayasa değişikliği çalışması sırasında bu yönde girişimler olmuştur.

Örneğin, 6362 sayılı Yasa'ya (m. 117) göre, SPK, “tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip” olup, “yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanır”; 4054 sayılı Yasa'ya (m. 20) göre de RK, “kamu tüzelkişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip” ve “görevlerini yaparken bağımsız” olup, “hiçbir organ, makam, merci ve kişi kurumun nihai kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez”. 5411 sayılı Yasa ile oluşturulan BDDK da, “kamu tüzelkişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe” sahiptir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (47 sayılı Kararname, m. 3) ile yeni kurulan, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip olduğunu; bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve ilgili mevzuatla kendisine verilen görev ve yetkileri kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getirip kullanacağını; Kurum kararlarının yerindelik denetimine tabi tutulamayacağını; hiçbir organ, makam, merci veya kişinin Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceğini öngörmektedir.

### a) Cumhurbaşkanlığı ve Bakanlıklarla İlişki

Bu tür kuruluşlarla merkezi idare arasında, klasik kamu kurumlarında görüldüğü gibi, “vesayet” veya “hiyerarşi” benzeri bir ilişkisi olmaması gerekirse de, kuruluş yasalarında “ilgili” veya “ilişkili” oldukları bakanlıklar gösterilmekteydi. Örneğin, 4054 sayılı Yasa (m. 20) Rekabet Kurulu'nun “ilişkili olduğu bakanlığı” Gümrük ve Ticaret Bakanlığı olarak belirlemişti. Daha sonra 3046 sayılı Yasa'nın 19/A maddesi uyarınca çıkarılan 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile bağlı, ilgili ve ilişkili bakanlıklar yeniden belirlenmiştir. Buna göre, örneğin BDDK, SPK ve TCMB'nin ilişkili olduğu bakanlık Hazine ve Maliye Bakanlığı, EPDK'nın Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun da Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı olarak belirlenmiştir.

Bazı kanun ve KHK'larda değişiklik yapan 8.8.2011 tarihli ve 649 sayılı KHK ile 3046 sayılı Yasa'nın 19/A maddesinin birinci paragrafına “Bakan bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dahil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir” cümlesi eklenmiştir. 5018 sayılı Yasa'ya ekli (III) sayılı cetvelde BİO'lar yer almaktadır. Dolayısıyla bu değişiklik haklı olarak, bağımsız kurumların bağımsızlıkları kaldırıldı şeklinde yorumlanmıştır<sup>12</sup>.

Ancak, bağımsız idari otoritelerle ilişkili oldukları bakanlıklar arasındaki bu ilişkinin hukuki içeriği belli değildir. Zira, hukukumuzda 3046 sayılı Yasa'dan “ilgili kuruluş” ve “bağlı kuruluş” kavramlarının tanımlanmış olmalarına karşın, “ilişkili kuruluş” kavramına yer verilmemiştir<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> GÜNGÖR URAS, “Bağımsız Kurumlar Baş Ağrıyordu (!) Müjde: Kurtulduk” (Milliyet, 22.08.2011) <<https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/gungor-uras/bagimsiz-kurumlar-bas-agritiyordu-mujde-kurtulduk-1429705>> Erişim Tarihi: 1.3.2023.

<sup>13</sup> Danıştay'a göre, “ilgili kuruluş” ile “ilişkili kuruluş” aynı anlamı içermektedir. Danıştay 1.D. E.2002/156, K.2002/167, T.24.10.2002.

Bu kavramlar konusunda Danıştay kararları arasındaki farklılıklar da dikkat çekmektedir. Danıştay Birinci Dairesi bir kararında, “ilişkili kurum” ibaresiyle “ilgili kuruluşlar” ibaresi aynı anlamı taşımaktadır<sup>14</sup> derken; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ise TC Merkez Bankası ile ilgili bir kararında, Banka’nın Başbakanlığın veya Devlet Bakanlığının “ilgili kuruluşu” olarak kabul edilemeyeceğini; bağımsız idari otoritelere benzer şekilde “ilişkili kuruluş” olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>15</sup>.

İlişkili kuruluş kavramının, idarenin bütünlüğü ilkesi gereği, bağımsız idari otoritelerin de bir şekilde merkezi idare ile ilişkilendirilmesi, ancak ilgili veya bağlı kuruluş da olmamasından kaynaklanan pratik formül olarak bulunduğu anlaşılmaktadır<sup>16</sup>. Bununla beraber, bu ilişkinin adı geçen bakanlıklara, kurumların hukuka aykırı işlemleri için idari yargıya başvurmak, mali denetim için Sayıştay ve Devlet Denetleme Kurumunu harekete geçirmek gibi bazı yetkiler sağladığını savunanlar da vardır<sup>17</sup>.

Bu ilişkinin bazı yasalarda düzenlenmeye çalışıldığı da görülmektedir. Örneğin, 6362 sayılı Yasa (m.129) “şeffaflık ve hesap verebilirlik” başlığı altında, yıllık faaliyet raporunun, ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar Kurul’un internet sitesinde yayınlanacağını ve ilgili bakana gönderileceğini; Kurul faaliyetleriyle ilgili olarak yılda en az bir kez TBMM Plan ve Bütçe Komisyonuna bilgi verileceğini; ilgili bakanlığın, gerekli gördüğü durumlarda da Cumhurbaşkanlığına bilgi verileceği kuralını getirmiştir.

Öte yandan, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’na (m. 105) göre, ilişkili Bakanlık Kurulunun düzenleyici nitelikteki kararlarına karşı iptal davası açabilecektir.

Danıştay’ın <ilgili> ve <ilişkili> kavramları konusunda farklı yaklaşımlarına karşın, <ilişkili> kuruluş kavramının mevzuatımıza yerleştiği izlenimi veren yasal düzenlemeler yapılmaktadır. Örneğin, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na (m. 10) göre, “*Bakanlar, hükümet politikasının uygulanması ile bakanlıkların ve bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların stratejik planları ile bütçelerinin kalkınma planlarına, yıllık programlara uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasından, bu çerçevede diğer bakanlıklarla koordinasyon ve işbirliğini sağlamaktan sorumludur.*”

<sup>14</sup> Danıştay 1.D, E.2002/156, K.2002/167, T.24.10.2002.

<sup>15</sup> Danıştay İDDK, E.2005/74, K.2005/68, T.10.3.2005.

<sup>16</sup> Kimi yazarlara göre, “İlgili bakan” deyiminin “ilişkili bakanlık” olarak değiştirilmesi “özerklik açısından üstü örtülü bir gerilemeyi ifade etmektedir” ve hemen terk edilmelidir. Bkz. Ali İhsan Karacan, “Özerk kurumların özerkliği” (2001) 8 Rekabet Dergisi 3, 34.

<sup>17</sup> Ali Dursun Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar” (1999) 100 Danıştay Dergisi 3, 15 vd. “Devlet Denetleme Kurumu”ndan kasdedilen Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu ise, onun bakanlık tarafından nasıl harekete geçirilebileceği anlaşılmamaktadır.

Bu arada son zamanlarda, özellikle bağımsız idari otoritelere yönelik eleştirilerin yoğunlaştığı dönemde, idareye yönelik bazı düzenlemelerin kapsamına bağımsız idari otoritelerin de alınmaya çalışıldığı gözlenmektedir. Örneğin, kamu personelinin mali ve sosyal haklarında düzenlemeler yapan 631 sayılı KHK (m. 14) “*özel kanunlarla kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurul üst kurul, kurum..*” diyerek, kurul üyeleri dahil tüm personeli, ücretler konusunda getirdiği düzenlemenin kapsamına almıştır.

### **b) Kurum - Kurul Ayrımı**

Başta da belirttiğimiz gibi, bağımsız idari otoritelerden bazıları RTÜK ve SPK) yalnız “kurul” olarak örgütlenirken, diğerleri ise “kurum” olarak örgütlenip, kurul kurumun karar organı olarak düzenlenmiştir. Kurul başkanının aynı zamanda kurumun da başkanı olarak kurumu idare ve temsil etmesi, uygulamada bazı yetkilerin kullanılmasında duraksama ve tartışmalara yol açmaktadır<sup>18</sup>. Bunun bir nedeni de kuruluş yasalarında görev ve yetkiler düzenlenirken, bazı yasalarda karar mercii olarak “kurum”un (örneğin BDDK ile ilgili olarak 5411 sayılı Yasa (m.82) ve Telekomünikasyon Kurumu ile ilgili 4502 sayılı Yasa); bazılarında da “kurul”un (örneğin Rekabet Kurulu ile ilgili olarak 4054 sayılı Yasa) gösterilmiş olmasıdır. Aslında yasada “kurum”a verilmiş olan görev ve yetkilerin de karar organı olan “kurul” tarafından kullanılması gerekir. Nitekim, 4628 sayılı Yasa’da (m. 4), “*Kurum, bu Kanundan kaynaklanan görevlerini yerine getirirken yetkilerini Elektrik Piyasası Düzenleme Kurulu vasıtasıyla kullanır. Kurumun temsil ve karar organı Kuruldur*” denilerek bu durum açıkça belirtilmektedir.

### **c) Denetim**

Bağımsız idari otoritelerin denetimi konusunda kuruluşlarındaki yasalarında farklı çözümler öngörülmüştür. Örneğin, Sayıştay denetimine tabi olanlar: Rekabet Kurumu (4054 sayılı Yasa m. 33) ve Telekomünikasyon Kurumu (2813 sayılı Yasa’nın 4502 sayılı Yasa ile değişik m. 14). Ayrıca daha önce Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu’nun denetimine tabi olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (4646 sayılı Yasa, m. 17/d) ve Şeker Kurumu (4634 sayılı Yasa, m. 9) da Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu’nun kaldırılmasıyla Sayıştay denetimine tabi hale gelmiştir.

Bu dağınıklığı ve belirsizliği gidermek için olsa gerek, 30.01.2002 tarih ve 4743 sayılı “Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” (m. 7) ile yeni bir denetim sistemi getirilmeye çalışılmıştır. Bu düzenleme Cumhurbaşkanı tarafından bir kez daha görüşülmek üzere TBMM’ne geri gönderilmiş; fakat madde TBMM’nde ikinci görüşmesinde de değiştirilmeden kabul edilmiş ve yasalaşmıştır.

<sup>18</sup> Danıştay 13.D, E.2016/3014, K.2017/3014, T. 27.4.2017, Turgut Tan ve Bahar Bayazıt, *İdare Hukuku* (10. bası, Turhan 2021) 182.

Getirilen yeni düzenlemeye göre, “*Özel kanunlarla kurulmuş kamu tüzel kişiliğini ve idari ve mali özerkliği haiz kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların yıllık hesapları Başbakanlık tarafından belirlenen Başbakanlık müfettişi, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu denetçisi ve Maliye müfettişinden oluşan bir komisyon tarafından denetlenir,*

*“Bu madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların faaliyetleri hakkındaki yıllık rapor, her yılın Mayıs ayı sonuna kadar Bakanlar Kuruluna sunulur. Bu kurul ve kuruluşlar faaliyetlerine ilişkin olarak yılda bir defa Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonunu bilgilendirir”.*

Bu hüküm de Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa’nın 2, 160, 165 ve 108. maddelerine aykırı bulunduğu iptal edilmiştir<sup>19</sup>.

BİO’lar artık 5018 sayılı Yasa (m. 2 ve 68) gereği Sayıştay denetimine tabidirler. 6085 sayılı Sayıştay Kanunu (m. 4/1-a) denetim alanını belirlerken “*Merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahalli idareleri....*” demektedir. 5018 sayılı Yasa’ya (m. 3/b) göre, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri 5018 sayılı Yasa’ya ekli I, II ve III sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerini ifade etmekte olup III sayılı cetvelde yer alanlar ise bağımsız idari otoritelerdir.

BİO’ların karar ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi idari yargı yerlerince (yasada açıkça öngörülmüşse Danıştay, öngörülmemişse idare mahkemeleri) yapılmaktadır. 6352 sayılı Yasa (m. 63) ile, yaptırım kararları konusunda idare mahkemeleri genel görevli hale getirilmiştir. Belirli sektörlerde uzmanlaşmış düzenleyici kurulların kararlarının yargısal denetiminin de bazı güçlükler gösterdiği bir gerçektir<sup>20</sup>. Bu cümleden olarak idari yargı içinde de bir uzmanlaşma gereği üzerinde durulmaktadır<sup>21</sup>. Nitekim, BİO’ların ilgili oldukları sektörleri düzenleyen yasaların uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar aynı dava dairesinin görevine verilmektedir<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> AYM GK, E.2002/31, K.2002/58, T.25.6.2002, 195 vd. Altı siyasi parti tarafından 30 Ocak 2023 tarihinde kabul edilen **Ortak Politikalar Mutabakat Metni**’nde, “*Finans sektöründeki düzenleyici ve denetleyici kurumların hesap verebilirliğini arttıracak, bu kurumların TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu’na yılda en az iki defa sunum yapmalarını sağlayacağız*” ifadesine yer verilmektedir. (84)

<sup>20</sup> Martin Collet, *Le Contrôle, Juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes* (LGDJ 2003); Marie Crespy De Conninck, *Recherches sur les singularités du contestieux de la régulation économique* (Daloz 2017).

<sup>21</sup> 2002 Yılı Programında, “Rekabet Kurulu, Telekomünikasyon Kurulu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu ve yeni oluşturulması tasarlanan bağımsız idari otoritelerin kararlarının yargısal denetimindeki etkinliği arttırmak amacıyla Danıştayda yeni bir yapılanmaya gidilecektir” denilmektedir. RG; 28.10.2001, sayı: 24567 (mükerrer), s. 274.

<sup>22</sup> Danıştay Başkanlık Kurulunun 2016/1 sayılı Kararı. RG; 20.01.2016, sayı: 29599 (mükerrer)



## 2. Bağımsız Kurul

### a) Bağımsız ve Tarafsız Karar Organı: Kurul

Bağımsız idari otoritelerin bağımsızlıkları açısından, karar organı olan kurulları oluşturan üyelerin statüsü de özel bir önem taşımaktadır. Zira bu tür kuruluşların bağımsız çalışmalarının temel güvencesi, karar organlarını oluşturan üyelerin siyasal etkiler ve çeşitli özel çıkar grupları karşısında bağımsız çalışmalarını sağlayacak bir statüye sahip olmalarıdır.

Ancak, kurul üyelerinin seçimi ve atanmasında hükümetlere tanınan yetkilerin kullanımı uygulamada temel eleştiri konularından biridir. Türkiye’de de bağımsız idari otorite statüsündeki bazı kurulların üyelerinin atanmasında siyasal partilerin etkilerinin tartışma konusu olduğu, hatta siyasal partiler arasında uzlaşma arayışlarının bazı kurulların oluşumunu geciktirdiği bilinmektedir. Aşağıda açıklanacağı gibi, kurul üyelerinin atama yetkisinin Cumhurbaşkanınca kullanılmaya başlanmasından sonra, kimi kurul üyeliklerine atamalar konusunda muhalefet partilerinin eleştirileri basında yer almaya başlamıştır<sup>23</sup>.

### b) Üyelikle Bağdaşmayan İşler

Üyelikle bağdaşmayan işlerin ve yasakların da yasalarda açıkça düzenlenmesi; hatta görevin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin bazı sınırlamaların getirilmesi, üyelerin görev yaptıkları sürece bağımsız çalışmalarını sağlayacak güvenceler olarak görülmektedir<sup>24</sup>. Aslında, bu tür bir genel kısıtlama 2.10.1981 tarih ve 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun ile getirilmiştir. Ancak bu yasal düzenlemenin hakkıyla uygulandığı söylenemez. Benzer düzenleme Fransa’da da vardır ve yargı organlarınca uygulanmaktadır<sup>25</sup>.

6362 sayılı Yasa (m. 121) SPK üyeleri için; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu da BDDK üyeleri için ayrıntılı yasaklar getirmiştir. Örneğin, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu üyeleri, “*asli görevlerini aksatmayan bilimsel amaçlı yayın, ders ve konferans ile telif hakları hariç Kurumdaki resmi görevlerinin yürütülmesi dışında kalan resmi veya özel hiçbir görev alamaz, dernek, vakıf, kooperatif ve benzeri yerlerde yöneticilik yapamaz, ticaretle uğraşamaz, serbest meslek faaliyetinde bulunamaz, Kurumun düzenlemek ve denetlemekle yetkili olduğu sektör veya alanla ilgili ortaklıklarda pay sahibi olamaz, hakemlik ve bilirkişilik yapamazlar*”. Yasa, başkan ve üyelerin, göreve başlamadan önce, kendilerine, eş veya velayeti altındaki

<sup>23</sup> Eleştirilerin ortak noktası, “liyakat”ın yerini “sadakat” ve siyaal yakınlığın almasıdır.

<sup>24</sup> 4502 sayılı Yasa’ya (m. 17) göre, Telekomünikasyon Kurulunda telekomünikasyon sektörünü temsil eden üye kendisini aday gösteren işletmecilerle şirket ile görev süresi boyunca her türlü ilişkisini keser ve görevden ayrılmasından itibaren en az iki yıl boyunca anılan işletmecilerle şirket ile çalışma, danışmanlık veya hissedarlık şeklinde bir ilişki kuramaz. Ayrıca, Kurul üyelerinin herhangi bir telekomünikasyon şirketinde hissedar veya yönetici olamayacakları da öngörülmektedir.

<sup>25</sup> Geniş bilgi için bkz. Jean Pierre Didier, *La Deontologie de l’administration* (PUF 1999) 57 vd.



çocuklarının sahibi bulunduğu, Kurum'un düzenlemek ve denetlemekle sorumlu olduğu kuruluşlara ait her türlü sermaye piyasası araçlarını otuz gün içinde elden çıkarmak zorunluğu getirmiştir. Ayrıca, başkan ve üyeler görevden ayrılmalarını izleyen iki yıl içinde Kurum'un denetlemekle ve düzenlemekle görevli olduğu sektör ve alandaki özel kuruluşlarda görev alamamaktadır. Yasa, bu yasaklara ve yükümlülüklerle uymayanlar hakkında <üyelikten çekilmiş sayılma> ve 2531 sayılı Yasa (m. 4) uyarınca cezalandırılma gibi yaptırımlar öngörmektedir.

## **II. BAĞIMSIZLIKLARININ YİTİRMESİNE YOL AÇAN HUKUKİ VE FİİLİ GELİŞMELER**

### **A. Hukuki Düzenlemeler**

#### **1. Aday Gösterme Uygulamasının Sona Ermesi**

Hemen belirtelim ki, bağımsız idari otoritelerin bağımsızlığını garanti edecek sihirli bir formül bulunmuş değildir. Çeşitli ülkelerde değişik formüller denenmektedir. Bu cümleden olarak, seçim ve atama yetkisinin siyasi iktidara (hükümetlere ve cumhurbaşkanına) tanındığı durumlarda, seçim ve atanmanın siyasal olmayan organ veya makamların gösterecekleri adaylar arasından yapılması yoluna gidilmektedir. Üye seçiminde mesleki ve teknik deneyime ağırlık vermek, bağımsızlık ve tarafsızlığı bilinen mesleklerden (örneğin yargıçlar, üniversite öğretim üyeleri gibi) üye veya başkan seçmek de uygulanan usuller arasındadır.

Nitekim, Türkiye'de de bağımsız idari otoritelerin ilk kuruluş yıllarında kurul üyelerinin değişik kuruluşların gösterecekleri adaylar arasından seçilmesi esası kabul ediliyordu. Örneğin, 4054 sayılı rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a (m.22) göre, Rekabet Kurulu biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere toplam yedi üyeden oluşuyordu. Bakanlar Kurulu, iki üyeyi Rekabet Kurulunun, bir üyeyi Sanayi ve Ticaret Bakanlığının, bir üyeyi Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığının bağlı olduğu Devlet Bakanlığının, birer üyeyi de Yargıtay, Danıştay, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin her boş üyelik için kendi kurumları içinden veya dışarıdan göstereceği ikişer aday arasından seçerek atıyordu. Benzer usuller 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 4389 sayılı Bankalar Kanunu, Telekomünikasyon Kurulu için de 4502 sayılı Yasa'da (m. 17) öngörülüyordu. Ancak, sonradan yapılan yasal düzenlemelerle üyelerin seçimi ve atanmasındaki aday önerme usulleri kaldırılıp, önce Bakanlar Kuruluna sonra da Cumhurbaşkanına doğrudan atama yetkisi verilmiştir.

#### **2. Cumhurbaşkanınca Atama Usulü**

703 sayılı KHK ile BİO'ların yasalarında yapılan değişikliklerle Kurul üyelerinin Cumhurbaşkanınca atanması usulü getirilmiştir. Öte yandan, Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı

Kararnamesi (m. 2) bu Kararnameye ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı kararıyla atama yapılacağını öngörmekte olup; (I) sayılı cetvelde düzenleyici ve denetleyici kurumların başkan ve üyelerine de yer verilmektedir.

### 3. Görev Süresi Güvencesinin Kalkması

Üyelerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamanın yöntemlerinden biri de üyelerin görev süresini uzun tutmak (örneğin altı yıl), yeniden seçilme olanağı tanımamak ve görev süreleri dolmadan görevden alınmalarını çok sıkı koşullara bağlayıp, bu koşulların varlığını saptamayı atamaya yetkili organın mutlak takdirine bırakmaktır<sup>26</sup>. Bunlar üyelerin görevde güvencelerini sağlayan düzenlemelerdir. Türkiye’deki uygulamada kurul üyelerinin görev süreleri uzun olmakla beraber yeniden seçilme olanağı açık tutulmaktaydı.

Uygulamada bu konuda da bazı müdahaleler dikkat çekmektedir. Örneğin, 1988 yılında çıkarılan bir KHK ile, SPK üyelerinin altı yıl, başkanın da beş yıl olan görev süreleri üç yıla indirilmiş ve üç ay içinde yeni kurul üyeleri atanmıştır. (1999 yılında süre yeniden altı yıla çıkarılmıştır) Bu SPK’ya yapılmış “*politik bir müdahale*” olarak nitelendirilmiştir<sup>27</sup>.

Yasal düzenlemelerdeki güvenceler dolayısıyla Kurul üyelerinin görev süreleri içinde görevlerine son verememe engeli yasal düzenlemeler yoluyla aşılmaya çalışılmıştır. Örneğin, 4672 sayılı Yasa (geç. m. 3) BDDK’nın Başkan dışında kurul üyelerinin görevlerinin bu Yasa’nın yürürlüğe girdiği tarihte sona ereceğini ve on beş gün içinde Bakanlar Kurulunca yeni üyelerin atanacağını öngörmüştür. Bu şekilde henüz bir yıllarını tamamlamamış BDDK üyelerinin görevleri sona erdirilmiştir. Bu yasal düzelleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Danıştay da görevi sona erdirilenlere tazminat ödenmesine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’ne göre,

*“4389 sayılı Yasa’nın 3.maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde Kurul Başkan ve üyeleri için 6 yıllık görev süresi belirlenmiş ve ancak belli koşulların varlığının tespiti halinde görevlerine son verilebileceği öngörülmüştür.*

*“Anayasa’nın 2.maddesinde, ‘Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı,*

<sup>26</sup> 2499 sayılı Yasa (m. 18) “Atanmaları için gerekli şartları kaybettikleri, durumlarının bu Kanunun 20inci maddesine aykırı düştüğü veya Kanunla verilen görevlerin yerine getirilmesinde kusur ve ihmalleri sabit olduğu takdirde Kurul Başkan ve Üyeleri süreleri dolmadan Bakanlar Kurulunca görevden alınır” hükmünü getirmişti. Hüküm bu haliyle Bakanlar Kuruluna geniş bir takdir yetkisi vermektedir. 4487 sayılı Yasa ile 2499 sayılı Yasa’nın bu hükmü değiştirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, “Kurul Başkan ve üyelerinin görev süreleri dolmadan görevlerine son verilemez. Ancak atanmaları için gerekli şartları kaybettikleri veya durumlarının bu Kanunun 20’nci maddesine aykırı düştüğü tespit edilen, görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı haklarında verilen mahkumiyet kararı kesinleşen Kurul Başkan ve üyeleri, süreleri dolmadan Başbakanın onayı ile görevden alınır”. Bu şekilde Kurul Başkan ve üyelerinin görevlerinin yerine getirilmesinde kusur ve ihmalleri olup olmadığı idarenin takdiri yerine, yargı kararına bırakılmak suretiyle güvence getirilmişti.6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda (m.120/2) da benzer düzenleme yer almaktadır.

<sup>27</sup> Ali İhsan Karacan, “Özerk kurullar eski tarz siyaset yapmanın yeni araçları mı?” (Dünya, 13.6.2001).

*başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir” denilmektedir.*

“.....

*“4389 sayılı Yasa’nın 3.maddesinde Kurul üyeliklerine atananlar için görev süreleri dolmadan görevlerinden alınamayacakları öngörülerek güvence getirilmişken bu güvence, iptali itenilen kural ile Başkan dışındaki Kurul üyeleri için ortadan kaldırılmıştır.*

*“Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden bu statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulması Anayasa’ya aykırılık oluşturur. Bu nedenle genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.*

“.....

*“Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevlerine yasa ile son verilmesi, bu üyelerin yasama tasarrufuna karşı dava açma hakları bulunmadığından hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak suretiyle yargı denetimini engellemektedir.*

*“Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 2. Ve 36.maddelerine aykırıdır. İptali gerekir”<sup>28</sup>.*

Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı üzerine, iptal edilen kural ile görevi sona erdirilen aynı zamanda BDDK ikinci başkanı da olan üyenin, tamamlamadığı görev süresini tamamlayabilmesi için göreve iade edilmesi, bunun olanaksız olması durumunda da, tamamlamadığı görev süresine ilişkin tüm parasal ve özlük haklarının yasal faizi ile ödenmesi için yaptığı başvurunun, göreve iadesinin olanaksız olduğuna ilişkin Başbakanlık işlemi ile parasal ve özlük haklarının yerine getirilemeyeceğine ilişkin BDDK kararının iptali ve 5.000 TL manevi tazminat istemi ile dava açmıştır.

Danıştay 12. Dairesi, Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümeyeceği gerekçesiyle reddetmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, kararın maddi ve manevi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmını bozmuştur. Danıştay İDDK’na göre,

“.....

*“Anayasa Mahkemesi anılan kararında Yasa kuralını irdelerken hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğini belirtmiş ve söz konusu kuralın bu özelliklere sahip olmadığını ve bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulamayacağını özellikle vurgulamış olup; sonuçta davacının Yasa kuralı gereği de olsa görevden alınmasının hukuka aykırı olduğunu bu kararıyla açıkça ortaya koyduğundan; bu kural uyarınca görevden alınan davacıya oluşan maddi zararının davalı idarece hizmet kusuru esasları uyarınca ödenmesi hukuk devletinin gereğidir”<sup>29</sup>.*

<sup>28</sup> AYM GK, E.2003/112, K.2006/49, T.06.04.2006.

<sup>29</sup> Danıştay İDDK, E.2009/901, K.2010/903, T.29.4.2010.

Benzer şekilde SPK Başkan ve üyelerinin görevi 6362 sayılı Yasa'ya bir geçici madde (m. 7) eklenerek sona erdirilmiştir. Ancak, aynı yasal düzenleme ile görevi sona erdirilen SPK Başkan ve üyeleri için geçici Başkan danışmanı kadroları ihdas edilerek, üye iken yapılan ödemelerin devamı sağlandığından BDDK üyelerinin yaşadığına benzer hukuki sorunlar yaşanmamıştır<sup>30</sup>.

BİÖ'ların kurul üyelerinin yasa ile görevlerine son verilmesinin son örneğini, 703 sayılı KHK (m. 179) ile 375 sayılı KHK'ye eklenen geçici 34.madde oluşturmaktadır. Buna göre, Kurul üyelerinin görev süresi dört yıla indirildiği gibi; RTÜK hariç, 5018 sayılı Yasa'ya ekli (III) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile TMSF'de görev yapan Kurul Başkan ve üyelerinden, atanma tarihi itibarıyla görevde dördüncü yılını doldurmuş olanların görevleri bu maddenin yayımı tarihinde; doldurmamış olanların görevleri de dördüncü yılı doldurdıkları tarih itibarıyla, başka bir işleme gerek kalmaksızın sona erecektir.

Görevi sona erenlerden, daha önce kamu görevinde bulunmamış olanlara, kalan görev sürelerine ilişkin mali ve sosyal hak ve yardımlara ilişkin ödemeler toplamı tazminat olarak ödenecektir. Kurul üyeliklerine kamu görevlileri arasından atanmış olanlar ise, başvurmaları halinde önceki kurumlarında yönetici kadro ve pozisyonları dışındaki kadro ve pozisyonlara bir ay içinde atanacaklardır.

Bu konuda son düzenleme olan 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile BİÖ'ların başkan ve üyelerinin görev süresi dört yıl olarak belirlenmiştir.

#### 4. Görevden Alma Konusunda Takdir Yetkisi

RTÜK hariç, BİÖ'ların başkan ve üyelerinin görev süresinin dört yıl olarak belirlenmesine karşın, 375 sayılı KHK (Ek m.35) "*Cumhurbaşkanınca süreli atanan üst kademe kamu yöneticileri, ilgili kanunlarda öngörülen görevden alma gerekçeleri yanında kurumsal hedeflere ulaşılabilmesi nedeniyle de süreleri tamamlanmadan görevlerinden alınabilirler hükmünü getirmiştir.* Bundan sonra Cumhurbaşkanının bağımsız kurulların başkan ve üyelerini istediği zaman görevden alması için bir engel kalmamıştır.

Nitekim, SPK Başkan vekili ile bir üye 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 119.maddesi, 375 sayılı KHK'nin ek 35.maddesi ve 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 2. maddesi gereğince görevden alınmışlardır<sup>31</sup>. T.C. Merkez Bankası Başkanı, yasal görev süresi dolmadan, Cumhurbaşkanlığı kararı ile görevden alınmış ve yerine yeni atama yapılmıştır<sup>32</sup>. T.C. Merkez Bankası'nda 20 ayda dört başkan değişmiştir.

<sup>30</sup> Bkz. Turgut Tan, "Yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğu", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan C. II, (Ankara Üniversitesi Yayınları 2015) 1059-1069.

<sup>31</sup> 2022/561 ve 2022/562 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararları. RG; 31.10.2022, sayı: 31999.

<sup>32</sup> 2019/159 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı. RG; 6.7.2019, sayı: 30823.

Cumhurbaşkanı T.C. Merkez Bankası Başkanını görevden alma gerekçesini, “*Ken-disine ekonomi toplantılarında defalarca faizi indirmesi gerektiğini söyledi, “faiz düşerse enflasyon düşer” dedik. Gerekeni yapmadı. Aynı kulvarda değildik*” şeklinde açıklamaktadır<sup>33</sup>. Bu gerekçe, Cumhurbaşkanına istediği an istediği kamu görevlisini uzaklaştırma, yerine istediğini atama yetkisinin verilmesi olarak yorumlanmaktadır<sup>34</sup>.

Bu gelişmeler BİÖ’ların bağımsızlıklarının sona erdiğini kanıtlamaktadır. Nitekim, BDDK ve TMSF’nin yıllar içinde bağımsız düzenleme ve denetleme kurumu olma niteliğini kaybederek siyasal iktidarın etkisi altına girdiği ve bankalar üzerinde olması gerekenin tam tersi uygulamalar gerçekleştirdiği belirtilmektedir<sup>35</sup>.

## B. Sınırlandırıcı uygulamalar

### 1. Görev ve Yetkileri Bakanlıklara Devredilenler

Düzenleyici kurumların oluşması ile daha önce Bakanlar Kurulu veya değişik bakanlıklara ait bazı yetkilerin bu kurumlara devredildiği bir gerçektir. Örneğin, 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun (m. 16/1) “*Bankaların bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni Bakanlar kurulu kararı ile kaldırılır*” hükmü, 4491 sayılı Yasa ile değiştirilerek “... *Kurul kararı ile kaldırılır*” haline getirilmiştir. Öte yandan, 4673 sayılı Yasa (m. 7) ile 406 sayılı Yasa’ya eklenen bir madde (Ek m. 27) ile “*Bu kanunda ve diğer mevzuatta Ulaştırma Bakanlığına, görev sözleşmesi veya imtiyaz sözleşmesi yapma veya telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verme yetkisi ile bu yetkiye ilişkin yapılacak düzenlemeler ile ilgili her türlü göreve yönelik yapılan atıflar Kuruma (Telekomünikasyon Kurumu)*”<sup>36</sup> yapılmış sayılır” hükmü getirilmiştir.

Ancak, kurullara devredilen yetkilerden bazılarının zaman içinde geri alındığı da görülmektedir. Örneğin, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nda 6353 sayılı yasa ile yapılan değişiklikte, elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi Bakanlığa verilmiştir.

Şeker Kurumu ile Tütün ve Alkollü İçkiler Kurumu zaman içinde kaldırıldı ve görevleri ilgili bakanlıklara devredildi. Şeker Kurumu ve Şeker Kurulu’na yapılmış atıflar Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına; Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu ve Kurulu’na yapılmış atıflar da, ilgisine göre, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığına yapılmış sayılacaktır<sup>37</sup>. Ayrıca, şeker piyasası ile ilgili düzenlemeler 4634 sayılı Yasa (m. 4) uyarınca Cumhurbaşkanı tarafından yapılmaya başlanmıştır.

<sup>33</sup> Taha Akyol, “Merkez Bankası için eski kavga” (Karar, 09.07.2019) <<https://www.karar.com/yazarlar/taha-akyol/merkez-bankasi-icin-eski-kavga-10687>> Erişim Tarihi: 01.03.2023.

<sup>34</sup> Taha Akyol, “Merkez Bankası’nın başına gelenler” (Karar, 30.5.2021).

<sup>35</sup> Mahfi Eğilmez, *Yapısal reformlar ve Türkiye* (Remzi Kitabevi 2022) 118.

<sup>36</sup> Parantez içindeki ifade tarafımızdan eklenmiştir.

<sup>37</sup> Tarım ve Orman Bakanlığı ana hizmet birimleri arasında “Tütün ve Alkol Dairesi Başkanlığı” ile “Şeker Dairesi Başkanlığı” yer almaktadır.

## 1. Siyasal İktidarın Yönlendirdiği Uygulamalar

Geçmiş yıllarda tanıklık edilen bazı uygulamalar da BİO'ların siyasal etkilerle karar verdiklerini göstermektedir. BDDK'nın bazı bankalarla ilgili olarak verdiği TMSF'ne devir kararları bu açıdan eleştirilen kararlardır. Örneğin, Pamukbank'ın TMSF'ye devrinin zamanın başbakanının müdahalesi sonucu gerçekleştiği ileri sürülmüştür<sup>38</sup>. Benzer eleştiriler Bank Asya ile ilgili olarak da yapılmıştır<sup>39</sup>.

Başta değindiğimiz uygulamalar da dikkate alındığında, BDDK ve TMSF'nin yıllar içinde bağımsız düzenleme ve denetleme kurumu olma niteliğini kaybederek siyasal iktidarın etkisi altına girdiği ve bankalar üzerinde olması gerekenin tam tersi uygulamalar gerçekleştirdiği belirtilmektedir<sup>40</sup>.

### III. DÜZENLEYİCİ KURULLAR İŞLEVSEL ÖZELLİKLERİNİ GEREĞİNCE YERİNE GETİREBİLİYORLAR MI?

Türkiye'de yaşanan bazı olaylar bağımsız kurulların işlevselliklerinin sorgulanmasına yol açmıştır. İmar Bankası olayı, Çiftlik Bank ve Thodex olayları sorgulanmayı haklı kılmaktadır. Düzenleme ve yaptırım uygulama ile sınırlı bir işlev her zaman yeterli olamamakta; müdahalede gecikme büyük zararlara neden olabilmektedir. Bu nedenle, BİO'ların uyarı ve yönlendirme işlevini gereğince yerine getirmeleri gerekmektedir.

#### A. Bio'ların İşlevsel Özellikleri

Bağımsız idari otoritelerin klasik idari yapılanma karşısında özgünlüklerini, yapısal özellikleri yanında, işlevsel özellikleri de sağlamaktadır. Zira, bu kuruluşlar bir yandan görevli oldukları alanda düzenleme yetkisi kullanarak kurallar koyarken, öte yandan da bu kurallara uygun hareket edilmesini gözetip denetlemekte ve gerektiğinde önemli parasal ve türlü idari yaptırımlar uygulayabilmektedir. Bu tür kuruluşların bir başka önemli özellikleri de bazı uyuşmazlıkları çözme yetkisine sahip olmalarıdır. Bu nedenle bağımsız idari otoritelerin devlet düzeninde üç temel erkin (yasama, yürütme ve yargı) yetkilerine benzer yetkilerle donatıldığı, dolayısıyla salt idari kuruluş

<sup>38</sup> AK Parti genel başkan yardımcısı Abdullah Gül'e göre, "BDDK üyelerinin yarısı Pamukbank'ın Fon'a devredilmesini tehlikeli buluyordu. Ancak, Kurul üyeleri sayın Ecevit'in müdahalesi ile fikir değiştirdi". "Gül: Pamukbank operasyonu karanlık" (Hürriyet, 23.6.2002) <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/gul-pamukbank-operasyonu-karanlik-38389465>> Erişim Tarihi: 1.3.2023; Bu konuda ayrıca bkz. Cihan Oğuz, Türk Basını'nda Etik Sorunu ve Tetikçilik Kavramı, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007, 21 vd.

<sup>39</sup> "Herkes biliyor ki 'paralel' tartışmaları kapsamında 1 yıldır Bank Asya'nın Fona devredilmesi istendi, politikacılar bunu açıkça kürsülerden dile getirdiler. BDDK yönetimi uzun süre yasalara aykırı olur korkusuyla politikacıların bu talebini yerine getiremedi. Hatta Kurumun Başkanı hastalandı, emekliliğini istedi. "Şimdi yönetime el koyulurken ortaya sürülen gerekçenin, yani ortaklar hakkında bilgi alınmaması gerekçesinin, karar için yeterli olamayacağını, bunun bahane olduğunu tüm piyasa kabul ediyor. Piyasalar bu kararı 'Politikacı istedi BDDK aldı' olarak görüyor." Erdal Sağlam, "Güvenilecek ekonomik kurum kaldı mı?", (Hürriyet, 05.02.2015) <<https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/erdal-saglam/guvenilecek-ekonomik-kurum-kaldi-mi-28124095>> Erişim Tarihi: 01.03.2023; Ayrıca bkz. Ali İhsan Karacan, "Bank Asya meselesi" (The Lira, 2015) <<http://www.thelira.com/yazar/26/ali-ihsan-karacan/2943/bank-asya-meselesi.2101.2015>>.

<sup>40</sup> Eğilmez (n 35) 118.

değil, karma veya melez (*hybride*) nitelikte oldukları ileri sürülmektedir<sup>41</sup>. Ancak, kural koyma ve uyuşmazlık çözüme işlevlerinin bir araya getirilmesinin güçler arası karmaşaya (*confusion*) yol açtığını savunanlar da vardır<sup>42</sup>.

## 1. Düzenleme Yetkileri

Bağımsız idari otoriteleri kurup görev ve yetkilerini belirleyen yasaların bu kuruluşlara, görev alanlarına ilişkin geniş düzenleme yetkisi tanıdıkları görülmektedir. Dolayısıyla, bağımsız idari otoriteler görev alanlarında düzenleyici işlemlerle kural koymaktadırlar. Anayasa'ya (m. 124) göre kamu tüzel kişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren yasa ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanması amacıyla yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olduklarından, bağımsız idari otoriteler de düzenleme yetkilerini yönetmelik çıkararak kullanabilirler.

Ancak, uygulamada, düzenleme yetkisi kullanılarak, <karar>, <tebliğ> ve başka isimler taşıyan işlemler yapıldığı da görülmektedir. Örneğin, 6362 sayılı Yasa (m. 128/b) SPK'nın, 5411 sayılı Yasa'da (m. 93) BDDK'nın yetkilerini “*özel nitelikli kararlar*” olarak kullanabileceklerini öngörmektedir. Düzenleyici işlem niteliğindeki yönetmelik ve tebliğlerin Resmi Gazete'de yayınlanması esası getirildiğine göre, “özel nitelikli kararlar”ın düzenleyici işlem niteliğinde olması gerekmediği anlaşılmaktadır. Öte yandan, düzenleyici nitelikte olan bazı kararların ise Resmi Gazete'de yayımlanmak yerine basın açıklaması, sosyal medya veya web sayfaları yoluyla açıklanmak yoluna gidilmesi eleştirilmektedir<sup>43</sup>.

Düzenleme yetkisi yasalar çerçevesinde yerine getirilen türevsel/ikincil bir yetkidir. Anayasa Mahkemesi'nin de bir kararında belirttiği gibi, idarenin düzenleme yetkisi “*sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir*”<sup>44</sup>. İdare bu yetkisini kullanarak yapacağı işlemlerle, yasal düzenlemenin kapsamını daraltamaz veya genişletemez. Nitekim, Sermaye Piyasası Kurulu'nun bankaların sermaye piyasası faaliyetlerini aracı kurum kurarak veya satın alarak yürütebilecekleri zorunluluğu getiren düzenlemesine karşı açılan davada Danıştay iptal kararı vermiştir<sup>45</sup>.

## 2. Danışmanlık İşlevleri

Bağımsız idari otoriteler, kendi görev alanları ile ilgili konularda, ilgili bakanlıklara ve benzer statüdeki diğer kuruluşlara görüş bildirmek suretiyle bir danışma işlevi de yerine getirmektedirler. Örneğin, 5411 sayılı Yasa'ya (m. 98) göre, “*Para, kredi*

<sup>41</sup> Catherine Teitgen-Colly, “Les instances de regulation et la Constitution” (1990) 106 (1) RDP 153, 220; Hubac H et Pesier E, “Les autorités administratives indépendantes face au pouvoir” in Timsit G. et C.-A. Colliard, Les autorités administratives indépendantes (PUF 1988) 118.

<sup>42</sup> Quentin Epron, “Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs” (2011) 5 RFDA 1007, 1009 vd.

<sup>43</sup> Erdal Sağlam, “TL kredi kullanımına döviz sınırlaması getiren BDDK düzenlemesi kafaları karıştırdı” (T24, 29.6.2022).

<sup>44</sup> AYM GK, E.993/5, K.993/25, T.6.7.1993, 13 vd.

<sup>45</sup> Danıştay 10.D, E.996/9498, K.998/5507, T.3.11.1998. Ayrıca bkz. Danıştay 13.D, E.2005/5715, K.2005/6198, T.27.12.2005.



ve bankacılık politikalarının yürütülmesiyle ilgili konularda Kurum, Hazine Müsteşarlığı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Merkez Bankası karşılıklı mütalaa ve bilgi teatisinde bulunurlar”. Öte yandan, düzenlemekle görevli oldukları sektörlerde rekabeti sağlamakla da görevli olmaları nedeniyle telekomünikasyon alanında olduğu gibi, bu tür bağımsız idari otoritelerin rekabetin korunması ile görevli kurumlarla kaçınılmaz biçimde etkileşim içinde oldukları kabul edilmektedir<sup>46</sup>. Dolayısıyla, muhtemel yetki çatışmalarına engel olmak için bu kurumlar arasında karşılıklı bilgilendirme mekanizmaları (danışma) oluşturulması yoluna gidilmektedir<sup>47</sup>.

### 3. Yaptırım uygulama yetkileri

Bağımsız idari otoritelerin görevli oldukları alanlarda idari ve parasal yaptırımlar uygulama konusunda geniş yetkilerle donatılmış olmaları, bu kuruluşların hukuki statülerinin belirlenmesinde önemli tartışma konularından birini oluşturmaktadır. Uygulanacak yaptırımların niteliği görev alanlarının özelliğine göre değişebilmekle beraber, yaptırım uygulama yetkisi, faaliyette buldukları alanda düzenleme ve denetleme yetkilerinin bir uzantısı olarak kabul edilmektedir<sup>48</sup>. Kimi bağımsız otoritelerin (örneğin Rekabet Kurumu) uyguladıkları yüksek para cezaları ön plana çıkarken, kimilerinde iznin iptali gibi idari yaptırımlar önem kazanmaktadır.

6362 sayılı Yasa (m. 98) ile SPK’na; 5411 sayılı Yasa (m. 65 vd.) ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve Kurulu’na tanınan yetkiler büyük önem taşımaktadır. Zira SPK, sermaye piyasası kurumlarının mali yapılarının ciddi olarak zayıfladığını saptarsa, faaliyetini geçici olarak durdurabilmekte, sürekli olarak durdurup yetkilerini kaldırabilmekte, bunlardan sonuç alınmazsa “tedrici tasfiyelerine”, tasfiye sonunda veya doğrudan iflaslarını istemek yollarına başvurabilmektedir. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu da bankanın Yasa’da öngörülen durumlarda faaliyet iznini kaldırmaya ya da kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fona devretmeye yetkilidir.

<sup>46</sup> J. Chevallier, “La nouvelle reforme des telecommunications: rupture et continuite” (1996) 5 RFDA 909, 936. Nitekim, telekomünikasyon sektörünü düzenleyen 4502 sayılı Yasa’da (m. 16) “Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurum’un görüşünü ve Kurum’un yaptığı olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alır” hükmüne yer verilmiştir.

<sup>47</sup> Fransa’da “L’Autorite de regulation des telecommunications” (ART) ile Rekabet Kurulu (Conseil de concurrence) arasındaki ilişkiler konusunda bkz. Delvolve (n 10) 564 vd.

<sup>48</sup> Danıştay, 2499 sayılı Yasa’ya (m.32 ve 34) göre, sermaye piyasasında faaliyette bulunacak kuruluşların SPK’dan izin almak zorunda olduklarını ve faaliyetlerine ilişkin ilkelerin de gene SPK tarafından belirlendiğini belirttiğinden sonra, “sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmasına izin vermek yetkisi bulunan davalı idare, gerek bu iznin verilmesi için aranan koşulların kaybedilmesi, gerekse Yasanın amacına aykırı eylemlerin belirlenmesi halinde verdiği izni geri almak yada izin verdiği kurumun faaliyetlerini durdurmak yetkisine sahiptir” demektedir. Danıştay 10.D, E.1996/4349, K.1998/6771, T.16.12.1998.



Fransız Anayasa Konseyi değişik kararlarında<sup>49</sup>, bağımsız idari otoritelerin yasa ile yaptırım yetkisi ile donatılmalarının güçler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturmaya-acağına karar vermiştir. Ancak, bu yetkinin kullanılmasının yasa ile sınırlandırılması da gerekmektedir<sup>50</sup>. Bu sınırlama iki açıdan ortaya çıkmaktadır: Her şeyden önce bu yetki bağımsız idari otoritenin görevini yerine getirmesinin gerektirdiği ölçüde tanınmalı; ikincisi, yasa koyucu bu yetkinin kullanılmasını anayasal güvence altındaki hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik bazı kayıtlamalara tabi tutmalıdır. Bu güvencelerin genelde ceza usulünden esinlendiği görülmektedir.

Yaptırım uygulanmadan önce, hukuki düzenlemeye aykırı davranış konusunda ilgilinin uyarılması, belgeleri inceleme olanağı tanınarak sözlü ve yazılı savunmasını yapma olanağı tanınması, uygulanacak yaptırım ile fiil arasında orantılılık olması ve alınacak kararın gerekçeli olarak duyurulması ve nihayet yaptırımın yürütmenin durdurulması istemini de içeren bir tam yargı davası konusu yapılabilmesi bu güvenceler arasında sayılmaktadır<sup>51</sup>.

İdari yaptırımların uygulanmasında uyulması gereken bu ilkeler açısından Türkiye’de bağımsız idari otoritelere ilişkin yasal düzenlemelerin yeterli olduğu söylenemeyeceği gibi, aralarında önemli farklılıklar da bulunmaktadır. Bazı yasal düzenlemelerde idari yaptırım uygulanmadan önce ilgilinin savunma hakkını kullanması düzenlenirken, bazı yasal düzenlemeler bu konuda hüküm içermemekte; bazıları da idari yaptırımlara ilişkin usul kurallarının yönetmelik ile düzenleneceğini öngörmektedir.

Benzer fiillere uygulanacak yaptırımlar da bir kurumdan diğerine değişebilmekte; idari para cezalarının kesinleşmesine ilişkin düzenlemelerde de farklılıklar bulunmaktadır.

#### 4. Uyuşmazlık Çözme İşlevleri

Bağımsız idari otoritelerin özgün yanlarından biri de kendi alanlarında bazı uyuşmazlıkların çözümünde yetkili kılınmış olmalarıdır. Faaliyette buldukları alanın teknik ve karmaşık özellikleri, yargı yoluna giderek çözümün uzun zaman alması gibi nedenler BİO'lara uyuşmazlık çözme yetkisi tanınmasına da yol açmıştır<sup>52</sup>.

#### B. Gözetim ve Denetim Yetkilerini Yeterince Kullanabiliyorlar mı?

Bağımsız idari otoriteler, yasalar ve kendi düzenlemeleri ile getirilen kurallara uyulup uyulmadığını izlemek, gözetmek durumundadır. Bu amaçla, gerekli gördüğü

<sup>49</sup> Conseil Constitutionnel, 17.01.1989, No:88-248 DC ve 28.07.1989, No:89-260 DC.

<sup>50</sup> Conseil Constitutionnel, 23.07.1996, No:96-378 DC; Chevallier (n 46) 947 vd.

<sup>51</sup> Fransa’da telekomünikasyon alanındaki yasal düzenleme açısından bir değerlendirme için bkz. Chevallier (n 46) 934 vd.

<sup>52</sup> Örneğin 5015 sayılı Petrol Kanunu m. 10; 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu m. 5/A-1; 4646 Doğalgaz Kanunu m. 4, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, m.18.

bilgi ve belgeleri ilgililerden istemek, onların bilgilerine başvurmak ve gerektiğinde yerinde incelemeler yapmak yetkileri bu kuruluşlara verilmiştir (Örneğin, 6322 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (m.88) ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, (m.14-15). Denetimle görevlendirilecek uzmanlara istedikleri evrak ve belgelerin verilmemesi veya gösterilmemesi halinde ne yapılacağı konusu önem taşımaktadır. 4054 sayılı Yasa (m. 15) idari para cezası uygulanacağını öngörmekle yetinmektedir. Oysa, 4487 sayılı Yasa ile 2499 sayılı Yasa'nın 45. maddesinde yapılan değişiklikte, uzmanlarca istenen defter, evrak, dosya ve diğer belgelerin verilmemesi halinde, Kurul'un gerekçeli yazısı ile istemde bulunması üzerine, sulh ceza hakimi istenilen yerlerde arama yapılmasına karar verebilmektedir.

Yaşanmış bazı olaylar denetim işlevinin yeterince yerine getirilmediğini kanıtlamaktadır. Örneğin, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen T. İmar Bankası T.A.Ş. yetkisi olmadığı halde Devlet İç Borçlanma Senedi satmış ve bu senetlerden alanların karşılıklarının ödenmemesi üzerine açtıkları davada Danıştay BDDK ve SPK'nın denetim görevlerini yerine getirmediklerini saptayarak, hizmet kusuru nedeniyle tazminata mahkum etmiştir.

Danıştay'a göre, *“Bankanın denetimi sürecinde yapılacak tespitler bankanın hukuka aykırı işlemlerini engelleyebilecek iken, Bankalar Kanunu açısından herhangi bir hukuki statüsü bulunmayan Merkez yatırım A.Ş.nin bilgi işlem sistemini yürütmesi ve DİBS işlemlerinin toplandığı sanal ATM merkezi gibi hususlarla ilgili olarak bile tespit yapılmadığı ortaya konulmuştur.*

*“Bu durumda, BDDK'nun Bankalar Kanunu hükümleri uyarınca, görevini gerektiği biçimde yerine getirmediği, Banka'nın yönetim ve işleyişindeki aksaklıkları ve Bankalar Kanunu'na aykırı işlemlerini zamanında saptayarak tasarruf sahiplerinin hak ve çıkarlarını koruyamadığı anlaşılmaktadır”*

“.....

*“Dosyadan Kurul'ca Bankanın aracılık faaliyetlerinde bulunma yetkisinin 21.11.1990 tarihli kararla iptal edildiği, ancak DİBS alım-satımında yetkili olmayan Banka'nın çeşitli gazete ve televizyonlarda ilan ve reklamlar verdiği ve 1990 tarihinden itibaren yatırımcılara DİBS sattığı, SPK'nun ise, bu konuda herhangi bir işleminin bulunmadığı ve SPK'nun Kanunun kendisine verdiği gözetim ve denetim görevini yerine getirmediği anlaşılmaktadır.*

*“Bu durumda, SPK kararı ile borsa üyelik ve aracılık faaliyetlerinde bulunma yetkisi kaldırılan Banka'nın yetkisi olmadığı halde ilan ve reklam vererek yatırımcılara gerek DİBS satışı gerekse bu ad altında satış yapmasını zamanında önlem alarak engel olmayan BDDK ve SPK'nun olayda kusurlu davranışları bulunduğu kuşkusuz olduğundan, anılan idarelerin davacının dosyada bulunan ve Banka'dan DİBS aldığını gösteren belgedeki yatırdığı tutar miktarındaki zararın hizmet kusuru bulunduğu tespit edilmesi nedeniyle ödemeleri...”<sup>53</sup>.*

<sup>53</sup> Danıştay 13.D, E.2005/2625, K.2005/5753, T.02.12.2005.

İmar bankası olayı dolayısıyla BDDK ciddi eleştirilere konu olmuştur. Devlet gözetimine girdiği için her işlemi BDDK tarafından denetlenen, yönetiminde BDDK'nın temsilcileri bulunan bir bankada, mevduat kaydının bile bulunmaması; BDDK'nın denetimi altındaki bankanın repo karşılığı bonolar ile makbuz karşılığı satılan bonoların banka kasasında saklandığını denetleyememesi açığa satış yapılmasını engelleyememesi eleştirilmiştir<sup>54</sup>.

Bağımsız idari otoritelerin denetledikleri kuruluşlar karşısında bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları da kimi durumlarda tartışma konusu olabilmektedir<sup>55</sup>.

### C. Toplumunu Aydınlatma ve Uyarma İşlevi Yeterince Yerine Getiriliyor mu?

BİO'ların gözetim ve denetim yetkilerini gereğince kullandıklarını söylemek güç olduğu gibi, toplumu bazı konularda uyarma işlevini de yerine getirmediği görülmektedir. Zira, ülkemizde son yıllarda yaşanan “çiftlikbank” ve “Thodex/kripto para borsası” olarak anılan olaylarda BDDK ve SPK gibi kurumlardan en azından kamunun uyarılmasına yönelik açıklama yapmaları beklenirdi.

Kaldı ki, örneğin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (m. 128/1-b) “*Kamunun zamanında yeterli ve doğru olarak aydınlatılmasını sağlamak amacıyla genel ve özel nitelikte kararlar almak*” Kurul'un görev, yetki ve sorumlulukları arasında yer almaktadır.

Çiftlikbank olayında BDDK ve SPK'nın hareketsiz kalması eleştirilmiştir<sup>56</sup>. Tüketiciler Dernekleri Federasyonu da “bank” adını kullanarak yüzlerce insanının dolandırılmasına ve para transferlerine iki yıldır göz yuman SPK, BDDK, TBB, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ve Ekonomi Bakanlığının sorumluluğu yok mu diye sormaktadır<sup>57</sup>.

“Çiftlik Bank” olayında doğrudan dijital bir oyun platformu üzerinden, ekonomik alanda düzenleme ve denetleme işlevi yerine getiren idarelerin hedefine girecek faaliyetlerin yürütüldüğünü belirten Kağıtçıoğlu'na göre, Çiftlik Bank'ın her türlü belge, ilan ve reklamlarında ve kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda banka adı kullanıldığına göre Bankacılık Kanunu'ndaki yaptırımlar kapsamına girmekte; farklı

<sup>54</sup> Güngör Uras, “BDDK güven kırıyor” (Milliyet, 14.07.2003) <<https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/gungor-uras/bddk-guven-kiriyor-5166906>> Erişim Tarihi: 1.3.2023.

<sup>55</sup> Örneğin, BDDK başkan yardımcısının düğününe bankacılık ve finans sektöründeki kuruluşların yöneticilerini davet etmesi ve hediye kabul etmesi, 657 sayılı Yasa (m.29), Kamu Görevlileri Etik Yönetmeliği (m.15) ve Türk Ceza Kanunu(m250) açıklarından tartışma konusu olmuş; TBMM'nde Hazine ve Maliye Bakanı tarafından cevaplandırılmak üzere soru öngersi de verilmiştir. (Bianet, 27.9.2024).

<sup>56</sup> Ana Muhalefet partisi lideri, partisinin grup toplantısındaki konuşmasında “...77.843 kişiyi dolandırıyor, 510 milyon lira tokatlıyor, Hükümet seyrediyor, SPK, BDDK, Ticaret Bakanlığı.....Bakan yeni uyanmış vatandaş uyanık olsun diyor... Kimse banka unvanı kullanmazsın demiyor. Bakan daha 11 tane benzer kuruluş var diyor. Onların da yurt dışına çıkışını bekliyor.” diyor. Kılıçdaroğlu Çiftlik Bank Mağdurlarına Seslendi: ‘Paralarınızı Alabilirsiniz Ama O Tosundan Değil, BDDK’dan, (Onedio, 20.3.2018) <<https://onedio.com/haber/kilicdaroglu-ciftlik-bank-magdurlarina-seslendi-paralarinizi-alabilirsiniz-ama-o-tosundan-degil-bddk-dan-814346>> Erişim Tarihi: 1.3.2023.

<sup>57</sup> “Devletin kurumları aylarca izledi: Çiftlik Bank'ta sadece vatandaş mı suçlu?” (BirGün, 18.3.2018) <<https://www.birgun.net/haber/devletin-kurumlari-aylarca-izledi-ciftlik-bank-ta-sadece-vatandas-mi-suclu-208448>> Erişim Tarihi: 01.03.2023.

yöntemlerle ve SPK'nın onayı olmaksızın kamuoyuna ilan edilen kurgusal yatırımlar dolayısıyla, SPK tarafından kabul görmeyen usulle yatırım toplama ve yüksek kar payı vaadinin SPK'nın denetimi dışında olup olmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır<sup>58</sup>.

SPK'nın, Çiftlikbank ile ilgili suç duyurusunda bulunma kararı aldığı duyurusunda, “Çiftlik Bank adlı oyun platformunun internet siteleri ve sosyal medya hesaplarında kullanıcılara yüksek oranlarda getirilerin vaad edildiği, oyun platformunda vaad edilen yüksek oranlı gelirin kaynağı olarak hayvancılık sektöründe yapılan reel yatırımların gösterildiği; ancak söz konusu şirketlerin de zarar ettiği görüldüğünden mevcut oyun içerisinde yapılması vaad edilen yüksek oranda ödemelerin gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı; sayısı tam olarak tespit edilemeyen çok sayıda kişiden hayatın olağan akışına uygun olmayacak şekilde yüksek yüksek getiri taahhüdü yoluyla para toplanmasının 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun’un 80inci maddesi ile kurulması yasaklanmış olan piramit satış sistemi'nin özelliklerini bünyesinde barındırması ve hileli davranışlar yoluyla sisteme para aktaran şahısların zarara uğratılabileceği ve ileride büyük mağduriyetlere yol açabileceği hususları dikkate alınarak komuyla ilgili olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 157.ve 158inci maddeleri kapsamında Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç ihbarında bulunulmasına ve 6502 sayılı Tüketici Kanunu'nun 6. ve 80inci maddeleri kapsamında gereğinin takdir ve ifasını temin üzere Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na bilgi verilmesine karar verilmiştir” denilmektedir<sup>59</sup>.

Gümrük ve Ticaret Bakanı, BDDK'dan izin alınmadan “bank” sözcüğünün kullanılması nedeniyle Çiftlik Bank'ın reklamlarının üç ay durdurulduğunu belirttiikten sonra; “Ama esas faaliyetleriyle ilgili incelemeleri de son aşamaya getirdik. Burada gerçekten bir ticaret var mı yok mu, arkadaşlarımız bunu etraflıca inceliyorlar. Sanal anlamda bir saadet zinciri oluşturma teşebbüsü olduğu görülüyor” demektedir<sup>60</sup>.

BİO'ların yatırımcıları uyurma işlevini geç de olsa yerine getirmeye başladıkları görülmektedir. Örneğin SPK 23 Aralık 2022 tarihinde yaptığı “Basın Açıklaması”nda, Kurul'un gözetim faaliyetleri sonucu, karşılığında yüksek kar payı/getiri vaadi ile gayrimenkul, sağlık, enerji vb sektörlerde gerçekleştirileceği iddia edilen yatırımların finansmanının sağlanması amacıyla internet, sosyal medya ve dijital platformlarda yayımlanan reklamlarla kurulmuş veya kurulacak işletme veya ortaklıklara kar payı veya ortaklık yoluyla para toplanmaya çalışıldığı görüldüğü belirtilerek, yatırımcıların hak kaybına ve mağduriyete uğramamaları için aşağıdaki uyarı yapılmaktadır:

*“Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca, bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini*

<sup>58</sup> Mutlu Kağıtçıoğlu, “İdare Hukukunun Yeni Uğraş Alanı Olarak Gelir Vaat Edici Dijital Platformların Denetimi”, Prof. Dr. Metin Günday’a Armağan C. I (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020) 557, 566 vd.

<sup>59</sup> Sermaye Piyasası Kurulu Bülteni, 28.12.2017, 2017/44. <<https://spk.gov.tr/data/61e0b4d01b41c613a0d633da/7bb86aa549f383102f18e5ad6430e2f0.pdf>> Erişim Tarihi: 1.3.2023.

<sup>60</sup> Ticaret Bakanı B. Tüfenkçi'nin açıklamaları. “Gümrük ve Ticaret Bakanı Tüfenkçi: Çiftlik Bank'la ilgili incelemelerde son aşamaya geldik” (TRT Haber, 10.01.2018) <<https://www.trthaber.com/haber/turkiye/gumruk-ve-ticaret-bakani-tufenkci-ciftlik-bankla-ilgili-incelemelerde-son-asamaya-geldik-346089.html>> Erişim Tarihi: 1.3.2023.

arttırmak amacıyla yahut vadiyle halka her türlü yoldan çağrıda bulunularak para toplanması yasaktır. **Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca, sermaye piyasası araçlarının halka arz edilebilmesi için izahname hazırlanması ve hazırlanan bu izahnamenin Kurulumuzca onaylanması zorunludur.** Sermaye Piyasası Kanunu'nda, onaylı izahname yayımlama yükümlülüğünü yerine getirmeksizin yapılan halka arzların ya da onaylı ihraç belgesi olmaksızın yapılan ihraçların iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

“Bu çerçevede, yatırımcıların yaşayabileceği mağduriyetlerin önlenmesini teminen onaylı izahname ya da ihraç belgesi yayımlama yükümlülüğü yerine getirilmeksizin halktan para toplanması suretiyle hisse, hisse senedi, pay, ortaklık ve benzeri isimler altında sermaye piyasası aracı satışının gerçekleştirilmesi durumunda yukarıda yer alan hükümler uyarınca ilgililerin cezalandırılacağı ve suç teşkil eden bu nitelikteki girişimlere itibar edilmemesi hususu kamuoyuna saygı ile duyurulur”.

Öte yandan, bireysel yatırımcıların FOREKS işlemleri yapan aracı kurumlar tarafından yüksek kar vaatleri ile yanlış yönlendirildikleri ve mali kayba uğradıklarının ileri sürerek, mağduriyetlerinin giderilmesi için TBMM Dilekçe Komisyonuna başvurmaları üzerine Komisyon gerekli incelemeleri yaparak karara bağlamıştır<sup>61</sup>. Kararda SPK ile ilgili olarak bazı öneriler yer almaktadır.

SPK 2021 yılında yayımladığı “Basın duyurusu”nda “Kurulumuzca yapılan denetimler neticesinde; son zamanlarda giderek artan oranda, Türkiye’de yerleşik kişilerle telefon, elektronik posta, sosyal medya platformları vasıtasıyla iletişime geçilerek kamuoyunda ‘foreks’ olarak bilinen kaldıraçlı alım satım işlemleri başta olmak üzere, sermaye piyasasında yatırım yapılması suretiyle makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayacak oranda/tutarda getiri elde edileceği vadedinde bulunduğu ve lisanslı/yetkili olduğu iddia edilen kişi veya kurumlara para/varlık transferleri yapılmasının istendiği tespit edilmiştir” denilmektedir. 6362 sayılı yasa uyarınca, sermaye piyasasında yatırım hizmet ve faaliyetlerinin yalnız Kurulca yetkilendirilen kuruluşlar tarafından gerçekleştirilebileceği belirtilen Duyuruda, izinsiz olarak sermaye piyasasında faaliyette bulunulmasının suç teşkil ettiği belirtildikten sonra, “Sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunan kişiler ile banka hesaplarını/telefon hatlarını kullanarak ve/veya söz konusu faaliyetlerin tanıtımını/pazarlamasını yaparak bu suça iştirak eden kişilerin cezalandırılmasını teminen Kurulumuzca Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmaktadır. Yatırımcıların herhangi bir hak kaybına ve mağduriyete uğramaması için suç teşkil eden bu nitelikteki girişimlere itibar edilmemesi gerektiği hususu kamuoyuna saygıyla duyurulur” denilmektedir<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> TBMM Dilekçe Komisyonu Genel Kurul Kararı, Karar No:6, Karar Tarihi: 31/10/2018.

<sup>62</sup> SPK'nın 3.9.2021 tarihli Basın Duyurusu  
<<https://spk.gov.tr/data/61e229461b41c612388360a6/66438b28bf0e52e664af9ca9c5a4b2cd.pdf>> Erişim Tarihi: 1.3.2023.

## D. Regülasyon İşlemleri ve İdari Yargı

Baştaki açıklamalarımız sırasında BİO'ların, gözetim ve denetim işlevleri çerçevesinde “uyarı” ve “açıklama”larda bulduklarına değinmiştik. Bu tür işlemlerin hukuki nitelikleri, “yumuşak hukuk” (soft law) olarak da nitelenen regülasyon hukuku çerçevesinde tartışılmakta; idari yargıda iptal davası konusu olup olamayacakları sorgulanmaktadır. Bilindiği gibi, idarenin işleminin iptal davası konusu olabilmesi için “kesin ve yürütülmesi gereken işlem” niteliğinde olması gerekmekte; idarenin uyarıları, görüşleri, iç düzen işlemleri ve hazırlık işlemlerinin, prensip olarak, iptal davası konusu olamayacağı kabul edilmektedir<sup>63</sup>.

Fransız Danıştayının *Fairvesta* kararı<sup>64</sup>bu konuda ilginç bir örnek oluşturmaktadır. Fransa “Mali Piyasalar Otoritesi” (*Autorité des marchés financiers* (AMF)), internet sayfasında “uyarılar” (*mise en garde*) bölümünde, “AMF, *Fairvesta* şirketinin faaliyetleri konusunda kamunun dikkatini çeker” başlıklı bir bildiri yayımlamıştır. Bildiride, Fransa’da yüksek gelir vaadi ile gayrimenkul yatırımı pazarlayan ve bir Alman şirketi olan *Fairvesta*’nın faaliyetleri ile ilgili olarak özel yatırımcılar ve profesyonellerden pek çok soru geldiği belirtilerek, şirketin yüksek gelirli yatırım önerilerinde bulunduğu, yatırımların Fransa’da riskler konusunda tutarsız bilgi veren araçlar tarafından ticarileştirildiği, AMF’nin onayladığı bilgi dokümanı bulunmadığı, belirtilmekte; bu ürünler finansal düzenlemeler kapsamına girmediği gibi, bu şirketin Fransa’da yatırım hizmeti veya danışmanlığı izni de bulunmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, yatırım yapmak isteyenlerin dikkatli davranmaları, aracılık edenler konusunda bilgi sahibi olmaları, AMF’den ayrıntılı bilgi isteyebilecekleri de bildirilmektedir.

Şirket, AMF’den internetteki açıklamalarını düzeltmesini istemiş, reddi üzerine de ret kararının iptali ve bu açıklamalar dolayısıyla uğradığı 15 milyon Euro zararının tazmin edilmesi istemiyle yargıya başvurmuştur. Danıştay görevli yargı yerinin belirlenmesi için Fransız Uyuşmazlık Mahkemesine (T.C.) başvurmuştur. T.C., davanın idari yargının görevine girdiğine ve Danıştayın ilk ve son derece mahkemesi olduğuna karar vermiştir<sup>65</sup>.

Danıştay, AMF’nin aksi görüşüne karşın, davaya bakmıştır. Danıştaya göre, regülasyon otoritelerinin görevleri çerçevesinde “uyarı” (*mise en garde*), “görüş” (*avis*), “tavsiye” (*recommandation*) gibi işlemleri, genel ve emredici nitelikte iseler veya bireysel “emirler” (*prescriptions*) getiriyor ve uyulmaması sonradan denetlenebiliyor ise, özellikle ekonomik açıdan önemli sonuçlar doğuruyorlarsa veya yöneldikleri kişilerin davranışlarını anlamlı ölçüde etkiler nitelikte ise, menfaatleri ihlal edilen kişilerce iptal davası konusu yapılabilirler.

<sup>63</sup> Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt: II İdari Yargılama Hukuku* (10.bası, Turhan, 2022) 322.

<sup>64</sup> CE ass; 21.3.2016, Société Fairvesta international GMBH et autres. <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000032289598/>.

<sup>65</sup> T.C. 16.11.2015, Sociétés Fairvesta international Gmbh et autres c. Autorité des marchés financiers.

Danıştayın eski içtihadından ayrıldığını gösteren bu kararının, regülasyon otoritelerinin kendilerine verilmiş görev çerçevesinde, yumuşak hukuk işlemleriyle sınırlı olarak yorumlanması gerektiği de savunulmaktadır<sup>66</sup>.

Özetle söylemek gerekirse, BİO'lar zaman içerisinde bağımsızlıklarını yitirmişlerdir. Bu kurumlardan beklenen işlevlerin hakkıyla yerine getirilebilmesi için yeniden bağımsızlıklarını kazanmaları gerekmektedir<sup>67</sup>.

Son yıllarda yaygınlaştığı gözlenen, kripto varlıklar ve çeşitli dijital platformların düzenlenmesi ve denetlenmesi gereksiniminin, BİO'ların önemini daha da arttırdığını söyleyebiliriz<sup>68</sup>. BİO'ların özellikle toplumu “uyarıcı” açıklamaları bu açıdan önemlidir. Bu “uyarı”ların, idari işlemlerin hukuki rejimi açısından değerlendirilmelerinde, yeni bir bakış açısının kabulünü gerektirdiği de söylenebilir. Bu yeni bakış açısının idari yargı organlarınca da kabul edilmesi ayrı bir önem kazanmaktadır.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography

Akyol T, “Merkez Bankası için eski kavga” (Karar, 09.07.2019) <<https://www.karar.com/yazarlar/taha-akyol/merkez-bankasi-icin-eski-kavga-10687>> Erişim Tarihi: 01.03.2023.

Akyol T, “Merkez Bankası'nın başına gelenler” (Karar, 30.5.2021).

Auby JF, *Les services publics en Europe* (PUF, 1999).

Austin R, “Administrative Law's Reaction to the changing concepts of public service” in P. Leyland and T. Woods (eds), *Administrative Law Facing the Future: Old constraints and new horizons* (Blackstone 1997).

Autin J.-L, *Modernisation de l'Etat*, Documentation française.

Chevallier J, “La nouvelle reforme des telecommunications: rupture et continuités” (1996) 5 RFDA 909-951.

Collet M, *Le Contrôle, Juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes* (LGDJ 2003).

De Conninck MC, *Recherches sur les singularités du contestieux de la regulation économique* (Daloz 2017).

<sup>66</sup> Louis Dutheillet De Lamothe / Guillaume Odinet, “Un recours souple pour le droit souple” (2016) 13 AJDA 717, 717.

<sup>67</sup> 30 Ocak 2023 tarihinde altı siyasal parti arasında imzalanan, **Ortak politikalar Mutabakat Metni**'nde, “BDDK, SPK gibi finans sektöründeki düzenleyici ve denetleyici kurumların idari ve mali bağımsızlığını sağlayacağız” ve “TCMB'de olduğu gibi diğer düzenleyici kurumların kurul kararlarının da gerekçeleriyle birlikte şeffaf biçimde kamuoyuyla paylaşılmasını sağlayacağız” ifadelerine yer verilmektedir.(84)

<sup>68</sup> “Dijital para, kripto varlıklar, Fintek'ler ve dijital ödeme sistemlerine ilişkin düzenleyici ve denetleyici mevzuatı ve kurumları net bir biçimde tanımlayacağız”. **Ortak Politikalar Mutabakat Metni** 84.



- Delaunay B, *L'Amelioration des rapports entre l'administration et les administres* (LGDJ, 1993)
- Delvolve P, *Droit public de l'economie* (Daloz 1998).
- Didier JP, *La Deontologie de l'administration* (PUF 1999).
- Duran L, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler" (1997) 30 (1) Amme İdaresi Dergisi 3-10.
- Dutheillet De Lamothe L / Odinet G, "Un recours souple pour le droit souple" (2016) 13 AJDA 717-726.
- Eğilmez M, *Yapısal reformlar ve Türkiye* (Remzi Kitabevi 2022)
- Epron, Q, "Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs" (2011) 5 RFDA 1007-1018.
- Gentot M, *Les autirités administratives indépendantes* (2. Bası, Montchrestien 1994)
- Gözübüyük Ş / Tan T, *İdare Hukuku Cilt: II İdari Yargılama Hukuku* (10.bası, Turhan, 2022)
- Hubac H et Pesier E, "Les autorites administratives independantes face au pouvoir" in Timsit G. et C.-A Colliard, *Les autorites administratives independantes* (PUF 1988).
- Kağıtçıoğlu M, "İdare Hukukunun Yeni Uğraşı Alanı Olarak Gelir Vaat Edici Dijital Platformların Denetimi", Prof. Dr. Metin Günday'a Armağan C. I (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020) 557-574.
- Karacan Aİ, "Bank Asya meselesi" (The Lira, 2015) <<http://www.thelira.com/yazar/26/ali-ihsan-karacan/2943/bank-asya-meselesi.2101.2015>>.
- Karacan Aİ, "Özerk kurullar eski tarz siyaset yapmanın yeni araçları mı?" (Dünya, 13.6.2001).
- Karacan Aİ, "Özerk kurumların özerkliği" (2001) 8 Rekabet Dergisi 3-62.
- Longobardi, "Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique" (1995) 11 (1) RFDA 171-177.
- Oğuz C, *Türk Basımı'nda Etik Sorunu ve Tetikçilik Kavramı*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007.
- Prosser T, "Regulation, Markets, and Legitimacy" in J. Joweil and D. Oliver (eds), *The Changing Constitution* (Oxford 1994).
- Sağlam E, "TL kredi kullanımına döviz sınırlaması getiren BDDK düzenlemesi kafaları karıştırdı" (T24, 29.6.2022).
- Sağlam E, "Güvenilecek ekonomik kurum kaldı mı?", (Hürriyet, 05.02.2015) <<https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/erdal-saglam/guvenilecek-ekonomik-kurum-kaldi-mi-28124095>> Erişim Tarihi: 01.03.2023.
- Sermaye Piyasası Kurulu Bülteni, 28.12.2017, 2017/44. <<https://spk.gov.tr/data/61e0b4d01b41c613a0d633da/7bb86aa549f383102f18c5ad6430e2f0.pdf>> Erişim Tarihi: 1.3.2023.
- Tan T ve Bayazıt B, *İdare Hukuku* (10. bası, Turhan 2021).
- Tan T, "Yasama faaliyetinden Devletin sorumluluğu", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan C. II, (Ankara Üniversitesi Yayınları 2015) 1059-1069.
- Teitgen-Colly C, "Les instances de regulation et la Constitution" (1990) 106 (1) RDP 153-261.
- Tural, *12 Eylül'de Bir Hakim Olmak* (Postiga 2011).
- Ulusoy AD, "Bağımsız İdari Kurumlar" (1999) 100 Danıştay Dergisi 3-17.
- Uras G, "Bağımsız Kurumlar Baş Ağrıyordu (!) Müjde: Kurtulduk" (Milliyet, 22.08.2011) <<https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/gungor-uras/bagimsiz-kurumlar-bas-agritiyordu-mujde-kurtulduk-1429705>> Erişim Tarihi: 1.3.2023.
- Uras G, "BDDK güven kırıyor" (Milliyet, 14.07.2003) <<https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/gungor-uras/bddk-guven-kiriyor-5166906>> Erişim Tarihi: 01.03.2023.





# İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 26.08.2024  
Revision Requested: 01.12.2024  
Last Revision Received: 09.12.2024  
Accepted: 12.12.2024  
Published Online: 27.12.2024

## La Montée en Puissance des Juges dans Les Systèmes Politiques Démocratiques : Causes et Manifestations\*

### The Growing Power of Judges in Democratic Political Systems: Causes and Manifestations

Bertrand Mathieu\*\*

#### Resume

La montée en puissance du pouvoir juridictionnel constitue l'une des évolutions majeures du droit constitutionnel contemporain. Elle se traduit, notamment, par une multiplication des fonctions du juge et un renforcement corrélatif de son pouvoir normatif.

Ce développement du pouvoir des juges s'opère dans un contexte juridique, social et politique favorable, tenant, notamment, à la place occupée par les droits fondamentaux dans l'ensemble des branches du droit, à la pénalisation de la vie politique et sociale et au rôle joué par les juges dans la régulation des rapports entre les ordres juridiques.

Les juges disposent d'un véritable pouvoir normatif comme en témoignent, par exemple, la jurisprudence constructive de la Cour européenne des droits de l'homme ou l'usage du principe de proportionnalité. Par ailleurs, en France, le juge administratif se trouve doté de pouvoirs d'injonction.

La transformation de la justice en véritable pouvoir ou son aspiration à l'être, s'inscrit dans un mouvement plus vaste de dilution du pouvoir d'Etat. La place de la justice dans la construction d'un nouvel ordre juridique non étatique comme l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe, constitue une manifestation éclairante de la place de la justice dans les sociétés contemporaines.

#### Mots clefs

Pouvoir Juridictionnel • Démocratie • Pouvoir Normatif • Europes • Etat

#### Abstract

The rise of judicial power is one of the major developments in contemporary constitutional law. This is reflected particularly by the multiplication of the courts' function and the corresponding strengthening of their normative power.

This expansion of judicial power is occurring within a favorable legal, social and political context, notably due to the prominent role that fundamental rights hold across all areas of the law, the increasing criminalization of political and social life, and the role of courts in the regulation of relationships between legal orders.

\* Cet article est une version révisée de la conférence du même titre que l'auteur a donnée à la Faculté de droit de l'Université d'Istanbul, Ord. Siddik Sami Onar Centre de recherche et d'application du droit administratif, le mardi 3 septembre 2024.

This article is a revised version of the conference of the same title given by the author at Istanbul University Faculty of Law, Ord. Siddik Sami Onar Centre for Research and Application of Administrative Law, on Tuesday 3 September 2024.

\*\* **Correspondence to:** Bertrand Mathieu Ancien conseiller d'Etat (S.E.), Professeur émérite de l'Université Paris1 Panthéon-Sorbonne, Paris, France, E-mail : Bertrand.Mathieu@univ-paris1.fr, ORCID : 0000-0003-4020-3761

**To cite this article:** Mathieu, Bertrand. "The Growing Power of Judges in Democratic Political Systems: Causes and Manifestations" (2024) 23 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 27. <https://doi.org/10.26650/ihid.23.006>



Judges hold genuine normative power, as evidenced, for example, by the constructive case law of the European Court of Human Rights or the use of the principle of proportionality. Furthermore, in France, administrative judges are vested with injunctive powers.

The transformation of the judiciary into a real power, or its aspiration to become one, is part of a broader trend of dilution of state power. The judiciary's role in the building of a new non-state legal order, such as the European Union or the Council of Europe, is an illuminating demonstration of the role of the judiciary in contemporary societies.

**Keywords**

Judicial Power • Democracy • Normative Power • Europes • State

## INTRODUCTION

La justice, comme institution doit être aujourd'hui appréhendée comme un pouvoir, voire comme un contrepuvoir au pouvoir politique. Si l'on considère que la justice exerce l'une des fonctions étatiques, tout en bénéficiant d'une certaine indépendance, il s'agit d'un pouvoir au sens habituel accordé à ce terme dans la théorie de la séparation des pouvoirs. Si, allant plus loin, comme le font certains auteurs, l'on estime qu'elle exerce une fonction sociale spécifique, tout en bénéficiant d'une réelle autonomie, il convient de la considérer comme un contrepuvoir.

Dans un système libéral, plus que démocratique, fondé non pas tant sur la légitimité du peuple souverain se manifestant par le suffrage universel, que sur l'existence d'un pouvoir limité, une justice indépendante devient la condition première de l'existence d'un Etat de droit. Ainsi la distinction entre le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel devient l'axe majeur de la séparation des pouvoirs. Par un mouvement convergent le respect des droits et libertés fondamentaux tend à devenir une exigence, non seulement s'imposant aux gouvernants, mais irriguant l'ensemble des relations sociales. Or le développement du droit des droits fondamentaux renforce considérablement le pouvoir du juge et, notamment, son pouvoir normatif.

En toute hypothèse, la montée en puissance du pouvoir juridictionnel constitue l'une des évolutions majeures du droit constitutionnel contemporain. Elle se traduit, notamment, par une multiplication des fonctions du juge et un renforcement corrélatif de son pouvoir normatif.

Or la justice n'a pas dans nombre de Constitutions la place qui est aujourd'hui la sienne dans l'organisation du pouvoir<sup>1</sup>. En témoigne le fait que les manuels de droit constitutionnel traitent rarement de la justice, exception faite du juge constitutionnel<sup>2</sup>, consacrant l'essentiel de leurs développements aux pouvoirs gouvernemental, lato sensu, et parlementaire.

Nous restons dans une épure qui est celle classique de la séparation des pouvoirs entre un pouvoir exécutif, qui est en réalité un pouvoir qui décide plus qu'il n'exécute, le pouvoir gouvernemental, et un pouvoir législatif, qui a vocation à contrôler plus qu'à déterminer une politique. C'est en fait la séparation entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir politique qui est devenue la matrice des systèmes politiques contemporains, tout du moins dans le modèle occidental.

Il appartient donc à la doctrine, et notamment à la doctrine constitutionnaliste, de prendre en compte cette nouvelle donne.

---

<sup>1</sup> D. Ludet, D. Rousseau, *La justice un pouvoir de la démocratie* (Terra Nova 2011).

<sup>2</sup> F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France* (LGDJ 2010) 9.

Il convient ainsi, dans un premier temps, d'observer les conditions sociales, politiques et juridiques qui traduisent le renforcement du pouvoir du juge (I). Puis de s'intéresser aux manifestations de ce pouvoir normatif (II) avant de s'interroger sur la place du juge dans le système institutionnel (III).

### **I-Un contexte favorable à la montée en puissance du juge**

Ce développement du pouvoir judiciaire s'opère dans un contexte juridique, social et politique favorable.

*-Le développement d'un droit fondé sur les droits et libertés fondamentaux* renforce le rôle du juge. En effet ces droits représentent un système de valeurs qui tend à s'imposer à l'expression même de la volonté du Peuple ou de ses représentants. Ainsi le juge, gardien de ces droits s'inscrit dans une légitimité concurrente de celle portée par la démocratie politique. Par ailleurs, alors que la formulation de ces droits est nécessairement générale et leur contenu plus idéologique, le rôle de leur interprète qu'est le juge ne peut qu'en être renforcé. La plasticité du droit des droits fondamentaux opère de ce point de vue au profit du renforcement du pouvoir du juge.

*-La pénalisation de la vie politique et sociale*

Alors que la responsabilité politique s'est développée comme un substitut à la responsabilité pénale, la responsabilité pénale tend à se développer dans un contexte où la responsabilité politique n'est plus effective. Ainsi, la responsabilité pénale des dirigeants politiques tend à devenir plus effective comme le démontrent la limitation des immunités parlementaires et la banalisation du statut pénal des ministres, voire de celui du Chef de l'Etat qui fait l'objet, en France, de projets de réforme récurrents, visant à banaliser son statut juridictionnel. Il est, de ce point de vue, intéressant de noter que si le système parlementaire est né du passage de la responsabilité pénale individuelle des ministres à la responsabilité politique et collective du gouvernement, l'affaiblissement de cette responsabilité politique a, aujourd'hui, pour corollaire le développement de la responsabilité pénale individuelle mise en cause devant un juge.

D'autre part, la pénalisation de la vie sociale tend à se développer. Il en est ainsi s'agissant du développement de la mise en cause de responsables politiques dans des affaires économiques ou de financement de la vie politique. Il en est de même du développement de la pénalisation de certains comportements, en matière de relations entre les sexes, de relations de travail (lois sur le harcèlement moral ou sexuel, l'homophobie...), voire en matière de prise de position politique ou idéologique (par ex. lois mémorielles). Le juge se voit ainsi attribuer par le législateur une fonction de « police des mœurs et de la pensée ».

On relèvera également que le droit pénal ne vise plus seulement à punir le coupable et à protéger la société, mais à aider la victime à surmonter le traumatisme subi. Ainsi le juge est institué en thérapeute.

#### *-La circulation de la jurisprudence*

- Apprécié dans un système donné ce renforcement du pouvoir du juge est démultiplié par la « circularité » du droit jurisprudentiel. Le droit supranational des droits fondamentaux occupe une large place qui tient à l'emprise croissante des droits internationaux, tout particulièrement européens, et à la grande diversité de ces sources. Essentiellement à partir des valeurs occidentales et dans le prolongement de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, se forge, un droit des droits fondamentaux à vocation universelle. La prégnance de ce système est assurée par le développement du rôle des juges, constitutionnels ou supranationaux, érigés en gardiens de ces « Tables de la loi ». De manière générale, l'apport du droit comparé est irremplaçable pour comprendre et expliquer la démarche du juge. Les juges européens et les juges nationaux constituent peu à peu un substrat de normes qui doivent peu à la décision politique. Ils se reconnaissent la faculté de choisir dans un système normatif complexe et issu d'ordres juridiques différents, voire de systèmes a-juridiques (déclaration d'O.N.G ou d'organisations internationales), les normes de référence dont ils font application.

#### *-La régulation des rapports entre les ordres juridiques*

Plus précisément, si le rapport entre les normes juridiques, à l'intérieur d'un ordre juridique, obéit essentiellement à un système hiérarchique, la confrontation des normes issues de systèmes juridiques différents obéit à d'autres logiques. Les rapports entre deux normes peuvent ne pas être identiques dans deux ordres juridiques différents. Ainsi, en France, le juge constitutionnel, comme le juge administratif, ont reconnu la pluralité des ordres juridiques et la pluralité des hiérarchies. C'est alors aux juges qu'il appartient de réguler ces rapports entre normes qui ne s'imposent plus à eux de manière évidente. Cette régulation s'opère essentiellement par un lissage visant à éviter la réalisation des conflits et des blocages que cette pluralité de hiérarchies appliquée rigoureusement ne manquerait pas de créer.

## **II-De quelques manifestations du pouvoir normatif du juge**

Ces manifestations ressortissent tant des jurisprudences européennes que des jurisprudences constitutionnelles ou des juges ordinaires

#### *a-la jurisprudence constructive de la Cour européenne des droits de l'homme*

L'existence même de la Cour européenne des droits de l'homme et les conditions de sa saisine témoignent de cette puissance du juge. Ainsi, dans une décision du 23

mars 1995 (Loizidou), la Cour a qualifié la Convention d' « instrument constitutionnel de l'ordre public européen ». Cette conception, au-delà de la formulation retenue, est très présente relativement aux conditions d'application de la Convention.

Le pouvoir créatif de la Cour européenne des droits fondamentaux se manifeste par bien des logiques.

*-L'adaptation du droit aux évolutions de la société*

Le rôle de la jurisprudence est particulièrement important. En effet la Cour considère que la Convention doit s'interpréter « à la lumière des conditions d'aujourd'hui » (décis. Marckx du 13 juin 1979). La Cour se réserve ainsi le droit d'adapter les droits reconnus par la Convention à l'évolution des mœurs et des mentalités, ou même de la science (décis. Rees du 17 octobre 1986). Cependant cette conception tend à transformer la Convention qui passe d'un ordre minimum de protection des droits à un système d'intégration.

*-La reconnaissance de droits non-inscrits dans la Convention*

Certaines décisions démontrent que la Cour peut étendre le champ d'application des droits, voire la reconnaissance de droits non-inscrits dans la Convention, en se fondant sur le principe d'indivisibilité des droits de l'homme (Airey c Irlande du 9 octobre 1979), ce qui vise, notamment, les sphères économiques et sociales. Cet élargissement peut également résulter de l'interprétation de la Convention à la lumière d'autres textes. L'appel à des sources internationales extérieures à la Constitution peut concerner : une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (8 novembre 2005, H.F. c Slovaquei ). Elle peut, se référant à des textes de *soft law* du Conseil de l'Europe, notamment les avis de la Commission de Venise.

De ce point de vue, la Cour considère qu'elle doit prendre en compte toute règle pertinente du droit international, la Convention n'étant pas l'unique cadre de référence. Toutes les sources formelles du droit international, instruments conventionnels ou non, principes généraux reconnus par les Nations civilisées, jus cogens, décisions de juridictions internationale, ou d'organes non juridictionnels, avis ou recommandation de comités d'experts, sources du droit européen qu'elles soient ou non contraignantes, tant la production normative que la *soft law*, constituent une large palette, un réseau normatif dont elle définit le périmètre selon la question en cause.

*b-La jurisprudence potentiellement constructive du juge constitutionnel français*

Si le Conseil constitutionnel veille à ce que soit respectée la liberté du choix politique en précisant qu'il ne dispose pas d'un pouvoir de décision et d'appréciation identique à celui du Parlement (décis. n° 2000-433 DC), il utilise cependant des

instruments qui le conduisent à intervenir dans la décision politique dont la loi est l'expression.

Il en est ainsi du contrôle de proportionnalité. Il constitue l'instrument utilisé pour vérifier si le législateur a correctement concilié les principes en cause, c'est-à-dire s'il a réalisé un équilibre entre les exigences constitutionnelles impliquées qui ne conduise à la dénaturation d'aucune d'entre elles, est le principe de proportionnalité. Il existe différentes formes de contrôle de proportionnalité, mais, en théorie tout du moins, le Conseil constitutionnel exerce, quel que soit le mécanisme utilisé, un contrôle minimum. Le principe de proportionnalité peut être utilisé soit pour assurer la conciliation entre différentes exigences constitutionnelles, ou d'intérêt général, soit comme condition d'application d'un principe constitutionnel, soit comme exigence constitutionnelle autonome.

La quasi-totalité des décisions du Conseil constitutionnel traduisent de manière plus ou moins explicite ce premier mécanisme de contrôle.

Par ailleurs, bien qu'en tant que tel et en tant que principe de portée générale, l'exigence de proportionnalité ne soit inscrite dans aucun texte constitutionnel, le Conseil tend à faire de la proportionnalité une exigence autonome que le législateur doit respecter indépendamment de toute conciliation entre des principes constitutionnels (décis. n° 2009-599 DC).

Il en est ainsi également des déclarations de conformité assorties de réserves.

En principe le Conseil ne se borne pas à déclarer qu'une loi, une ou plusieurs de ses dispositions, est conforme ou non à la Constitution. Dans la pratique, s'inspirant ici encore de l'exemple du Conseil d'État (CE, 26 décembre 1925, *Rodière*), il va plus loin et donne dans sa décision l'interprétation qu'il estime correcte de la loi (et non d'un traité) ; il rend ce qu'on appelle une « décision de conformité avec réserve ». Il dit en quelque sorte : « *si telle disposition de la loi veut bien dire ceci, alors elle est conforme à la Constitution* », sous entendu : si elle devait être interprétée différemment alors elle serait inconstitutionnelle. Ce discours ne s'adresse pas seulement au Parlement mais il concerne surtout aussi, de façon plus réaliste, le Gouvernement et les juges. Le premier est mis en garde contre l'élaboration de règlements d'application de la loi non conformes à l'interprétation qu'en donne le Conseil constitutionnel. Le second est invité à faire respecter cette interprétation.

Le Conseil constitutionnel peut également être conduit à intervenir directement dans la fonction normative lorsqu'à l'occasion d'une QPC<sup>3</sup>, le juge constitutionnel

<sup>3</sup> La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est une procédure, introduite dans la Constitution en 2008, qui permet à un justiciable de contester, à l'occasion d'un litige, la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés reconnus par la Constitution. Cette question fait l'objet d'un examen par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, en vue d'une éventuelle transmission au Conseil constitutionnel.

maintient dans l'ordonnancement juridique une disposition qu'il a déclarée inconstitutionnelle. Plus directement, il peut également substituer temporairement une disposition nouvelle à la disposition constitutionnelle déclarée inconstitutionnelle. Il en est ainsi s'agissant de la composition d'une juridiction commerciale maritime, le Conseil fixe lui-même la composition de cette juridiction (décis. n° 2010-10 QPC). De même dans sa décision n° 2019-827 QPC, le Conseil précise que si des dispositions législatives ne permettant pas la réhabilitation d'un condamné à mort dont la peine a été exécutée ne sont pas contraires à la Constitution, le législateur serait « fondé à instituer une procédure » permettant à ses ayants droit d'agir en ce sens.

Cette immixtion peut être plus indirecte. Ainsi, le Conseil d'État a été conduit à traiter d'une question qui n'avait pas été abordée lors de la révision constitutionnelle de 2008, à savoir celle de la responsabilité du fait d'une disposition législative inconstitutionnelle. La question se posait naturellement à partir du moment où la responsabilité du législateur pouvait être engagée du fait d'une loi contraire à un traité (décis. n° 279522, 8 février 2007). Dans sa décision du 24 décembre 2019 (n° 425981), le Conseil d'État considère que la responsabilité peut être engagée à la date de la promulgation de la disposition en cause et non à celle de la déclaration d'inconstitutionnalité ou à la date à laquelle cette déclaration produit effet, sauf décision contraire du Conseil constitutionnel. Par respect pour le législateur, mais un peu hypocritement, cette responsabilité n'est pas fondée sur la faute du législateur mais sur le respect de la hiérarchie des normes.

Ces techniques tendent à modifier la place du juge constitutionnel dans le système institutionnel.

« La politique saisie par le droit » : Cette formule de L. Favoreu rend bien compte de l'évolution. *Le comportement des acteurs* a joué un rôle considérable dans l'évolution du Conseil. La réforme de 1974, ouvrant la saisine aux parlementaires – et au premier chef à ceux de l'opposition – a bouleversé l'activité du Conseil. Le Parlement, et à travers lui le Gouvernement, qui, par les projets de loi, est à l'origine de la plupart des textes législatifs, sont donc soumis au contrôle permanent d'un organe impartial et indépendant, ce qui est de nature à bouleverser la vie politique. Le Gouvernement ne peut plus comme auparavant imposer une loi inconstitutionnelle avec l'appui de sa majorité et la bénédiction des présidents des assemblées.

L'existence d'un contrôle joue un rôle *préventif, ou de dissuasion*, capital. Déjà le Conseil d'État, qui examine les projets de loi avant leur adoption par le conseil des ministres, attire l'attention du Gouvernement sur le fait que certaines dispositions du projet lui paraissent non conformes à la Constitution. Mais il s'agit d'un simple avis que le Gouvernement n'est pas obligé de suivre.



Aujourd'hui le Gouvernement sait que tout ne lui est pas permis et qu'il a, avec le Conseil constitutionnel, un censeur qui peut s'opposer à toute violation de la Constitution. L'exécutif est ainsi conduit à pratiquer une *autocensure* pour éviter la sanction par le Conseil d'une atteinte à la Constitution.

Par ailleurs, la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité conduit à ce qu'une loi inconstitutionnelle ne puisse être maintenue dans l'ordre juridique du fait d'un consensus politique.

Le juge peut découvrir dans la Constitution des principes qui n'y figurent pas expressément.

Il en est ainsi par exemple en France de la reconnaissance du principe de dignité (décis 94-343-344 DC) ou du principe de fraternité (décision 2018-717/718 QPC). Cette découverte peut également résulter de l'acclimatation de principes issus de systèmes juridiques extranationaux, tel est le cas, toujours, en France du principe de sécurité juridique. Dans ces hypothèses, le juge exerce un certain pouvoir créateur tout en maintenant le lien entre la norme constitutionnelle existante et le principe qui est censé en dérivé.

En réalité la réserve des juges constitutionnels est subordonnée à leur propre jurisprudence. Comme le note Jean Marie Denquin, l'absence de contrôle des lois constitutionnelles par le Conseil constitutionnel ne relève pas d'une obligation juridique puisqu'il apprécie souverainement celle-ci. Elle relève de rapports de forces politiques qui incitent le juge à la prudence.

#### c-La jurisprudence constructive du juge ordinaire

Comme le notent Henri Brun, Guy Tremblay Eugénie Brouillet, dans leur manuel de droit constitutionnel<sup>4</sup> « le développement de la méthode téléologique dans l'interprétation de la loi renforce incontestablement le pouvoir du juge à partir de là, il y a deux l'orientation : la retenue ou l'activisme judiciaire. L'activisme judiciaire privilégie l'adaptation des lois à ce que l'on considère être des valeurs contemporaines. Selon la première conception le juge ne doit pas se laisser guider par des données politiques et sociales, selon la seconde conception, le juge doit tenir compte de la perception de ses décisions sur le fonctionnement et l'évolution de la société. La question est alors de savoir dans quelle mesure le juge doit tenir compte des changements majeurs dans l'opinion publique ».

Plus largement, la justice se trouve implicitement investie de la mission d'assurer tant l'efficacité de l'Etat, c'est à dire, notamment la protection de l'ordre public et de la qualité du droit, dont les enjeux économiques doivent être soulignés, que la défense

---

<sup>4</sup> H. Brun, G. Tremblay, E. Brouillet, *Droit constitutionnel*, (5<sup>e</sup> édition, Blais 2008).

d'un système de valeurs, et notamment la protection des droits fondamentaux,

En France, il convient de parler de pouvoir juridictionnel et non de pouvoir judiciaire.

Selon le Conseil constitutionnel, si la séparation des autorités administratives et judiciaires est seulement un principe de valeur législative, il existe un principe fondamental reconnu par les lois de la République, en l'espèce, la loi du 24 mai 1872, selon lequel « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence du juge administratif l'annulation et la réformation des décisions prises, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République, ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle » (v. décis. n° 86-224 DC, 23 janvier 1987 et n° 89-261 DC, 28 juillet 1989).

Cette formule implique l'existence de réserves de compétence tant au profit du juge judiciaire que du juge administratif, alors même que, selon le juge constitutionnel, il est possible sous certaines conditions, et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé.

La réserve constitutionnelle de compétence du juge administratif est beaucoup plus restreinte que le champ de ses compétences actuelles. Ainsi, cette réserve de compétence ne concerne que le contentieux de l'annulation et de la réformation des actes administratifs et non le contentieux de pleine juridiction.

La réserve constitutionnelle de compétence du juge judiciaire concerne, selon les décisions précitées du Conseil constitutionnel, les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire. Ces matières sont réservées aux juridictions judiciaires en vertu de principes constitutionnels. Il s'agit tout d'abord de la liberté individuelle, au titre de l'article 66 C, c'est-à-dire la sûreté ou le droit de ne pas subir des mesures de police arbitraires. Le juge judiciaire est également le gardien de la propriété privée. Cette compétence est fondée sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République (v. décis. n° 89-256 DC, 25 juillet 1989). Enfin, relèvent de la compétence judiciaire l'état et la capacité des personnes (v. implicitement décis. n° 89-261 DC).

Alors que l'état d'urgence et le renforcement de la législation visant à lutter contre le terrorisme accroissent les pouvoirs de police administrative (qui vise à prévenir les infractions, alors que la police judiciaire a pour mission de rechercher leurs auteurs), cet accroissement implique une augmentation du champ de compétences du juge administratif chargé du contentieux des mesures de police administrative.

L'« activisme » du juge administratif se manifeste de bien des manières, et notamment par l'usage de procédures dont il dispose.

Il en est ainsi, notamment des procédures de référés et du pouvoir d'injonction.

Ainsi le référé suspension permet d'obtenir dans des délais rapides la suspension d'une décision administrative. Le référé libertés permet au juge de prononcer dans les 48h toute mesure nécessaire à la protection d'une liberté fondamentale.

L'injonction permet au juge d'ordonner à l'administration de prendre une mesure dans un sens déterminé. Cette injonction peut être assortie d'une astreinte qui constitue une condamnation pécuniaire dont l'administration est susceptible de se trouver débitrice si elle ne prend pas les mesures ordonnées par le juge à l'expiration du délai qu'il fixe.

Deux exemples sont de ce point de vue particulièrement significatifs.

Après avoir ordonné à l'Etat, depuis 2017, de faire respecter les normes européennes, reprises en droit français, de qualité de l'air, le Conseil d'État le condamne par une décision du 17 octobre 2022 n° 428409 l'Etat à payer deux astreintes de 10 millions d'euros pour les deux périodes allant de juillet 2021 à janvier 2022 et de janvier à juillet 2022, en considération du fait que les mesures qu'il a prises ne garantissent pas que la qualité de l'air s'améliore de telle sorte que les seuils limites de pollution soient respectés dans les délais les plus courts possibles.

Le Conseil d'État avait enjoint au Gouvernement de prendre, d'ici le 31 mars 2022, toutes les mesures permettant d'atteindre l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre de - 40% en 2030 par rapport à leurs niveaux de 1990. Un an après, le Conseil d'État vérifie si les actions menées traduisent une correcte exécution de sa décision. Le Conseil d'Etat estime qu'il n'est toujours pas garanti de façon suffisamment crédible que la trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre puisse être effectivement respectée. C'est pourquoi il ordonne au Gouvernement de prendre de nouvelles mesures d'ici le 30 juin 2024, et de transmettre, dès le 31 décembre, un bilan d'étape détaillant ces mesures et leur efficacité (décision n° 467982 du 10 mai 2023).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat peut moduler dans le temps les effets de ses décisions (décision Association A.C. 255886 du 11 mai 2004).

Enfin, le Conseil d'Etat élargit le champ des décisions soumises à son contrôle. En ce sens la catégorie des « actes de gouvernement » soustraits à un contrôle juridictionnel tend à se rétrécir significativement. Par ailleurs le Conseil d'Etat élargit son contrôle à la légalité des instructions internes à l'administration (CE, 12 juin 2020, n° 418142).

Cette évolution n'est pas propre à la France. Ainsi au Brésil la loi fédérale n. 13.655 du 25 avril 2018, a prévu que « *Les décisions administratives, les décisions des autorités de contrôle et les décisions des juges ne doivent pas être prises sur la base de valeurs juridiques abstraites sans tenir compte de leurs conséquences pratiques* ».

Il s'agit de faire en sorte que les autorités administratives, les organes de contrôle et les juges tiennent pleinement compte des conséquences concrètes des décisions qu'ils prennent et que les organes de contrôle et les juges tiennent pleinement compte des conditions concrètes dans lesquelles les décisions sur lesquelles ils se prononcent ont été prises. Ces exigences se traduisent notamment dans une exigence de « conséquentialisme » et un principe de « concrétude ».<sup>5</sup>

### **III-Le pouvoir judiciaire concurrent du pouvoir politique**

La transformation de la justice en véritable pouvoir ou son aspiration à l'être, s'inscrit dans un mouvement plus vaste de dilution du pouvoir d'Etat. La place de la justice dans la construction d'un nouvel ordre juridique non étatique comme l'union européenne ou le Conseil de l'Europe, constitue, d'ailleurs, une manifestation éclairante de la place de la justice dans les sociétés contemporaines.

Si la souveraineté constitue le fondement du pouvoir, on assiste, hier comme aujourd'hui, à un rattachement plus théorique que réel de la justice à cette légitimité, la justice s'appuyant en quelque sorte sur une autolégitimation reposant sur les fonctions qu'elle exerce plus que sur la source de son pouvoir.

Or la séparation des pouvoirs renvoie à l'exercice de fonctions plus qu'au fondement du pouvoir. Ainsi de manière fonctionnelle, la séparation des pouvoirs repose, en fait et de manière concrète, sur la volonté de diviser le pouvoir pour l'affaiblir. Cette recherche de freins renvoie à une conception libérale du pouvoir.

Dans cette architecture, la place de la justice et la notion même de l'existence d'un pouvoir judiciaire sont discutées. Ainsi, en France, il y a une méfiance traditionnelle à l'égard du juge.

La reconnaissance d'un pouvoir juridictionnel s'est opérée, sous la V<sup>o</sup> République, à l'encontre du texte constitutionnel qui ne voit dans la justice qu'une autorité. Cependant on peut estimer que l'existence d'un tel pouvoir a été implicitement confirmée par le Conseil constitutionnel qui a affirmé que le législateur ne peut ni adresser des injonctions au juge, ni censurer ses décisions, ni se substituer à lui dans le jugement des litiges<sup>6</sup>. En réalité, au-delà de l'affirmation formelle de l'existence

<sup>5</sup> Cf. J.B. Auby et E. Jordao, « Un principe inédit de droit public posé par la loi brésilienne sur les normes de 2018 : le devoir de concrétude », *Chemin public* 3/02/2021.

<sup>6</sup> Cons. const., 22 juill. 1980, déc. n° 80-119 DC

d'un pouvoir judiciaire, expressément reconnu, par exemple, par les Constitutions allemande et espagnole, il convient de considérer que la véritable séparation des pouvoirs distingue aujourd'hui, tout du moins dans les démocraties occidentales, le pouvoir politique du pouvoir judiciaire<sup>7</sup> ou juridictionnel<sup>8</sup>.

Ainsi la crise qui affecte les relations entre le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire tient à l'existence de deux pouvoirs, place côte à côte et souvent face à face, l'un déclinant mais doté d'une forte légitimité historique et théorique, l'autre ascendant, mais dont la légitimité est plus incertaine.

En théorie une conception bien comprise de la séparation des pouvoirs voudrait « que le pouvoir politique, que ce soit dans sa composante exécutive ou législative, ne puisse intervenir autrement que par la fixation des normes au respect desquels le juge aura ensuite la charge de veiller. La deuxième conséquence est que le juge lui-même s'abstienne d'empiéter sur l'exercice, par d'autres pouvoirs, *des compétences qui sont les leurs*. ... En d'autres termes la séparation des pouvoirs n'est pas unilatérale et joue dans tous les sens »<sup>9</sup>.

C'est, comme on l'a vu, essentiellement, même si ce n'est pas exclusivement, sur le terrain normatif que se concrétise la concurrence entre le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire.

Se profile ainsi un conflit de compétence entre le législateur et le juge s'agissant de l'adaptation du droit à la société.

En Grande Bretagne, la fonction judiciaire est limitée à l'interprétation c'est-à-dire à la recherche de l'intention du Parlement, le juge ne se mêle jamais de façon évidente de questions politiques. La rigidité de la doctrine stricte des précédents est assouplie par la tradition selon laquelle chaque juge fait part de son opinion personnelle<sup>10</sup>. De même aux Etats Unis le juge s'impose, en principe, une autodiscipline qui le conduit à éviter de faire prévaloir des opinions personnelles contraires au précédent. L'invocation du respect de la démocratie et du principe de la séparation des pouvoirs fondent la doctrine de la réserve judiciaire<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Sur cette question, cf. P. Ardant et B. Mathieu, *Institutions politiques et droit constitutionnel* (LGDJ 2013), B. Mathieu, *Constitution, tout change et rien ne bouge* (Lextenso 2013).

<sup>8</sup> Le terme juridictionnel doit être préféré au terme judiciaire, car il permet d'intégrer des juridictions qui ne sont pas judiciaires (administratives et constitutionnel).

<sup>9</sup> G. Carcassonne, « Rapport introductif au deuxième congrès de l'AHJUCAF consacré à l'indépendance de la justice » in *L'indépendance de la justice: actes du deuxième Congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)* (7 et 8 novembre 2007 Dakar 7-8 novembre 2007, Cour de cassation du Sénégal, - OIF, 2008) p. 31.

<sup>10</sup> C. Harlow « L'évolution du pouvoir judiciaire pour l'Angleterre » *Gouvernement des juges et démocratie*, édité par S. Brondel et al., (Éditions de la Sorbonne, 2001) p. 117.

<sup>11</sup> L. Pech, « Le remède au gouvernement des juges : le judicial self restrained ? » in *Gouvernement des juges et démocratie*, édité par S. Brondel et al., (Éditions de la Sorbonne, 2001) p. 63.

Face au pouvoir déclinant du politique dans les démocraties occidentales, le pouvoir du juge s'affirme. Ce pouvoir croissant du juge traduit manifeste cependant les incertitudes relatives à sa légitimité. Cette légitimité ne peut être démocratique, elle peut être trouvée dans d'autres concepts, notamment, celui du tiers impartial.

Comme le relève J. Krynen<sup>12</sup> : « en démocratie quiconque exerce du pouvoir doit le détenir du peuple ; de quelle légitimité peuvent se prévaloir nos juges ? ».

Il existe pourtant des liens entre la démocratie et le pouvoir des juges. Ainsi garant de la régularité des élections, les juges sont les garants du bon fonctionnement de la démocratie<sup>13</sup>. Par ailleurs, le système de l'élection des juges par le peuple qui prévaut, par exemple dans certains Etats américains, donne directement aux juges une assise démocratique. Plus généralement, nommés ou élus, aux Etats Unis, les juges sont désignés sur la base du principe démocratique. Ils sont considérés comme représentatifs, directement ou indirectement. En témoigne le fait que leur responsabilité peut être mise en cause devant des organes politiques. Par ailleurs, le jury populaire est une exigence constitutionnelle en vertu du sixième amendement<sup>14</sup>. La volonté de trouver une assise démocratique à l'exercice de la justice peut dans le même sens se manifester par la place occupée en Allemagne par les juges non professionnels. Ce système d'échevinage est présenté comme lié à la volonté de démocratiser l'exercice de la justice par une représentation du Peuple<sup>15</sup>.

Plus généralement, la justice entretient un lien étroit avec la démocratie en ce que, en France, elle est rendue au nom du Peuple<sup>16</sup>. Dans le même sens l'article 117 de la Constitution espagnole prévoit que la justice émane du Peuple. Mais on peut considérer qu'il s'agit dans l'un et l'autre cas de figures symboliques.

Peut-on cependant affirmer que la justice est un pouvoir de la démocratie<sup>17</sup>?

En réalité, le lien avec la démocratie paraît relever d'une pétition de principe assimilant l'image d'un « bon » gouvernement à la démocratie<sup>18</sup>. La justice est ainsi appréciée comme un contre-pouvoir au pouvoir politique. Non pas un pouvoir qui devrait alors reposer sur une légitimité démocratique, mais dans la conception libérale issue de Montesquieu un instrument de limitation du pouvoir. Il n'en reste pas moins que

---

<sup>12</sup> Pech (n 11) 334.

<sup>13</sup> M. Luciani « L'interprète de la Constitution face au rapport fait-valeur : Le texte constitutionnel dans sa dimension diachronique », *Constitutions* (2011 n.2) 147-165.

<sup>14</sup> W. Mastor, « Démocratie et justice à l'américaine » in *Constitutions, justice et démocratie*, édité par X. Bioy et F. Hourquebie, (L'Harmattan 2010) p. 125.

<sup>15</sup> M. Chouquet « La situation en Allemagne » in *Constitutions, justice et démocratie*, édité par X. Bioy et F. Hourquebie (L'Harmattan 2010) p. 171.

<sup>16</sup> On relèvera avec Michel Troper, qu'en France, les décisions du Conseil constitutionnel ne sont pas rendues au nom du Peuple français.

<sup>17</sup> D.Ludet, D. Rousseau, *La justice un pouvoir de la démocratie* (Terra Nova 2011).

<sup>18</sup> Sur cette question, cf. B. Mathieu, *Constitution, tout bouge et rien ne change* (Lextenso 2013).

comme le relève Michel Troper<sup>19</sup> « la difficulté essentielle tient la nécessité de concilier l'idée d'un contre-pouvoir avec la théorie démocratique, c'est-à-dire de qualifier de démocratique un système dans lequel le peuple, ou ses représentants, ne détiendrait pas seul le pouvoir mais se verrait opposer un contre-pouvoir. A ces difficultés, il n'existe guère que deux types de solutions, on peut d'abord renoncer à qualifier le système démocratique et considérer qu'il s'agit d'un gouvernement mixte c'est-à-dire d'un système dans lequel le pouvoir doit être conjointement exercé par les autorités démocratiques et une autorité aristocratique. On peut aussi tenter de soutenir que le système est bien démocratique. D'abord on peut dire que la cour constitutionnelle est une institution démocratique parce que ses membres pourraient être élus et qu'ils sont en tout cas nommés par les autorités démocratiques. Une des faiblesses de cette logique tient à la définition restrictive du caractère démocratique qu'elle présuppose. Les assemblées parlementaires sont dites démocratiques non seulement parce que leurs membres sont élus mais parce qu'ils le sont sur le fondement de programme et qu'ils peuvent être sanctionnés ou renouvelés au terme de leur mandat. Les membres des cours ne sauraient être choisis sur un programme et l'institution ne pourrait être dit démocratique qu'en raison de son mode de nomination. La présentation la plus cohérente est que nous sommes en présence d'un gouvernement mixte ».

En réalité la légitimité du juge tient à sa fonction de tiers impartial.

Si l'on fonde l'existence d'un pouvoir judiciaire sur le droit du justiciable de bénéficier d'un procès équitable et de pouvoir faire valoir les droits qui lui sont reconnus, c'est l'impartialité qui constitue l'élément légitimant de la fonction du juge. Entre les parties, entre le pouvoir politique et les individus ou les personnes morales, le juge est un tiers impartial chargé de juger leur différend. L'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qu'elle développe l'exigence de l'impartialité objective s'inscrit parfaitement dans cette logique. Ce n'est pas seulement l'impartialité réelle du juge qui est exigée mais une situation dans laquelle le justiciable n'a pas de raison d'émettre un doute raisonnable sur l'impartialité de son juge. Non seulement le juge doit être impartial mais il doit donner l'apparence de l'impartialité ou plus exactement éviter de prêter le flanc à la critique de partialité. Le justiciable a le droit d'être jugé par un magistrat dont il n'a pas de raison de mettre en doute l'impartialité. L'indépendance des juges et des tribunaux n'est pas un privilège octroyé dans leur intérêt propre mais elle leur est garantie dans l'intérêt des justiciables et elle est nécessaire pour maintenir la confiance du public dans la partialité de l'administration de la justice<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> M. Troper, « Séparation des pouvoirs et contrôle de constitutionnalité » in *Séparation des pouvoirs et justice constitutionnelle, à propos du bicentenaire de la constitution de Norvège* (Le Conseil constitutionnel 6 mai 2014).

<sup>20</sup> N. Duplé « Les interventions externes qui menacent l'indépendance et l'impartialité de la justice » in *L'indépendance de la justice: actes du deuxième Congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)* (Dakar 7-8 novembre 2007, Cour de cassation du Sénégal, - OIF, 2008) p. 86.

Il nous semble alors que si l'on admet que c'est l'impartialité qui fonde la légitimité du juge, l'indépendance du juge n'est qu'un instrument au service de cette exigence. En effet si l'impartialité implique l'indépendance, la réciproque n'est pas nécessairement vraie. En effet un juge dépendant du pouvoir politique serait, ou pourrait être soupçonné d'être partial, il n'est en tous cas plus ce « tiers impartial ». En revanche un juge indépendant du pouvoir politique peut ne pas être impartial, ou ne pas le paraître, s'il est dépendant d'engagements politiques, religieux, philosophiques, d'intérêts, même amicaux, publics.

Collectivement le corps judiciaire ne peut prendre de positions politiques. Individuellement, le juge ne peut faire prévaloir ses propres idéaux il agirait alors en quelque sorte comme un justicier. Cette transgression conduirait au gouvernement des juges<sup>21</sup>.

Il ne s'agit pas de contester le pouvoir d'interprétation de la norme qui appartient au juge dans ce travail de concrétisation qu'est l'acte de juger. On ne peut non plus ignorer le pouvoir normatif du juge qui résulte de la multiplicité des ordres juridiques et de la régulation qu'il appelle à assurer entre ces ordres non hiérarchisés (cf. supra). L'absence de fondement démocratique au pouvoir du juge conduit seulement à considérer qu'il ne lui appartient pas d'empiéter sur les compétences propres au pouvoir politique. Or ces compétences tiennent essentiellement à déterminer ce qui relève de l'intérêt général. Adapter le droit aux évolutions de la société est une fonction éminemment politique que ne peut s'arroger le juge. Adapter la règle de droit aux circonstances de l'espèce relève en revanche directement de la mission du juge. Même si la distinction peut paraître par trop abstraite, il s'agit de notre point de vue d'une ligne de démarcation qu'il convient de respecter dans son principe.

La limite au pouvoir du juge tient également au fait que le dernier mot doit rester au législateur (loi interprétative, révision constitutionnelle...), au pouvoir politique.

#### *En guise de conclusion*

L'analyse ici développée, vaut essentiellement pour les sociétés occidentales dans lesquelles les droits fondamentaux sont profondément implantés. Le juge développe sa puissance face à un pouvoir politique affaibli. Dans d'autres pays, accédant, ou tentant d'accéder, à la démocratie et introduisant dans leur ordre juridique, non seulement des droits fondamentaux, mais aussi des mécanismes permettant d'assurer leur protection, l'analyse peut être différente. Il en résulte qu'en toute hypothèse, il ne peut exister un modèle universel d'organisation et de séparation des pouvoirs, pas plus que de l'équilibre à opérer entre la logique démocratique et celle des droits fondamentaux.

---

<sup>21</sup> *Gouvernement des juges et démocratie*, édité par S. Brondel et al., (Éditions de la Sorbonne, 2001) introduction p. 16.



Le renforcement de la justice comme institution est d'autant plus nécessaire que la démocratie politique est faible ou inexistante. Mais dans des systèmes où la démocratie politique est en perte de vitesse ce renforcement contribue à l'affaiblissement du pouvoir politique en constituant peu à peu une source de légitimité incertaine mais subsidiaire.

---

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

---

## Bibliographie/ Bibliography

Ardant P, Mathieu B, *Institutions politiques et droit constitutionnel* (LGDJ 2013).

Auby J.B, Jordao E, « Un principe inédit de droit public posé par la loi brésilienne sur les normes de 2018 : le devoir de concrétude » *Chemin public* 3/02/2021.

Brun H, Tremblay G, Brouillet E, *Droit constitutionnel* (5<sup>e</sup> édition, Blais 2008).

Carcassonne G, « Rapport introductif au deuxième congrès de l'AHJUCAF consacré à l'indépendance de la justice » in *L'indépendance de la justice: actes du deuxième Congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)* (7 et 8 novembre 2007 Dakar 7-8 novembre 2007, Cour de cassation du Sénégal, - OIF 2008).

Chouquet M, « La situation en Allemagne » in *Constitutions, justice et démocratie*, édité par X. Bioy et F. Hourquebie (L'Harmattan 2010).

Duplé N, « Les interventions externes qui menacent l'indépendance et l'impartialité de la justice » in *L'indépendance de la justice: actes du deuxième Congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)* (Dakar 7-8 novembre 2007, Cour de cassation du Sénégal - OIF 2008).

Harlow C, « L'évolution du pouvoir judiciaire pour l'Angleterre » *Gouvernement des juges et démocratie*, édité par S. Brondel et al. (Éditions de la Sorbonne 2001)

Hourquebie F, *Le pouvoir juridictionnel en France* (LGDJ 2010).

Luciani M, « L'interprète de la Constitution face au rapport fait-valeur : Le texte constitutionnel dans sa dimension diachronique » *Constitutions* (2011 n.2) 147-165.

Ludet D, Rousseau D, *La justice un pouvoir de la démocratie* (Terra Nova 2011).

Mastor W, « Démocratie et justice à l'américaine » in *Constitutions, justice et démocratie*, édité par X. Bioy et F. Hourquebie (L'Harmattan 2010).

Mathieu B, *Constitution, tout change et rien ne bouge* (Lextenso 2013).

Pech L, « Le remède au gouvernement des juges : le judicial self restraint ? » in *Gouvernement des juges et démocratie*, édité par S. Brondel et al. (Éditions de la Sorbonne 2001).

Troper M, « Séparation des pouvoirs et contrôle de constitutionnalité » in *Séparation des pouvoirs et justice constitutionnelle, à propos du bicentenaire de la constitution de Norvège (Le Conseil constitutionnel 6 mai 2014)*.

### **Bibliographie Générale / General Bibliography**

Garapon A, *Le gardien des promesses, Justice et démocratie* (Ed. O. Jacob 1996).

Magendie J.C, « La magistrature au défi de l'impartialité » in *Le juge et l'Etat*, édité par B. Mathieu et L. Golovko (Mare & Martin 2018).

Mathieu B, *Justice et politique : la déchirure ?* (Lextenso 2015).

Mathieu B, *La justice en questions* (Editions Dialogues 2024).

Schoettl J.E, *Une si puissante justice* (Editions Dialogues 2023).

Urvoas J.J, *De l'indépendance de la justice* (Ed. O. Jacob 2023).



## Yargılama Bütünlüğü İçinde Medenî ve İdarî Yargıya Bakış ve Değerlendirme

### Overview and Evaluation of Civil and Administrative Jurisdiction Within The Integrity of Jurisdiction

Muhammet Özekes\*

#### Öz

Maddî hukuk hak ve yükümlülükleri belirlerken yargılama hukuku, bu hakların ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ve ihlâlî durumunda ortaya çıkan uyumsuzluğu giderme, ihlâlî bertaraf etmeyi amaçlar. Zaman içinde farklı sebepler ve farklı zamanlarda ayrı yargılama kolları oluşmuştur. Hem yargı organizasyonu ve yargı organlarındaki farklılıklar hem de yargılama usûllerindeki farklılıklar, Ülkemiz gibi birçok ülkede artık iyice ayrılmış ve belirginleşmiştir. Her bir yargılama alanının kendine özgü gelişim süreci, ilkeleri, özellikleri, kuralları ve terminolojisi de mevcuttur. Ancak tüm yargılama alanlarının vazgeçemeyeceği ortak kavram, amaç ve ilkeleri de bulunmaktadır. Bunlar yargılamayı yargılama yapar. Örneğin, her yargılama alanı adil yargılanmayı gözetmek zorundadır. Ayrıca Anayasa, yasama, yürütme, yargı ayrımında, yargıyı bir bütünlük içinde çerçevelemektedir. Bu çalışmada, her bir alanın kendine özgü özellikleri dikkate alınmakla birlikte, genelde yargılama alanları, özelde de medenî ve idarî yargıya bu bütünlük içinde bakılmaya çalışılmıştır. Çalışmanın amacı bu ayrımı reddetmek değildir. Çalışmanın amacı farklılıkları olsa da, birçok ortak ilkesi, kuralı ve uygulaması olan bu alanların, bu ortak noktalarında ortak bir anlayış, dil ve yaklaşım sergilenmesine dikkat çekmektir. Yine her iki alanın (özellikle birbirini de etkileyen) benzer sorunlarını birlikte tartışarak çözüm üretmesine zemin hazırlamaktır.

#### Anahtar Kelimeler

Yargı • Yargılama • Medenî yargı • İdarî yargı • Yargı birliği • İçtihat birliği

#### Abstract

While substantive law determines rights and obligations, judicial law aims to resolve the dispute arising in an event of non-fulfillment and violation of these rights and obligations and eliminate the violation. Over time, different branches of jurisdiction have emerged for various reasons. The differences in the organization of the judiciary and the judicial bodies and the judicial procedures have become more distinct and evident in our country and worldwide. Each jurisdiction has its specific development process, principles, characteristics, rules, and terminology. However, all jurisdictions share some common concepts, objectives, and principles. These make a judgement a judgement. For example, every jurisdiction must observe a fair trial. Moreover, the Constitution frames the judiciary holistically by distinguishing between the legislative, executive, and judiciary. Although the specific characteristics of each jurisdiction were considered, this study investigated the jurisdictions in general and civil and administrative jurisdictions in particular within this integrity. The purpose of this study was not to reject this distinction but to draw attention to a common understanding, language, and

\* Sorumlu Yazar: Muhammet Özekes, (Prof. Dr.) Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İzmir, Türkiye.  
E-posta: muhammet.ozekes@deu.edu.tr ORCID: 0000-0001-9689-1693

Atrf: Özekes, Muhammet. "Overview and Evaluation of Civil and Administrative Jurisdiction within the Integrity of Jurisdiction" (2024) 23 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 45. <https://doi.org/10.26650/ihid.23.001>



approach in these fields, which have many common principles, rules, and practices, despite their differences. It also prepares the ground for both fields (especially those that affect each other) to produce solutions by discussing similar problems together.

**Keywords**

Judiciary • Jurisdiction • Civil jurisdiction • Administrative jurisdiction • Unity of jurisdiction • Unity of jurisprudence

## Giriş

Normalde girişte konunun neyi amaçladığı, ne yapılacağı ve genel çerçevesi ortaya konulmaktadır. Ancak biz bu çalışmada, iki ortak alanla, hatta genel anlamda yargılama-muhakeme-usûl hukukuyla ilgili bazı tespitler ve değerlendirmeler yaptığımız için, ayrıca yanlış anlamaya mahal vermemek bakımından, önce çalışmanın neyi amaçladığını ve genel anlamda kapsamını belirtip daha sonra da neyi amaçlamadığını, kısaca çerçeveyi net bir şekilde baştan belirtmek istiyoruz. Bu sebeple aşağıda iki ayrı başlık altında bu çerçeveyi çizmeye çalışacağız.

### A. Çalışmanın Amacı Nedir

Hukukun geliştiği, henüz bugünkü düzeye ya da karmaşıklığa ulaşmadığı ilk dönemlerde yargı organizasyonu ve yargılama hukuku da bugünkü anlamda bir yapıya sahip değildi. Yargı ve yargılama daha basit ve sade bir yapıdan, bugünkü farklılaşmış ve biraz da farklılığın adeta labirente dönüştüğü bir hal almıştır. Bugün artık bu karmaşık yapı sebebiyle, özellikle hukukun iyi işlemediği, hukuk devletinin sorunlu olduğu yerlerde, hak arayanın engin bir sabra ve derin bir soluğa ihtiyacı vardır. Hak arama mekanizmalarının kendisi, haksızlıklara ve hak kayıplarına yol açabilmektedir. Bunda işin niteliğinden kaynaklanan kabul edilebilir, tolere edilebilir bir risk faktörü olmakla birlikte; bir sebebi de yargı organizasyonu ve yargılama hukuku anlayışıdır. Biz bu çalışmada bu anlayışa eleştirel bir yaklaşım ortaya koymaya çalışacağız.

Bu çalışma özünde, bugün gelinen noktada yargı organizasyonu ve yargılama farklılıklarının derinleşip kalınlaşmasını sorgulama, özel olarak da bunun medenî ve idarî yargı bakımından durumu ve değerlendirmesini amaçlamaktadır.

Yargılama alanı bir şekli hukuk alanı olup maddî hukuktaki hakların gerçekleşmesine hizmet eder. Yargılamanın tek amacı bu değildir, ama temel kaynağı budur. Bu sebeptir ki, her maddî hukuk alanının iz düşümü olan bir şekli hukuk, yargılama hukuku, icra, infaz, uygulama hukuku karşımıza çıkmaktadır.

- Anayasa hukuku-anayasa yargısı,
- özel hukuk-medenî yargı (hukuk yargısı)-takip hukuku (icra ve iflâs hukuku),
- idare hukuku-idarî yargı-yargı kararlarının uygulanması/kamu icra hukuku,
- ceza hukuku-ceza yargısı-infaz hukuku

bu anlayışın yansımasıdır.

Aslında şekli hukukta, şekli hukukun temel alanı olan ve bu çalışmada ağırlıklı olarak ele aldığımız yargılama hukukunda, maddî hukuktakinden çok daha büyük ortak alan, ilkeler ve kurallar mevcuttur. Nitekim Anayasa'da yargı ve yargılamaya

ilişkin düzenlemeler genellikle tek bir çerçevede yer almakta, yargısal temel haklar değişmemekte, sadece farklı alanlarda farklı görünimleri oluşmakta, en önemlisi gerçek bir hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma, tüm yargılanma hukuklarının esasını ve meşruluğunu oluşturmaktadır.

Şüphesiz hem kaynaklandıkları maddî hukuk alanları hem işin niteliği hem de uzmanlaşma ve daha iyi bir yargılama için farklı organizasyon ve yargılama kuralları, usûlleri ortaya çıkmıştır. Ancak temel soru, farklılık bu kadar derin, keskin ve birbirini yok sayacak dereceye varmalı mıdır? Hemen yukarıda belirtildiği üzere şekli hukukun kendi içinde ortak alanları, ilgili maddî hukuk alanlarından daha fazladır. Kaldı ki, en temel ortak amaç uyuşmazlığın giderilmesi, hakkın yerine getirilmesi, hukuk düzeninin, hukukî barış ve güvenliğinin korunmasıdır. Bugün gelinen noktada birbirini adeta görmezlikten gelen, birbirine sırtını dönen yargılama alanları, daha basit çözülecek sorunları dahi karmaşık hale getirmekte, yeni sorunlar oluşturmaktadır, birbirinin tecrübesi ve birikimini inkârın sonucu, daha önce başka bir yargılama alanında üretilmiş çözüm dahi farkedilemediğinden gereksiz ve zarar veren yollara girilmektedir.

Bu çalışmada medenî yargı ile idarî yargının ayrıntılı ve teknik konuları yerine, daha temel yaklaşımları, amaçları, ilkeleri, temel bakış açıları, kavram, dil yönünden bir karşılaştırması yapılmaya çalışılacaktır. Bu yapılırken de şüphesiz genel bir yargılama teorisi anlayışı kapsamında, tüm yargılama alanlarıyla ilgili de tespit ve değerlendirmelerde bulunulacaktır. Çalışmanın amacı, öncelikle tüm yargılama alanları, ancak özellikle bazı yakınlıkları sebebiyle medenî ve idarî yargı alanında ortak bir alan ve dil oluşmasına, bu konuda düşünmeye katkı sağlamaktır.

## **B. Çalışmanın Amacı Ne Değildir**

Bu çalışma, mutlaka bu böyle olmalıdır iddiasından çok, olan doğru mudur, daha farklı da olabilir, farklı yargılama kolları ve alanları arasında işbirliği ve iletişim nasıl güçlendirilir sorularını sormayı ve cevaplarına bir zemin oluşturmayı amaçlarken, yargılama alanlarını ve yargılama usûllerini tümüyle bütünleştirme ve birleştirme iddiasında değildir.

Burada her şey ortak ve tek olsun yaklaşımından çok, ortak bir yargılama düşüncesi (kuramı) ile ortak bir zemin, ilke, dil, ortak çözümler için bazı tespit, değerlendirmeler yapılacaktır. Bu konu ilk defa tarafımızdan da ortaya atılan bir şey değildir. Ancak uzun süreden beri bu konular çok ele alınmamakta, her yargılama alanının kendi içindeki bazı tartışmalar dışında da değerlendirilmemektedir. Umuyoruz ki, bu çalışma yeniden böyle bir tartışmaya zemin oluştursun.

Öncelikle belirtelim ki, iddiamız yargılama kolları ve yargılama usûllerinin tekil bir yapıya indirgenmesi, bazı ülkelerde olduğu gibi (ki aslında oralarda dahi tam

olarak böyle değildir) yargı birliği anlayışını savunmak değildir. O sebeple de çalışmanın başlığı yargı-yargılama birliği şeklinde değil, yargılama bütünlüğü içinde ifadesini taşımaktadır. Burada da yine “yargı” yerine asıl olarak “yargılama” bütünlüğü öne alınmıştır. Belirttiğimiz çerçevede, yargılama kolları ve yargılama alanları birleştirilsin demiyoruz, amacımız bu değildir. Zaman zaman bir kısmı iyiniyetli ve bilimsel, ancak bir kısmı ise siyasetin ve yürütmenin yargıyı daha kolay kontrol altına alması (zaten zayıflayan kuvvetler ayrılığını daha da zayıflatmak) amacıyla ve ağırlıklı olarak siyasî bakış açısıyla, yargı birliği düşünceleri, hatta Supreme Court benzeri, tek yüksek mahkeme yapılanmaları tartışılabilir. Kanaatimizce, yargıda da yargı bütünlüğü ve temel yargı anlayışı ile ilkelerini zedelemeyen farklı yargı kollarının mevcut olması ve (teknik, tarihî ve uzmanlık tartışmaları dışında) yargı içinde de güçlerin dağıtılması daha yararlıdır. Keza yargı konusu da bir ülkenin tarihî, idarî, kültürel, sosyal ve siyasî yapısıyla şekillenmektedir. Ülkemizin idarî yapısı, ayrıca tarihi gelişimi içinde, keza siyasetin güç aşımı eğilimi karşısında yargının da tekil bir yapıya indirilmesi doğru değildir.

Şüphesiz yargının farklı kollara ayrılması, farklı yargılama-muhakeme usûlleri bulunması, hakkın dağıtımını içinden çıkılmaz labirentlere terketmek, dağınık ve birbirini tanımayan, tümüyle bağımsız yapılar oluşturmak anlamına gelmez, gelmemelidir. Özellikle bir hukuk devletinde bu düşünülemez. Bu sebeple yargı kolları ve usûlleri de yine yargı bütünlüğü içinde, birbiriyle uyumlu, işbirlikçi ve birbirine katkı sunan bir yapılanma ve anlayışta olmalıdır. Bazı içtihat ayrılıkları olacaktır, ancak bu birbirini tanımamazlık, normlar hiyerarşisini zedeleme, hukukî güvenlik ve hukuk devleti güvencelerini yok sayma noktasına gelmemelidir. Bu çalışmada da zorunlu ayrılıkların korunması, ancak gereksiz alan açmaların da önüne geçilmesi kapsamında bir yaklaşım ortaya koymaya amaçlıyoruz. Bu noktada da, farklılıklar korunmakla birlikte, yargı bütünlüğü gözardı edilmeden, ortak bir dil, kavram, anlayışla sorunların çözülmesi, benzer şeyler için farklı farklı yaklaşımlardan kaçınılması, farklı yargı alanlarının birbirine katkı sunmasına ilişkin engellerini azaltması hususları değerlendirilecektir.

## I. Yargılamanın Amacı Bakımından Değerlendirme

### A. Maddî Hukuk-Yargılama (Usûl) Hukuku İlişkisi

Hukuka ilişkin farklı ayrımlar söz konusu olup bu ayrımlardan biri de maddî hukuk şekli hukuk ayrımıdır. Kişilerin hukukî durumlarıyla, hak, yetki ve ödevleriyle bunların sonuçlarını belirleyen hukuk alanları maddî hukuk altında toplanmaktadır. Maddî hukukun belirlediği hak, yetki ve ödevlerle ilgili ihlâl ve uyuşmazlık çıkması halinde bunların giderilmesini sağlayan ve bunların yöntemini gösteren hukuk alanları

ise şekli hukuk olarak ifade edilmektedir<sup>1</sup>. Maddî hukuk, hukukun daha çok düzen kısmını ortaya koyarken, şekli hukuk bu düzen içinde tümüyle olmasa da (sonuçları itibariyle) önemli ölçüde yaptırım boyutunu öne çıkartan hukuk alanlarıdır. Maddî hukuk, sorun ortaya çıktığında şekli hukuk aracılığıyla hayata geçirilir. Çünkü, şekli hukuk, hukuku diğer toplumsal düzen kurallarından ayıran yaptırımların uygulanmasını somut olarak ortaya koymaktadır. Şekli hukuku da, hukuk ihlâlini belirleyen ve yerine getirilmesini emreden bölümü ile buna rağmen yerine getirilmediği takdirde gerekirse zorla yerine getirilmesini sağlayan bölümü olmak üzere, kendi içinde bir ayrıma tâbi tutmak mümkündür. Bu çerçevede yargılama (usûl) hukuku ve onun devamında yerine getirme (icra, infaz, uygulama) hukuku, şekli hukuk içerisindedir.

Hukuk düzeni özellikle Ülkemizdeki gibi hukuk sistemlerinde, uyumsuzluğun temel olan hukuk dalıyla uyumlu şekilde her maddî hukuk alanına uygun, hatta onun uzantısı da sayılabilecek bir şekli hukuk alanı (ve buna uygun kanunlar) bulunmaktadır<sup>2</sup>. Bu çerçevede özel hukuka ilişkin olarak medenî yargılama (usûl) hukuku, ceza hukukuna ilişkin olarak ceza yargılaması (usûl) hukuku, idare hukukuna ilişkin idarî yargılama (usûl) hukuku, anayasa hukukuna ilişkin anayasa yargısı hukuku mevcuttur. Bu yargılama hukuklarının devamı niteliğinde yerine getirme hukuku diyebileceğimiz hukuk alanları da söz konusudur. İcra ve iflâs hukuku, kamu icra hukuku, infaz hukuku bu hukuk alanları içindedir<sup>3</sup>.

Görüldüğü üzere aslında şekli hukukun bir anlamda tek başına bir amacı yoktur. Maddî hukuk, şekli hukuktan bağımsız şekilde etkinliğini sağlayamaz ve gerçek anlamda pratik olarak hayata geçirilemez; ancak onun varlığı da şekli hukuka bağlı değildir. Bununla birlikte şekli hukuk, özünde maddî hukuktan bağımsız bir anlamı olmayacaktır. Çünkü, ortada korunacak bir hak veya yerine getirilecek bir ödev yoksa, bunların ihlâli ya da en azından bir ihlâl iddiası yahut tehlikeye düşürülmesi ihtimali bulunmuyorsa, şekli hukuk devreye girmez. Bu sebeple şekli hukuk, temelinde yatan maddî hukuka göre belirlenir, şekillenir ve çerçevesi çizilir.

Yargılama hukukları ilgili oldukları maddî hukuktan bağımsız olarak ağırlıklı olarak kamu hukuku karakteri taşır<sup>4</sup>. Bu çerçevede yargılamanın başlatılması, sürdürülmesi ve sonuçları bakımından tarafların müdahalesi ya hiç yoktur veya sınırlıdır. Ancak bu konuda yargılama hukukunun hizmet ettiği maddî hukuka göre de belirli hareket alanı olacak veya olmayacaktır. Maddî hukukta taraf ve ilgili iradesi ve hâkimiyeti ne kadar fazla ise, onun ilgili olduğu şekli hukuk alanında da o kadar

<sup>1</sup> Muhammet Özkes, *Temel Hukuk Bilgisi* (13. Baskı, On İki Levha Yayınevi 2023) 21; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 51; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usul Hukuku* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 5.

<sup>2</sup> Özkes (n 1) 64, 155; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (20. Baskı, Ekin Yayınevi 2023) 484-485. Ayrıca bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 1) 51; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 5; Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 128.

<sup>3</sup> Özkes (n 1) 64.

<sup>4</sup> Özkes (n 1) 63, 64; Gözler (n 2) 113.



fazla olacaktır. Örnek olarak, bir özel hukuk ilişkisinde kural olarak eşitlik ve irade serbestisi esastır. Bu sebeple, medenî yargılama hukukunda bir kimse davayı açıp açmamakta, yürütüp yürütmemekte, hatta sonuçlandırmakta bir serbestiye sahiptir. Keza yargılama ile ilgili yetki sözleşmesi, delil sözleşmesi gibi sözleşmeler, hatta yargılamanın devlet yargısı dışında yapılması konusunda tahkim sözleşmesi de yapılabilir<sup>5</sup>. Bununla birlikte tamamen kamusal karakterli ceza yargılaması hukukunda, bu tür serbesti neredeyse yok denecek noktadadır. Örneğin dava açılması kişilerin inisiyatifine bırakılmamıştır, yargılama üzerinde de tasarruf oldukça sınırlıdır<sup>6</sup>. İdarî yargıda ise ceza hukukuna göre belirli ölçüde bir serbesti olsa da, bu hiçbir zaman medenî yargıdaki seviyede değildir. Hatta benzer bazı yargılama kurumları farklılaşarak ve sınırlanarak uygulama alanı bulabilmektedir.

Belirtilen sebeplerle yargılama hukukları arasında bir karşılaştırma ve ilişki değerlendirmesi yapılırken, kaynaklandıkları maddî hukuk alanlarıyla bağı da mutlaka dikkate alınmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin şu kararı buna işaret etmektedir<sup>7</sup>:

“... yargılama yöntemlerini, yargı yerine ve uyumsuzluğun tür ve niteliğine göre, daha açık bir anlatımla konuları olan davaların nitelik ve amaçlarına göre saptanır. Hukuk davalarında tarafların istenci; ceza davalarında Mahkemenin serbestçe yürütülmesi ilke iken, kamu yararı amacıyla yürütme ve yönetimin yasalara uygun davranarak hukuka bağlılığını sağlayan idari davalarda yargı yerinin yönlendirdiği kendine özgü yargılama yöntemi söz konusudur.”

Anayasa Mahkemesi bu kararında, çok kapsayıcı ve ayrıntılı olarak her bir yargılama hukukunun amacı ve içeriğini belirlemese de, yargılama hukukunun temelindeki maddî hukuk konusuna ve uyumsuzluğun niteliğine göre şekillendiğini vurgulamaktadır.

## B. Yargılama Hukukunun Amacı ve İdarî Yargı

### 1. Genel Olarak

Yargılama hukukunun amacı nedir sorusu sorulduğunda, yargılama hukuklarının tümü için ortak verilecek cevaplar yanında farklılıklar ve tartışmalar da mevcuttur. Ancak hangi alanda olursa olsun yargılamanın temel amacı, hak arama özgürlüğünü gerçekleştirip adil yargılanma hakkına uygun bir şekilde yargılama yapmaktır. Nitekim temel haklar arasında düzenlenen Anayasa'nın 36. maddesi bu amacı “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” şeklinde açıkça belirtmiştir.

<sup>5</sup> Özellikle tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesi medenî usûl hukukuna karakterini vermektedir. Bkz. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku* (10. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2023) 189 vd.; Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 782; Tanrıver (n 2) 409 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 93. Bu konuda ayrıca bkz. Nedim Meriç, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Yetkin Yayınları 2011) 23 vd.

<sup>6</sup> Ceza hukuku ilkeleri hakkında bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 47 vd.

<sup>7</sup> AYM, E.1990/40, K.1991/33, T.01.10.1991, RG 07.02.1992, 21135.

Yargılama hukukunun farklı alanlarında, farklılıklarıyla birlikte amaçları ve yöntemleri ile temel unsurlar bakımından önemli ortak yönler bulunmaktadır. Esasen bunlar bir hukuk devletinde yargılamanın gerçek anlamda yargılama olabilmesi için vazgeçilmez hususlardır ve aslında yargısal temel hakların yansımalarıdır<sup>8</sup>. Bir hukuk devletinde, yargılama hangi alanda gerçekleşirse gerçekleşsin hak arama özgürlüğü, hukukî korunma talebi (bunun da etkin hukukî koruma olması), adalete erişim ve adil yargılanma hakkı söz konusudur (AY m. 36, AİHS m. 6)<sup>9</sup>. Her yargılama, bu temel bakış açısına sahip olmalı, yargılamada bunları gözetmeli ve bu amaçlara hizmet etmelidir.

Bu sebeple, farklı açılardan ve farklı maddî hukuk gereklerinden kaynaklansa da tüm yargılama hukuklarında temel amaç, hak arama özgürlüğünü gerçekleştirmek ve bunu da adil yargılanma hakkına uygun bir şekilde yapmaktır. Şüphesiz yargılamanın tek amacı bu değildir. Bir kısmı ortak bir kısmı ise alana özgü birden çok amaç karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede, yargılama hukuku, devamı olduğu maddî hukuka ilişkin hakların gerçekleştirilmesini, o alana ilişkin yargısal denetim ile hak ihlallerinin önüne geçilmesini amaçlar. Medenî yargı özel hukuk alanında tezahür eden sübjektif hakların; ceza yargısı ise ceza hukuku alanındaki kamusal hakların korunması ve yerine getirilmesine hizmet ederken, idarî yargı idarenin denetimini, bu şekilde hukuk ihlalinin önüne geçmeye çalışır. Aslında sübjektif hakkı sağlamak ve hakkı korumak, bu konulardaki mevcut ya da duruma göre müstakbel bir tehlikeyi engelleyip bertaraf etmek, hak ihlallerinin önüne geçmek şeklinde gerçekleşen somut amaç, aynı zamanda objektif anlamda hukukun gerçekleşmesine, hukuk düzeninin korunması ve ayakta kalmasına da hizmet etmektedir.

Bu noktada yargılama hukukları, hukukî barışı, bu yolla toplumsal barışın korunmasını da sağlamayı amaçlar. Bir hak ihlali, hangi alanda olursa olsun engellenmez ya da ortaya çıktıktan sonra etkileri ortadan kaldırılıp sonlandırılmazsa, en azından bu konuda toplumda bir güven oluşturulamazsa hukuka güven ve saygı kaybolur, toplumsal barış bozulur. Bunun sonucunda bir süre sonra kişiler haklarını kendi elleriyle arama ve koruma yoluna başvururlar; hatta başvurmak zorunda kalırlar. Bu ise toplumsal düzeni ve hukuk düzenini yıpratır ve bozar. Bu açıdan yargılama hukuku, hak ihlallerini ortadan kaldırmaya, sonuçlarını telafi edip düzeltmeye, hatta önceden hakkın ihlaline engel olarak hukuk barışı ve toplumsal barışı korumaya hizmet etmektedir<sup>10</sup>. Esasen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesinin başlangıcındaki şu

<sup>8</sup> Pekcanitez, Atalay ve Özkes, (n 5) 188; Erdönmez (n 5) 782; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 93; Meriç (n 5) 21, 47 vd.

<sup>9</sup> Her ne kadar AİHS m. 6'da ifade olarak medenî (özel hukuk alanında) hak ve yükümlülüklerle cezaî alandan bahsedilmişse de, idarî yargı da maddenin (adil yargılanmanın) kapsamındadır. Bu konuda örnekler ve açıklamalar için bkz. Sibel İnceoğlu, Nilay Arat, Erkan Duymaz, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Emsal Kararlar* <<https://rm.coe.int/adil-yargilanma-hakkina-iliskin-turk-emsal-kararlar-kitabi/1680a725fb>> Erişim Tarihi 14.12.2023. Ayrıca bkz. Oğuz Sancakdar ve Lale Burcu Önüt, *İdari Yargılama Hukuku* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 521 vd.

<sup>10</sup> Bu konuda bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 5) 7 vd.; Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 727 vd.; Tanrıver (n 2) 133; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 12.

ifade, hem yerel hem uluslararası alanda, hukuk yoluyla hakkın sağlanamamasının sonuçlarını çok kısa ve net olarak ortaya koymaktadır.

“İnsanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının esaslı bir zaruret olmasına,...”

Burada zikredilen hukuk yolu ise öncelikle maddî hukuk, nihaî ve pratik olarak yargılama hukuku ve onun devamındaki yerine getirme, takip ve infaz hukukudur.

Yargılama hukukları, tüm bu amaçları içinde hukukun manevî amacı olan adaletin gerçekleşmesine de hizmet edecektir. Norm/kural aracılığıyla düzeni sağlamayı amaçlayan hukuk (hukukun görünen-şekli amacı), bu normun bir ihtiyaca uygun düzenlenmesi ve uygulanması ile somut olarak kendini gösterir (hukukun maddî-içeriksel amacı)<sup>11</sup>. Ama hukuku hukuk yapan asıl unsur, manevî, etik amacı olan adaleti gerçekleştirmektir. İnsanlığın üstün bir değeri olan adalet zedelendiğinde, hukukla adalet arasındaki bağ ve denge kaybolduğunda, norm ve uygulama düzeyinde adaletten uzaklaşıldığında bunun tüm sosyal kurumları ve devlet yapısını etkileyeceği tartışmasızdır. Bu açıdan da yargılamanın hem süreci hem sonucu adalet hissini, bu temel değerleri korumayı da amaçlar, amaçlamalıdır<sup>12</sup>.

Bu genel yaklaşım çerçevesinde, aslında yargılama hukuklarının önemli bir kesinişen noktası bulunmaktadır. Tütünün çıkış ve hatta varmak istediği ana nokta aynıdır. Bununla birlikte özellikle bağlantılı oldukları maddî hukuk alanlarının da bir yansıması olarak bazı amaç farklılıkları ortaya çıkmakta ve en azından tartışılmaktadır.

Yargılama hukukunun amaçlarından biri, sübjektif ya da objektif anlamda, özel veya genel, bireysel ya da kamusal hakların gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Bu kapsamda medenî yargı, özel hukuk alanında tezahür eden daha sübjektif ve bireysel hakların; ceza yargısı ise ceza hukuku alanındaki kamusal hakların, kamu düzeninin korunması ve yerine getirilmesine hizmet eder. Örneğin, özel hukuk alanında sözleşmenin ihlâli, borcun yerine getirilmemesi durumunda medenî yargıda, davacı alacaklının alacak hakkı korunmaktadır, burada sübjektif bir hakkın yerine getirilmesi öncelikli amaçtır. Ceza yargısında ise, bir kimseye karşı suç işlenmiş olsa da, burada temel olarak kamu düzeninin korunması, kamusal amaç öne çıkmaktadır. Nitekim mağdurun rızasının önemli ölçüde duruma etkisinin olmaması, bu yargılamada Cumhuriyet Savcısının yer alması bu sebeptedir. İdarî yargı ise, kısmen bireysel menfaatlerin kısmen kamusal menfaatlerin korunmasını ya da duruma göre her ikisinin gerçekleşmesini sağlar. Bireysel işlemlerle ilgili uyuşmazlıklarda daha çok kişiye özgü, belirli bir sübjektif hak öne çıkmaktayken düzenleyici işlemlerde daha çok kamusal yarar öne çıkmakta, genel ve kişilik dışı durum söz konusu olmaktadır. Şüphesiz her

<sup>11</sup> Özekes (n 1) 16 vd.

<sup>12</sup> Özekes (n 1) 17; Tekin Akıllıoğlu, *Hangi Hukuka Giriş (Hukuk Üst Dili İncelemesine Giriş)* (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 149 vd.

ikisinde de hem özel hem genel menfaat gözardı edilemez. Ancak idarî yargıda, ceza yargısından farklı olarak bir konuda ilgili kişilerin dava açmaması durumunda bir yargılama başlamamaktadır. Oysa ceza yargılamasında, ilgili kişiden bağımsız olarak Cumhuriyet Savcısı kamu adına dava açarak kamusal menfaati korumaktadır.

Hangi alanda olursa olsun bir hakkın korunması ve yerine getirilmesi, aynı zamanda objektif olarak hukuk düzeninin, hukukî barışın korunmasına, adaletin gerçekleştirilmesine hizmet eder. Bunun için de önce doğru bir karara giden yolda gerçeğin de tam olarak belirlenmesi zorunludur.

Bu noktada, özellikle ceza hukukçuları tarafından kanaatimizce çok yanlış şekilde zaman zaman seslendirilen medenî yargı ile ceza yargısı arasındaki maddî gerçek-şekli gerçek tartışmasının çok anlamlı bir tartışma olmadığını ve bu ayrımı doğru bulmadığımızı belirtmek isteriz. Aşağıda bu tartışmaya ayrıca yer vermekle beraber, burada tüm yargılama hukuku alanlarından gerçekten vazgeçilmediğini, deyim yerindeyse amacın sınırlı ve görünür, şekli bir gerçek olmadığını, gerçeğin her hâlükârda araştırıldığını, ancak temeldeki maddî hukuk ilişkisinden kaynaklı olarak bunun arayış yönteminin değiştiğini vurguluyoruz. Zira, örneğin özel hukuktaki irade serbestisinin sonucu olarak tarafların hakları üzerinde tasarruf etmeleri, sözleşme yapmaları mümkün olduğu gibi, bunun yargılamada da belirli ölçüde devam ettiği, tarafların sulh olabildikleri, feragat veya kabul ile davayı sonuçlandırabildikleri tereddütsüzdür. Taraflar hukuka uygun şekilde anlaşılırsa hâkimin buna rağmen yargılamaya devamı mümkün değildir. Oysa ceza yargılamasında korunan menfaat sebebiyle böyle bir durum kural olarak düşünülemez. İşte bu farklılık duruma göre ispat ve deliller bakımından da farklılığa yol açmaktadır. Yine bu kapsam, medenî yargıda bir davada ispatın yeterince yerine getirilmemesi halinde, bu ispatsızlığın rizikosuna ispat yükünü taşıyan hangi tarafsa o katlanacaktır. Ceza muhakemesi hukukunda ise bu sorun “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi ile çözülmüştür, yani ispat yükü her zaman iddia makamındadır. İdarî yargıda ise medenî yargıya yakın bir durum olsa da, medenî yargıdaki kadar dava üzerinde tasarruf imkânı bulunmamakta, özellikle düzenleyici işlemler bakımından bazı sınırlamalar söz konusu olabilmektedir.

İdarî yargının amaçları hakkında daha somut bazı tespitleri, konumuz bakımından önemi sebebiyle aşağıda ayrı bir başlık altında yapmak uygun olacaktır.

## ***2. Adli Gerçek: Şekli Gerçek-Maddî Gerçek Ayrımının Anlamsızlığı (Hukuk ve Mantık İlişkisi İçinde Bir Değerlendirme)***

Yargılamanın amacı nedir sorusuna cevap aranırken, gerçeğin tespiti ve gerçeğe ulaşmak da, bu konudaki amaç ve tartışmalar arasında ele alınmaktadır. Aslında gerçeğe ulaşmak, yargılamanın aslî amacı değildir. Çünkü, önemli olan hakkın yerine getirilmesi, uyuşmazlığın ortadan kaldırılması, haklıya hakkının teslimi, hukuk

ihlâlinin giderilmesidir. Bu da somut, pozitif ve görünür olarak hükümle, içerik ve tatminkârlık bakımından ise o hükmün adil olmasıyla, yani adaletin gerçekleşmesiyle sağlanır. Bir hüküm gerçek haklılığı ne kadar tespit edip uyuşmazlığı giderici özellik taşıyor ve ona duyulan saygı da “evet hak yerini buldu” diyecek şekilde sağlanıyorsa yargılama amacına ulaşmış, hukuk devletine güven, hukukî ve toplumsal barış korunmuş olur.

Hükmün hukukî bakımdan tatminkâr olması, adaleti (*Iustitia*) gerçekleştirme için öncelikle ne olup bittiğinin tam olarak anlaşılması, yani mahkemenin, hâkimin bilgisinin dışında ve o yargılamadan önce var olan ve belki de halen devam eden dış alemdeki gerçeğin (*Veritas*) doğru tespiti ve anlaşılması zorunludur. Bir kimsenin suçlu veya masum olduğunu anlamak için örneğin, o kimsenin o suç işlendiği sırada orada olup olmadığının, suça dahlinin bulunup bulunmadığının anlaşılması, yani bu konuda hayat olayının bilinmesi, algılanıp anlaşılması zorunludur. Bu ise pür hukukî bir mesele değil, doğrudan hayata ve algıya dayanan bir meseledir. Bu “gerçeklik” çözülmeyen, doğru bir hukukî nitelendirme ve değerlendirme yapılması da mümkün olmayacaktır<sup>13</sup>. Çünkü, gerçek olan bir hukukî işlemse, ona hukukî bir fiile ilişkin hükümler uygulanamaz. Bu işlem, özel hukukta genel anlamda hukukî işlem, idare hukuku anlamında bir idarî işlem olarak, eylem ise özel hukuk alanında haksız fiil, ceza hukuku anlamında suç, idare hukukunda idarî bir eylem olarak nitelendirilecektir. Ancak önce “olan nedir?” sorusunun cevabı, yani gerçek bulunmalıdır. O bulunmadan yapılacak hukukî değerlendirme, eksik, yanlış, sakat olacak, bu çerçevede verilen hüküm de adaletten uzaklaşacaktır. O zaman “hangi gerçek?” sorusu karşımıza çıkmaktadır.

Hangi gerçek sorusu cevaplanırken bu noktada özellikle ceza hukuku doktrini tarafından, ağırlıklı şekilde kanaatimizce çok anlamlı ve yerinde olmayan şekilde maddî gerçek-şeklî gerçek ayrımı yapıldığı; hatta ceza yargılamasının bu açıdan diğer yargılama alanlarına göre bir üstünlüğünün de olduğu savunulmaktadır. Bu düşünceye göre, ceza muhakemesinde maddî gerçek araştırılır; hatta o kadar iddialıdır ki, sonunda bu maddî gerçek de bulunur!

Bunun aslında gerçekle bağdaşmayan bir iddia, teori ve kabul olduğunu söyleyebiliriz. Bu iddianın haklı olabilmesi için maddî gerçeğin, bir açıdan değişmez, şaşmaz “mutlak gerçekliğe” ulaşması gerekir veya beklenir. Burada gerçek ve hakikat konusundaki derinlikli felsefî tartışmalara girmiyoruz. O bu çalışmanın konusunu aşmaktadır. Burada şeklî gerçek, maddî gerçek, mutlak gerçek ve adlî gerçek üzerinde durmakta yarar vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her yargılama insan unsurunu içinde barındırır, zaman, mekân, imkânla sınırlı bir süreci ifade eder. Sınırlamanın

<sup>13</sup> Tüm yargılama hukuku alanlarında esasen ispat faaliyeti öncelikle gerçek durumu, hukukî nitelendirmeye esas olacak gerçekliği tespitte yönelmektedir. İspat hakkı, farklı hukuk alanlarında durumu ve amacı için bkz. Pınar Çiftçi, *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları* (Adalet Yayınevi 2018) 20 vd.

olduğu yerde ise mutlak gerçeklik iddiası, ancak bir iddia olarak kalabilir. Arzulanan şey gerçeğin, tam, eksiksiz, yanılıgsız tespitidir. Ancak, zaman, mekân, imkân sınırlamaları, yargılamanın belirli süre, süreç ve sınırlarla yürütülmesi; yargılamanın hükmü veren, hükmü etkileyen ve hükmün tarafları şeklindeki süjelerinin insan olması, insanın da sınırlarının bulunması, ne kadar dikkat edilirse edilsin mutlak gerçeği bulmayı pek mümkün kılmaz<sup>14</sup>. Aslında bu yargılamadan da beklenen şey değildir, insan sınırlarının dışındadır; bundan dolayı mutlaklık değil, nisbi bir gerçekliğe razı olunulmaktadır<sup>15</sup>. Bu sebeple ceza yargılaması hukuku hangi imkânları kullanırsa kullansın, ceza yargılamasında ne kadar iddialı olunursa olunsun, ulaşılan gerçeğe ne isim verilirse verilsin, ulaşılan gerçek sınırlar ve imkânlar dahilindeki gerçektir.

Aslında her yargılama kolu ve alanında nihayetinde ulaşılan gerçek “*adli gerçek*” olarak adlandıracağımız gerçektir ki bu da hüküm olarak tezahür eder, kendini gösterir<sup>16</sup>. Yargılama ise o gerçeğe ulaşmak için yürütülen süreç, prosedür ve usûldür. Bu süreç içinde aslında bir mantikî muhakeme yürütülür. Klasik mantık içinde, norm/kural (ki içinde koşul vakıaları, yani hukukun aradığı sonuç için temel unsurları) mantıktaki büyük önermeyi ifade eder; somut olay, yani gerçek ise küçük önermeyi ifade eder. Bu ikisi arasındaki atlama faaliyeti sonunda bir karar, hüküm (normun amaçladığı sonucun somutlaşmış hali) ortaya çıkar. Aslında yargılama, süreç olarak bu klasik mantık silsilesi yanında, diğer yandan da çoklu bir mantikî bütünlüğü de içinde barındırmaktadır.

Klasik mantık anlayışında 1 ve 0 (var veya yok, o veya değil), bu budur veya değildir anlayışı hâkim olup yukarıdaki atlama faaliyetinde de benzer durum karşımıza çıkar. Ancak yargılama her zaman, hatta çoğu zaman böyle işlemez; bazı durumlarda hükmün bu şekilde oluşması istense de mümkün değildir. Klasik mantık, belirli bir kesinliği, hepsi veya hiçbiri, o veya değil, 0 ya da 1 keskinliği ile bir belirleme yaparken; bulanık (veya çoklu) mantık, kısmî bütünlüğü, onu ve onun olmadığı durumları, 0 ve 1 aralığındaki sürekliliği de esas alabilmektedir. Basit anlatımla, düğmeye basınca sadece belirli ısı gücüyle çalışan bir ısıtıcı klasik mantıktır. Çünkü, düğmeyi açınca belirli derecede ısıtır veya kapatınca ısıtmaz; yani ya belirli derecede ısıtır ya da ısıtmaz, arası yoktur. Ancak farklı bileşenleri de (odanın nem durumu, kişi sayısı, hava temizliği vs.) dikkate alarak çalışan sensörlü bir klima sistemi klasik, tekil mantıkla değil, çoklu, bulanık mantıkla hareket eder. Bu sistemde ara bileşenler de dikkate alınır, ısıtır veya ısıtmaz şeklinde değil, farklı derecelerde ve farklı koşulları dikkate alarak ısıtmak söz konusudur.

<sup>14</sup> Feridun Yenisey ve Ayşe Aykut Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 84.

<sup>15</sup> Yenisey ve Nuhoğlu, (n 14) 84; Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Baskı, Beta Yayınları 1989) 27. Kunter, bu konuda, muhakemede delillerin hiçbir zaman objektif muhakkaklığı göstermeyeceğini, delillerin gösterdiğinin bir “ihtimal” olduğunu, ihtimal bir dereceye vardığında bunun kanaat oluşturduğunu, bunun da şüpheli yenen ve aksinin mümkün olmadığını düşündüren bir kanaat olması halinde karar verileceğini belirtmektedir (Kunter (n 15) 592-593). Ayrıca bkz. Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Nisan Kitabevi 2022) 9.

<sup>16</sup> Şahin ve Göktürk bunu “Maddî gerçek, son tahlilde, hüküm makamının mutlak gerçeğidir” diyerek, aslında maddî gerçek veya mutlak gerçek denilen şeyin yargı organının belirlediği gerçekle sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 27.

Yargılamada salt basit atılma faaliyeti, süreç olarak klasik mantığın yansımasıdır. Ancak yargılama sadece bu esasa dayanmaz. Farklı ispat kuralları ve delil alternatifleri, süreç içinde iki tarafın yargılamaya etkileri, hatta hükmün farklı ihtimallere göre değişkenlik gösterebilmesi çoklu/bulanık mantığın yansımalarıdır. Bir suçun işlenmesi karşısında çoğunlukla tek bir ceza değil belirli aralıklarda, örneğin 3 ilâ 5 yıl gibi cezaların kabulü; yine tazminat hesaplamalarında, örneğin kusura ya da hakaniyete göre takdir ve değişkenlik gösteren tazminat hesapları böyledir. Görünürde gerçek tektir, ancak o gerçekle var olan başka gerçekler hükmü değiştirebilmekte, adeta oda sıcaklığını ayarlayan klima gibi farklılaşabilmektedir.

Bu mantıkî silsile içinde dahi maddî gerçekten tam olarak söz etmek çok iddialı bir yaklaşımdır. Alışılmış tekrarların kabulü ile aynı şeylerin değişmez şekilde vurgulanması sonucu, bugün aslında pek de temeli olmayan iddialı bir “maddî gerçeklik” üstenciliği ile soruna yaklaşmak artık anlamını yitirmiştir. Belki bu yaklaşım, değişmez gerçeği işkence ile de olsa ne pahasına olursa olsun bulma iddiasındaki Engizisyon veya ihtilâl mahkemelerinin izlerini taşıyan bir gerçeklik anlayışı olabilir.

Kanaatimizce maddî gerçek, şekli gerçek ayrımı temelde sunî bir ayırmadır<sup>17</sup>; ayırım sunî olunca da varılan sonuç da aslında doğru olmamaktadır. Bir süreci ifade eden, bu süreç içinde birçok farklı alternatifini içinde barındıran yargılama, birbirine zincirleme bağlı olan bir bütüncül yapıdır. Bu sebeple süreçteki bir eksiklik, hata, zincirdeki zayıf bir halka, sonucu, yani hükmü de etkileyecek, sakatlayacaktır. Bu ihtimalin kendisi dahi maddî gerçek iddiasını boşa çıkarmaktadır. Hangi yargılama alanında olursa olsun farklı şekillerde kendini gösterse de ispat faaliyetinin temel amaçlarından biri, o yargılama içinde kendi yöntemlerince gerçeğin doğru ve tam tespitidir. Gerçeğin maddîsi veya şeklîsi olmaz, gerçek ya doğru tespit edilmiştir ya da edilmemiştir<sup>18</sup>.

Farklı alanlardaki yargılamaların biraz da kaynaklandıkları maddî hukuk alanlarının etkisi, nitelikleri ve yapıları sebebiyle farklı usûlleri benimsemesi, farklı ilke ve özelliklerinin olması, onların gerçeği aramaktan vazgeçtiği veya sınırlı bir gerçeğe razı olduğu şekilde yorumlanamaz. Örneğin, hukuk yargılamasında ceza ve idare hukukuna göre daha geniş bir tasarruf imkânı, daha fazla irade serbestisi vardır. Hatta tahkim gibi yargılama yapacak makam, kişi ve usûlü seçme şansı dahi bulunmakta, deliller hakkında sözleşme yapılabilmektedir. Çünkü, dayandığı maddî hukuk alanı olan özel hukukta da irade serbestisi söz konusudur. Anı şey ceza hukukunda veya tam olarak idare hukukunda söylenemez. Bu sebeple özel hukukta ve onun yansıması olan hukuk yargılamasında belirli konularda rıza, uzlaşma, irade önem taşır. Oysa ceza hukukunda ve ceza yargılamasında, örneğin usûlî sözleşmeler yapılamaz, sınırlı

<sup>17</sup> Ayrıca bkz. Pekcanitez (n 10) 30; Pekcanitez, Atalay ve Özekes (n 5) 10; *Tanrıver* daha kestirme bir ifade ile “Gerçeğin şeklîsi maddîsi olmaz; bir şey ya gerçektir ya değildir” diye ifade etmektedir Tanrıver (n 2) 134.

<sup>18</sup> Aynı şekilde bkz. Tanrıver (n 2) 134.



konular dışında rızaya dayalı işlem tesisi söz konusu olmaz<sup>19</sup>. Özel hukukta hukukun sınırları içinde kaldıkça iki kişinin sözleşmesine müdahale edilemiyorsa, yargılama sırasında da (serbest iradenin söz konusu olduğu durumlarda) yine bu kişilerin uzlaşmalarına engel olunamaz. Bu durum, medenî yargıyı “şekli” gerçekliğe hapsetmek demek değildir, bizatihi o alanın gerçeği odur. Dışarda müdahale edemediğiniz, dış müdahaleye kapalı gerçeğe, deyim yerindeyse yargılama içinde de müdahale edemezsiniz, tarafların gerçekliğine rıza göstermek, kabullenmek zorundasınız.

Sonuç olarak medenî, ceza veya idarî yargı hangisi olursa olsun, hukukun kabul ettiği sınırlar ve belirli bir usûl çerçevesinde, zaman, mekân, imkân ve insan sınırları içinde bir gerçek araştırması yapılır, bu da yargılamanın sonunda “karar/hüküm” olarak karşımıza çıkar. Hüküm olarak ortaya çıkan şeyse *maddî gerçek* kadar iddialı, *şekli gerçek* kadar sınırlı, *mutlak gerçek* kadar insan üstü olmayan “*adli gerçeği*” oluşturur<sup>20</sup>. Çünkü hüküm, yargılama alanının usûlüne bağlı olarak elde edilen çıktı ve adli sürecin ortaya çıkardığı gerçeği ifade eden şeydir, kabuldür. Bunun dış alemdeki gerçekle (yani olanla) örtüşmesi istenir, ona çalışılır, arzulanan odur; ama bu her zaman mümkün olmayabilir.

Yargılama sonucunda varılan adli gerçekle (hüküm), dış alemde var olan, oluşmuş gerçeği ifade eden maddî gerçek (oluş), ne kadar örtüşürse adalet o kadar tecelli eder, hukuka o kadar güven duyulur. Ancak hukuk düzeni bunların arasındaki sapmaya da çare üretmeye çalışmıştır. Şayet hüküm olarak adli gerçeğin, maddî gerçekten, süreç veya sonuçtan kaynaklı olarak uzaklaşmış olduğu sonradan bir şekilde anlaşılırsa, iade-i muhakeme, yargılamanın yenilenmesi yolu kabul edilmiştir. Bu, tüm yargılama alanları için kabul edilmiş bir sistemdir. Şayet ceza yargılaması iddia edildiği gibi maddî gerçeğe tam ulaşabilmiş olsaydı, bu sorun sadece medenî ve idarî yargının sorunu olurdu. Oysa, bu konu daha ağırlıklı ve hatta hayatî olarak ceza yargılamasında önem taşımaktadır. Burada dikkat çeken diğer husus, olağanüstü bir kanun yolu sayılabilecek olan kanun yararına bozmada karşımıza çıkmaktadır. Medenî ve idarî yargıda kanun yararına bozma sonucunda bunun mevcut duruma ve taraflara doğrudan bir etkisi olmayıp deyim yerindeyse temel bir hukuk yanlışlığına dikkat çekilmektedir. Ceza yargısında ise, kanun yararına bozma aynı zamanda somut etkileri olan ve sonucu değiştiren bir niteliğe sahiptir. Görüldüğü üzere, tüm bu somut düzenleme ve tedbirler dahi, ceza yargılamasının da (doğal olarak) maddî gerçeği araştırmadaki aczinin bir yansımasıdır.

Bu sebeple, gerçek gerçektir. Sadece yargılamaların temellerindeki maddî hukuktan da kaynaklı özellikleri sebebiyle, bu gerçeğin araştırılmasında farklılıklar olabilir<sup>21</sup>. Ceza yargılamasındaki maddî gerçek görüşlerinin temelinde, ceza yargılamasındaki

<sup>19</sup> Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 1) 49.

<sup>20</sup> Pekcanitez (n 10) 30; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 5) 10; Tanrıver (n 2) 134 vd.

<sup>21</sup> Tanrıver (n 2) 134 vd.



serbest delil sistemi ve yargılamada her türlü delilin kullanılabilmesi, delillerin araştırılması ve takdirindeki serbestlik yatmaktadır. Medenî ve idarî yargılama hukukundaki -bu alanların niteliğinden ve bağlı oldukları maddî hukuktan kaynaklanan- ispat ve delil sınırlamalarından dolayı, ceza yargısının maddî gerçeği araştırdığı ileri sürülmektedir.

Ceza hukuku doktrininde, ceza yargısında maddî gerçeğin araştırıldığı görüşünü savunanlar, bu konuda medenî yargılama ile ceza yargılaması hukuku arasında ispat kuralları bakımından bir uyumun sağlanması, bunun da en kolay yolunun ceza yargılamasındaki delil serbestisi anlayışının medenî yargı alanında da kabulü olduğunu belirtmektedirler<sup>22</sup>. Aşağıda ayrıca üzerinde duracağımız üzere, biz de belirli ölçüde yargılama birliği yaklaşımına düşünce olarak yakınız. Ancak gerçek konusundaki tartışma ve sorunlar bu yolla çözülecek nitelikte değildir. Bu noktada medenî ve ama özellikle idarî yargıdaki deliller ve delil değerlendirilmesinin belirli ölçüde katı, ayrıca artık zamanın gereklerine ve amaca hizmet etmediği kanaatindeyiz. Bu sebeple bu iki yargı alanında özellikle deliller ve delillerin değerlendirilmesinin gözden geçirilmesi yararlı olacaktır. Bununla birlikte 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile bu konuda oldukça geniş bir alan oluşmuştur. Örneğin, hukukî işlemler dışında zaten deliller sınırlı değildir, kaldı ki hukukî işlemlerde de geniş belge tanımı, delil başlangıcı gibi kurumlar, deliller bakımından oldukça geniş bir alan açmaktadır<sup>23</sup>. Aslında medenî yargıda düşünüldüğü kadar bir delil sınırlaması da yoktur. Her türlü delille ispatın mümkün olduğu oldukça geniş bir alan vardır. İdarî yargı alanında her türlü delille ispatın mümkün olduğu söylene de, yazılılık ve bazı delillerin tam olarak idarî yargıda kullanılamaması ve değerlendirilememesi sebebiyle, ayrıca ispat ve delil hukukundaki yeni yaklaşımlar da dikkate alınarak bu konuda yeni yaklaşıma daha çok ihtiyaç duyulduğunu düşünüyoruz. Şüphesiz idarî yargıda da bu konuda da hukuk yargılamaya belirli bir atıf varsa da (İYUK m. 31), burada ya idarî yargının kendine özgü bir genişletme veya hukuk yargılamasındaki gelişmelere uygun bir yaklaşımı idarî yargı kapsamında ele almak yararlı olacaktır.

### 3. İdarî Yargıda Amaç Sorunu

İdare hukuku doktrininde medenî yargı ve ceza yargısındaki ölçüde yargılamanın amacı açıkça tartışılmamıştır<sup>24</sup>. Ancak bu durum idarî yargıda amaç sorununun gözardı edildiği anlamına gelmemektedir. Bu konuya çoğunlukla idarî yargının özellikleri, görev alanı, işlevi, genel çerçevesi ortaya konulurken farklı şekillerde açık veya örtülü değinilmektedir.

<sup>22</sup> Bahri Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 208, dn 44.

<sup>23</sup> Bu konuda Ünver/Hakeri, genel ceza hukuku yaklaşımından ayrılarak, aslında medenî yargılamada da maddî gerçeğin araştırıldığını, şekli gerçek denilen şeyin aslında kullanılan araçlarla ilgili olduğunu belirtmektedir (Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 49. Ayrıca bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 6) 536, dn 651.

<sup>24</sup> Örneğin, ceza ve medenî yargıya ilişkin genel eserlerde bu konu ayrı bir başlık altında incelenmiş olmasına rağmen, idarî yargıya ilişkin genel eserlerde bu şekilde ayrı bir inceleme bulunmamaktadır. Bulunmalı mıdır, gerekli midir konusunda tartışmıyor, sadece bir tespitle yetiniyoruz.

Aslında idare hukuku alanında medenî yargı ve ceza yargısı kadar tam bağımsız bir amaç belirlemenin de kolay olmadığını söylemek mümkündür. Çünkü, çok genel anlamda medenî yargının konusunun temelinde özel hukuk, ceza yargısının konusunun temelinde maddî ceza hukuku yatmaktadır ve bu iki yargı kolu kendi ait oldukları maddî hukuk alanındaki amaçların gerçekleşmesine hizmet ederler. Ancak aynı şey idarî yargı için tam olarak söylenemez. Her şeyden önce medenî yargı-ceza yargısı çok eski zamanlardan beri, adeta doğal bir ayırım olarak kabul edilse de, idarî yargının ortaya çıkışı daha yeni zamanlara tekabül etmektedir<sup>25</sup>. Nitekim medenî ve ceza yargısında da, zaman zaman bir tartışma yapılırsa da, yargı birliği konusu sıklıkla gündeme gelen, üzerinde durulan, genel eserlerinde gündem oluşturan bir konu olmamıştır. Oysa birçok idarî yargılama hukuku kaynağında, yargı birliği ve yargı ayrılığı üzerinde özellikle durulmaktadır<sup>26</sup>.

Bunun yanında idarî yargının tüm maddî idare hukukunu kapsadığı da söylenemez. Ülkemizde, idarenin taraf olduğu veya aslında temeli maddî idare hukukuna dayanan bazı konularda, medenî yargının görevli olduğu görülmektedir. Öncelikle idarenin taraf olduğu her uyuşmazlık idarî yargının konusu değildir. Burada kamu gücünün tam olarak ortaya çıkmadığı, kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerinin söz konusu olmadığı durumlarda, idare taraf olsa da bu konudaki uyuşmazlıklar medenî yargıda görülmektedir. Keza yine idarî yargının alanına girmesi mümkün olan uyuşmazlıkların bir kısmı da, farklı sebeplerle yapılan özel düzenlemelerle, kanunla medenî yargıya bırakılmış bulunmaktadır<sup>27</sup>. Bunların yerindeliği tartışılabilir de, bu ayrı bir konu olup idarî yargının konusu olan bazı hususların medenî yargı alanında ele alındığı gerçeği karşımızda durmaktadır.

İdarî yargının bu yapısı, ister istemez idarî yargının amacı konusuna da daha farklı bakılması sonucunu doğurmaktadır. Öncelikle belirlemek isteriz ki, yukarıda üzerinde durduğumuz tüm yargılama hukuklarını kapsayan, genel anlamda yargılama hukukunun amacı, aynı zamanda idarî yargının da amaçlarını oluşturmaktadır. Yani, özel veya genel bir hakkın korunması, hak ihlâlinin engellenmesi, hukukî korunma ve hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilmesi, adil yargılanma hakkının sağlanması, objektif olarak hukuk düzeninin ayakta kalması, hukuk barışının korunması, bunlar için gerçeğin araştırılması, adaletin gerçekleştirilmesi gibi amaçlar aynı zamanda idarî yargının da gözdardı etmediği, ortaya koyduğu amaçlardır. Burada, bir yargılama

<sup>25</sup> İdarî ve medenî yargı farkı için bkz. Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 4-5; iki yargı yolu ilişkisi için bkz. Kuru ve Aydın (n 25) 88 vd.

<sup>26</sup> A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku C. II* (10. Baskı, Turhan Kitabevi 2022) 21 vd.; Turgut Tan ve Bahar Bayazıt, *İdare Hukuku* (11. Baskı, Turhan Kitabevi, 2023) 640 vd.; Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (25. Baskı, Ekin Yayınları 2023) 748-749; Metin Günday, *İdari Yargılama Hukuku* (2. Baskı, Turhan Kitabevi 2022) 51 vd.; Sancakdar ve Önüt (n 9) 43 vd.; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023) 171 vd. Ayrıca bkz. Lütfi Duran, 'İdari Yargı Adileşti', *Türkiye Yönetiminde Karmaşa* (Çağdaş Yayınları 1988) 57 vd. Vergi yargısı bakımından yapılan tartışma hakkında bkz. Yusuf Karakoç, *Vergi Yargılaması Hukuku* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2021) 185 vd.

<sup>27</sup> Gözler ve Kaplan (n 26) 758 vd.; Gözübüyük ve Tan (n 26) 202 vd.; Günday (n 26) 190 vd.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 26) 180 vd.; Sancakdar ve Önüt (n 9) 119 vd.

alanının bu amaçları gerçekleştirme yönteminin farklı olması, bu amaçların gözardı edildiği anlamına gelmez. Sadece idarî yargıda bunlar nasıl ele alınıp sağlanacaktır onun açıklanması gerekir.

Bu genel amaçlar dışında, idarî yargının kendine özgü amacı nedir sorusuna da cevap aranmalıdır. Örneğin, altında özel hukuk olan medenî yargı, her zaman olmasa da ağırlıklı olarak sübjektif hakların gerçekleştirilmesine hizmet eder. Ceza yargısında ise, suç denilen olguyla ağır şekilde ihlâl edildiği düşünülen kamu düzeninin korunması, yani kamusal amaç ön plandadır. İdarî yargıda ise bir çeşitlilik söz konusu olabilmektedir. Bir yandan sübjektif menfaatlerin, hakların korunması, ancak diğer yandan da kamusal bir yarara hizmet edilmesi karşımıza çıkmaktadır<sup>28</sup>. Anayasa Mahkemesinin şu tespiti bu konuya ışık tutmaktadır<sup>29</sup>:

“Adli yargının amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nasafet kurallarına göre çözümlenerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde idari yargı denetiminin ana ereği, idarenin, idare hukuku alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Başka bir deyimle idari yargı denetiminin amacı, idarenin, kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması, ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem, tesis etmesi hallerinde, bu eylem ve işlemleri yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden iptal etmek suretiyle idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır. Şu yön de açıklanmalıdır ki, hukuka ve mevzuata aykırı olması nedeniyle bir idari işlemin iptal edilmesine ilişkin karar, geçmişe yürüyerek, yani sakat idari işlemin yapıldığı günden itibaren hüküm ifade eder. Bundan dolayı iptal hükmü idareye iptal edilen idari işlemde önce mevcut olan ve bu işlemle değiştirilmiş bulunan hukuki durumu aynen iade etmek zorunluluğunu yükler.”

Bu anlamda idare hukukunda birden fazla amaç aynı anda karşımıza çıkmaktadır<sup>30</sup>. Çünkü, idare hukuku her zaman tek yönlü bir ilişki değildir. Bu açıdan da özellikle idarî işlemler farklılık gösterir<sup>31</sup>. Örneğin, iki yanlı idarî işlemler denilen idarî sözleşmeler için, süreci özel hukuktan farklı işletilse ve sonuçları biraz daha farklı olsa da, nihayetinde bir tarafı idare olan iki karşılıklı iradeye ihtiyaç duyulmaktadır<sup>32</sup>. Bunların ihlâli halinde oluşacak durum ve başvurulacak yollarla, kamu gücünün baskın olduğu tek taraflı idarî işlemlerde oluşacak durum ve ortaya çıkacak uyuşmazlıklar ile bunlar için yapılacak yargılamalarda amaç belirlemesi biraz daha farklı olmak durumundadır.

İdarî yargının amacını belirlerken idarî uyuşmazlıklar bakımından önemli bir kategori oluşturan idarî işlemlerin unsurları içindeki amaç unsurunun yol gösterici

<sup>28</sup> Duran (n 26) 64.

<sup>29</sup> AYM, 25.05.1976, E.1976/1, K.1976/28, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1976/28>> Erişim Tarihi 14.12.2023.. Yine yukarıda zikredilen AYM'nin 1991 tarihli kararında da, benzer şekilde “...kamu yararı amacıyla yürütme ve yönetimin yasalara uygun davranarak hukuka bağlılığını sağlayan...” bir amaç belirtilmiş, kamu yararı amacı vurgulanmıştır.

<sup>30</sup> Duran, bir noktada, idarî rejimin bir “çemberin dörtgenliği” sorununa benzer bu konulardaki bir güçlüğü idarî yargı yoluyla aşmış belirtmektedir Duran (n 26) 55.

<sup>31</sup> Gözler ve Kaplan (n 26) 246 vd.; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku C. I* (14. Baskı, Turhan Kitabevi 2021) 335 vd.; Tan ve Bayazıt (n 26) 213 vd.; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023) 388 vd.

<sup>32</sup> Gözler ve Kaplan (n 26) 247 vd.

olabileceğini düşünüyoruz. İdarî işlemlerde ulaşılmak istenen nihaî amaç kamu yararındır<sup>33</sup>. Bu sebeple, nasıl ki medenî yargı her zaman olmasa da ağırlıklı olarak subjektif bir hakkın gerçekleşmesine hizmet eder; idarî yargının da bu anlamda kamu yararının gerçekleşmesine hizmet ettiğini söylemek mümkündür<sup>34</sup>. Şüphesiz her yargılama sonunda kamu yararıyla bağlantılıdır; burada kastımız idare hukuku anlamında genel bir amaç olarak kamu yararının sağlanması ve gözetilmesidir.

İdarî yargının amacı belirlenirken, uyumsuzluğun kaynağı ve konusu da önemlidir<sup>35</sup>. Örneğin, bireysel bir işleme karşı açılan davada gözetilen amaçla düzenleyici işleme veya idarî bir sözleşmeye karşı açılan davada gözetilen amaç her zaman aynı olmayacaktır. Keza iptal davasında “*hukuka aykırılığı*” gidererek idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak bakımından daha genel ve kamusal bir amaç söz konusu iken<sup>36</sup>, tam yargı davasında daha somut olarak “*kişisel hakkın*” zarar görmesi, ihlâli karşısında açılan bir dava mevcuttur<sup>37</sup>.

İdare hukukunun kamu hukuku karakteri ve bu özellikleri sebebiyle, ağırlıklı olarak kamu yararının, kamu düzeninin korunması şeklinde ceza yargılamasına yakın bir durum olduğu söylenebilir de, bunun tam olarak böyle olmadığını düşünüyoruz. Öncelikle yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki, idare hukuku kamu hukuku alanında olsa da ceza hukukundan farklı özelliklere sahiptir. Ayrıca teknik olarak da idarî yargının bu açıdan medenî yargıya nisbî bir yakınlığı mevcuttur. Nitekim yargı birliğinin olduğu sistemlerde, ceza yargısı ile değil medenî yargıyla bütüncül bir yaklaşım görülmektedir. Çünkü, idarî yargının olmadığı zamanlarda ve halen olmadığı ülkelerde bu tür uyumsuzluklar medenî yargı içinde değerlendirilmekteydi/tedir. Ayrıca daha somut olarak da İdarî Yargılama Usûlü Kanunu’nun 2. maddesi bu konuda yol göstericidir. İdarî davaların müsbet kapsamını belirleyen bu maddenin birinci fıkrasında,

“a) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,

b) İdarî eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

<sup>33</sup> Gözler ve Kaplan (n 26) 336 vd.; Gözübüyük ve Tan (n 26) 542 vd.; Tan ve Bayazıt (n 26) 906 vd.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 31) 463 vd.; Sancakdar ve Önüt (n 9) 275 vd.

<sup>34</sup> Duran, “İdarî davalar da, başlıca yürütme ve idarenin hukuka bağlılığını sağlamak suretiyle kamu yararını korumayı amaçladığından, ...” diyerek buna vurgu yapmaktadır. Ayrıca bkz. Duran (n 26) 64.

<sup>35</sup> Bu konuda idarî yargının ortaya çıkmasını gerektiren farklı koşullar ve bakış açıları hakkında bkz. Duran (n 26) 54 vd.

<sup>36</sup> Gözler ve Kaplan (n 26) 762 vd.; Gözübüyük ve Tan (n 26) 283 vd.; Tan ve Bayazıt (n 26) 781 vd.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 26) 105 vd.; Sancakdar ve Önüt (n 9) 145 vd.

<sup>37</sup> Gözler ve Kaplan (n 26) 773 vd.; Gözübüyük ve Tan (n 26) 688 vd.; Tan ve Bayazıt (n 26) 992 vd.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 26) 130 vd.; Sancakdar ve Önüt (n 9) 301 vd.

c) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.”

şeklinde bir belirleme yapılmıştır. Özellikle iptal davası ve tam yargı davası bakımından (a) ve (b) bendinde açıkça “*menfaatleri ihlâl edilenler*” ve “*kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar*” tarafından dava açılacağı belirtilmiş, idarî sözleşmelere ilişkin (c) bendinde ise “*taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklar*” olarak davanın çerçevesi çizilmiştir.

Görüldüğü üzere, idarî yargıda dava açılabilmesi için, kapsamı tartışılabilse de bir menfaat ihlâli ve ilişkinin muhatabı veya tarafı olmak gereklidir. Bu durumda ceza yargılamasındaki genel menfaat ve geniş kamu düzeni anlayışının dışında, medenî yargıya yakın bir durum söz konusudur. Yukarıda zikredilen amaçlar söz konusu olsa da nihayetinde idarî eylem veya işlemten dolayı menfaatin ihlâl edilmesi, hakkın etkilenmesi ve bu ihlâlin bertaraf edilmesi, ortaya çıkan hukuka aykırı durumun giderilip telafi edilmesi amaçlanmaktadır. Bu çerçevede medenî yargıdaki kadar dar ve sınırlı olmasa da, bir sübjektif hakkın gerçekleştirilmesine hizmet amacı ortaya çıkmaktadır. İptal davasında bu konuda daha geniş bir çerçeve çizilebilir, ancak tam yargı davasında bu kapsam daha sınırlıdır.

Diğer yönden gerçeğin araştırılması amacı bakımından ceza yargısındaki anlamda bir geniş çerçeve söz konusu değildir, yine bu yönüyle de medenî yargıya yakın bir durum bulunmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere maddî gerçek-şeklî gerçek ayrımına katılmıyoruz. Şayet medenî yargının şeklî gerçeği araştırdığı söylenecek olursa, idarî yargıda izlenen usûl sebebiyle bu şeklî gerçek yaklaşımının daha katı uygulandığı da söylenebilir. Ancak bu ayrımın anlamlı olmadığını, temeldeki maddî hukuktaki hukukî ilişkinin kuruluşu ve işleyişinin yargılamaya yansımalarının bir ürünü olduğunu, bu sebeple ilgili olduğu alanın sınırlarını aşmayan bir gerçek araştırması yapıldığını belirtmekte yarar vardır. İdarî yargı bakımından da aslında maddî gerçek-şeklî gerçek ayrımı değil, tüm yargı alanlarında olduğu gibi kendi yönteminde adli gerçek karşımıza çıkmaktadır.

## II. Yargılama Hukukunun Temel İlkeleri Bakımından Değerlendirme

Yargılama hukukunun kendine has birtakım özellikleri ve ilkeleri mevcuttur. Ayrıca yargılama alanlarına göre yargılama ilkelerinde birtakım farklılıklar karşımıza çıkmaktadır.

Medenî yargılama hukukunda, farklı ilkeler söz konusudur, ancak daha önce de belirttiğimiz üzere bunların içerisinde tasarruf ilkesi, taraflarca getirilme (hazırla-

ma) ilkesi, teksif ilkesi bu yargılama alanına karakteristik niteliğini veren ilkelere<sup>38</sup>. Ceza yargısında da, bu yargılamanın niteliği gereği soruşturma ve kovuşturma evresine ilişkin bazı ilkelere söz edilebilir<sup>39</sup>. İdarî yargıda ise, örneğin medenî yargıdaki şekliyle tam bir yeknesaklık olmasa ve kapsamlı incelenmese de, temel yargısal ilkeler olan adil yargılanma ve buna bağlı ilkeler ile medenî yargıyla da benzerlik gösteren usûl ekonomisi, taleple bağlı olma yanında, bu yargı alanına karakteristik niteliğini veren ilkeler olarak incelemenin evrak üzerinden yapılması ve yazılılık ilkesi, re'sen araştırma ilkesi bu niteliktedir<sup>40</sup>.

Yargılama alanlarına göre değişen, farklılık gösteren ilkeler yanında ceza yargısı, medenî ve idarî yargı alanlarının tümünde değişmez nitelikte, ortak ve temel bazı ilkeler de söz konusudur. Bu çerçevede, yargılama ilkelerini, o alana özgü ve o yargılama alanına karakteristik niteliğini kazandıran ilkeler ile yargılamanın değişmez, özellikle yargılamanın hukuk devletine uygunluğunu sağlayan ilkeler şeklinde bir ayrımata tâbi tutmak mümkündür<sup>41</sup>.

Yargılamanın değişmez, hukuk devleti özelliğini veren ilkeleri aslında aynı zamanda yargısal temel hak niteliğindedir. Bu ilkeler farklı şekillerde ifade edilen hukukî dinlenilme hakkı, meram anlatma ilkesi, savunma hakkı, tarafların yargılamada eşit haklara sahip olması (silahların eşitliği ilkesi), çelişmeli yargılama hakkı, hakkaniyete uygun yargılama, gerekçeli karar hakkı, alenî yargılama, usûl ekonomisi, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı gibi hak ve ilkeler karşımıza çıkmaktadır. Bunların tümüne baktığımızda ise, kısmen veya tamamen adil yargılanma hakkından kaynaklanan ilkeler olduğu görülmektedir. Çünkü, bu ilkelerin tümü adil yargılanma hakkının unsuru veya görünümüdür. Bu çerçevede aslında bir yargılamayı yargılama yapan hususunun adil yargılanma hakkı ile yargısal temel haklar olduğunu söyleyebiliriz.

Adil yargılanma hakkının da içinde yer aldığı yargısal temel haklar, farklı şekillerde tezahür edebilir veya uygulanabilir. Örneğin, hak arama özgürlüğü ceza yargılamasında soruşturma ve kovuşturma evresiyle karşımıza çıkar, kamu adına Cumhuriyet savcısı bu görevi üstlenir. Medenî yargı ve idarî yargıda ise, hakkı ihlâl edilenlerin harekete geçmesi, talepte bulunması gerekir. Ancak her hâlükârda hak arama özgürlüğü karşılık bulmalı, hukukî korunma talebine cevap verilmeli, adalete erişim sağlanmalıdır. Bu sağlandıktan sonra da yürütülen yargılamanın, yukarıda ifade edilen tüm unsurları gerçekleştirecek şekilde adil olması gerekli ve zorunludur.

<sup>38</sup> Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 5) 189 vd.; Erdönmez (n 5) 782 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 95 vd. Ayrıca bkz. Meriç (n 5) 38 vd.

<sup>39</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 6) 47 vd.

<sup>40</sup> Gözler ve Kaplan (n 26) 781; Gözübüyük ve Tan (n 26) 819 vd.; Tan ve Bayazit (n 26) 1023 vd.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 26) 67 vd.; Sancakdar ve Önut (n 9) 54 vd. Vergi yargısı çerçevesinde bkz. Karakoç (n 26) 299 vd.

<sup>41</sup> Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 5) 188; Erdönmez (n 5) 782; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 93. Yargılama ilkelerinin yargı çeşitlerine göre incelenmesi yönünden bkz. Süha Tanrıver, *Yargı Teşkilâtı ve Görevlileri* (Yetkin Yayınları 2022) 325 vd.

Yargılama alanlarına göre değişen ilkelerin bir kısmı tercih; bir kısmı ise, o alanın özelliği gereğidir. Örneğin medenî yargıda temel ilke tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesi olsa da, re'sen araştırma ilkesi de oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. Yine idarî yargıdaki yazılılık asıl olsa da, belirli şartlarda duruşma yapılması da söz konusu olmaktadır. Bir hukuk sistemi içinde gerekirse daha geniş bir duruşma imkânı da tanınabilir, tercih edilebilir. Bu konu bir tercih olsa da, adil yargılanma konusu bir tercih meselesi değildir.

İçinde adil yargılanma hakkını da barındıran yargısal temel haklar, yargılama faaliyetinde kişilere, hukuk devleti, insan hakları ve insan onuruna yakışır bir şekilde yargılanmayı talep etme hakkı verir. Devletin bu anlayışa uygun bir yargı örgütü oluşturması, buna göre düzenlemeler yapması, yargılamada insan hakları ve temel haklara saygıyı gözetmesi, yargılamanın temiz, doğru-dürüst ve lekesiz olmasını temin etmesi şeklinde yükümlülüğü vardır. Kişiler bunları talep eder, devletin de bunlar bakımından pozitif yükümlülüğü söz konusu olur<sup>42</sup>. Bu haklar temel hak niteliğinde olduğundan sadece vatandaşlara veya belirli kişilere değil, aynı zamanda herkese sağlanmak durumundadır.

Bu açıdan bakıldığında yargılamanın temel, değişmez, tüm yargılama alanlarında geçerli ilkeleri mevcuttur. Bunlara uyulmadığında yargılama, yargılama olmaktan çıkar, en azından hukuk devleti anlamında bir yargılamadan söz edilemez. Bu durumda yargılama değil sonucun belli veya keyfi olduğu göstermelik bir faaliyet, adeta bir tiyatro ortaya çıkacaktır.

### III. Yargılama Birliği-Yargılama Ayrılığı Tartışması ve Ortak Bir Yargılama Dili Sorunu

#### A. Yargılama Birliği-Yargılama Ayrılığı Konusu

##### 1. Yargılama Birliği: Kunter'in Muhakeme Birliği Görüşü Üzerinden

Yargılama hukukunun tekil bir yapıda mı, yoksa ayrı kollarında mı olması gerektiği meselesi oldukça eski bir tartışma konusudur. Her ne kadar idarî yargıda yargı birliği ve ayrılığı ayrıca ele alınıp değerlendirilmekteyse de, aslında sorunun tüm yargı alanlarını ilgilendiren genel bir yönü bulunmaktadır. Hukukun bugünkü aşamada olmadığı, uzmanlaşmanın tam gelişmediği, yargılamanın bu kadar çeşitli ve kapsamlı hale gelmediği dönemlerde, yargılama bazı farklılıkları olsa da aslında tek tip bir yargılama üzerinden yürütülmekteydi. Ceza yargılaması ile hukuk yargılaması arasında bu kadar kalın bir ayrılık söz konusu değildi. İdarî yargının gelişiminin ise son iki yüzyılda gerçekleştiği söylenebilir.

Bu yargılamalar içinde ceza ve medenî yargılama hukuku daha eski olmasına

<sup>42</sup> Yargısal temel haklar hakkında bkz. Esra Atalay, 'Yargısal Temel Haklar' in Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan (DEÜHF Yayınları 1997) 437 vd.



rağmen, bir yargılama anlayışı içinde bunların da “yargılama hukuku” şeklinde ayrışması aslında çok eskiye dayanmamaktadır. Bunların içinde medenî yargılama hukukunun, *Kunter*’in deyimi ile “*usûllükten çıkıp hukuklaşma*”sı, bir disiplin olarak ortaya çıkışı belki daha eski olup ceza yargılaması hukukunun ise ondan da sonra disiplin haline geldiği ifade edilebilir<sup>43</sup>. Bunun anlamı, bu alanlarda daha önce hiç farklılık bulunmuyordu, hiç fark gözetilmeden yargılamalar yapıyordu değildir. Bir disiplin, bağımsız bir hukuk alanı olması bakımından ayrışmadan söz ediyoruz.

Yargı kollarının disiplin olarak bağımsızlaşması karşısında, aslında bunun ne kadar doğru olduğu da tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışmaların derinliğine bu çalışmada girmeden söylemek gerekir ki, madem bir hak arayışı ve doğru bir yargılama yapılması asıldır, o zaman bu kadar ayrıma da aslında gerek yoktur denilebilir. Keza, bir yargılamadan bahsediyorsak, aslında yargılamayı yargılama yapan aslî unsurlar tüm yargılama alanlarında da aynıdır. Nitekim, yargılama hukukunun, özellikle bir hukuk devletinde temel ilkeleri ve çerçevesi aslında aynıdır. Buna yukarıda değinmiştik. Bu genel yaklaşımdan hareketle, içeriklerinde farklılıklar olsa da, birbirinin yerine kullanılan muhakeme-yargılama-usûl<sup>44</sup> temelde aynı amaca hizmet eder, yöntemdeki ayrışma noktalarına rağmen, aynı ana noktaları içerir, nihayetinde de bir hakka ulaşmayı, bir uyuşmazlığı gidermeyi, hukuk devleti, sosyal ve hukuk barışının gerçekleşmesini amaçlar.

Bu bakış açısının sonucu olarak da, aslında muhakeme-yargılama-usûl hukuku, temelde tek bir alandır, medenî, ceza, idarî yargı ise bunun alt kollarıdır yaklaşımı savunulmaktadır. Ülkemizde bu konuda en somut tartışmayı yapan *Kunter*’dir. Nitekim kendi kitabının ismi de “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi”dir. *Kunter*, muhakeme hukuku, muhakemeyi düzenleyen hukukî normların bütünüdür demektedir. Muhakeme ise, hukukî bir uyuşmazlığı çözmek için yargılama organlarının faaliyetiyle meydana gelen hukukî ilişkilerin süjelerinin yürüttüğü bütün faaliyetlerdir. Uyuşmazlığı çözmek için yürütülen bu faaliyet içindeki süjelerin hak ve ödevlerini muhakeme hukuku belirlemektedir. Muhakeme, şekli ve formaliteleri anlatan usûl teriminden daha geniştir ve duruma göre şekli içeriğinin dışında maddî bir içeriğe de sahiptir. Bu sebeple muhakeme hukuku basit bir formalite hukuku da değildir artık<sup>45</sup>.

*Kunter*, bu değerlendirmeleri sonucu, muhakeme hukukunun ortak bir alan olduğunu, bu alanın ortak ilke ve normları yanında kendine özgü farklılıklarının da olabileceğini, ancak bu konuda ortak bir muhakeme görüşü oluşturulması gerektiğini, hatta ortak bir muhakeme kanunu kabul edilmesinin, ortak ve genel hükümlerin bir yerde toplanmasından sonra alt dalların ihtiyaçlarına göre ayrımlar yapılmasının

<sup>43</sup> *Kunter* (n 15) 5.

<sup>44</sup> Bu üçü hakkında bkz. *Kunter* (n 15) 5 vd.; *Gözler*, (n 2) 470 vd.

<sup>45</sup> Bu konuda bkz. *Kunter* (n 15) vd. Ayrıca bkz. *Gözler* (n 2) 476 vd.; *Tanrıver* (n 41) 45 vd.



doğru olduğunu savunmaktadır. Bu çerçevede kendisi ortak esasları şu şekilde özetlemektedir: Yargılamada farklı süljeler olsa da, asıl faaliyet yargılama makamlarındadır; yargılamada iki taraf vardır; uyuşmazlık kollektif bir muhakeme ile çözülmektedir; yargı organlarının harekete geçmesi için dava açılması (talep) gerekliliği vardır; muhakeme hukuku ilişkileri ve ayrıca işlemleri söz konusudur; temel yapıya ilişkin (morfolojik) prensipler vardır.

## 2. Görüş ve Değerlendirmemiz

Konuyla ilgili düşüncelerimizi açıklamaya geçmeden önce, yargılama birliğinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde kısaca durmak istiyoruz. Burada iki farklı yaklaşım ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan birinci, yargılama birliği derken yargılamayı yapan organlar bakımından birlik anlayışı veya tartışmasıdır. Bu, doğal olarak muhakeme ve yargılama usûlleri bakımından da bir birlik sonucuna götürecektir. Çünkü, aynı yargı kolu ve alanındaki yargı organları, aynı muhakeme sistemine (alt usûlleri olsa da) tâbi olacaktır. İkinci yaklaşım ise, yargılamayı yapan organlardan çok, yargılama usûlleri ve yöntemleri bakımından bir birlik anlayışı, arayışı ve tartışmasıdır. Aşağıda açıklanacağı üzere idare hukuku doktrininde, yargılama birliği-ayrılığı tartışması daha çok yargılama mercileri üzerinden yapılmaktadır. Bizim burada üzerinde durduğumuz ve *Kunter*'in yaklaşımına kendimizi yakın hissettiğimiz nokta ise yargılama mercilerinden bağımsız olarak muhakeme-yargılama-usûl bakımından mümkün olan birlik ve arayıştır.

Bu başlık altında ortaya koyduğumuz düşünceler, yargılama organlarındaki birlikle ilgili değildir. Yargılama birliği derken medenî, ceza ve idarî yargının aynı yargı organında gerçekleşmesini kastetmiyoruz, daha çok yargılamaya, muhakemeye ilişkin mümkün olduğunca müşterek noktalarda bir birliği kastediyoruz. Peki bu ne kadar mümkün?

Öncelikle belirtelim ki, hem yargı mercileri hem yargılama usûlleri bakımından hukukun yeni geliştiği zamanlardaki yargı birliği anlayışı ile bugünkü yargı birliği tartışmaları aynı değildir<sup>46</sup>. Hukukun geliştiği dönemlerde bu durum (yani yargı birliği) bir tartışma konusu olmayıp bir zorunluluktan ve henüz yargılamalarda ayrıştırmayı gerektirecek anlayış, kapasite ve sorunlar yoktu. O dönemde hukukun henüz bugünkü olgunluğa ulaşmaması, ayrışmaya, iş bölümü ve yargılamalardaki farklılığa ihtiyaç duymamasından, hatta bunun tam olarak bilinmemesinden dolayı zorunlu bir yargı birliği mevcuttu. Müstakil bir idarî yargının dahi nisbeten yakın zamanda ortaya çıkması, anayasa yargısı, uyuşmazlık yargısı, seçim yargısı gibi alanların ise çok daha yakın zamanların ürünü olması gözardı edilmemelidir.

<sup>46</sup> Yargılamanın, özellikle Avrupa'da temel gelişimi için bkz. Ali Cem Budak, *Avrupa'da Hukuk Yargılamasının Kısa Tarihi* (Filiz Kitabevi 2023) 7 vd. Yargının kökleri ve kökeni hakkında ayrıca bkz. Sedat Erçin, *Yargının Kökleri* (Zoe Kitap 2022) 23 vd. Antropolojik olarak bkz. Fernanda Pirie, *Hukuk Antropolojisi Kabile, Kadı, Yargıç* (Çev Sedat Erçin, Fol Kitap 2022) 11 vd.

Bu bakış açısıyla yargı organlarından daha çok yargılama usûlü anlamında bir birlik arayışı noktasından bakıldığında, yargılamanın maddî hukuk-şeklî hukuk ilişkisi, amacı ve temel ilkeleri ile ilgili açıklamalar dikkate alındığında yargılama hukukları bakımından şu temel tespitleri yapmak mümkündür:

(i) Yargılama hukukları maddî hukuktaki hakların gerçekleşmesine hizmet etmektedir; şeklî hukuk ve daha özelde yargılama hukuku, bir yönüyle hukukun somut yaptırım hukukudur.

(ii) Yargılama hukuklarının temel amaçları aslında aynıdır. Bağlı oldukları maddî hukuktan kaynaklanan bazı özellikler ve görünümler dışında, aslında tümü aynı amaçlara hizmet etmektedir.

(iii) Bir yargılamaya yargılama denilmesi, özellikle hukuk devletinden söz edilebilmesi için temel bazı ilkeler ve kurallardan hareket edilmeli, bunlara bağlı kalınmalıdır. Bunların da en temeli hak arama özgürlüğü-hukukî korunma talebi-adaletle erişim ile adil yargılanma ve adil yargılanmadan kaynaklanan unsurlar, hak ve ilkelerdir.

Görüldüğü üzere, yargılama hukukunun ana işlevi, amacı ve ilkeleri temelde aynıdır. Bu birlikteliğe rağmen aşağıda değineceğimiz üzere yargılama hukuklarının çok fazla ayrışması, aynı ilke ve hatta kurumların farklı şekillerde nitelendirilmesi, ortak bir dil geliştirilmesine engel olmakta, gereksiz yere aynı hususların tartışılıp değerlendirilmesine yol açmakta, üstünlük ve öncelik tartışmaları ortaya çıkmakta, çelişkiler, zaman kayıpları, adil yargılanma ihlalleri oluşmakta, sonunda da yargılama hukuku ortaya çıkış amacından uzaklaşmaktadır.

Pratikte hukuk demek, aslında yargılama hukuku ve usûl demektir; usûl demek ispat demektir; ispat sonucu tespit edilen hak (somut olarak hukukî durum) ise hükmeye dönüşmektedir. “*Usûl hakka vusûldür*”, “*usûl esasa tekaddüm eder*” sözleri, bunun veciz ifadeleridir. Keza *Jhering*'in meşhur sözü burada karşılık bulmaktadır: “*Usûl özgürlüğün ikiz kardeşi, keyfiliğınse düşmanıdır*”. Çünkü, zaten bir hak ihlali ve uyuşmazlık yoksa, hukuk kendi rayında yürüyorsa sorun da yok demektir. Asıl mesele, bir hak ihlali, bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. Uyuşmazlık içinde izlenen yolda o hakkın varlığı ispat edilemiyor, hâkimde kanaat uyandırılmıyorsa maddî anlamda haklılık da çok anlam ifade etmeyecektir. Bu durumda yukarıda üzerinde durulan adlî gerçeklik ve kabul, maddî gerçekliğin önüne geçmiş olacaktır.

Bir uyuşmazlıkta kim haklı sorusunun cevaplanabilmesi bakımından, kim neyi ne kadar ispat ediyor sorusuna cevap verilmelidir. Çünkü, yargılama makamları kendi yaşamadıkları, bilmedikleri bir konuda karar vermek durumundadırlar. Bunun için de kendilerinde bir kanaatin oluşturulması, yani ispat faaliyetinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İspat ve delil konusu o kadar önemlidir ki, bugün ispat ve deliller

artık neredeyse bağımsız bir alan ve inceleme konusu oluşturma noktasına gelmiştir. Amaç hâkimde doğru bilginin oluşması ve gerçeğin mümkün olan yüksek ihtimalle anlaşılması ise o zaman ispat ve deliller bakımından da mümkün olduğunca ortak bir yaklaşım ve dil oluşturulmasında yarar vardır.

Mahkemeye yönelik bu kanaat oluştuktan sonra, yargı organı-mahkeme (somut olarak hâkim) bu kanaatini yargısal bir irade açıklaması olarak uyuşmazlığı çözecek hükme dönüştürecektir<sup>47</sup>. Hüküm de, gerekli yargısal denetim mekanizmalarından (kanun yolu) geçerek kesin hüküm halini alacaktır. Hükümün, bir hukuk devleti anlamında hüküm olabilmesi içinde asgarî ve vazgeçilmez unsurlar vardır. Hükümün şekli unsurları yanında, maddî vakıaları, taraf iddia ve delillerini, ispat faaliyetini tam yansıtması, bunların gereği gibi, yeterince tartışılıp usûl ve esas bakımından hukukî değerlendirmeyi içermesi, ikna edici bir gerekçeye sahip olması, sürpriz bir karar niteliğinde olmaması, taraf hak ve yükümlülüklerinin tam belirlenmesi bu çerçevede ele alınmalıdır.

Bu ana yapı içinde hangi yargı alanında olursa olsun, bir kısmına *Kunter*'in de dikkat çektiği üzere<sup>48</sup>, nasıl isimlendirilirse isimlendirilsin bazı olmazsa olmazlar vardır:

- Öncelikle bir iddia veya talep olmalıdır (iddianame, dava dilekçesi, talep)
- Bu iddia karşısında muhatap veya muhataplarına savunma ve karşı koyma imkânı tanınmalıdır.
- Her iki taraf bakımından yalın, soyut iddia ve savunmalar değil, bunların somut olarak belirlenmesi, desteklenmesi ve ispat araçlarıyla (=deliller) yeterli kanaat oluşturulması gereklidir.
- Uyuşmazlık noktaları ile temel sorunların ayrıştırılması, yargılamanın kademeli şekilde ilerleyebilmesi için asıl konulara yoğunlaşacak bir eleme yapılmalıdır (usûlî sorunlar, ön inceleme, ilk inceleme vs.)
- Tüm yargılama süreçlerinin bir disiplinle yürütüleceği tedbirler alınması gerekmektedir (süreler, sùjelerin yetkileri, yanlış ve eksik işlemlerin düzeltilip tamamlanması, belirli usûlî aşama ve kesitlerin bulunması, başka bir yerdeki yargılama veya işleme bağ kurulması, birleştirilmesi, beklenilmesi, doğrudan yetkili sùjeler dışındaki sùjelerin ve ilgililerin durumu)
- Yargısal işlemlerin yazılı veya sözlü oluş şekilleri (dilekçeler, duruşmalar, yargılama disiplini)

<sup>47</sup> Pekcanitez, Atalay ve Özekes, (n 5) 440; Murat Atalı, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 1967; Tanrıver, (n 2) 1138.

<sup>48</sup> Kunter (n 15) 20 vd.

- Tüm süreçler sonunda hâkimin tarafları dinlemesi ve kanaatini oluşturması (hüküm ve hüküm benzeri durumlar)
- Hata ihtimaline karşı hükümlerin denetlenmesi (kanun yolları)
- Hükümün tartışılmazlığı (kesin hüküm)
- Hükümün icrası ve yerine getirilmesi (icra, iflâs, infaz, uygulama)

Yargılama belirli bir temel ana yapı ve kurumlardan oluşur, yani *Kunter*'in ifadesi ile “*morfolojik*” prensiplere uyulur. Keza bu süreç içinde daha önce yukarıda belirttiğimiz amaçları gerçekleştirmek için, belirli temel ilkelere uyarak ve onları zedeledirmeden yargılama yürütülmelidir. Şüphesiz her bir yargılama alanı için bazı zorunlu ayrılıklar olacaktır. Örneğin, ceza yargılamasında dava dilekçesi yerine kamu adına bir iddianamenin, davacı yerine savcının olması; idarî yargıda muhatabın idare olması; medenî yargıda tarafların tasarruf imkânının daha geniş olması gibi. Ancak bu farklar ana anlayış ve yapıyı değiştirmez<sup>49</sup>.

Tüm bu açıklamalardan hareketle şunu söylemek gerekir ki, her bir yargılama alanına ilişkin değerlendirme, ilke, teori ve yaklaşımlardan önce bir genel yargı düşüncesi, kuramı ve anlayışını kabul etmek gerekir. Bu ise yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız bir çerçeveye oturmaktadır. Genel yargı çerçevesinin ve kuramının dışında bir değerlendirmenin her yargılama alanını belirli ölçüde zedelemesi, hatta sakatlaması durumuyla karşı karşıya kalınabilmektedir.

Konuyla ilgili farklı örnekler üzerinde duracak olursak, her yargılamada farklı süjeler, farklı taraf konumları vardır. Ceza yargısında davacı konumundaki savcı ile medenî yargıdaki ya da idarî yargıdaki davacı aynı olmadığı gibi, medenî yargıdaki davalı ile idarî yargıdaki davalı da aynı durumda değildir<sup>50</sup>. Lakin nihayetinde davacı veya davalı ya da yargılamanın süjesi olmak için hukukun kabul ettiği “kişi” olmak, bu kişinin de ehliyetinin bulunması gerekir. Bu temel noktayı dahi farklı ele almak gereksiz sonuçlar doğurabilmektedir. Yargılamaların lüzumsuz şeylerle uğraşmaması için yargılamanın başında bir eleme yapılması, gerçek uyumsuzluğa odaklanılması, başlangıçta verilecek kararların ileriye taşınmaması adeta bir zorunluluktur. Yargılama alanlarının ihtiyaçları sebebiyle bu konuda içerik farklılıkları olacaktır. Ancak bunu tamamen ayrı şeylermiş haline getirmek de doğru değildir. İlk inceleme (İYUK

<sup>49</sup> Hatta burada şunu belirtmek gerekir ki, yargılamalarda gözetilmesi gereken ortak ilke ve anlayış aynı zamanda bir hukuk devletinde yargı organları bakımından da söz konusudur. Burada kastımız şudur: Yargılamaya hâkim olan tüm yargılama alanlarını ilgilendiren ortak bazı ilkeler olduğu gibi, bir hukuk devletinde de yargı organlarının (mahkemelerin) kuruluşu ve yapılması bakımından da bazı ilkeler söz konusu olabilmektedir. Bu konuda bkz. Tanrıver (n 41) 51 vd.

<sup>50</sup> Ceza yargısındaki taraflar/süjeler için bkz. Şahin ve Göktürk (n 16) 109 vd.; Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (21. Bası, Beta Basım Yayın 2022) 125 vd.; Karakehya (n 15) 73 vd. Medenî yargıdaki taraflarla ilgili kavramlar için bkz. Pekcamtez, Atalay ve Özekes, (n 5) 149 vd.; Hülya Taş Korkmaz, *Pekcamtez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 545 vd.; Kuru ve Aydın (n 25) 105 vd.; Tanrıver (n 2) 561 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 207 vd. İdarî yargıda taraflarla ilgili olarak bkz. Gözübüyük ve Tan (n 26) 861 vd., 356, 712; Gözler ve Kaplan (n 26) 767, 776; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 26) 276 vd., 415 vd.; Günday (n 26) 237 vd.

m. 14-15), ön inceleme (HMK m. 137-140) veya ön tahkikat gibi kurumlar genel anlamda bu amaca hizmet eder.

Yine her yargılama belirli kesitlerden oluşur, yargılamanın makul sürede sonuçlanması için belirli sınırlara ve sürelerle uyulmalıdır, yargılamayı hâkim yürütür, yargılama disiplini hâkim tarafından sağlanır, doğrudanlık ilkesi her yargılama alanında önem taşır, kararın sürpriz olmaması, hükmün gerekçe içermesi zorunludur. Bu konuda her yargılama alanında farklı süre anlayışlarının, başlangıcı ve sonunun farklı düzenlenmesinin, farklı yargılama disiplini hükümlerine ve uygulamalara gidilmesinin gereksiz zaman, kaynak, enerji harcanması sonucunu doğurduğu da bir gerçektir.

Kanaatimizce bir yargılama alanını diğerine öncelemeden, genel bir muhakeme-yargılama-usûl çerçevesi çizilmesi, ilkeler, amaçlar, kavram ve kurumlar bakımından genel bir muhakeme düzenlemesi yapılması yararlı olacaktır. Bu durum ayırışmaktan çok, farklı yargılama alanlarındaki bilginin tek havuzda toplanması sebebiyle daha verimli ve derinlikli bilgi oluşumuna da katkı sağlayacaktır. Bu alanda çalışanların bilgi ve çeşitliliği hukuk devleti, hak arama, adil yargılanma bakımından da ortak bir anlayış ve kavrayış getirecek, gücün konsantr olmasını sağlayacak ve etkisini artıracaktır.

Maddî hukuk bakımından, örneğin borçlar hukuku ve ticaret hukuku ile maddî ceza hukuku ve idare hukuku farklı temellere ve bakış açısına sahiptir. Ancak yargılamaların kaynaklandıkları maddî hukuk alanlarından çok daha büyük bir ortak anlayış, amaç ve yöntemleri mevcuttur. Nihayetinde kişiler için kimin yargıladığından, daha doğrusu mahkemenin isminden çok, nasıl yargılandığı ve ortaya çıkan ürünün (hüküm-adalet) kalitesi önemlidir. Nitekim Anayasa’da da teorik olarak kuvvetler ayrılığı içinde hukuk devletinin de sonucu olarak “yargı” ve “yargılama” ayrı alt dallara ayrılmamış, bir bütün olarak ele alınmış, yargıya ilişkin temel düzenlemelerde farklılaşmaya gidilmemiştir (AY m. 2, 9, 36, 37, 138 vd.). Önemli olan ana yapı, temel yargısal haklara saygıdır.

Anayasa’da yargılama faaliyetinden çok, yargılama makamları ve yargı organları bakımından bir farklılıktan söz edilmektedir ki, bu da aslında yüksek yargı mercileri içindir (AY m. 146 vd.). Yargı mercilerinin yargılama faaliyetine ilişkin temel güvenceleri ve yargılamanın ana yapısı dışında, ayrı yargılama yöntemleri ve usûllerini Anayasa’ya dayandırmak da mümkün görünmemektedir. Anayasa’da bu konudaki en temel beklenti, yargılama konusunda yapılacak düzenlemelerin kanuna dayanmasıdır.

Bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de Anayasa’daki bu yaklaşımı görmek mümkündür. Medenî ve cezaî uyuşmazlıklar ayrıca zikredilmiş olmasına rağmen, bunlarla ilgili ana yargısal temel haklar birlikte ele alınmıştır. Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yaklaşımı ve kararların da bakıldığında, bu

ortak hareket noktalarını belirlediği, ancak medenî, idarî ve ceza yargısı noktasında ayrımlar yaptığı, bunların özelliklerini dikkate aldığı da görülmektedir.

Yargılama birliği anlayışı demek, her yargılama alanına ilişkin özelliklerin tamamen yok sayılması demek değildir. Burada önemli olan ortak ilke, temel ve kurumların gereksiz şekilde yeniden düzenlenmesi, ele alınması, önemsiz ayrıntıların büyütülmesinden vazgeçilmesi, yargılama ve hukuk devletine uygun yargılamanın temel değerlerinin ortak düzenlenmesidir. Bunun dışında her yargılama alanının özellikleri, alt ilkeleri, kendi kuralları ayrıca düzenlenebilir. Bu, tek bir kod içinde ayrı kitaplar halinde gerçekleştirilebileceği gibi, ayrı kanunlarda da olabilir.

Bu öneriye şüphesiz eleştiri de getirilebilir ve bazı sakıncaları da olabilir. Ancak sağlayacağı yararın, ortaya çıkartacağı sakıncadan daha fazla olacağı kanaatindeyiz. Örneğin, aynı yargılama hukuku sorunları her alanda birbirinden kopuk ve bağımsızmış gibi tartışılmakta, hatta varılan sonuç, verilen kararlar birbiriyle çelişebilmekte, hatta bir yargılama alanındaki içtihat katılığı diğer alana ket vurarak sorunu kronikleştirebilmektedir. Bu konuya belirli ölçüde aşağıda ayrıca değineceğiz. Oysa bir yargılama alanındaki sorun diğerini doğrudan etkileyebilmekte, hatta onun içine girebilmektedir. Örneğin, idarî bir sözleşmenin kurulma, ihale aşaması, ön süreci idare hukukuna, sözleşmenin kurulmasından sonra uygulanması aşamasındaki sorunlar ise medenî yargıya dahil olmaktadır<sup>51</sup>. Fakat henüz daha idarî sözleşmenin kurulması aşamasına ilişkin çıkan bir uyuşmazlık (örneğin, sözleşmenin geçerliliği sorunu), bu arada sözleşmenin uygulandığı veya uygulanmasının ihlâl edildiği aşamayı da etkilemekte, en başa dönülmesi mümkün olmadığından, idarî yargı alanında verilen bir karar medenî yargıyı etkileyebilmektedir. Bu arada bir de sözleşmenin önceki veya sonraki aşamasında ceza hukuku sorunu ortaya çıkarsa, sonuçları farklı olsa da aynı sorun, aynı tespitler farklı yargı organlarında tartışılmakta, gereksiz bekletici sorunlar yapılmakta, bazen birbiriyle çelişen kararlar verilmektedir. Keza aynı şeyleri farklı ortamlarda tartışmak gücün boşuna harcanması, israf edilmesidir. Aynı sorunların aynı ortamda ve müşterek tartışılmasını sağlamak, hem çözümü kolaylaştıracak hem de çözüm sonucu üretilecek çözüm için kaynakların verimli kullanılmasını sağlayacaktır.

### 3. İdarî Yargı Özelinde Durum

İlginç bir durum olarak aslında daha derin farklılıkların olduğu medenî yargı ile ceza yargısı aynı yargı kolu içinde adlî yargıda yer almaktayken, en azından temelleri kamu hukuku olması sebebiyle ceza yargısıyla benzerlik gösteren idarî yargı ayrı bir yargı kolu içinde değerlendirilmektedir. Diğer yandan da idarî yargının medenî yargıya benzerlik, hatta yakınlığı olan yönleri çoktur. Medenî yargı ile ceza yargısının

<sup>51</sup> İdarî sözleşmelerdeki uyuşmazlıkların çözümü hakkında bkz. Gözübüyük ve Tan (n 31) 519 vd.; Gözler ve Kaplan (n 26) 473-474; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 26) 116 vd.; Sancakdar ve Önüt (n 9) 304.

ayrılığı daha fazla iken aynı yargı kolunda yer almaları; idarî yargının ise bu iki yargı koluyla farklı benzerlikleri olmasına rağmen ayrı yargı kolunda olması dikkat çekmektedir. Şüphesiz bu durum yargılama ayrılığının kabul edildiği Ülkemiz gibi sistemlerde söz konusudur.

İdarî yargı, maddî hukuk temeli bakımından kamu hukuku kaynaklı olması ve her ikisinin de temel amacının kamusal olması sebebiyle ceza yargısına daha yakın görülebilir. Ancak idarî yargının duruma göre kişisel menfaatleri de koruyucu yönü olması, keza davacının yargılama alanında belirli bir tasarruf imkânının bulunması bakımından ise idarî yargı medenî yargıyla yakınlık göstermektedir. Hatta İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nda bu konuda açıkça medenî yargıyla bağ kurularak birçok yargılama kurumu bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na açık atıf yapılmıştır (İYUK m. 31). Burada birebir uygulamadan söz edilemese de, bu atıf sebebiyle bir yargılama yakınlığı, akrabalık söz konusudur<sup>52</sup>.

Yukarıda yaptığımız açıklamaların ve tartışmaların tümü temelde muhakeme-yargılama-usûl anlamında ayrılık ve birlik üzerinedir. Fonksiyonel olarak yargı mercileri ve organları bakımından bir tartışma değildir. Hukuk mahkemeleri ile ceza mahkemeleri arasındaki ayrım daha eski ve daha belirgin bir ayrımdır. Bu iki yargı fonksiyonunun tek yargı organında, tek mahkemede görülmesi düşüncesi artık çok kabul gören anlayış değildir. Nihayetinde bizim de yukarıda gerekçelerini ortaya koyarak açıkladığımız yargılamada birliğine ilişkin yaklaşımımızda dahi, bu yargılamalar aynı yargı organında, aynı mahkemede yapılsın şeklinde bir düşüncemiz yoktur<sup>53</sup>. Savunduğumuz husus, yargı organlarında birlikten çok, yargılama alanındaki mümkün olabilen birliktir. Bu birinin ötekine üstünlük sağlamasından çok, aynı genel yargı bütünlüğü içinde işbirliği, ortak bir dil ve birbirinin olumlu yönlerinden yararlanması anlamına gelmelidir.

Bu çerçevede ortaya koyduğumuz görüşlerimiz medenî ve ceza yargısı gibi idarî yargıyı da kapsamaktadır. Hatta idarî yargı ile medenî yargıdaki yargılama ve usûlî yakınlık cezadan daha fazladır. Ancak yargılama ve usûldeki birlik yaklaşımı dışında, yargı birliği ve yargı ayrılığı konusunda idare hukuku alanında sıklıkla üzerinde durulan husus, sistem ve yargı organı merkezli bir konudur. İdarî yargı alanında, bugün de hâlâ geçerliliğini koruyan iki sistem söz konusudur. Birincisi ağırlıklı olarak Anglo-Sakson merkezli yargı birliği sistemi; ikincisi ise daha çok Kıta Avrupası esaslı yargı ayrılığı sistemidir<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> *Duran* ise, burada hukuk yargılaması ile kurulan bu bağı bir yandan değerlendirmekte, ancak diğer yandan da idarî yargının adlileşmesi olarak eleştirmektedir *Duran* (n 26) 66 vd.

<sup>53</sup> *Duran*'ın ifadesi ile burada idarî yargının "adlileşmesini" kastetmiyoruz *Duran* (n 26) 54, 66 vd.

<sup>54</sup> Gözübüyük ve Tan (n 26) 27 vd.; Tan ve Bayazıt (n 26) 644 vd.; Gözler ve Kaplan (n 26) 748; Günday (n 26) 52 vd.; Sancakdar ve Önüt (n 9) 43 vd.;



Yargı birliğinin geçerli olduğu ülke ve sistemlerde, adli yargı dışında ayrı bir idarî yargı düzeni ve sistemi bulunmamaktadır. Belirli şekilde idarî yargıya bakan mahkemeler bulunsada, bunlar farklı bir yargı kolu oluşturmadan, aynı yargı kolu içinde genel veya adli yargının bir parçası olarak kabul edilmektedir. Yargı ayrılığı sisteminde ise idarî uyumsuzluk ve yargılamalar, adli yargıdan, genel mahkeme düzeninden ayrı bir teşkilatlanma ile idarî yargıya özel kurulmuş mahkemelerde görülürler. Ülkemiz de dahil, daha çok Kıta Avrupası ülkelerinde uygulanan bu sistem bakımından bazı farklılıklarla adli yargının dışında bir yargılama kolu ve organizasyonu söz konusudur.

Görüldüğü üzere idarî yargıda yargılama ayrılığı ve birliği tartışmasından çok, yargı ayrılığı ve birliği tartışması ve ayrışması söz konusudur. Şüphesiz yargı ayrılığının olduğu yerde, aynı zamanda yargılama ve usûl farklılığı da oluşacaktır. Nitekim Ülkemiz örneğinde olduğu gibi, ayrı bir yargı düzeni ve mahkeme teşkilâtı olan idarî yargıda, aynı zamanda yargılama usûlü de adli yargıdan ayrılmaktadır.

## **B. Yargılamada Ortak Kavram Dili Sorunu**

Yargılamanın farklı kollara ve alanlara ayrılması, yargı ayrılığının, buna bağlı olarak yargılama ayrılığının ortaya çıkması, doğal olarak yargılamalara ilişkin genel ve temel ilkelerin, kurumların, usûlî kurumların her yargılama alanı ve düzenlemesinde yeniden ele alınması sonucunu doğurmaktadır. Bir süre sonra “kulaktan kulağa oyunu gibi” bunlar farklı şeylermiş gibi algılanmakta, yorumlanmakta, söylenip yazılmaktadır. Özellikle o alanda yeni bir şey söyleme hevesi çerçevesinde, kavramlar aynı olsa da küçük ve ayrıntı olan hususlar büyük ve önemli meseleler haline getirilerek değişik anlamlara büründürülmekte, sihirli, gizemli labirentler oluşturulmaktadır. Aynı kavram ve kurumlar farklı terminolojilerle ifade edilmekte, sorun olmayan şeyler sorun haline getirilebilmektedir.

Daha önce açıkladığımız üzere her yargılama alanının kendine has ihtiyaçları ve özellikleri bulunmaktadır. Bu ihtiyaç ve özelliklere uygun kavram, terim ve dil geliştirilmesi de normaldir. Ancak bir yargılamanın yargılama olması, yargılamanın hukuk devletine uygun olması için de vazgeçilmez ortak noktalar mevcuttur. Keza yargılama sürecinin başlangıcından sonucuna kadar işleyen süreçte benzer ihtiyaçlar benzer kurumları farklı nitelendirmek de anlamlı olmadığı gibi gereksiz karışıklığa da yol açabilmektedir.

Yargılama alanlarına göre ihtiyaçlar çerçevesinde kurallar farklılaşabilir. Farklı kuralların kullandığı kavram ve terimlerde de farklılık olabilir. Ancak aynı şeyi içeren kurallarda, özellikle de aynı kavram hakkında farklı terminoloji kullanılması sorunlu bir durumdur. Oysa hukuk uygulaması ve bu kapsamda yargılama, sorun oluşturmak için değil uyumsuzluğu ve sorunu çözmek üzere hareket eder.



Tüm yargılama alanlarında, ancak özellikle de medenî yargı ile idarî yargı alanında ortak bir kavram dili, üst dil oluşturmak mümkündür ve kanaatimizce aynı zamanda gereklidir. Şüphesiz ki, burada her konuda ortak terminoloji ve dil oluşturulsun sonucuna varılamaz. Burada aynı ve benzer ilke ve kavramlar için bunun mümkün olabileceğini söylüyoruz. Her şeyden önce savunmuş olduğumuz ve önerdiğimiz, yargılamaların ortak değerleri, ilkeleri, kavramları ve kurumları bakımından ortak bir muhakeme alanı oluşturulması kapsamında, zaten bunlar için ortak bir dil oluşturulması zorunludur. Ancak bu gerçekleşmeyecek olsa dahi, özellikle yargılama hukukçularının bunu kavramsal düzeyde gerçekleştirmelerine de engel yoktur. Alan şovenizmine kaçmadan, gereksiz bahaneler ve alışılmış terk konusundaki tutuculuğa sarılmadan bunun gerçekleştirilmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz.

Bu medenî yargı ile idarî yargı alanında bir noktada İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 31. maddesindeki atıf sebebiyle, bazı kavram ve kurumlar bakımından kanunî düzeyde gerçekleştirilmiş bulunmaktadır. Örneğin, yargılamaya üçüncü kişilerin katılması, ihbar, feragat, kabul, bilirkişi, keşif, delil tespiti gibi konularda yapılan atıf sebebiyle aynı terminoloji, aynı dil kullanılmak durumundadır. Ancak atıf olmayan konularda birçok medenî ve idarî yargı kavramı (kendi alanlarına özgü hususlardaki farklılıkları koruyarak) aynı içerikte ve aynı terminoloji ile kullanılmaktadır. Örneğin, görev ve yetki kavramları medenî yargı ile idarî yargıda kuralları farklı olsa da benzer içerikte kullanılmaktadır.

Ortak bir dil kullanımı, hem kavram ve kurumların gereksiz yere farklılaşmasının önüne geçecek hem de aslında o konuda bilgi ve çözüm imkânlarını artırıp çeşitlendirecektir. Örneğin, yargılamaya üçüncü kişilerin katılması başlığı altında geçerli olan usûlî kurum “davaya müdahale”dir. Bu da, özellikle fer’i müdahalede duruma göre “ihbar” yoluyla sağlanmaktadır. Gerek medenî yargıda gerekse idarî yargıda üçüncü kişinin yargılamada bu şekilde yer alması bakımından farklı terminoloji kullanılmaması, aynı konunun içeriğinin aynı şekilde anlaşılmasını sağlayıp kolaylaştırmaktadır. Ayrıca o güne kadar belki bir alanda tartışılmayan husus, diğer alanda ortaya çıkan sorun sebebiyle tartışıldığında bilgi zenginliği, çözüm alternatiflerinin çoğalması sonucunu doğuracaktır. Bunun ise hukuka, uyuşmazlıkların giderilmesine sağlayacağı katkı aşîkârdır. Buna ilişkin aşağıda her iki yargılama alanının birbirine etkisi hakkındaki örnekler üzerinde durulduğunda konu daha iyi anlaşılacaktır.

Kanundan dolayı üst dilin belirli bir konu diline dönüşmesi sebebiyle sorunların daha kolay çözümüyle birlikte<sup>55</sup>, aynı konuların farklı terminoloji ve dille anlatılmasının ortaya çıkartacağı tereddütler de mevcut olabilmektedir. Örneğin, İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 31. maddesinin atfı sebebiyle ehliyet konusunda idarî yargı alanında da medenî yargıdaki (HMK'daki) ehliyet kuralları geçerli olacaktır<sup>56</sup>. Bu sebeple, taraf

<sup>55</sup> Hukuk dili, üst dil, konu dili hakkında özellikle bkz. Akıllıoğlu (n 12) 237 vd., 341 vd.

<sup>56</sup> HMK'ya atf yapılan konularda genel olarak bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 26) 703 vd.

ehliyeti medenî hukuktaki hak ehliyetine, dava ehliyeti ise medenî hakları kullanma (fiil-işlem) ehliyetine göre belirlenecektir. Ancak idarî yargıda ehliyet teriminin içeriğini oluşturan kavram, çok daha geniş bir anlama sahiptir<sup>57</sup>. Bu çerçevede, idarî yargıda dava açmak için aranan özel ehliyet, yani dava açmaktaki menfaat, adeta medenî yargıdaki dava şartı olan hukukî yararı ve esasa ilişkin sıfatı da içine alacak şekilde kabul edilmektedir. Medenî yargıdaki gerek ehliyetler (taraf ve dava ehliyeti) gerekse hukukî yarar birer dava şartı olmaları sebebiyle pratikte aynı inceleme ve sonuca bağlıdır. Bununla birlikte hukukî yarar<sup>58</sup> esasla doğrudan bağlantılı ve daha özel bir incelemeyi gerektirmektedir, sıfat<sup>59</sup> ise zaten esasa ilişkin bir husustur. Oysa idarî yargıda temelini İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 2. maddesinde bulan iptal davaları için hukuka aykırılık sebebiyle “*menfaatleri ihlâl edilenler*”, tam yargı davalarında ise “*kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar*” dava açabilecektir. Bu iki husus aslında medenî yargıdaki dava açmaya ilişkin hukukî yararın ve kısmen sıfatın karşılığıdır.

Görüldüğü üzere açık atf olmasına rağmen, medenî yargıyla idarî yargı konusunda aynı kavramın içeriği farklı anlaşılıp uygulanabilmektedir. Bunun yerine, açık atf olan bir konuda atf yapılan kanundaki anlamı ile ve terminoloji ile kabul edilip uygulamaya gidilmesi daha kolay ve daha az sorunludur. Verilen örnekte menfaat veya hukukî yarar yerine bunları ehliyet içinde erittiğimizde, her iki hukuk alanının bu konudaki gelişiminin birbirine etkisi ve katkısı da sınırlı kalmaktadır. Belki aynı hususların tekrar tekrar açıklanması ya da değerlendirilmesi, fazladan enerji harcanması sonucu da ortaya çıkmaktadır. Bugün için bu konunun artık yerleştiği ve tartışmanın anlamsız olduğu söylenebilir. Ancak birçok farklılık başlangıçta bu ortak dil hassasiyeti gösterilmemesinden kaynaklanmakta, daha sonra ayrışan dil, içerik ayrışmasını da birlikte getirmektedir. Buradaki tespitite amacımız medenî yargı veya idarî yargı üstünlüğü ya da kapsayıcılığı değildir, sadece aynı kavramların farklılaşmasına örnek vermek amacındayız.

Yine başka bir örnek olarak her yargılama alanı, açılan davalarda ve yürütülen asıl yargılamalarda, uyuşmazlığın en azından hukuk bakımından kalıcı ve nihaî olarak çözümünü amaçlar. Yani, davanın amacı, o yargılama alanının konusuna göre “*nihaî hukukî koruma*” sağlamaktır. Fakat dava açanın, bir yargılamada yer alanın engin bir sabra, uzun bir soluğa ihtiyacı olduğu da gerçektir. Nihai koruma sağlanıncaya kadar, ortaya çıkacak muhtemel zararların önüne geçmek bakımından “*geçici hukukî koruma*” ihtiyacı da etkin hukukî korumanın gereğidir. Bugün için nihaî korumalar bakımından dava isimlendirmelerinde ciddi farklılıklar olduğu gibi, geçici hukukî

<sup>57</sup> Medenî yargıda ehliyetlerle ilgili bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 5) 151 vd.; Taş Korkmaz (n 50) 559 vd.; Kuru ve Aydın (n 25) 106; Tanrıver (n 2) 561 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 212 vd. İdarî yargıda ehliyet konusu ile ilgili olarak bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 26) 276 vd., 415 vd.; Günday (n 26) 237 vd.; Sancakdar ve Önüt (n 9) 171 vd.

<sup>58</sup> Pekcanitez, Atalay ve Özkes, (n 5) 216 vd.; Taş Korkmaz (n 50) 607 vd. Özellikle bkz. Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Yetkin Yayınları 2009) 117 vd.

<sup>59</sup> Pekcanitez, Atalay ve Özkes, (n 5) 156 vd.; Pekcanitez (n 10) 946 vd.; Tanrıver (n 2) 590 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 1) 227.

korumalar bakımından da farklı nitelendirmeler söz konusudur. Bu gereklidir, ancak bu kadar derin ayrılık gerekli midir? Örneğin, bugün hukukumuzun en önemli sorunları sıralandığında geçici hukukî korumalar öncelikli olanlar arasındadır. Bu, medenî yargıda ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz, ceza hukukunda başta tutuklama olmak üzere koruma tedbirleri, idarî yargıda yürütmeyi durdurma şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Geçici korumaların isimlendirilmesinde farklılık olması normaldir; ancak genel anlamda geçici korumaların ana amacı ve temel ilkeleri benzer niteliktedir. En azından bu konuda ortak bir dil geliştirilmesi ve buna uyulması, farklı alanlarda aynı ilkelere uyulmasını kolaylaştıracaktır.

Sonuç olarak, farklı yargılama alanlarında, farklı ihtiyaçlar sebebiyle farklı kavram, kurum ve buna uygun kuralların olması normaldir, hatta gereklidir. Ancak yukarıda da vurgulandığı üzere, yargılama hukukunun oldukça geniş bir ortak alanı da mevcuttur. Bu ortak alanların ve kavramların tespiti ile bunlar hakkında ortak bir dil, terminoloji oluşturulması, keza farklı olanlarda da farklılık kadar ayrışıp adlandırılması gerektiği kanaatindeyiz.

### C. Ortak Bir İçtihat Mekanizması İhtiyacı

Medenî, idarî ve ceza yargısının, yargılama anlamında amacı bakımından birçok ortak nokta olsa da uyumsuzluğun farklı maddî hukuk alanlarından kaynaklanmasından dolayı da farklılıkları olduğunu da belirtmiştik. Ancak, aynı temel menfaat ve ilişkinin, hatta eylem ya da işlemin farklı boyutları sebebiyle farklı uyumsuzluklar ortaya çıktığında, bunların doğrudan birbirine etkisi söz konusu olacaktır.

Yukarıda başka bir yerde verilen idarî sözleşme örneğinde olduğu gibi, idarî sözleşmenin kurulması aşaması idare hukuku ve idarî yargı alanına, uygulanması aşaması ise özel hukuk ve medenî yargı alanına girmektedir. Fakat idarî sözleşmenin kurulmasından sonra, idarî sözleşmenin kurulması aşamasıyla ilgili ortaya çıkan bir uyumsuzluk, bir idarî dava, sözleşmenin uygulandığı aşamadaki başka bir uyumsuzluğu etkileyebilmektedir. Keza bu konuda bir de ceza yargısına yansıyan bir durum söz konusu olursa, bunun hem idarî hem medenî yargıya etkisi olacaktır. İster bekletici sorun yapılarak çözüm üretilsin, isterse birbirinden habersiz ve farklı kararlar verilsin, aynı maddî vakıalar, farklı hukukî sorunlara kaynaklık edecek, aynı kapsamda olmasa bile hukukî nitelendirme farkından dolayı (örneğin, sorumluluk kurallarının üç alanda farklı olması sebebiyle) çelişkili kararlar verilebilecektir. Bu durumda sorun nasıl çözülecektir?<sup>60</sup>

<sup>60</sup> *Akılloğlu*, yıllar önce, bu noktada daha farklı ve ilginç -ve belki de hukukla, hukukî içtihat bütünlüğü ve özellikle yargı organları arasındaki işbirliği ile saygı konusunda birçok sorunu olan Ülkemiz bakımından çok lüks sayılacak- bir konuya da temas etmektedir. *Akılloğlu*, insan hakları bağlamında içtihat aykırılıklarını gidermek ve içtihat birliği sağlamak bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin girişimi ile kurulan “yüksek mahkemeler ağı” ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nden danışma görüşü alma hususuna dikkat çekmektedir. Bkz. Tekin Akılloğlu, ‘İdarî Yargıda İçtihat Aykırılıkları Sorunu Hakkında Kavram Açıklaması: Zıtlık ve Hukuka Aykırılık’, *151. Yıl Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu* (Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları 2019) 194.

Bunun dışında yargılama alanlarında daha genel, soyut ve ilkesel farklılık ve çelişkiler de oluşabilir. Özellikle medenî yargıyla idarî yargının kesişen geniş bir alanının olması karşısında, aynı konuda farklı hukukî nitelendirmeler yapılması halinde aynı ülkede, aynı genel hukuk düzeni içinde aynı konuda farklı çözümler nasıl izah edilecektir? Örneğin, İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 31. maddesinde atıf yapılan medenî yargıdaki kurumlardan biri hakkında, medenî yargıda ortaya çıkacak bir içtihadı birleştirme kararı ya da müstakar içtihat çerçevesindeki uygulama ile aynı konuda idarî yargıda ortaya çıkacak bir içtihadı birleştirme kararı veya müstakar içtihat çelişkisi, ister istemez hukuka güveni zedeleyecektir<sup>61</sup>. Buna ilişkin bazı sınırlı düzenlemeler varsa da, bunun yetersiz olduğu görülmektedir.

Bu kapsamda ilk akla gelen husus içtihadı birleştirme yoludur. Ancak adlî yargıda Yargıtay tarafından verilen içtihadı birleştirme kararları, medenî ve ceza yargısındaki içtihat aykırılıkları sorununu çöze de, yine adlî yargı içinde bir bağlayıcılığa sahiptir (YarK m. 45/5)<sup>62</sup>. Keza idarî yargıda da Danıştay tarafından verilen içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı idarî yargı içinde geçerlidir (DanK m. 40/4)<sup>63</sup>. Bu durumda aynı veya benzer konuda iki yargı kolunda oluşan farklı içtihat aykırılığı nasıl düzeltilenir?

İki yargı kolu arasındaki çelişkilere engel olmak bakımından ikinci akla gelen çare ise Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulmasıdır. Zira, adlî ve idarî yargı organları arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili olan yargı mercii, bir yüksek mahkeme olarak Uyuşmazlık Mahkemesidir (UMK m. 1)<sup>64</sup>. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi de, gerek görev gerekse hüküm bakımından ortaya çıkacak uyuşmazlıkları somut bir olay üzerinden çözüme kavuşturmaktadır. Örneğin, yukarıda belirtilen şekilde içtihadî ve ilkesel farklılıkları, müstakar içtihat farklılıklarını giderecek bir yol değildir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin farklı yargı alanlarındaki mahkemeler arasında kesinleşmiş hüküm uyuşmazlıklarını da çözüme görevi olsa da (UMK m. 24). Bu genel, soyut ve içtihadî bir sorunu kalıcı olarak çözmek sonucunu doğurmamaktadır<sup>65</sup>.

Bu konuda yatay ve dikey içtihat aykırılığı ayrımı da yapılabilmektedir. Örneğin, aynı yargı kolunun kendi hiyerarşisi içinde bir alt mahkeme kararının üst yargı

<sup>61</sup> Burada karar, içtihat, içtihat farklılığı, zıtlığı, çelişkisi, içtihatların bağlayıcılığı veya birleştirilmesi vs. hususların ayrımına girmiyoruz. Bunlar ayrı birer tartışma konusudur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erzurumlu Işık, s. 177 vd. İçtihat farklılıkları yararlı ve hukukun gelişmesine katkı sağlayıcı nitelik de taşırlar. Bilinen deyimle “bârîka-i hakikat, müsâdeme-i efkârden doğar”. Ancak birbiriyle çatışan, çelişen, hakkı elde etmeyi güçleştiren içtihat farklılıklarının yararlı olduğundan söz edilemez. İçtihatlar arasında zıtlık ve hukuka aykırılık konusunda ayrıca bkz. Akıllıoğlu (n 60) 195 vd.

<sup>62</sup> Pekanttez, Atalay ve Özkes, (n 5) 98; Mine Akkan, *Pekanttez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 350; Kuru ve Aydın (n 25) 547 vd.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 1) 97 vd.; Tanrıver (n 41) 264-265.

<sup>63</sup> Gözübüyük ve Tan (n 31) 77 vd.; Günday (n 26) 106; Sancakdar ve Önüt (n 9) 96 vd.; Murat Sezginer, ‘İdarî Yargıda İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesinde Danıştayın İçtihat Mahkemesi Rolünün Önemi’, *151. Yıl Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu* (Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları 2019) 167 vd.; Tanrıver (n 41) 264-265.

<sup>64</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi hakkında bkz. Gözübüyük ve Tan (n 31) 223 vd.; Sancakdar ve Önüt (n 9) 131 vd.; Tercan Erdal, *Farklı Yargı Kollarına Mensup Mahkemeler Arasında Hüküm Uyuşmazlığı* (Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları 2014) 18 vd.; Kuru ve Aydın (n 25) 91 vd.; Tanrıver (n 41) 271 vd.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 1) 81 vd.

<sup>65</sup> Bu konuda bkz. Tercan (n 64) 43 vd.

organlarınca denetlenmesi ve düzeltilmesi ihtiyacı ve gerekliliği *dikey içtihat* aykırılığı ve bu aykırılığın giderilmesidir. Esasen bu şekilde bir denetim mekanizmasının da öngörülmesi gereklidir. Ancak aynı seviye ve düzeydeki içtihat aykırılıkları bakımından aynı şeyin söylenmesi kolay değildir. Çünkü, *yatay aykırılıkta* deyim yerindeyse yargı organları arasında bir hiyerarşi yoktur<sup>66</sup>. Bu kapsamda örneğin aynı seviyedeki ve aynı fonksiyonu icra eden iki ilk derece mahkemesinin birbirine, dolayısıyla kararlarının da birbirine üstünlüğü yoktur; ancak biri diğerinin itiraz mercii ise o zaman organsal değil ancak fonksiyonel bir hiyerarşiden söz edilebilir. Benzer durum yüksek yargı organları, içtihat makamları için de söz konusudur. Bu sebeple özellikle Yargıtay ve Danıştay arasında bu açıdan yatay bir içtihat aykırılığında söz edilebilir. Çünkü, aralarında dikey bir ilişki söz konusu değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dikey aykırılık konusunda hak ihlâli potansiyeli görse de, yatay aykırılıkta aynı şey kolayca söylenememektedir. Dikey aykırılıklar mutlaka giderilmesi gerekse de, yatay aykırılık için aynı şey geçerli olmaz. Özellikle yatay aykırılığın bir ihlâl sonucu doğurması bakımından “makul sebeplere dayanmama” hususu önemlidir ki, bu da her somut olayda farklılık gösterebilecek niteliktedir<sup>67</sup>. Bu noktada özellikle hukuk güvenliği ilkesi öne çıkmaktadır. Ayrıca yüksek yargı organları arasında içtihat farklılığının da geçici/arzî olmaması kalıcı, sürekli ve gerçekten ihlâl niteliği taşıması önemlidir. Bu çerçevede farklı yüksek mahkemeler arasındaki içtihat uyumsuzlukları iç hukukta bir özel yol öngörülmemişse adil yargılanma anlamında tam bir ihlâl sayılmaz. Ancak bu aykırılık hukuk güvenliğine zarar verdiği, hak kayıplarına yol açtığı, derin ve hukuk sistemine zarar verici hale geldiğinde hak ihlâli ortaya çıkabilecektir<sup>68</sup>. Ülkemizde bunun sıklıkla örnekleri yaşanmaktadır<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Burada kuralların hiyerarşisi ile organların hiyerarşisini de ayrı değerlendirmek gerektiğine dikkat çekiyoruz. Örneğin, yargı organları aynı seviyede olsa da Anayasa hükümünün ya da uluslararası sözleşmelerin diğer alt düzenlemeler karşısındaki üstünlüğü gözardı edilemez. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi'nin yüksek mahkeme olarak bir üstünlüğü olmasa da, uyguladığı kurallar sebebiyle ve bunların bağlayıcılığı karşısında işlevsel bir üstünlüğü ortaya çıkabilecektir (duruma göre ayrıca değerlendirmek gerekse de). Yine bir yargı organının aynı seviyede olsa da, açık hukuka aykırılıklar ve hukuk devletine aykırılıkları içeren kararlarının yatay hiyerarşi sebebiyle diğerleriyle aynı değerlendirilmesi de mümkün değildir. Bu çerçevede daha önce farklı bir çalışmamızda ifade ettiğimiz üzere, örneğin, “Mahkemenin salt yargı gücünü kullanması da başlı başına verdiği karara hukukten varlık kazandırmaz. Mahkeme özellikle bilinçli olarak mevcut hukuku uygulamayıp, bilakis hukuk devletine aykırı olacak usullerle karar vermişse bu karar da yok sayılmalıdır.” (Muhammet Özkes, ‘Medenî Usûl Hukukunda Yok ve Etkisiz Hüküm’ (2000) 26(4) Yargıtay Dergisi 676). Böyle durumlarda zaten dikey hiyerarşi içinde bu tür kararlar üst denetimde denetimle kaldırılacağı, kaldırılması gerektiği gibi (aslında yok hüküm olduğundan buna da ihtiyaç yoktur); yatay hiyerarşide de aynı seviyedeki diğer mahkeme karşısında bir anlamı, yargısal gücü ve etkisi olmayacaktır. Çünkü, hukuk düzeninin tanımadığı, yok veya etkisiz bir karar kimseyi bağlamayacağı gibi, yatay seviyedeki diğer yargı organını da bağlamayacaktır.

<sup>67</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklama ve örnekler için özellikle bkz. Akıllıoğlu (n 60) 196 vd.

<sup>68</sup> Akıllıoğlu (n 60) 200 vd. *Gidilme*, burada Ülkemizde oldukça sorun olan bir konuda da dikkat çekmekte ve eleştirmektedir. O da içtihat aykırılığının giderilmesi durumunda, bunun kesinleşmiş kararlara etki edip etmemesi sorunudur. Bu durum belki hukuk politikası ve sürdürülebilirlik, sonuçların telafi sorunu gibi sebeplerle doğru gibi görünse de, kişi hak ve hürriyetlerinin korunması, hukuk ihlâlinin kalıcı hale gelmesi ve hukuk güvenliği bakımından oldukça tartışmaya açıktır (Akıllıoğlu (n 60) 202). Biz de belirli sınırlarla bu konu üzerinde yeniden düşünülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>69</sup> Burada önemli olan yargı organlarının, özellikle de yüksek organlarının, hukuka uygun karar vermek konusunda hassasiyet göstermesi, kararlar arasında çelişki olmaması, birbiriyle üstünlük yarışına girmemesidir. Yasama ve yürütme bir şekilde denetlemek mümkün olsa da, yargıyı yine yargı denetlemekte ve bu da bir noktada sona ermektedir. Bu sebeple “...kuvvetler ayrımında kuvvetler arasında denge kurulmakla birlikte, yargıyı denetleyecek tam anlamıyla bir güç bulunmamaktadır, yargı son denetim mekanizmasıdır. Jauernig’in ifade ettiği gibi pratikte ‘hakimler, hukukun hem hizmetçisi hem de efendisidir’. Önemli olan, yargı organlarının bu bilinçle, en sağlıklı kararı vermeye çalışmaları ve ortaya çıkan yanlışlıkları düzelterek mekanizmaları doğru işletmeleridir.” (Özkes (n 66) 695).

Alman Hukukunda farklı yargı alanları arasındaki içtihat aykırılıklarını giderecek mekanizma bizim hukukumuz bakımından da örnek oluşturabilir. Alman hukukunda Yüksek Federal Mahkemeler Arasında İchtihat Birliğinin Sağlanması Hakkında Kanun şeklinde ifade edeceğimiz Kanun (RsprEinhG) çerçevesinde<sup>70</sup> oluşturulan üst bir organ (*Gemeinsamer Senat*) bu tür sorunları çözmekle görevlidir. Yüksek mahkemeler arasında içtihat aykırılığının önüne geçmek ve içtihat birliğini sağlamak üzere kurulmuş bu organda, yüksek mahkeme başkanları ve ilgili daire başkanları ile ilgili dairelerden birer üyeden oluşur ve asıl başkanlar dışında kurula katılanlar (daire başkanı ve üyeleri) iki yıl için görev yaparlar (bu organın oluşumu için bkz. RsprEinhG § 1-9). Kanunda, yüksek mahkemelerin kararlarından sapmak istedikleri ya da aykırılık bulunduğu hangi durumlarda ve nasıl bir yol izlenerek bu içtihat yeknesaklığının sağlanacağı belirtilmiştir (bu organın oluşumu için bkz. RsprEinhG § 10-17). Bu yapıdan hareketle, bizde ayrı bir yapı kurulmasına gerek olmadan bu görevin Uyuşmazlık Mahkemesine verilmesi mümkündür. Ancak böyle bir durumda, oluşturulacak karar organının ve usûlünün ayrıca belirlenmesi gerekmektedir. Adli veya idarî yargı ağırlığı olmadan eşit bir yapılanmayla Yargıtay ve Danıştay'dan katılacak daire başkanı ve üyeleri ile böyle bir kurul oluşturulabilir. Hangi dairelerin veya kurulların içtihadı ile ilgili toplantı yapılacaksa ayrıca o dairelerin veya kurulların da temsilcilerinin katılımı sağlanabilir. Keza Yargıtay ve Danıştay'daki içtihadı birleştirme usûlü hükümlerinden de yararlanılarak, bu konuda hukukumuzda uygun bir işleyiş düzenlenebilir. Böylece sadece bu duruma özgü olarak Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay'dan katılacak başkan ve üyeler ile toplanarak iki ayrı yargı kolundaki aynı ve benzer konulardaki içtihat farklılıklarının giderilmesini sağlayabilecektir. Şüphesiz bu önerimiz üzerinde tartışılarak daha da geliştirilmesi mümkündür.

#### **IV. Yargılama Alanında Ortak Bir Anlayış ve Dil Oluşturamamanın Olumsuz Sonuçları Üzerine Değerlendirme ve Örnekler**

##### **A. Genel Açıklama**

Bu başlık altında aslında iki yargı kolunun birbirine -açıktan olmasa da örtülü-sirtını dönmesinin, ayrı dünyalarını gibi davranmasının, bunun oluşturduğu görmezlikten gelme ve körlüğün doğurduğu olumsuzluğa değineceğiz. Bunu yaparken de bir alan şovenizmi ve ukalalığından kaçınmak için, asıl uzmanlığımız olan medenî yargının idarî yargıya katkısı ve etkisi açısından değil, idarî yargının medenî yargıya katkı sunabileceği konularda, bunun gözardı edilmesinin olumsuzluğunu bazı somut örneklerle açıklamaya çalışacağız. Çünkü, bizim bu çalışmada amacımız, bir yargılama alanının diğerine üstünlüğünü açıklama çabasında olmak değildir. Zaten birçok sorunla uğraşılan ve her gün hem teorik hem pratik anlamda alan kaybedip zayıflayan yargılama alanına, bu tür üstünlük yarışlarının hiçbir faydası yoktur.

<sup>70</sup> 19.06.1968 tarihli Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes < <https://www.gesetze-im-internet.de/rspreinhg/BJNR006610968.html> > Erişim Tarihi 14.12.2023.

Burada üzerinde durduğumuz husus genel yargılama teorisi bağlamında güçlü bir temel üzerinde ve mümkün olduğunca ortak bir yargılama dili ile yargı alanlarındaki farklılıkları da gözardı etmeden, gerçek bir hak arama özgürlüğü, adalete erişim ve adil yargılanmaya olumlu anlamda katkı sunmaktır. Her alanda gerileyen yargılama kollarının birinin ötekine üstünlüğünü tartışmak, anlamsız, yararsız ve hatta bu anlamda gereksiz bir tartışmadır.

Bugün gelinen noktada yargıdan adeta kaçış, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi adı altında zorlamalara varan yöneliş, bunun reklâmı, yaygınlaştırılması söz konusudur; hatta bu bizatihi sistem tarafından teşvik edilmektedir. Bu durum Dünya’da da mevcut olmakla birlikte, özellikle Ülkemiz gibi hukuk ve yargılama sorunu olan, kronikleşen, ümitsizleşen ülkelerde daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Devletin önemli varlık sebeplerinden biri olan yargı, adeta kötülenmekte, uzaklaşmakta, bir sorun olarak görünmekte, ölüm gösterilerek sıtmaya razı edilme teşebbüsleri ortaya çıkmakta, bu da bir kurtarıcı edası ile yapılmaktadır. Unutmamak gerekir ki, tüm emperyal ve sömürgeciler kurtarma, barış ve gelişme yalancılığına sığınmıştır. Bunun farklı siyasî, ideolojik, sosyal, hukukî sebepleri vardır. Burada bunların doğruluğunu, yerindeliliğini, gerekliliğini, haklılığını tartışmıyoruz. Belirli şekillerde doğru amaç ve yöntemlerle bu gelişmelerin yararını da inkâr etmiyor ve destekliyoruz. Lakin doz aşımı ölümcüldür... Bu konu ayrı bir çalışmanın konusudur. Özellikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve arabuluculuk bakımından farklı çalışmalarda yaptığımız değerlendirme ve eleştirilerden bakış açımızla ilgili bir fikir edinilebilir. Burada sadece bir durum tespiti ile yetiniyoruz.

Sonuç olarak yargılama alanlarındaki üstünlük yarışı da, tüm cephelerde kaybeden bir ordunun, hangi birliği veya komutanı daha iyi tartışması kadar yararsızdır. Yargının ve hukukun gerilediği, alan kaybettiği zaman ve yerlerde, bu tür kibirli, bencil üstünlük yarışları, savaş kaybedilip işgal gerçekleştiğinde hangi cephedeki ordu daha başarılıydı demenin anlamsızlığına mahkûmdur.

Şu anda o kayıp noktasında bulunduğumuz kanaatindeyiz. Ancak onun da ötesinde, daha temel ve teorik bir yaklaşım sebebiyle de yargılama kolları ve alanlarının üstünlüğü ya da baskınlığını tartışmayı yararsız buluyoruz. Yani bu konu, hem genel ve kadim hem de güncel bir yönü olan konudur. Çünkü, her şeyden önce devleti oluşturan kuvvetler içinde yargı bir bütün olarak kabul edilmektedir, keza Anayasa’da da düzenleme bu yöndedir. O sebeple dışardan bakıldığında aslında yargı, onun işleyen mekanizması olarak yargı organları ve yargılama bir bütünün parçalarıdır. Bu bütünün yararlı ve istenen amacı sağlaması içinde ayrışma ile değil, zorunlu farklılıklarını koruyarak ortak bir anlayış ve işbirliği ile soruna yaklaşması gerekir. Unutmamak gerekir ki, aslında yargılama bir işbirliği ve karşılıklı iletişim alanıdır. Bu işbirliği ve



iletişim koptuğunda, bunun alt yapısı hazırlanamadığında sağlıklı bir yargılamadan da söz edilmesi mümkün olmaz.

Yargılama içindeki bu işbirliği ve iletişim zorunluluğu hem yargılama sùjeleri ve yargılamanın unsurları hem yargılama organları hem de yargılama usùlleri bakımından gerçekleşmelidir. Bu sebeple, iddia-savunma-hüküm, davacı-davalı-mahkeme arasındaki işbirliği ve iletişim kadar<sup>71</sup>, yargının kurumsal yapılarının da işbirliği ve iletişim içinde olması zorunludur. Yine bu çalışmanın konusu olarak farklı yargı alanlarının da ortak noktalarının farkında olarak gereksizliklerden kaçınması, işbirliği ve iletişim içinde olması önemlidir. Bunun düzenleme anlamında gerçekleşmesi sağlanmalı, ayrıca fiili olarak yargılama işleyişinde uygulanabilmelidir. Ayrıca yargılama alanında çalışanların da birbirine karşı üstünlük ya da alan şovenizminden kaçınarak ortak amaç, ilke, kuram, dil konusunda katkı sunmaları haklı bir beklenti olacaktır. Bu konuda bu anlamda ortak ve geniş tek bir toplantı dahi yapılamaması büyük bir eksikliklerdir.

## B. Bazı Örnekler Üzerinden Tespitler

Burada verilecek birkaç örnekle, özellikle idarî yargı alanında ortaya çıkan bazı çözümlerin uzun süre medenî yargıda görmezlikten gelinmesinin, hatta bilinmemesinin olumsuzluklarını göstermeye, daha erken zamanlarda bazı sorunları çözmek mümkünken sorunların kronik hale gelip artık tedavi edilemez noktaya ulaştığında gereksiz çare arayışlarının anlamsızlığını açıklamaya çalışacağız. İdarî yargıda bir şekilde daha erken çaresi bulunmuş, ancak medenî yargıda bu farkedilmediği için artık geç kalınmış teşhis ve tedavinin ölümcül sonuçları olarak da bakılabilir.

### *Örnek 1: Yabancı Para Alacaklarının Ödenmesi*

Bu örneklerden biri, Ülkemizdeki ekonomik sorunlar ve istikrarsızlık sebebiyle sık sık güncel bir konu olan yabancı para ile borçlanma, bu borcun ödenmemesi halinde hangi tarihteki kur üzerinden ödemenin yapılması gerektiği ile ilgilidir. Mevcut Türk Borçlar Kanunu (6098 s.K./TBK) yürürlüğe girmeden önce yürürlükte olan Eski Borçlar Kanunu (818 s.K./EBK) döneminde, konusu para olan borçların Ülke parasıyla ödeneceği, aynen ödeme şeklinde bir belirlene yoksa bu durumda da vade tarihindeki kur üzerinden ödeme yapılacağı kabul edilmişti (EBK m. 83/1-2). Daha sonra (1990 yılında) bu hükme 3. fıkra eklenerek, yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklının seçimine göre vade veya fiilî ödeme tarihinin esas alınabileceği kabul edilmiştir. Bu arada doktrinde icra hukuku bakımından değil,

<sup>71</sup> Akıllıoğlu, bu iletişimi şu şekilde ifade etmektedir: “Güntümüz yargılama hukuku öğretisinde geçerli olan kuramlar göz önünde tutulacak olursa doğru yargılama, muhakeme sürecinin başlangıcından sona ermesine kadar olan çeşitli evrelerde muhakeme özneleri arasında kurulan iletişim ağının özellikleri ve işleyişi ile ilgili kurallardan, yaklaşımlardan oluşmaktadır. ...Kısaca ve genel olarak belirtmek gerekirse, muhakeme sürecinde yargılama makamına ait yetki ve görevler ile taraflar arasındaki iletişime ilişkin kurallar ve bunlara göre taraflara sağlanan haklar üzere iki büyük muhakeme kuralları kesimi ayırt edilebilir” (Tekin Akıllıoğlu, ‘Adalet Kavramı ve İnsan Hakları’, in Adnan Güriz (Editör), *Adalet Kavramı* (Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 1994) 38.



ancak medenî yargılama hukuku bakımından doğrudan yabancı para üzerinden de dava açılabilirliği, Türk parası üzerinden talepte bulunulduğunda da borcun vadesinde ödenmemesi halinde, gerekirse ödeme tarihine göre çeviri yapılması gerektiği, kanunun aslında bir sınırlama getirmediği, sadece yabancı paranın Türk parası ile ödenmesini gerekli kıldığı, aksi halde alacaklının zararına hareket edilmiş olacağı gerekçeleriyle ileri sürülmekteydi.

Buna rağmen o tarihte Yargıtay'ın aksine kararları mevcuttu, Yargıtay 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'na 3. fıkra eklenip alacaklıya seçim hakkı tanınmadan önce, dava açıldığında yabancı para borcunun Türk parasına çevrilmesini zorunlu görüyor ve çeviride de vade tarihinin esas alınması yönünde karar veriyordu. Bu da özellikle Ülkemizdeki gibi ekonomik istikrarın zaman zaman krize girdiği, dövizde dalgalanmaların olduğu ortamda, alacaklıların açıkça zararına bir durumdu. Hatta borçlular ödemelerini geciktiriyor, davaları uzatıyor (şu anda olduğu gibi), adeta para pul olunca vade tarihindeki birkaç yıl öncenin kurunu esas alarak ödeme şeklinde bir duruma sebebiyet veriyorlardı. Şüphesiz bunun sebebi de Yargıtay'ın yaklaşımı ve kararlarıydı. O dönemde henüz 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun 83. maddesine 3. fıkra eklenmeden, aynı hükümlerden hareket eden Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ise, 1986 yılında verdiği kararında, idarenin davacıya vade tarihindeki değil, paranın davacıya iade edileceği tarihteki (fiilî ödeme tarihindeki) resmî kur üzerinden ödenmesi gerektiğini, böylece davacının zarar görmesinin önüne geçileceğini belirtmiştir. Görüldüğü gibi aynı hüküm, daha doğru yorumlanıp uygulanarak daha sağlıklı bir sonuca gidilmiştir<sup>72</sup>. Burada konunun teknik yönleri ve gerekçeleri üzerinde durmayacağız.

Yargıtay ise, uzun süre 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun 83. maddesine dayanarak dava hangi tarihte açılmış olursa olsun, ödeme ne zaman gerçekleşirse gerçekleşsin, yabancı para alacağı için geçmişteki vade tarihini esas almaktaydı. Bunun alacaklıları açıkça mağdur eden, kötünietli ve borcunu geç ödeyen borçluyu ödüllendiren bir yaklaşım olduğu açıktır. Bu sebeple daha sonra Kanuna 3. fıkra eklenecek alacaklıya vade veya fiilî ödeme tarihinden birini seçme imkânı tanınmıştır.

Bu örnekte görüldüğü üzere, idarî yargının öncü, hem kanunun ruhuna hem de menfaatler dengesine uygun kararları adlî yargıdan önce ortaya çıkmıştır. İdarî yargının bu doğru kararı, medenî yargıda da esas alınmış olsaydı, belki de gereksiz yere kanun değişikliği yapılmayacak, ayrıca kanun kabul edilene kadar da gereksiz yere hukuku ve adalet hissini zedeleyen hak kayıpları ortaya çıkmayacaktı. Medenî yargının idarî yargıda sağlıklı bir çözümü umursamaması kişiler için ağır hak kayıplarına dönüşmüş, idarî yargıda hak arayana göre medenî yargıda hak arayan geride kalmıştır.

<sup>72</sup> Bu konuda tartışmalar için bkz. Hakan Pekcanitez, *Yabancı Para Alacaklarının Tahsili* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 1998) 75 vd., karar için bkz. 88.

## Örnek 2: Belirsiz Alacak Davası

Hukukun hangi alanında olursa olsun bazı durumlarda dava açarken davacının zararını veya alacak kalemini tam olarak belirlemesi mümkün olmayabilir ya da bu onun için çok büyük bir organizasyon ya da yük getirebilir. Davanın açıldığı sırada davaya konu talebin belirlenmesi davacıdan gerçekte beklenemeyeceği durumlarla karşılaşılabilir. Medenî yargıda özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda alacak konusunda bu durumla karşılaşılabilirdiği gibi, idarî yargıda da benzer durum tam yargı davalarında ortaya çıkabilecektir. Medenî yargı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2011 yılına kadar bu sorunu görmezlikten gelmiş, gerek doktrin gerekse yargı kararlarında bu sorun ele alınmamış, değerlendirilmemiştir. Bu sorun kısmen ıslah veya kısmî ya da pilot davalarla çözülmeye çalışılmışsa da, özellikle faiz, zamanaşımı gibi maddî hukuk kaynaklı, teksif ilkesi, derdestlik, kesin hüküm, ispat gibi yargılama hukuku kaynaklı sorunlar ve sınırlamalar sebebiyle gerçek bir çözüm ortaya konulamamıştır. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte 107. maddenin belirsiz alacak davasını düzenlemesi ile sorun kanunî düzeyde çözülebilmeye de, uygulamada bu sefer de farklı sorunlar ortaya çıkmıştır<sup>73</sup>.

İdarî yargıda ise bu sorun deyim yerindeyse daha erken sezilmiş, görülmüş ve anlaşılabilir, ayrıca çözüm üretilmeye çalışılarak, önerilerde bulunulmuştur. Gerek idare hukuku doktrini gerekse yargı kararlarında önce sorun tartışılmış, değişik kararlar verilmiştir. Sonunda Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 1983 tarihinde verdiği<sup>74</sup>,

“Yukarıda açıklanan nedenlerle içtihadın, kamu görevlilerine ilişkin mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda, İdarî Yargılama Usulü Kanununun 3/d maddesinde yer alan “tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde gösterileceği” yolundaki hükmün, ancak bunun mümkün olduğu, yani zarar miktarının hesaplanabileceği durumlar için uygulama alanı bulunduğu, kamu görevlilerini ilgilendiren mevzuat dolayısıyla zararın tespit edilememesi nedeniyle uyuşmazlık konusu miktarın dilekçede gösterilmemiş olmasının iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılmasını engellemeyeceği, dolayısıyla zarar miktarının tespitinin mümkün olmadığı hallerde dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktar gösterilmeden tam yargı davası açılabilirdiği görüşüne dayanan Beşinci ve İkinci Mürettep Daire kararları doğrultusunda birleştirilmesine 29.12.1983 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.”

şeklinde bir kararla, belirsiz alacak davası açılması imkânını açıkça tanımıştır. Aynı şekilde Askerî Yüksek İdare Mahkemesi de 1989 yılında benzer bir karar vermiş bulunmaktadır. Hatta ilgili kanun hükmü belirli bir sınırlama içermesine rağmen bu karar verilebilmiştir. Karar tarihlerine ve hatta ondan önceki diğer karar ve

<sup>73</sup> Belirsiz alacak davası hakkında ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Cemil Simil, *Belirsiz Alacak Davası* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 43 vd.

<sup>74</sup> Danıştay İBK, E.1983/11, K.1983/10, T.29.12.1983, (Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca Danıştay DDGK, E.1999/996, K.2000/1038, T.27.10.2000, (Kazancı İçtihat Bankası).

doktrindeki tartışmalara bakıldığında, idarî yargının medenî yargıdan bu konuda 25-30 yıl ilerde olduğu söylenebilir.

Medenî yargı, aslında kendisinin çok daha ihtiyacı olan ve uygulaması bulunan bu konuda da idarî yargıyı görmemiş, belki farkına bile varmamıştır. Bunun sonucunda da yıllarca bu tür alacaklar için çaresiz kalınmış, hak kayıpları oluşmuştur. Ne yazık ki, medenî yargı doktrini de yol gösterici, zihin açıcı bir yaklaşım ve tartışma ortaya koyamamıştır. Açık söylemek gerekirse, bu durum medenî yargılama hukukçuları olarak -kendimiz de dahil olmak üzere- hepimiz için mahcubiyet meselesidir. Çünkü, benzer konuları tekrarlayan tezler ve makaleler yazılırken böyle bir soruna çözüm üretilmemesi, akıl edilmemesi, Dünya'daki gelişmelere dahi yer verilmemesi büyük bir eksikliklerdir. İdarî yargının bu yaklaşımı ve sonunda İçtihatı Birleştirme Kararı aynı zamanda farklı ülkelerdeki bu konuyla ilgili gelişmelere de çok uygundur. Örneğin, Almanya'da belirsiz alacak davası yüzyıl önce içtihatlarla gelişmiş ve bugüne gelmiştir, yani aslında kanuna dahi ihtiyaç olmayan bir meseledir. Nitekim idarî yargıda da aslında çözüm kanunî düzenleme olmadan kabul edilmiştir.

Gelinen noktada 2011 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açık kanunî bir düzenlemeyle sorun çözülmeye çalışılmış, ancak yargısal alışkanlıklar ve bu kurumun anlaşılması, kötüye kullanılması sonucu, bu dava türü dejenere olmuştur. Oysa daha erken zamanlarda makul şekilde, ihtiyaçlara göre daha esnek olan içtihatlar üretilebilseydi, bugün daha oturmuş bir uygulama üzerine, daha sağlıklı bir kanunî düzenleme yapılabilir ve uygulanabilirdi. Şu anda belirsiz alacak davasının düzenlenmesi ile düzenlenmemesi arasında adeta bir yarar farkı bulunulmayan bir noktaya gelinmiş, farklı uygulamalar ortaya çıkmış, hatta Yargıtay ile Anayasa Mahkemesi arasında bir tartışma ve çekişmenin konusu haline gelmiştir. İdarî yargıda ise bu içtihatların izinde ve öncülüğünde, belirsiz alacak davasını kolaylaştıran ve talebin daha sonra artırılmasına imkân tanıyan kanunî değişiklik de yapılmıştır.

Bu konuda da medenî yargı, idarî yargıyı görmemiş, anlamamış, ilgilenmemiş, bilgilendirilmemiş ve sonunda da bir hastalık kronik hale gelmiştir. Teşbih yapılacak olursa ortada açıkça bir hekim sorunu ve sorumluluğu vardır. Sorun yargılama ve sistemden çok, doğrudan medenî yargılama hukukçularının ve medenî yargı alanındaki yargılama organlarının sorunu ve sorumluluğudur.

### **Örnek 3: Fer'i Müdahale**

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 31. maddesi'nde davaya katılma (müdahale) ve ihbar konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır. Sadece medenî yargıdan farklı olarak re'sen ihbara da yer verilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre, davanın tarafları dışında üçüncü kişi olan fer'i müdahil davanın tarafı değildir, ancak davayı kazanmasında hukukî

yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla yargılamaya katılır (HMK m. 66). Mahkeme şartları ve hukukî yararı varsa üçüncü kişinin davaya fer'i müdahil olarak katılmasına karar verir (HMK m. 67). Tarafın yardımcısı niteliğinde olan fer'i müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usûl işlemi de yapabilir (HMK m. 68/1). Müdahil hakkında bir hüküm verilemez, müdahil hükümde lehine veya aleyhine karar verilecek konumda değildir. Burada kendisi hakkında hüküm verilmese dahi, sonucundan etkileneceği bir hüküm hakkında müdahilin kanun yoluna başvurup başvuramayacağı sorunu tartışmalıdır. Medenî yargıda doktrinde aksine görüşler olmasına rağmen<sup>75</sup>, Yargıtay kararları<sup>76</sup> ve yerleşik uygulama, kanunda bu konuda açıklık yoksa müdahilin bağımsız olarak bir kanun yoluna başvuru hakkının olmadığı, ancak yanında katıldığı tarafla birlikte bu yola gidebileceği yönündedir. Bunun sonucu olarak da, verilen hüküm kendi hukukî durumunu da daha sonra etkileyebilecek, rücu edilebilecek ya da kendisinin talepte bulunmasına etki edebilecek bir hüküm hakkında müdahilin katıldığı taraftan bağımsız hareket edememesidir.

Medenî yargıdaki bu duruma rağmen, idarî yargıda yeni bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda<sup>77</sup>

“...müdahilin, yanında katıldığı tarafın kanun yollarına başvurmaması halinde, onun işlem ve açıklamalarına açıkça aykırı olmamak şartıyla tek başına kanun yollarına başvurabileceği ve ilgili yargı merciince başvuru dilekçesinin yanında katıldığı tarafa tebliğ edilmesi gerektiği yönünde içtihadın birleştirilmesine, ..., 03.02.2023 tarihli ikinci toplantıda mevcudun oyçokluğuyla karar verildi.”

şeklindeki kararlar müdahile, yanında katıldığı taraf kanun yoluna başvurmasa dahi, katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarına açıkça aykırı değilse tek başına kanun yoluna başvuru imkânı tanınmıştır. Kararda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla hak arama özgürlüğü, adil yargılanma gibi hususlara da yer verilmiştir.

İdarî yargıdaki bu İçtihadı Birleştirme Kararı da öncü ve amaca uygun bir karardır. Medenî yargı doktrininde bu konudaki temel eserlerde müdahile belirtilen şekilde bağımsız kanun yoluna başvuru imkânı savunulmaktadır. Ancak uygulama ve Yargıtay, kanun hükmünün bu şekilde yorumlanması biraz zorlama olsa da çok lafzî

<sup>75</sup> Bu konuda tartışmalar ve hatta Anayasa Mahkemesinin bu konudaki hak ihlali hakkında bkz. Hakan Pekcanitez ve Nedim Meriç, *Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale* (2. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020) 308 vd., idarî yargı bakımından ayrıca 420 vd.

<sup>76</sup> Örneğin, “Lehine müdahale edilen taraf temyiz yoluna başvurmazsa, HMK'nın 68. maddesi uyarınca, yanında katıldığı tarafla birlikte hareket etmek zorunda olan fer'i müdahil, yalnız başına kararı temyiz edemez. Müdahile husumet tevcih edilmediği gibi müdahil aleyhine bir karar da verilmemiş bulunan hallerde müdahilin tek başına temyiz isteğinde bulunmaya hakkı yoktur.” Yargıtay HGK E.2016/4-504, K.2017/962, T.24.05.2017; “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 66 vd. maddelerinde yer alan fer'i müdahilin, katıldığı tarafla birlikte hareket edeceği düzenlemesi karşısında; somut uyuşmazlıkta, davalı yanında yer alan fer'i müdahilin katıldığı taraf olan davalı tarafın temyiz isteminde bulunmaması nedeniyle, fer'i müdahilin tek başına temyiz talep etme hakkı bulunmadığı anlaşıldığından temyiz dilekçesinin REDDİNE, 04.11.2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.” (Yargıtay 9. HD, E.2021/11188, K.2021/15408, T.4.11.2021).

<sup>77</sup> Danıştay İBK, E.2021/4, K.2023/1, T.3.2.2023 (Kazancı İçtihat Bankası).

bir yorumla müdahilin kanun yoluna başvurmaya engel olmakta, adeta bu konuda direnç göstermektedir. İctihatla çözülecek ve doktrinde de savunulan bir imkânı müdahile vermeyen bu yaklaşım adeta kanun koyucuyu gereksiz bir kanunî düzenleme yapmaya zorlama çabasıdır. Belki bir süre medenî yargıda da, idarî yargıda kabul edilen noktaya gelinecektir. Çünkü, orada belirtilen hak arama özgürlüğü, adil yargılanma ve yargılama ilkelerinin birçoğuna ilişkin açıklama ve gerekçeler medenî yargıda da geçerlidir. Keza konunun bireysel başvuru yoluyla da gündeme gelip hak ihlali kararı verilmiş olması karşısında, adli yargıda da benzer ihlâl ihtimali vardır.

Bu durum karşısında müdahilin kanun yoluna başvurusuna direnç göstermek gereksizdir. Ayrıca bu arada farklı hak kayıpları veya gereksiz yargılama işlemleri ve davalar ortaya çıkacaktır. Yapılması gereken şey idarî yargıda verilen bu isabetli kararı medenî yargıya da taşımaktır. Konunun ilginç ve dikkat çekici yönü ise, asıl kaynağını atıf yoluyla HMK'dan alan bir konuda, idarî yargının kaynağındaki yargı makamlarından daha doğru karar vermesidir.

### *Örnekler Üzerinden Tespit*

Yukarıda verilen üç örnek aslında idarî yargının medenî yargıya göre daha ilerde olduğu konulara ilişkindir. Bu üç örnek dışında da başka örnekler de verilebilir. Burada asıl üzerinde durmak istediğimiz husus, yukarıda da belirttiğimiz üzere, idarî yargı, medenî yargıda da ortaya çıkan benzer sorunlara sağlıklı ve doğru (hatta bazısında kaynağını Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan alarak ve çok erken dönemlerde) çözüm üretmiş olmasına rağmen, medenî yargının gösterdiği umursamazlıkla, direncin gereksizliği, yararsızlığı, zaman, emek ve en önemlisi hak kayıplarına yol açmasıdır. Medenî yargının bu doğru çözümleri sırf başka bir yargı kolunda verilmiş kararlar olması sebebiyle görmemesi, sırtını dönmesi, ilgilenmemesi, değerlendirmemesi, bu olumsuz sonuçlara yol açmaktadır. Bu durum yargılamanın genel kuramına önem vermemenin, yargılamada ortak kavram, dil ve ilkelerden uzaklaşmanın olumsuz sonuçlarıdır.

Burada hem yanlış anlaşılacak hem de alan şovenizminin, yargılama alanları arasında kalın duvarlar örmenin tehlikesine dikkat çekmek için bilinçli olarak kendi çalıştığımız alanı eleştiri niteliğindeki örnekler üzerinde durduk. Ancak konuya ters-ten veya her iki alandaki farklı örnekler üzerinden de yaklaşmak mümkündür. İdarî yargının da medenî yargıdan yararlanmamasının doğurduğu olumsuzluklar mevcuttur. Burada önemli olan zorunlu farklılıklar ve ayrılıklar dışında, ortak ya da yararlanılabilecek konularda yargılamaların birbirinden uzaklaşmasının olumsuz sonuçlarının farkına varabilmek, durumu tespit ile gözden geçirip çare üretebilmektedir.

## Sonuç

Bu çalışma sonucunda vardığımız tespitleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Her maddî hukuk alanına uygun ve onunla uyumlu bir şekli hukuk alanı mevcuttur. Maddî hukuk ilgili olduğu şekli hukuk alanlarına da etki etmekte, onun yapısını şekillendirmektedir. Bununla birlikte maddî hukuk alanlarında daha derin farklılıklar mevcut olsa da, aslında yargılama hukukunun genel anlayışı ve temel amaçları ile ilkeleri esas alındığında, şekli hukuk alanlarındaki farklılıklar maddî hukuktaki kadar derin ve uzlaşamaz, en azından işbirliğini mümkün kılmayacak derecede değildir.
2. Yargılama hukukunun farklı alanlarında bazı amaç farklılıkları olsa da tüm yargı alanlarında benzer ortak amaçları mevcuttur ve bu farklılıklardan daha çoktur. Örneğin, uyuşmazlığı sonlandırmak, o alana özgü hakkın yerine gelmesini sağlamak, objektif olarak hukuk düzenini sağlamak, bu yolla sosyal ve hukukî barış ile hukukî güvenliği korumak bu ortak amaçlardır. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma yoluyla bunların gerçekleştirilmesi de hukuk devleti bakımından vazgeçilmez ortak bir anlayıştır.
3. Yargılamaların bir amacı da gerçeğe ulaşmaktır. Gerçeğe ulaşmak aslında, yukarıda belirtilen amaçlara hizmet eden bir amaçtır. Çünkü, hukukî nitelendirmenin tam yapılabilmesi, hukukun uygulanabilmesi için öncelikle gerçeğin bilinmesi gerekir. Yargılama hukukları bakımından şekli gerçek-maddî gerçek ayrımı ve tartışması olsa da bu sunî, gerçekçi olmayan bir ayrım ve tartışmadır. Nihayetinde mutlak gerçeğe ulaşmak mümkün değildir. Yargılamalar sonunda aslında ulaşılan şey adli gerçektir. Bu gerçeğe ulaşmadaki alanların farkından kaynaklanan yöntem farkları gerçekten vazgeçildiği veya sınırlı bir gerçeğin kabul edildiği anlamına gelmez. Hangi alanda olursa olsun adli gerçeğin hatalı olma ihtimali vardır. Bu sebeple de hukukî başvuru yolları, kanun yolları, özellikle de yargılamanın yenilenmesi kurumu kabul edilmiştir.
4. Yargılamalarda farklı alanlara ilişkin özellikle teknik düzeyde ayrılıklar olsa da, aslında tüm yargılamalar temel yargısal hakları gözetmek ve bazı temel yargılama ilkelerine dayanmak zorundadır. Keza bir yargılamayı yargılama yapan, olmazsa olmaz nitelikte temel noktalar mevcuttur. Bu sebeple, en azından bu hak ve ilkeler konusunda ortak bir anlayış, bakış açısı ve yaklaşım geliştirilmelidir. Çünkü, farklı yargılama alanları sadece bunların farklı görünüm şekillerinden ibarettir.
5. Yargı ya da yargılama ayrılığı ve birliği tartışmasının haklı sebepleri bulunmaktadır. Yukarıda da belirtilen sebeplerle bu ayrım tamamen dayanaksız değildir. Ancak bu durum yargılamaların ortak ilkeleri, alanları, konuları

hakkında ortak bir anlayışa engel değildir. Esasen her bir yargılama kolu ve alanı, genel yargılama alanının alt dalları şeklinde de nitelendirilebilir. Bu çerçevede ortak bir yargılama kuramı ile ortak bir yargılama dili (en azından ortak noktalarda) geliştirilmesinde yarar vardır. Biz özellikle ortak bir yargılama kuramı çerçevesinde ortak bir dil oluşturulması, bunun üzerine farklılıklarla gelişme taraftarıyız.

6. Bu çalışmada adlî ve idarî yargı ayrımı kaldırılсын ya da idarî yargının adlîleşmesi görüşünü savunmamaktayız. Keza tüm yargılama-muhakeme-usûl hükümlerinin de birleştirilmesi şeklinde bir ütöpic düşünceyi de savunmuyoruz. Çünkü, adlî yargı-idarî yargı ayrımının olması belirli gelişimin, yapının ve kısmen tercihin ürünüdür. Keza yargılama farklılıkları da, belirli ölçüde işin niteliğinin zorunlu kıldığı bir durumdur. Ancak bu şekildeki ayrımın olması, yani yargı organizasyonunun ve kolunun bu şekilde ayrılması, yargılama anlayışının da derin ve birbiriyle ilgilenmeyecek derecede ayrılması sonucunu doğurmamalıdır. Yukarıda açıklanan gerekçelerle yargı yollarının ve kollarının ayrılması, temeller, ilkeler ortak bir yargılama anlayışından da kalın çizgilerle ayrışmasını gerektirmez.
7. Bu anlamda yargılamada asgarî birlik ve ortak yargılama kuramı çerçevesinde ortak bir yargılama diline ihtiyaç olduğunu düşünüyoruz. En azından hem teorik ve doktrin seviyesinde bu konuda çaba gösterilmeli hem de düzenlemeler yapılırken ortak kavramların ortak bir terminoloji ile ifade edilmesi gözetilmelidir. Aynı kavramı ve terimi farklı içerikte kullanmanın ya da aynı şeyi farklı kavram ve terimle ifadenin ortaya çıkardığı sorunlar pratikte uygulamayı da doğrudan etkilemektedir.
8. Her ne kadar farklı yargı alanları farklı sorunlara çözüm üretmekteyse de, aynı sorun etrafında birden çok uyumsuzluk ve buna bağılı olarak farklı yargılama alanının ortaya çıkması da söz konusudur. Bu tür durumlarda aynı konularda, özellikle maddî vakıaların tespiti ile temel hukukî yaklaşım konusunda birbirine zıt uygulama ve içtihatların oluşması hukukî güvenlik ve adil yargılama bakımından sorun oluşturduğu gibi, hakkın yerine getirilmesine de pratik olarak engel oluşturabilmektedir. Bu konuda hukuk düzeni, görev ve hüküm uyumsuzluğuna engel olacak bazı tedbirler almış ve içtihadı birleştirme kurumu kabul edilmiş olmasına rağmen, bu her zaman çare olamamaktadır. Bu sebeple ihtiyaç olduğunda farklı yargı kolları için de deyim yerindeyse yargı kolları üstü bir tür içtihadı birleştirme mekanizmasına ihtiyaç vardır.
9. Yargılama alanlarında ortak bir anlayış ve dil geliştirememenin doğurduğu birçok sorun mevcuttur, bunun somut ve açık örnekleri söz konusudur. Sadece tek yönlü bakılacak olsa dahi, örneğin idarî yargının neredeyse çeyrek asır

önce çözüm ürettiği bir konunun, medenî yargıda yıllarca ihmal edilmesi veya geç çözüm üretilmesi, bunun da eksik olması, farklı hak kayıplarına yol açtığı gibi, geç üretilen çözümün bile sağlıklı işlememesine sebep olduğu görülmektedir. Buna ilişkin farklı örnekler ve somut olaylar bulunmaktadır. Çalışmada bazı çarpıcı örneklerle konu açıklanmıştır. Ancak sorunun tersten bir bakış açısıyla da ele alınması, medenî yargıdaki çözümlerin idarî yargıda ihmal ve gözardı edilmesinin olumsuzluklarını göstermek de mümkündür.

- 10.** Sonuç olarak, yargılama hukukuna yeniden bir bakışa ihtiyaç olduğunu, ortak amaç, ilke, kavram, kurumların yeniden ele alınması gerektiğini gündeme getirmek istiyoruz. Buradan yargılama kolları kaldırılсын, yargılama usûlleri tamamen birleştirilsin sonucuna varılmamalıdır. Her yargılama kolu, yolu, alanı ve usûlü kendi özelliklerini korumakla birlikte, ortak bir yargılama kuramı ve diline ihtiyaç vardır. Aynı şeyleri farklı isimlendirmenin ya da başka şeylermiş gibi tartışıp uygulamanın anlamsız, yararsız ve hak kayıplarına yol açan bir yol olduğunu söylüyoruz. Uyuşmazlık çözmek için kurgulanmış yargı ve yargılama, karmaşık, içinden çıkılmaz, adeta bir labirent ve bulmacaya dönen, uzmanların dahi başedemediği bir hale dönüşmemeli, uyuşmazlık çözecek şeyin kendisi uyuşmazlık ve sorun haline gelmemelidir. Özetle yargılamada, ortak alanlarda ve temellerde, ortak bir kuram ve ortak bir dil gerekmektedir. Yargılamaların ve yargılama geçişlerinin de daha sade, kolay ve basitleştirilmesi de düşünülmelidir. Ancak bu, yargı alanlarının ve yargılama-muhakeme-usûl hükümlerinin tümüyle birleştirilmesi ve kendi özerkliklerinden vazgeçmesi anlamına gelmemelidir.
- 11.** Ekte medenî yargıyla idarî yargıyı karşılaştırmak için bir tablo verilmiştir. Bu tablo her yönüyle değil, belirli temel noktalarda karşılaştırmayı amaçlamaktadır. Şüphesiz eksiklikleri mevcuttur. Ancak genel bir çerçeveye bakış için katkı sunma amacındadır.



<b>MEDENÎ YARGI İLE İDARÎ YARGI ARASINDA BİR KARŞILAŞTIRMA DENEMESİ</b>		
<b>MEDENÎ YARGI</b>	<b>İDARÎ YARGI</b>	<b>BENZERLİK YAKINLAŞMA</b>
Ağırlıklı olarak taraf menfaatleri ve sübjektif hak söz konusudur.  Hak yaklaşımı daha ağırlıklıdır.	Objektif hukuk yaklaşımı baskındır.	Medenî yargı sübjektif menfaatleri temin ederken objektif hukuku da sağlar. İdarî yargıda taraf menfaatleri de tamamen gözardı edilmez, özellikle tam yargı-tazminat davalarında taraf menfaati önem taşır.
Davada tasarruf ilkesi önemlidir ve ağırlık taşır; dava tarafların malıdır. Duruma göre hakkın devriyle birlikte taraf dahi değişebilir.  Üçüncü kişilerin hak iddiaları ile asli müdahale kabul edilmiştir.	Davada tam bir tasarruftan söz edilemez, hakkın medenî yargıdaki gibi devriyle davanın değişmesi kural olarak söz konusu olmaz. Re'sen araştırma ilkesi geçerlidir.  Yalnızca ferî müdahale söz konusudur.	Her iki yargılama alanında da yargısal temel haklar farklı görünüşleriyle dikkate alınır.  İki yargılamada da davacının mutlaka davaya devamı söz konusu olmaz, duruma göre belirli farklılıklarla feragat, kabul, sulh mümkündür.
Taraflar özel hukuk öznesidir.	Davalı taraf daima İdaredir.	İstinaf ve temyizde ise medenî ve idarî yargıda da her iki taraf başvuru yapabilir, ayrım yoktur.
Yargılamayı hâkim idare eder ve yürütür; ancak davanın asıl sahibi taraflar olması sebebiyle onların getirdikleri malzeme ve onların işlemleri önem taşır.  Dosyanın tekemmülünde tarafların katkısı asıldır.	Dava ağırlıklı olarak mahkeme tarafından yönetilir ve yürütülür, taraf yetkisi sınırlıdır.  Dosyanın tekemmülünde taraf katkısı medenî yargılamaya göre ikincildir. Re'sen araştırma ilkesi	Dava malzemesi bakımından farklılıklar olsa da, yargılamanın yürütülmesi, düzeni ve disiplini ikisinde de yetki mahkemededir.
Usûl bakımından yazılılık ve sözlülük birlikte geçerlidir, duruşmalar sebebiyle sözlülük önemlidir.	Usûl bakımından ağırlıklı olarak yazılılık esastır. Duruşma yapılması mümkündür. Ancak yapılan duruşma medenî yargılamadaki gibi değil, sadece tarafların meramını anlatması ve hâkimin-mahkeme heyetinin dinlemesinden ibarettir. Zabıt kâtabi tarafından zabıt tutulması söz konusu değildir.	İdarî yargıda da duruşma olması sebebiyle sözlülük tamamen terkedilmemiştir; medenî yargılamada da belirli işlemler ve aşamalar yazılı olmak durumundadır.
Yargılamada canlı delil denilebilecek tanık, yemin gibi deliller ve delil elde etme araçları kullanılması mümkündür.	Özellikle idarî işlemlerde medenî yargıdaki gibi bir delil kullanımı söz konusu olmaz; idarî işlem dosyası ve belgeler üzerinden inceleme yapılır. Takdirî delil sistemi ve delil serbestisi ilkesi geçerlidir.	İdarî yargıda da belirli ölçüde medenî yargıdaki delil tespitinden yararlanılması ve idarî eylemlerle ilgili bazı esneklikler söz konusudur.
Taraflar duruma göre taleplerini belirli şartlarda değiştirip genişletebilir, yenileyebilir.	Tarafların taleplerini değiştirme ve yenilemeleri medenî yargıdaki gibi imkâna sahip değildir.  Tam yargı davalarında kısmî bir ıslah imkânı vardır.	İdarî yargıda medenî yargıdaki gibi olmasa da sınırlı bir alanda kabul edilmektedir.

Hükümde, tespit, inşai, eda hükmü verilebilir, taraf iradeleri yerine mahkemenin iradesi söz konusu olabilir, ne şekilde işlem yapılacağı belirtilebilir.	Hükümde idare yerine geçecek şekilde bir yol izlenemez, idarenin iradesi yerine geçecek hüküm tesisi söz konusu olmaz.	Tam yargı davalarında idare mahkemesi belirli ölçüde hukuk mahkemesine benzer şekilde hareket edebilir.
Geçici hukukî koruma türleri ve imkânları oldukça geniştir; durumun gerektirdiği her türlü tedbir kararı verilebilir.	Geçici hukukî koruma imkânları sınırlıdır, sadece Yürütmenin Durdurulması Kararı verebilir. Ayrıca bu kararın da şartları ve kapsamı medenî yargıya göre dardır.	Nihaî koruma sağlanıncaya kadar, hukukî korunma ihtiyacı kabul edilmekte ve sağlanmaya çalışılmaktadır.
Taraflar özellikle serbest iradeleriyle tahkim ve belirli şartlarda arabuluculuğa başvururlar, başvurabilirler, hatta başvurmak zorunda kalabilirler.	Burada asıl yol idarî yargı yoludur. Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolu şimdilik bulunmamaktadır.	İdarî yargıda sınırlı konularda (imtiyaz sözleşmelerinde) tahkim yolu mümkündür. Ayrıca, anlaşmazlık çözüm yolu olarak vergi hukukunda uzlaşma, cezalarda indirim, hata düzeltme gibi, çözüm yolları belirli şartlarda kullanılabilir.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Teşekkür:** Bu çalışmada kendisiyle konuyu tartışma imkân bulduğum, öneri ve değerlendirmeleri ile önemli katkıda bulunan, özellikle en sondaki ek tablonun şekillenmesine de katkısı olan, kendisinden her zaman çok şey öğrendiğim değerli hocam Prof. Dr. Tekin Akıllıoğlu'na; ayrıca çalışmayı okuyup görüşlerini paylaşan, düzeltmeler yapan, her zamanki dostluğuyla destek olan Prof. Dr. Yusuf Karakoç'a teşekkür ederim.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Acknowledgments:** I would like to thank my esteemed teacher Prof. Dr. Tekin Akıllıoğlu, from whom I have always learnt a great deal and who contributed significantly with his suggestions and evaluations, especially in the shaping of the additional table at the end; and Prof. Dr. Yusuf Karakoç, who read the study, shared his opinions, made corrections and supported me with his usual friendship.

## Bibliyografya/Bibliography

Akıllıoğlu T, 'Adalet Kavramı ve İnsan Hakları', in Adnan Güriz (Editör), *Adalet Kavramı* (Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 1994).

Akıllıoğlu T, 'İdarî Yargıda İçtihat Aykırılıkları Sorunu Hakkında Kavram Açıklaması: Zıtlık ve Hukuka Aykırılık', *151. Yıl Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu* (Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları 2019).

Akıllıoğlu T, *Hangi Hukuka Giriş (Hukuk Üst Dili İncelemesine Giriş)* (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).

Akkan M, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).

Akyılmaz B Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).

Akyılmaz B Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdarî Yargılama Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023).

Arslan R, Yılmaz, E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku* (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2022).

- Atalay E, 'Yargısal Temel Haklar' in *Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan* (DEÜHF Yayınları 1997).
- Atalı M, Ermenek İ, ve Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (6. Bası, Yetkin Yayınları 2023).
- Atalı M, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Budak AC, *Avrupa'da Hukuk Yargılamasının Kısa Tarihi* (Filiz Kitabevi 2023).
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (21. Bası, Beta Basım Yayın 2022).
- Çiftçi P, *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları* (Adalet Yayınevi 2018).
- Duran L, 'İdarî Yargı Adlileşti', *Türkiye Yönetiminde Karmaşa* (Çağdaş Yayınları 1988).
- Erçin S, *Yargının Kökleri* (Zoe Kitap 2022).
- Erdönmez G, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri* (25. Baskı, Ekin Yayınları 2023).
- Gözler K, *Hukuka Giriş* (20. Baskı, Ekin Yayınevi 2023).
- Gözübüyük AŞ ve Tan T, *İdare Hukuku C. II* (10. Baskı, Turhan Kitabevi 2022).
- Günday M, *İdarî Yargılama Hukuku* (2. Baskı, Turhan Kitabevi 2022).
- Hanağası E, *Davada Menfaat* (Yetkin Yayınları 2009).
- Karakehya H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Nisan Kitabevi 2022).
- Karakoç Y, *Vergi Yargılaması Hukuku* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2021) 185 vd.
- Kunter N, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Bası, Beta Yayınları 1989).
- Kuru B ve Aydın B, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2023).
- Meriç N, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Yetkin Yayınları 2011).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Özekes M, 'Medenî Usûl Hukukunda Yok ve Etkisiz Hüküm' (2000) 26(4) Yargıtay Dergisi 676).
- Özekes M, *Temel Hukuk Bilgisi* (13. Bası, On İki Levha Yayınevi 2023).
- Öztürk B, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Pekcanitez H ve Nedim M, *Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale* (2. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medenî Usûl Hukuku* (10. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2023).
- Pekcanitez H, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Pekcanitez H, *Yabancı Para Alacaklarının Tahsili* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 1998).
- Pirie F, *Hukuk Antropolojisi Kabile, Kadı, Yargıç* (Çev Sedat Erçin, Fol Kitap 2022).
- Sancakdar O ve Önüt LB, *İdarî Yargılama Hukuku* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Sezginer M. 'İdarî Yargıda İctihat Aykırılıklarının Giderilmesinde Danıştayın İctihat Mahkemesi Rolünün Önemi', *151. Yıl Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu* (Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları 2019).
- Simil C, *Belirsiz Alacak Davası* (On İki Levha Yayıncılık 2013).
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Tan T ve Bayazıt B, *İdare Hukuku* (11. Baskı, Turhan Kitabevi, 2023).
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku* (5. Bası, Yetkin Yayınları 2023).
- Tanrıver S, *Yargı Teşkilâtı ve Görevlileri* (Yetkin Yayınları 2022).

- Taş Korkmaz H, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Tezcan Erdal, *Farklı Yargı Kollarına Mensup Mahkemeler Arasındaki Hüküm Uyuşmazlığı* (Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları 2014).
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2022).
- Yenisey F ve Nuhoglu AA, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).



# İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 10.06.2024  
Revizyon talebi: 17.09.2024  
Son Revizyon: 03.11.2024  
Kabul: 15.11.2024  
Online Yayın: 02.12.2024

## İdare ve Gelecek Yaklaşımı: İdarenin Gelecek Öngörüsünün İdari Faaliyetlerdeki Yeri ve Görünümünü Hakkında Değerlendirmeler

The Administration and the Future Approach: Assessments on the Place and Outlook of the Future Foresight of the Administration in Administrative Activities

Necip Taha Gür\*

### Öz

Bu çalışmada, bir yaklaşım denemesi olarak idare ve gelecek ilişkisi, idari faaliyetler yönüyle ele alınmıştır. İdarenin hukuk fütürolojisi bakımından yararlanarak hukuki öngöründe bulunmasının çok disiplinli boyutunun incelenmesi, idari faaliyetler üst başlığı üzerinden değerlendirilmiştir. İdarenin, yalnızca şimdinin ihtiyaçlarıyla ilgilenmeyeceği kabulünden hareketle, geleceği öngörmek suretiyle kamu hizmeti, kolluk, özendirme-destekleme, planlama faaliyetlerinin bir basamağı veya öncülü mahiyetinde olan idare hukuku yönüyle hukuki öngörü, literatürde idarenin öngörme ve alternatif belirleme olarak incelenen idari faaliyet türü kapsamında inceleme altına alınmıştır. Böyle bir incelemede, idarenin geleceğe yönelik öngörüsünün gerekliliği ve önemi tartışılmıştır. İdarenin öngöründe kullandığı hukuki araçların esas itibariyle icrai nitelik arzemediği ortaya konulduktan sonra iç düzen işlemleri ve esnek işlemlerin faaliyetteki yeri ele alınmıştır. İdarenin bu faaliyeti yerine getirirken kendi eliyle ya da özel hukuk tüzel kişileri eliyle öneri, rapor, görüş ve benzeri mahiyetteki gelecek öngörüsüne dair işlemlerde takip edeceği idari usul kuralları, idare bilimlerinde inceleme altına alınan usuller ışığında idare hukuku perspektifiyle değerlendirilmiştir. İdarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan hallerden olan mücbir sebep ve beklenilmeyen halin bir özelliği olan öngörülemezliğin, idarenin öngörüsüyle ortadan kalkması ihtimalinin idarenin sorumluluğuna etkisi tartışılmıştır. İdarenin öngörüsünde çok boyutlu yaklaşım gerekliliği ve bunun diğer idari faaliyetlerin gereği gibi yürütülmesindeki önemi; bu konuda idari usul kurallarının önem arzemesi, konunun geniş çevrelerin katılımını gerektirmesi gibi farklı ilkeler üzerinden yürütülmesi gerekliliği incelenmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Hukuk Fütürolojisi • Hukuki Öngörü • İdari Faaliyet • Planlama • Senaryo

### Abstract

In this study, the relationship between the administration and the future is analysed in terms of administrative activities. The examination of the multidisciplinary dimension of the legal foresight of the administration by using the legal futurology perspective is evaluated through the subtitle of administrative activities. Based on the assumption that the administration will not only deal with the needs of the present but also, foresight in terms of administrative law, which

\* Sorumlu Yazar: Sorumlu Yazar: Necip Taha Gür (Dr. Öğr. Üyesi) Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: [necip.gur@yalova.edu.tr](mailto:necip.gur@yalova.edu.tr), ORCID: 0000-0001-6813-6180.

Atf: Gür, Necip Taha. "The Administration and the Future Approach: Assessments on the Place and Outlook of the Future Foresight of the Administration in Administrative Activities" (2024) 23 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 95. <https://doi.org/10.26650/ihid.24.004>



is a step or antecedent of public service, law enforcement, encouragement-support and planning activities by foreseeing the future, has been examined within the scope of the administrative activities of the administration, which are analysed as forecasting and alternative specifications in the literature. After it is demonstrated that the legal instruments used by the administration in foresight are essentially non-executive in nature, the place of internal order procedures and flexible procedures in the activity is discussed. The administrative procedural rules to be followed by the administration, either by itself or by private law legal entities, in making proposals, reports, opinions and, similar transactions regarding future foresight are evaluated from the perspective of administrative law in the light of procedures examined in administrative sciences. The necessity of a multidimensional approach in the foresight of the administration and the importance of this approach in the proper execution of other administrative activities, the importance of the rules of administrative procedure in this regard, and the necessity of conducting the issue through different principles, such as requiring the participation of wide circles, are examined.

**Keywords**

Legal Futurology • Legal Foresight • Administrative Function • Planning, Scenario

## I. İDARE VE GELECEK ÖNGÖRÜSÜ

### A. İdarenin Hukuk Fütürolojisinden İstifade Etmesi

Geleceğin bilinmezliği içinde, muhtemel riskleri önceden tanımlamak her dönem ilgi konusu olmuştur. Antik Yunan'da kâhinlere, Mısır'da yıldızlara başvurulmuş, birçok farklı medeniyette fallar açılmış, rüyaların tabir edilmesine gidilmiştir<sup>1</sup>. Bugünkü anlamda devlet ve onun içerisinde toplumun ihtiyaçlarının giderilmesi için sürekli çalışan idare aygıtının (*administrative machine*) gelecekle ilgili bir çabaya girişmeyeceği düşünülemez. Ancak bu çabanın beyhude bir hale dönüşmemesi için bir sistem içinde yürütülmesi gerekir. Bu sebeple araştırmaya geleceğin ne olacağını kimsenin bilemeyeceğini akılda tutarak geleceği düşünmekle başlamak gerekir. Gelecek kontrol edilemez ama hukuki düzenlemeleri hayata geçirirken göz önünde bulundurabilecek hususlar vardır. Günümüz dünyasında değişim çok süratli bir biçimde gerçekleştiğinden, gelecekle ilgili muhtemel senaryoların öngörülmesi durumunun idareler bakımından da bir görev olarak üstlenilmesi gerekmektedir. Zira idare yalnızca şimdinin ihtiyaçlarını gidermek için değil geleceğin ihtiyaçlarını da öngörerek sürekli çalışması gereken bir cihazdır.

Gelecek çalışma alanı beş farklı sınıfa ayrılmaktadır. Birincisi bir bilimsel yaklaşıma dayanmayan kehanet (*foretelling*), ikincisi daha ziyade öznel bilgiye dayanan subjektif tahmin (*predicting*), üçüncüsü dar bir alanda veriye dayalı olarak gelecek tahmini (*forecasting*), dördüncüsü daha geniş bir sahada araştırmalar yapılarak alternatif gelecek öngörülere oluşturan öngörü (*foresight*), beşincisi ise amacı öngörüden farklı olan ancak ona oldukça benzer yanları bulunan ve gelecek vizyonu oluşturmayı amaçlayan gelecek araştırmaları (*future studies*)'dir.<sup>2</sup> Fütüroloji çalışmaları (*futureology, futures studies, the futures field, futures research, futuristics, prospective, prognostics*) bir gelecek bilimidir; muhtemel gelecek senaryolarının olasılıklarını hesaplayıp ihtimalleri ortaya koyar ve tercih edilebilir olanlara yönelik hazırlıklar önerir<sup>3</sup>. Bu bakımdan fütüroloji sistematik bir bütünlük içinde, dün ile bugünü değerlendirerek, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel değişimlerin veya olası aynı devam edecek düzenin varsayımsal bir portresini çizer<sup>4</sup>. Ancak görüldüğü üzere gelecekle ilgili yapılan çalışmaların en geniş kapsamlısı fütüroloji çalışmalarıdır.

Geleceği kesin olarak tahmin etmek imkansızdır zira çok fazla belirsizlik ve karmaşıklığı bünyesinde barındırır. Ancak makro trendleri ve mikro sinyalleri haritalandırarak ve makul senaryolara hazırlanarak gelecekle daha iyi yüzleşebilmek

<sup>1</sup> Mehmet Karaman, 'Bir Politika Belirleme Aracı Olarak Öngörü', (2022) 08 (02) Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi 99, 99-113.

<sup>2</sup> Karaman (n 1) 99-100.

<sup>3</sup> Vahdet İşsevenler, 'Hukuk Fütürolojisi: Hukuk Geleceği Bilimi Çalışmaları', (2023) 88 (3) İzmir Barosu Dergisi 110, 109-133.

<sup>4</sup> Kenan Saphioğlu, 'Fütürolojik Perspektiften Ab-Rusya Enerji Politikaları Ekseninde Rusya'nın Doğu Avrupa Politikaları', Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 25.

mümkündür. Diğer taraftan, hukukun geleceği ancak çok disiplinli bir yaklaşımla anlaşılabilir<sup>5</sup>. İşte bu sebeple aşağıda ele alacağımız fütüristik bir yaklaşım ürünü olan hukuki öngörünün (*legal foresight*) idare hukuku boyutunun ele alınışında diğer disiplinlerden de yararlanılmıştır.

İdare hukuku - fütüroloji ilişkisi iki türlü olabilir: idare hukukunun fütürolojisi – idarenin fütürolojiden istifade etmesi. İdare hukukunun fütürolojisi yani idare hukukunun geleceğine fütürolojik bakmak bu çalışmanın konusu değildir. Bu çalışmada idarenin fütürolojiden istifade etmesinin, idari faaliyetlerin yerine getirilmesinde kullanılabilirliği tartışma konusu yapılmıştır. Şöyle ki hukuk sadece ihtiyaç anında değil, gerekirse gelecek için de kullanılacak araçlara sahip olmalıdır. İklim değişikliği, toplumsal göç, biyoteknoloji dahil geleceğin zorluklarına ilişkin hukuki reflekslere ihtiyaç vardır<sup>6</sup>. Esasında bu refleksler hukukun geleceğini bugünün gözüyle değil, hukukun bugününü geleceğin gözüyle görme meselesidir<sup>7</sup>. Örneğin İletişim Başkanlığının internet sitesinde yayınlanan bir haberden hareketle<sup>8</sup>, Afet Yönetimi Politikaları Kurulu'nun oluşumunu bu reflekse bağlamak gerekir.

İdare hukukunun inceleme alanının gelecek olması durumu, belirsizlik ve karmaşıklık içeren bir alan olması yönüyle sistematik yaklaşımı gerekli kılmaktadır. Çünkü gelecek nasıl sabit değilse, çözümler de sabit değildir<sup>9</sup>. Ancak geleceği görmezden de gelemeyiz. Toplumsal gelişmelere ayak uydurulamadığı ve yeterince sistematik bir şekilde inşa edilemediği durumlarda hukukun ilgisiz, istikrarsız ve işlevsiz hale gelme tehlikesi bulunmaktadır<sup>10</sup>. Bu sebeple gelecek hakkında mantık çerçevesinde gerçeğe yakın ve uygulanması muhtemel öngörüler oluşturulması gerekir. Bu bağlamda en zayıf bilgiler bile zamanı geldiğinde büyük çıkarımların kapısını aralayabilmede yardımcı olur. Ayrıca gelecekle ilgili yapılan çalışmaların zamanında gerçekleştirilmesi önemlidir<sup>11</sup>. Her geçen gün gelecek şimdiki zaman haline geldiğinden, gelecekle ilgili çalışmalar tek seferlik bir uygulama olmayıp uzun vadeli, devam eden araştırmalardan oluşuyorsa anlamlıdır<sup>12</sup>. Tüm bunlar idarenin gelecekle ilgili çalışmalarını bir ödev olarak kendinde görmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Öngörünün ardındaki inanç filozof Maurice Blondel tarafından şöyle özetlenmiştir: “Gelecek tahmin edilmez, hazırlanır”. Benzer şekilde, bir fütürist için hukukun

<sup>5</sup> Sam Muller, Stavros Zouridis, Morly Frishman, Laura Kistemaker, ‘The Law of the Future Continues’, in *The Law of the Future and the Future of Law: Volume II*, (Torkel Opsahl Academic EPublisher 2012) 3.

<sup>6</sup> Artur Kotowski, ‘Legal Futurology – Potential Of Foresight Research In Legal Sciences: Could Legal Futurology Be Treated As An Independent Science In Jurisprudence?’ (2022) 2 (2) *Gis Odyssey Journal* 95, 93-104.

<sup>7</sup> Boris Barraud, *La Prospective Juridic*, L’Harmattan (2020), 155.

<sup>8</sup> [https://www.iletisim.gov.tr/turkce/dis\\_basinda\\_turkiye/detay/turkiyede-afet-yonetimi-politikalari-kurulu-kuruluyor](https://www.iletisim.gov.tr/turkce/dis_basinda_turkiye/detay/turkiyede-afet-yonetimi-politikalari-kurulu-kuruluyor), 27.2.24.

<sup>9</sup> CEPA Strategy Guidance Note Strategic Planning and Foresight, 3.

<sup>10</sup> Muller, Zouridis, Frishman, Kistemaker (n 5) 2.

<sup>11</sup> Saphioğlu (n 4) 33.

<sup>12</sup> Barraud (n 7) 153.



geleceği tahmin edilemez, hazırlanmalıdır. Bu, hukukun gelecekteki yüzünü ve içeriğini tahmin etmekten ziyade, onu tasarlamak ve onu gerçekleştirmek için harekete geçmek meselesidir<sup>13</sup>.

Fütürolojik analiz yapmak için çeşitli yöntemler kullanılmaktadır<sup>14</sup>. Hukuk bilimlerinin özgüllüğü ve ihtiyaçları göz önünde bulundurularak, belirli bir olgunun gelişim yönünü belirlemek için Delphi tekniğine (*Delphi method*) dayalı olarak gelişme eğilimlerinin ampirik tahmini veya uzmanların diğer anketleri veya anket çalışmaları uygulanabilir<sup>15</sup>. Öte yandan idare hukuku bir olgunun gelişim yönünü yine kendi disiplinlerinin olanakları ile çözmeye çalışabilir. Böylece hukuk fütürolojisi idare hukuku alanında çalışanlara ileride karşılaşacakları sorunlara hazırlıklı olmaları için vakit kazandırma işlevi görebilir<sup>16</sup>. Diğer taraftan hukuka ve onu çevreleyen ve etkileyen şeylere müdahale ederek, arzu edilenin daha olası ve korkulanın ise daha az olası hale getirilebilmesi sağlanabilir<sup>17</sup>.

## B. İdare Hukuku Yönüyle Hukuki Öngörü (Legal Foresight)

İdare hukukunda fütürolojiden istifade etmenin yolu hukuki öngörü açıklamalarından geçmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki legal foresight yani hukuki öngörünün, hukuki araştırmaların henüz embriyo fazında olduğu kabul edilmektedir<sup>18</sup>. Her alanda değişimin hızlanması öngöründe bulunma ihtiyacını ortaya çıkarmış bu da esasında hukuk fütürolojisine alan açmıştır. Bu noktada hukuk fütürolojisinin sistematik biçimde ele alınması hukuki öngörü (legal foresight) düşüncesini daha yüksek sesle dile getirmek için bir sebep olarak karşımızda durmaktadır.

Öngörü, kavramının yerine basiret ya da uzgörü de kullanılabilir. Öngörü, “Bir işin ilerisini kestirme veya bir işin nasıl bir yol alacağını önceden anlayabilme ve ona göre davranma” olarak açıklanırken<sup>19</sup>, basiret ise gerçekleri yanılmadan görebilme yeteneği, uzağı görüş; sağgörü, vizyon olarak tanımlanmaktadır<sup>20</sup>. Öngörü, tarih, ekonomi, sosyoloji ve antropolojinin de ilgi alanlarına giren interdisipliner bir alandır<sup>21</sup>. Hatta moleküler biyoloji ve sistem biyolojisinin birleşiminden oluşan sentetik biyolojinin de öngörü için kullanılabileceği ifade edilmektedir<sup>22</sup>.

<sup>13</sup> Barraud (n 7) 155-156.

<sup>14</sup> Bkz. Aşağıda III. B. Öngörmede Usuller.

<sup>15</sup> Kotowski (n 6) 100.

<sup>16</sup> İşsevenler (n 3) 116.

<sup>17</sup> Barraud (n 7) 155-156.

<sup>18</sup> Barraud (n 7) 43.

<sup>19</sup> tdk.gov.tr

<sup>20</sup> tdk.gov.tr

<sup>21</sup> Barraud (n 7) 46.

<sup>22</sup> Zulima Sánchez, ‘Administration, Foresight and Proof Regulation’ in *Foresight And Regulation. Anticipatory Governance And Administrative Foresight In Times Of Transition And Recovery* (Aranzadi 2023) 2.

Öngörü (foresight) geleceği tahmin etmekle ilgili değil fakat sürprizleri minimize etmekle ilgilidir<sup>23</sup>. Böylece en iyi geleceğin seçimi için uzmanların sistematik çabalarına<sup>24</sup> ihtiyaç duyulmaktadır. Öngörü, gelecek için bir ya da birden fazla seçeneğin saptanmasıyla başlar. Ancak öngörü bununla sınırlı kalmaz; en muhtemel ve istenen seçeneği tespit etmeye çalışır. Ayrıca öngörü "ihtiyaç odaklılık" ve "kalkınma etmeni"nin (development drivers) bir karışımıdır<sup>25</sup>.

Hukuki yönüyle geleceğe yönelik düzenleme (forward looking law) fikri doğası gereği kusurlu olabilir ya da çelişkili olan ya da gerçekçi olmayan bir çabaya dayanabilir<sup>26</sup>. Yarının hukukunu öngörmek için, onun ihtiyaçlarını ve karşılamak zorunda kalacağı ihtiyaçları öngörmek önemlidir. Dolayısıyla geleceğin tahmin edilemez olduğu gerçeği baki olmakla birlikte, bazı gelişmeler öngörülebilir ve alternatifler düşünülebilir. Bu nedenle, -sınırlamalar olmakla birlikte- gelecek için hazırlanmak ve onu aktif bir şekilde şekillendirmeye çalışmak olasılık dahilindedir. İşte bu da öngörü (foresight)'ın arkasında yatan nedendir<sup>27</sup>. Ancak şunu da vurgulamak gerekir ki geleceği hukuk yoluyla "yönlendirmek", öngörme faaliyetinin bir sonucu olarak arzu edilen geleceğin oluşması için hukuku bir araç olarak kullanmak ve gelecekteki ihtiyaçların tespiti ve idarenin diğer faaliyetlerinin buna göre revize etmesi/planlaması/düzenlemesi farklı şeylerdir. Örneğin; cumhuriyetin ilk yıllarında bu yönde somutlaşmış toplumsal bir ihtiyaç/talep olmadığı halde opera ve senfoni orkestralarının kurulması, gelecekte nasıl bir toplum arzu edildiği öngörüsünün bir sonucu olarak yapılan düzenlemelere örnek verilebilir. Yine 1980'li yıllarda aile planlamasına yönelik yapılan düzenlemeler bu niteliktedir. Bunlar arasında (yani geleceği hukukla dönüştürmek ile geleceği öngörerek planlama arasında bir ilişki bulunmakla birlikte temelde bir felsefe farklılığı bulunduğunu ifade etmek gerekir.

Günümüzde hukukta yaşanan krizler ve hukukun artan karmaşıklığında hukuki öngörü, bu tür krizlerin önlenmesine yardımcı olabilir veya bu artan karmaşıklığın daha iyi anlaşılmasını sağlayabilir. İdeal olan, hukuktaki değişiklikleri tanımlamak ve ölçmek için bazı sistematik kriterler bulmaktır. Bunu yapamazsak, en azından bu değişiklikleri mümkün olan en kısa sürede tespit etmek gerekir. Genel olarak sosyal bilimler, diğer sosyal olgular gibi hukukun da şu anda yaşadığı gibi öngörülemezlik ve kırılma durumlarını anlamlandırmakta zorlanmaktadır. Sosyoloji bile ani ve öngörülemez değişimleri, anlam kırılmalarını veya çatalanmaları analiz etmek için

<sup>23</sup> Sánchez (n 22) 3.

<sup>24</sup> Melih Soner Çeliktas, 'Türkiye'de Yenilenebilir Enerji Teknolojilerinin Gelecek Öngörüsü', (Ege Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi 2009) 13.

<sup>25</sup> Kerstin Cuhls, 'From Forecasting to Foresight Processes—New Participative Foresight Activities in Germany', (2003) 22 Journal of Forecasting 98, 93-111.

<sup>26</sup> Pablo Ibáñez Colomo, 'Future-Proof Regulation against the Test of Time: The Evolution of European Telecommunications Regulation', in *Foresight And Regulation. Anticipatory Governance And Administrative Foresight In Times Of Transition And Recovery* (Aranzadi 2023) 1194.

<sup>27</sup> Cuhls (n 25) 99.

yalnızca yetersiz teorik ve ampirik kaynaklar sunduğunu kabul etmektedir. Ancak belki de diğer tüm alanlardan daha fazla, hukuk çalışmaları, özellikle bugünle ilgili olan geleceği ve özellikle gelecekle ilgili olan bugünü anlamak için gereken dinamik ve uyarlanabilir yaklaşımlardan yoksundur<sup>28</sup>.

Literatüre baktığımızda daha çok idare bilimcileri tarafından ele alınan öngörünün (foresight) idare hukuku bakımından incelenerek onun hukuki çerçevesinin belirlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu ihtiyaç güncelliğini korumaktadır ve hatta eskiye nazaran daha önemli hale gelmiştir. Örneğin, Almanya 2000’li yıllarda onayladığı gelecek senaryolarını pandemi döneminde sırasıyla uygulayarak<sup>29</sup>, bu dönemde yürüttüğü idari faaliyetlerde daha az aksaklıkla karşılaşmıştır<sup>30</sup>. Dolayısıyla idare hukuku boyutuyla hukuki öngörü, idarenin faaliyetleri yönüyle yeniden ve daha kapsamlı şekilde incelenmelidir.

## II. ÖNGÖRME VE DİĞER İDARİ FAALİYETLERLE İRTİBATI

### A. Öngörmenin Görev Olarak İdareye Verilmesi

Devlet müdahalesinin meşruluğu, devletin toplumda refah ve barışı sağlayıp kamu yararını temin etme amacıyla toplumda görev üstlenmesiyle kendini göstermektedir. Bu görevler ise en temel olarak<sup>31</sup>: Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, ekonomik, toplumsal ve bölgesel dayanışmanın sağlanması ve toplumsal yararın artırılması, toplumun geleceği bakımından uzun vadeli yararlar göz önünde bulundurularak hazırlık yapılmasıdır. Bauby’nin tüm devlet modellerinde ona verilmesi gereken görevleri anlatırken, ilk sırada kolluk faaliyeti, ikinci sırada kamu hizmeti ve özendirme-destekleme faaliyeti, üçüncü sırada ise öngörme ve alternatif belirtme görevi olarak dört temel idari faaliyete işaret ettiğini belirtmek gerekir. İşte bu çalışmanın konusu olan idare hukuku boyutuyla hukuki öngörüyle anlatılmak istenen esas itibarıyla ayrı bir idari faaliyet türü olarak zikredilen idarenin öngörme ve alternatif belirtme görevidir.

Duran’a göre idari işlevin konusu, toplumun günlük yaşamını idame ettirebilmesi için gerekli olan “teknik” nitelikteki kamu işleridir. Bu kamu işleri kamu hizmeti, kolluk, özendirme ve desteklemenin yanısıra bütün bu faaliyet ve hizmetlerin “gelecekte gereği gibi yapılmasının öngörülüp hazırlıklarına girişme” konularını kapsar<sup>32</sup>. Duran, tüm idari faaliyetlerin gereği gibi yapılması için idarenin hazırlıklara girişmesini, idarenin öngörme ve alternatif oluşturma görevi şeklinde isimlendirmiştir.

<sup>28</sup> Barraud (n 7) 148.

<sup>29</sup> Sánchez (n 22) 2.

<sup>30</sup> <https://www.aa.com.tr/tr/analiz/almanyadin-kovid-19-karnesi/1819866> , 26.3.24.

<sup>31</sup> Pierre Bauby, Mihaela M. Similie, ‘Conditions For The Emergence And Institutionalization Of European Public Enterprises’, (2015) 86 (4) Annals of Public and Cooperative Economics 684, 683-701.

<sup>32</sup> Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982) 7.

Gülan'a göre ise idare yoğun ve günlük gelişen gündemler sebebiyle bu görevini fiilen gerçekleştirememektedir. *"Bu misyonun özelliği, sadece bir öneri sunmak değil, konuyla ilgili her türlü farklı öneriyi, gerekçelerini, ihtimalleri bir araya toplayarak bu alanda karar vermek durumunda olan kimselere alternatifleri göstermek, sonraki muhtemel gelişmelere ilişkin veriler sunmak, mevcut uyumsuzlukları azaltıcı teknik çözümler üretmek gibi imkanlarla hem giderek büyüyen kronikleşmiş hukuki sorunları çözebilmeyi, hem de uzağı görebilmeyi sağlayarak daha iyi düşünülmüş reformlar yapılabilmesini sağlayabilir"*<sup>33</sup>.

İdare eskiden beri siyasi organların faaliyetleri için gerekli hazırlıkları ve yardımları yapmaktadır. Hatta idarenin hazırladığı mevzuat taslakları, siyasi organın hazırladığı teklif ve tasarımlardan daha isabetli olmaktadır<sup>34</sup>. Bu bakımdan idarenin resmin bütününe görme ihtiyacı dolayısıyla hukuki öngörüü devletın temel bir işlevi olarak kabul etmek gerekir. Böylece idare her durumda bizzat çözüm üreterek değil, üretilmiş çözümleri derleyip meselenin hukuki boyutunu ortaya koyarak, "muhtemel alternatif hal çarelerini bilim dünyasının ve karar vericilerin değerlendirmesine" de sunarak bir adım atmalıdır<sup>35</sup>. Kanımızca idare böyle muhtemel çözüm önerilerinde bulunurken hukuk fütürolojisinden istifade ederek başka bir ifadeyle idari faaliyetlere fütürolojik bir bakış açısıyla yaklaşarak, hukuki öngörü (legal foresight) de bulunmaktadır ve bunu birçok disiplini kullanarak gerçekleştirmesi beklenmektedir. Dolayısıyla Duran'ın idare hukuku metodolojisi merkezinde yapılan açıklamalarda öngörme ve alternatif belirtme görevi olarak isimlendirilen idari faaliyet türünü, hukuki öngörünün idare hukuku boyutu olarak anlamlandırarak, idarenin hukuk fütürolojisinden yararlanmak suretiyle yerine getirmesi beklenen güncel bir idari faaliyet biçimi olarak ele alıyoruz. Hukuki öngörü, tüm devlet organlarınca yapılabilirken, bunun idare hukuku bakımından karşılığı bir idari faaliyet olarak yerine getirilmesidir. Bu bakımdan hukuki öngörü, idarenin öngörme ve alternatif belirtme görevinden daha geniş bir kapsama sahiptir.

Günümüzde devletlerin toplumun sadece yakın ve kısa süreli yaşamını değil, uzak ve uzun dönemli geleceğini de öngörüp; mümkün olduğunca belirli bir düzen içinde, gerçekleştirme yoluna girdiği görülmektedir<sup>36</sup>. Esasında bu bir zorunluluktur. Siyasi ve tatbiki zorluklara karşın, hükümetlerin/idarelerin başarılı olabilmek için uzun dönemli bir bakış açısı edinmesi gerekir<sup>37</sup>. İnsanın hukuki doğası da bunun idareye görev olarak verilmesinin dayanağı kabul edilebilir. Hukuk dünyası gerçekte

<sup>33</sup> Aydın Gülan, 'Güncellenmesi Gereken Bir Misyon: Danıştayın İstisari Görevleri' 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (Danıştay Yayınları 2018) 72.

<sup>34</sup> Duran (n 32) 361.

<sup>35</sup> Gülan (n 33) 72.

<sup>36</sup> Duran (n 32) 361.

<sup>37</sup> Despite the political and practical difficulties, successive government have attempted to make sure that they can take a long-term view. House of Commons Public Administration Select Committee, Governing the Future Second Report of Session 2006-07 Volume I, 3.

değişmekte ise de birçok sorun büyük ölçüde aynı kalmaktadır. Çünkü bunlar insan doğası gibi değişmez unsurlarla bağlantılıdır. Zaman geçtikçe, insanlar çok benzer şekillerde davranmaya ve tepki vermeye devam etmekte, bu da aynı sorunları üretmelerine ve bunlara benzer veya eşdeğer terimlerle yanıt vermelerine yol açmaktadır<sup>38</sup>. Dolayısıyla eskiden farklı biçimlerde olsa dahi bugün de çok büyük bir hızla değişen ve dönüşen dünyada, hukuki öngörünün idarenin görevleri bakımından eskie kıyasla daha önemli hal aldığını ifade etmek gerekir.

## B. Öngörünün İdari Faaliyetlerdeki Basamak Özelliği

İdare hukuku boyutuyla hukuki öngörünün (legal foresight) idari faaliyet anlamında Duran'ın ifade ettiği "idarenin öngörme ve alternatif belirtme görevi" ne tekabül ettiğini kabul etmek gerekir. Yani idarenin, basiretli hareket ederek geleceğe yönelik öngöründe bulunması böylece bir faaliyetin ilerisini kestirerek, işin nasıl yol alacağını önceden anlayıp ona göre davranmasıdır. Öngörme, serbestçe bir düşünme değil, bilgiye dayalı olarak yapılan bir tahmin faaliyetidir<sup>39</sup>. İdare, öngörme ve alternatif belirtme ödevini yerine getirirken, bilgi derlemek, bunları yararlanılabilir biçime koymak, daha sonra değerlendirmek, böylece elde edilen sonuçlara dayanarak geleceğin ihtiyaç ve imkanları ile ihtimallerini ortaya sermek durumundadır<sup>40</sup>. İşte öngörmekle kehanette bulunmak arasındaki fark da bilgiye dayalı olma noktasında yatar. Öngörmenin bir metodolojiye dayalı olması gerekir<sup>41</sup>.

Öngörmeye ilişkin faaliyetin bütün kesimlerde, alanlarda, konularda ve durumlarda yapılması gerekir<sup>42</sup>. İdarenin günümüzde, toplumun günlük yaşantısında karşılaştığı bir veya birkaç sorunun çözümlenmesi için gerekli tedbir ve kararları önermesi yeterli değildir; idare edilenlerin bütün kesimlerini ayrı ayrı ve bir bütün halinde ele alıp, beş, on, yirmi ve hatta daha uzun süreli dönemler içindeki ihtiyaç ve imkanlarını tasarlamak ve uyumlu biçimde belirlemek durumundadır<sup>43</sup>.

İdarenin öngörme faaliyetini diğer idari faaliyetlerden tamamen ayrı bir faaliyet olarak düşünmek mümkün olmasa gerekir. Kamu hizmetinin kolluk faaliyetine ilişkin konumu gibi; öngörme tüm idari faaliyetlerin çatısı olma özelliğini gösterir. Ancak ayrı bir idari faaliyet türü olarak öngörme faaliyeti diğer tüm faaliyetlerin öncülü niteliğindedir. İdari politikaların yapımı ve uygulanması, öngörme faaliyeti sonucundaki ileriye dönük tahminler çerçevesinde gerçekleşmektedir.

<sup>38</sup> Barraud (n 7) 151.

<sup>39</sup> Aydın Gülan, İdare Hukuku Ders Notları, İÜSBF Maliye Bölümü, 2017-2018 Eğitim-Öğretim Dönemi, (Yayınlanmamıştır).

<sup>40</sup> Duran (n 32) 363.

<sup>41</sup> Gülan, İdare Hukuku Ders Notları, İÜSBF Maliye Bölümü.

<sup>42</sup> Duran (n 32) 363.

<sup>43</sup> Duran (n 32) 361-362.

Coates'e göre öngörü, geleceğe bakarak üretilen bilgiye ilişkin bir anlayış ve idrak oluşturmaya ilişkin tüm süreçtir. Öngörü, gelişen trend ve gelişmelerin ipuçlarını ve göstergelerini izlemek için niceliksel ve niteliksel araçlara sahiptir ve doğrudan politik çıkarımların analiziyle bağlantılı olduğunda en iyi ve en kullanışlıdır. Öngörü, bizi geleceğin ihtiyaç ve olanaklarını karşılamak için hazırlar. Bu sebeple öngörü planlamayla çok sıkı bir bağlantı içindedir. Ancak planlama değildir; yalnızca planlama içindeki bir basamaktır<sup>44</sup>. Esasında idarenin öngörme faaliyetiyle en sık karıştırılabilecek faaliyet de planlama faaliyetidir<sup>45</sup>. Öngöründe, “ne olacak” sorusuna cevap aranırken, planlamada ise, gelecekte “ne yapılmalı” sorusunun cevapları hazırlanmaktadır. İkinci soruya verilecek cevaplar için çalışmalara başlarken, ilk sorunun cevaplarına yönelik somut bazı verilere ihtiyaç duyulmaktadır<sup>46</sup>. Dolayısıyla planlama faaliyeti için de idarenin öngörüsü sonucu elde edilecek verilere ihtiyaç vardır. Planlama esasında bir hedeftir ve onun ara hedeflerine ulaşmak için plan program çare düşünülmektedir. Öngörmede ise “neler olabilir” sorusuna ilişkin senaryolar oluşturulmaktadır. Diğer taraftan planlamada bir tek hedef var iken öngörmede mutlaka birden fazla hedefin olması gereklidir.

Planlamadaki “gelecek” olarak tanımlanan zaman dilimi ile öngörüdeki zaman dilimi arasında da farklılık söz konusudur. Öngöründe “ne olacak” sorusuna cevap aranırken çalışmanın en az 30- 40 yıla uzanan geçmiş ve gelecek zaman süreci taranır<sup>47</sup>. “Ne yapılacak” sorusuna cevap arayan planlama da ise bu süre çoğunlukla daha kısadır<sup>48</sup>.

Planlama süreci ve plan yapma aynı zamanda veri toplama ve tahmin faaliyetini de beraberinde getirir<sup>49</sup>. Bu da planlama ile öngörmenin benzer noktalarından biridir. Ancak hukuki öngörü yaklaşımı, bugünün etkilerini değerlendirmeden önce geleceği, tipik olarak planlama ufkunun ötesini keşfederek başlar. Bu çok basit ama güçlü bir yeniden çerçevelemedir ve yeni bakış açılarının önünü açar<sup>50</sup>. Hukuki öngörü, planlamaya entegre edildiğinde dönüştürücüdür çünkü nicel verilerin yanı sıra nitel

<sup>44</sup> Coates JF. ‘Foresight in Federal Government Policymaking’ (Summer) 1 Futures Research Quarterly 30, 29-53, 30 Aktaran Chuls (n 25) 96.

<sup>45</sup> Nitekim bir çalışmada idarenin öngörme faaliyetiyle planlama faaliyeti eş anlamda kullanılmıştır. Bkz. Mahmut Ceylan, ‘İdarenin Öngörme (Planlama) Faaliyeti ve Bu Faaliyetin Deprem Örneği Üzerinden Önemi Anlamak’ (2023) 4 Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 116-134.

<sup>46</sup> Nazmi Çeşmeci, ‘Stratejik Planlamanın Dayanağı Olarak Stratejik Öngörü Gereksinimi ve Geliştirme Yöntemleri’ (2012) 8 (15) Güvenlik Stratejileri 144, 139-162.

<sup>47</sup> Hukuki öngöründe bir zaman ufkü seçilmelidir. Yani incelenmekte olan müstakbel faaliyetin (2025, 2030, 2050, vb.) az ya da çok uzak bir gelecek tarihine ihtiyaç duyar. Genel olarak ileriye dönük bir çalışma için ‘doğru’ ufkun kırılma ufkü olacağı düşünülmektedir. Hukuki öngörü çalışmasıyla ele alınacak konu tanımlandıktan sonra, ki bu nispeten uzun bir zaman alabilir ve belki de en önemli aşamadır, ilgili ve faydalı verilerin objektif ve ampirik bir envanteri çıkarılmalıdır ki daha sonra bu verilere dayanarak bu konunun geleceğine ilişkin senaryolar oluşturulabilsin. Bkz. Barraud (n 7) 204.

<sup>48</sup> Emine Şener, ‘Bilgi Yönetim Süreci Ve Stratejik Öngörü Kesişiminde Bir Yaklaşım: Ufuk Taraması’, (2018) 6 (4) Business & Management Studies: An International Journal 926, 920-934.

<sup>49</sup> Aslı Akay, Argun Akdoğan, Mustafa Tamer, Nejla Kılınc, *Türkiye’de Ulusal ve Yerel Planlama İlişkileri: Mersin İli Örneği* (Todaie 2013) 7.

<sup>50</sup> CEPA strategy guidance note Strategic planning and foresight, s. 2.

verilerden de yararlanır; itici güçlerin birbirleriyle etkileşim halinde olmaya devam edeceği varsayımına dayanan sistematik, bütüncül bir yaklaşım benimser ve (örneğin tek bir model yerine) çoğul geleceklere dayanır<sup>51</sup>. Böylece olaylara sistematik olarak bakmak, doğru dürtüst bilgileri toplamak ve onları belli bir disiplin içinde, tutarlı olarak, bilimsel metotları kullanarak seçenekleri gerektiği gibi değerlendirerek karar vereceklere yardımcı olunmaktadır<sup>52</sup>. Planlama idareye ne yapacağı ve nasıl yapacağı sorularının cevabını verecektir. Öngörme ve alternatif üretme ise nelerle karşılaşacağı ve bunlarla karşılaştığımızda tedbirlerimiz ne olmalı sorusunun cevabını verecektir<sup>53</sup>. Esasında bu bakış açısıyla öngörme faaliyetini dar ve geniş olarak ikiye ayırmak suretiyle geniş anlamda öngörme faaliyeti içerisinde planlama faaliyetini de saymak bir tercih olabilir. Bu yönüyle öngörmenin bir boyutu belirli bir meseleye ilişkin gelecekte olabilecek senaryolar belirlemek ve bu senaryolar dahilinde çözüm önerileri getirmek (alternatif belirtmek) (scenario planning/senaryo analizi gibi) olurken, öngörmenin bir diğer boyutu ise planlama yönü (kalkınma planları gibi- meselelere ilişkin hedefler koymak ve bunun için icra planı hazırlamak) biçiminde görülmelidir. Dolayısıyla diğer idari faaliyetlerle karşılaştırıldığında öngörme ve alternatif belirtme ödevinin, planlama ile daha sıkı bir bağ içinde olduğunu ifade etmek gerekir.

İdarenin hukuki öngörüsü makro olarak bakıldığında gelecek kuşakların haklarının korunması bakımından idareye görev olarak verilmelidir. Mikro olarak bakıldığında ise ihtiyaçların öngörülmesi gereklidir. Bu yönüyle öngörü; kamu hizmeti, kolluk, özendirme ve destekleme faaliyeti bakımından da bir basamak özelliğini göstermektedir. Dolayısıyla öngörme tüm faaliyetlerin bir unsuru daha doğru bir ifadeyle öncülü olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm faaliyetlerin layıkıyla yapılabilmesi için öngörme faaliyetinin de hakkıyla yapılması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle idareye görev olarak verilmiş kamu hizmeti, kolluk ve özendirme-destekleme faaliyeti söz konusu ise bu görevin verilmeden önce veya görev verildikten sonra hangi yoğunlukta ve hangi araçlarla yürütüleceğinin bir senaryo tahminine bağlı şekilde öngörülmesi bir gerekliliktir. Bu yönüyle tüm idari faaliyetlerin bir altlığı olması, hepsine eklenmiş ve hepsinin öncülü olma özelliğini göstermektedir. Ancak bu faaliyetin yerine getirilmemesi, doğrudan toplumda bir yoksunluğa sebep olmayabilir. Ancak yürütülen diğer idari faaliyetlerin gereği gibi yürütülmemesi sonucuna yol açma ihtimali bulunmaktadır. Bu bağlamda idarenin öngörü faaliyeti bir ihtiyaçları gidermeden ziyade, ihtimalleri ortaya serme hukukudur<sup>54</sup>. İhtimalleri senaryo dahilinde ortaya çıkardıktan sonra idare, diğer idari faaliyetlerin içerik ve şeklini de buna göre belirleyecektir.

<sup>51</sup> CEPA strategy guidance note Strategic planning and foresight, s. 3.

<sup>52</sup> Necat Erder, Attila Karaosmanoğlu, Ayhan Çilingiroğlu, Attila Sönmez, *Planlı Kalkınma Serüveni – 1960’larda Türkiye’de Planlama Deneyimi (Panel)*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2000) 56.

<sup>53</sup> Fatih Durmuş, ‘İdarenin Öngörme Ve Alternatif Üretme Faaliyeti Hakkında İnceleme: “Düşünülemez Düşünmek” (2023) 13 (2) Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 298, 285-307.

<sup>54</sup> Gülan, *İdare Hukuku Ders Notları* (Yayınlanmamıştır)



Yayla, kamu hizmeti ve kolluk faaliyetlerinin başka bir ifadeyle idarenin klasik faaliyetlerinin bugünün ihtiyaçlarına cevap verdiğini belirterek, mevcut veriler ve bulgulardan hareketle ileride hissedilecek ihtiyaçların belirlenmesi faaliyeti olarak tanımladığı planlamanın çağdaş idarelerin görevi olduğuna işaret etmiştir<sup>55</sup>. Yukarıda belirttiğimiz üzere planlama ile öngörme çok sıkı irtibatlı ancak birbirinden farklı idari faaliyetlerdir ama Yayla'nın ileride hissedilecek ihtiyaçlara işaret etmesi, kamu hizmeti, kolluk, özendirme-destekleme faaliyetleriyle giderilmesi istenen mevcut ihtiyaçların öncesinde yürütülmesi gereken bir faaliyet olma özelliğini vurgulamaktadır. Bu kapsamda idare toplum yaşantısını oluşturan tüm kesim, alan ve konu ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek durumlara yönelik araştırma yapmalı, bu araştırma kapsamında veri toplamalı, bu ham verileri işlenebilir ve kullanılabilir hale getirerek gelecek bakımından karşılaşılabilecek alternatifleri belirlemeli, bu alternatifler gerçekleştiği takdirde yapılması gerekenleri değerlendirmeli ve tüm bu hususları konu ile ilgili idareye aktarmalı ve hatta halkı bu hususlarda bilgilendirmelidir<sup>56</sup>. Dolayısıyla çok boyutlu, geri dönüşlü, tüm diğer idari faaliyetlerin özel amaçlı kamu yararlarına ek olarak, uzun vadeye dayalı bir kamu yararını hedefleyerek idare bu görevini yerine getirmelidir.

İmar, kültür varlıklarının korunması, tabii kaynaklar ve servetlerin işletilmesi, kamu personel rejiminin uyumsuzluk doğuran yönleri gibi ancak bütüncül bir bakış açısıyla ele alındığında farklı çözümler üretilebilecek bir tecrübeden yetkili makamların yararlanabilmesine ve idarenin, sorunlu alanları bütüncül bir şekilde ele alarak farklı bakış açılarıyla geliştirilen çözümleri değerlendirerek, alternatifler arasında tercihte bulunabilmesine ihtiyaç bulunmaktadır<sup>57</sup>. Bu da idarenin alternatif senaryoları belirterek bulunduğu öngörüyle ancak vücut bulabilir.

### III. ÖNGÖRÜ VE İDARENİN HAREKET ARAÇLARI-USULLERİ

#### A. Öngörmede Hareket Araçları

İdare öngörme ve alternatif belirtme ödevi bağlamında, kural olarak icrai karar alma ve re'sen icra yetkilerini kullanmamaktadır. Bu işlemlerde özellikle idare bilminde kullanılan metodlarla, çeşitli plan, proje ve program adı altındaki çalışmalarla geleceğe dönük tahminde bulunmaktadır. Diğer idari faaliyetlerden farklı olarak kişiler üzerinde "şimdi" bakımından bir hukuki etki doğurmadığı ve gelecek için hazırlık niteliği taşıdığından idari davaya konu olabilecek işlem değildir. Zira idari faaliyetlerde, icrai aşamanın öngörme faaliyetinden sonra başladığı söylenebilir. Öngörme faaliyetinden sonraki ilk basamak olan planlama için Laubadere, planın devletçe yüklenilen gerçek bir taahhüt niteliğini taşıdığını öne sürmekte, fakat bu

<sup>55</sup> Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, (1985), 34-35 Aktaran Durmuş (n 53) 291.

<sup>56</sup> Durmuş (n 53) 296.

<sup>57</sup> Gülan (n 33) 73-74.



taahhüdün hangi hukuki mekanizma ile vücut bulduğunu açıklamamakta<sup>58</sup>, planı yeni bir hukuki işlem türü olarak kabul ederek, hukuki işlemlerdeki geleneksel ayırımı gözden geçirmekte yarar olduğunu vurgulamaktadır<sup>59</sup>. Bu bakımdan taahhüt ve vücut bulma noktasında bir ayırım olduğu görüldüğünden, öngörmenin bir taahhütten ibaret olduğu söylenebilir. Bu taahhüt ise “geleceğe yönelik hukuki işlemler” kategorisinden bahsedilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır<sup>60</sup>.

Danıştay, kalkınma planlarının ve yıllık programların idareye hitap ettiğini, bunlara karşı dava açılmayacağını ancak bunların uygulanması zımında tesis edilecek idari işlemlere dava açılabilirliğine karar vermiştir<sup>61</sup>. Geniş anlamda idarenin öngörme faaliyetine dahil edilebilecek planlama faaliyetinin ürünlerinden olan kalkınma planlarına yönelik Danıştay’ın bu yaklaşımının, bir zaman ufku gelecek öngörüsüyle içeren icrai olmayan işlemleri için kolaylıkla söyleyebilmek mümkündür. Anılan işlemler çoğunlukla idare dışına da yansımayaabilmektedir. Hizmetin işleyişi ve idari işlemlerin tesisine yansıdığı ölçüde idare edilenleri ancak dolaylı olarak etkilemektedir<sup>62</sup>. Bu özellikleri dolayısıyla bu işlemlerin birçoğunu iç düzen işlemi olarak kabul etmek gerekir.

Bir başka açıdan idarenin eskiden beri kullandığı ve bağlayıcılığı tartışılan plan, program ve strateji belgesi gibi araçlar bugün esnek hukuk işlemleri kapsamında değerlendirilmektedirler<sup>63</sup>. Kamu hizmeti, planlama faaliyetleri ve idarenin ekonomik alandaki müdahalelerinde idari işlemler dışında farklı isimler verilen araçlara başvurusundaki artış, idarenin icrai olmayan işlemleri kapsamında düşünülen işlemlerin bir kısmının bugün esnek hukuk işlemleri kapsamında değerlendirilmesine bağlanmaktadır<sup>64</sup>. Dolayısıyla öngörme faaliyetinin iç düzen işlemi dışında dış dünyaya yansıyan proje, strateji belgesi gibi araçlarının esnek hukuki işlem olarak kabulü gerekir.

## B. Öngörmede Usuller

Hukukun son derece belirsiz olan geleceğinin haritasını çıkarmak, öngörü çalışmaları alanından türetilen özel metodolojiler ve stratejiler gerektirebilir. Hukukun kendine özgü doğası nedeniyle, bu metodolojiler ve stratejilerin mekanik olarak hukuk alanına nakledilmesi ise zordur. Bunun için bir araştırma stratejisi geliştirilmeli

<sup>58</sup> Duran (n 32) 498.

<sup>59</sup> Turgut Tan, *Planlamanın Hukuki Düzeni*, (Sevinç Matbaası 1976) 136.

<sup>60</sup> Tan (n 59) 138-139.

<sup>61</sup> DİDDK, E. 1972/194, K. 1973/716, KT. 7.12.1973, DD sy 14-15, s. 233-237. Bu konuda bkz. Cemil Kaya, ‘İdarenin İcrai Olmayan İşlemleri’, (2004) 9 (1-2).

<sup>62</sup> Sıla Öztürkler, ‘İdari Davaya Konu Olabilen Yürütülebilir İdari İşlemin Dönüşümü’, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2023) 33.

<sup>63</sup> Bige Açımız, ‘İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme’, (2018) 24 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 531, 530-568.

<sup>64</sup> Açımız (n 61) 547.

ve bu strateji de hukukçuların ve hukuk akademisyenlerinin derinlemesine uzmanlık bilgisine; hukukun farklı alanlarında gözlemlenen eğilimlere ve gelişmelere; önde gelen düşünürlerin, araştırmacıların ve uygulayıcıların hayal gücüne ve hepsinden önemlisi eleştirel düşünme ve tartışmaya dayanmalıdır<sup>65</sup>. Çünkü hukuki öngörünün amacı, belirsizliğe ve ertelemeye mümkün olduğunca az, bilinçli seçimlere mümkün olduğunca çok yer bırakarak daha açık bir şekilde hareket edilmesini ve karar verilmesini sağlamak ve böylece arzu edilen bir geleceğin ortaya çıkmasını harekete geçirmektir<sup>66</sup>.

İdarenin öngörme faaliyetinde dört aşamadan bahsedilebilir<sup>67</sup>: 1-Başlıca Konuların Belirlenmesi ve Sorunun Tanımlanması, 2-Veri Toplama, Kilit Oyuncuları, Faktörleri ve Eğilimleri Belirleme, 3-Hipotezlerin Geliştirilmesi ve Senaryoların Formüle Edilmesi, 4-Arzu Edilen Bir Geleceğin Önerilmesi ve Bir Strateji Oluşturulması. Bu sıralanan aşamalar, esas itibarıyla bir idari usul anlatımıdır. Diğer taraftan idarenin öngörü usulleri başlığı altında incelediğimiz hususlar, idare bilimcilerinin değerlendirdiği konulardır. Bu konuların idare hukuku sahasına çekebilmek daha doğrusu onlara hukuki kılıf giydirebilmek için kısaca incelenmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Aşağıda belirtilen öngörüye dair aşamaları, idarenin kendi teşkilat personeli eliyle gerçekleştirilmesi dışında, düşünce kuruluşları (think tank) eliyle de gerçekleştirilebilmesi mümkündür. İdare kendi bünyesinde özellikle strateji birimleri vasıtasıyla hazırladığı raporlarla öngörme faaliyetini gerçekleştirebilmektedir. Örneğin 13 sayılı CBK md. 7 ile Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı Ekonomik Modelleme ve Konjonktür Değerlendirme Genel Müdürlüğü'ne "*a-Temel makro plan ve programların hazırlanmasında esas alınacak kısa, orta ve uzun vadeli makroekonomik tahminleri Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Cumhurbaşkanlığı bünyesindeki Politika Kurullarının görüşünü de alarak yapmak, b- Geliştirdiği makro modeller ile ekonomik ve sosyal politikaların uzun dönemli etkilerini tahmin etmek*" görevi verilmiştir.

### *1. aşama: Başlıca Konuların Belirlenmesi ve Sorunun Tanımlanması*

Bir öngörü projesinin ilk ve belki de en belirleyici adımı, hukukun geleceğine ilişkin temel meseleleri tespit edip, bir zaman ufku seçilmesidir. (2023-2053-2071 gibi) Öngörü araştırmalarında kastedilen ufuk (time horizon) normal planlanan zamanın ötesinde ancak bugünün kararlarını hâlâ etkileyebilecek kadar da yakın olmalıdır. Bazen "gelecek" gibi görünen aslında bugün de olabilir. Şimdiden belli olan ve belli spesifik bir çalışma olmadan görülebilen gelecek, "öngörü" faaliyetinin konusu değildir. Örneğin; kışın kar yağacağı belli olan bir yerde kış için hazırlık yapılması bir "öngörme" ve planlama faaliyeti değildir. Zaten geleceği mukadder olan gelecektir. İstanbul'un nüfus artışının 2030 yılında ne olacağı bilinmektedir. İdare de buna

<sup>65</sup> Muller, Zouridis, Frishman, Kistemaker, (n 5) 2.

<sup>66</sup> Barraud (n 7) 193.

<sup>67</sup> Barraud (n 7) 197.

göre okul, hastane vs planlaması yapması öngörme faaliyeti kapsamında değildir. Gerçek anlamda öngörme faaliyeti, bilinen/bilinmesi çok muhtemel gelecekte çok, ancak özel, çok yönlü bazı nitelikli çalışmalarla ortaya konulan gelecektir.

Diğer bir deyişle öngörme faaliyetinin konusu olan gelecek, değişimlerin gerçekleşmesine izin verecek kadar uzak olmalı fakat bu uzaklık ilgisiz görünecek kadar fazla olmamalıdır. Bu kıstas sektöre göre farklılık gösterebilmektedir. Kamu sektöründe ufuk 10 ile 20 yıl arasında değişebilmektedir. Ancak altyapılarda (elektrik istasyonları, ulaşım ağları vb.) zaman ufku 30 ila 50 yıl olabilmektedir<sup>68</sup>.

### *2. aşama: Veri Toplama, Kilit Oyuncuları, Faktörleri ve Eğilimleri Belirleme*

Gelecek öngörüsü çalışmalarında gerekli görülen her bilgi kullanılmak üzere alınır ama gereksiz detaylara girilmez. Hedefe dönük doğru ve açık tanımlamalar yapılır. Dünün yaşanmışlıklarını ve günün yönelimlerini doğru analiz ederek geleceğin ihtiyaçlarını öngörebilmek gereklidir<sup>69</sup>. Bu yüzden belirsizliği azaltmak için paydaşlara ve uzmanlara danışmak bu aşamada önem arz etmektedir. Burada özellikle idare bilimcilerinin incelediği Delphi Tekniğine başvurulmaktadır. Adını antik Yunan kehanet merkezi Delphi'den alan<sup>70</sup> Delphi Tekniği, geleceğe dönük tahminler yapmak amacıyla geliştirilen bir karar alma ve uzlaşma tekniğidir. Bu teknikte bir konuda karar alınmadan önce, alanın uzmanlarıyla yüz yüze görüşme yapmadan, yazılı form üzerinden meseleye dair bakış açıları ve çözüm önerileri öğrenilir. Sonrasında bu görüşler sınıflandırılır ve yazılı olarak kendilerine gönderilir. Bu işlem karar alınıncaya kadar devam eder. Ayrıca uzmanlar bir araya gelerek önceden yazılı olarak belirttikleri fikirlerini toplantıda da dile getirebilirler<sup>71</sup>.

### *3. aşama: Hipotezlerin Geliştirilmesi ve Senaryoların Formüle Edilmesi*

İdarenin öngörme faaliyetini bir plan ortaya koymaktan farklı kılan birden fazla hedef üzerinden açıklama geliştirmesiydi. Bu sebeple geleceğe dair oluşturulan senaryolarda da farklı alternatiflerin ortaya konulması gerekmektedir. Senaryoları, kullanılan metotlara göre, "(i) Temdit senaryoları; mevcut eğilimlerin çok fazla değişikliğe uğramadan devam edeceğinin öne sürüldüğü (ii) Nikbin senaryolar, üzerine tahmin yürütülen şeylerin gelecekte geçmişten daha iyi olacağını öne sürüldüğü (iii) Bedbin senaryolar, gelecekte öngörülenin geçmiştekinden daha da kötü olacağı tasavvuruna sahip"<sup>72</sup> olduğu biçiminde ayrımlara tabi tutmak mümkündür. Mevzuata baktığımızda idarelere senaryo üretmek konusunda görevler verildiği de görülmektedir. Örneğin, Hazine ve Maliye Bakanlığı Ekonomik Programlar ve Araştırmalar

<sup>68</sup> Şener (n 43) 923.

<sup>69</sup> Saphioğlu (n 4) 58.

<sup>70</sup> İşsevenler (n 3) 114.

<sup>71</sup> Saphioğlu (n 4) 46-47.

<sup>72</sup> Saphioğlu (n 4) 54.

Genel Müdürlüğü'ne "Türkiye ekonomisi ile ilgili kısa ve orta-uzun vadelerde makroekonomik tahmin ve senaryo analizleri gerçekleştirmek"<sup>73</sup> görevi verilmiştir.

#### 4. aşama: Arzu Edilen Bir Geleceğin Önerilmesi ve Bir Strateji Oluşturulması

Bu aşamada artık takip edilen idari usul neticesinde idarenin somut bir irade koy-ması beklenmektedir. Örneğin 5018 sayılı Kanun<sup>74</sup> ile idarelerin hazırlamak duru-munda olduğu stratejik planları, idarenin öngörüsünün oluşumundaki son aşama ola-rak görmek gerekir.

### IV. İDARENİN ÖNGÖRÜSÜ VE SORUMLULUĞU

İdarenin geleceğe dair öngördüğü bir senaryonun gerçekleşmesi neticesinde ida-re edilenlerin zarara uğramasının, idarenin sorumluluğuna neden olup olamayacağı önemli bir problemdir. İdarenin öngörme faaliyetinin gereği gibi yapılması esas iti-bariyle idari faaliyetlerin yürütülmesinde idarenin sorumluluğuna daha az yol aç-a-bilecek halin ortaya çıkmasını sağlayabilir. Ancak diğer taraftan bu durum idarenin sorumluluğunu genişletici mahiyettedir. Zira daha önce gerçekleşebileceğini varsay-dığı durum ortaya çıktığında bir zarar meydana geliyorsa yeterli tedbiri almadığın-dan idarenin sorumlu tutulması ve bu durumun idarenin sorumluluğunu fazlasıyla genişletici etkisi olduğu iddia edilebilecektir. Bu değerlendirme idare için makul ve mantıklı bir sorumluluk çerçevesi çizmeyi mümkün kılmayacak, idarenin altından kalkamayacağı bir sorumluluk alanı belirleyecektir<sup>75</sup>. Belirtmek gerekir ki idarenin öngöründe kullandığı aracın mahiyetine göre farklı değerlendirme yapılabilir. İdarenin iç düzen işlemi niteliğindeki bir öngörü işlemi, idare edilenler tarafından bilinmediği takdirde onların üzerinde hukuki sonuç doğurmayacağından, idarenin sorumluluğuna da etki etme kabiliyetini haiz kabul edilmeyebilir. Ancak eğer rapor, plan, senaryo adı altında kamuoyuyla paylaşılan bir öngörü işleminden sonra, öngörülen gelecek se-naryolarından biri gerçekleşir ve de ortaya bir idari zarar çıkarsa bu durumda idarenin sorumluluğundan bahsedilebilir. İdarenin gelecek öngörüsünde belirlenenin dışında tamamen öngörülemeyen bir durum söz konusu olması ihtimalinde ise, bu durum mücbir sebep kabul edilerek idarenin hem kusura dayanan hem de kusursuz sorumlu-luğunun ortadan kalktığını kabul etmek gerekir<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> 1 sayılı CBK md. 226/A-ğ.

<sup>74</sup> Stratejik planlama ve performans esaslı program bütçe Madde 9- Kamu idareleri; kalkınma planları, Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenen politikalar, programlar, ilgili mevzuat ve benimsedikleri temel ilkeler çerçevesinde geleceğe ilişkin misyon ve vizyonlarını oluşturmak, stratejik amaçlar ve ölçülebilir hedefler saptamak, performanslarını önceden belirlenmiş olan göstergeler doğrultusunda ölçmek ve bu sürecin izleme ve değerlendirmesini yapmak amacıyla katılımcı yöntemlerle stratejik plan hazırlarlar

<sup>75</sup> Bu konuda bkz. Durmuş, (n 53) 304.

<sup>76</sup> Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, (9. Baskı Adalet Yayınevi 2021) 682.

## V. İDARENİN ÖNGÖRÜSÜNÜN TABİ OLDUĞU İLKELER

İdarenin öngörme ve alternatif belirtme ödevinin en önemli kısmı idari usule ihtiyaç duymasındır. İdarenin öngörüsünde yapılması gereken - hala ayak basılmamış bir yol aramaktan çok - herkesten gelen en uygun önerilerden faydalanarak uygun bir orta yol bulmaktır. Bu yolda ise ancak bilimsel, eleştirel, disiplinler arası ve kolektif araştırma yapmak suretiyle yürünebilir<sup>77</sup>. Dolayısıyla *bütünlük* bir öngörme faaliyeti ilkesi olarak kabul edilebilir. Diğer taraftan idare öngöründe bulunurken geniş bir görüş grubunun *katılımını* da sağlamalıdır. Bu katılım, savunmasız ve aşırı yoksul vatandaşları da içermeli ve sorunlar çoklu mercıklar aracılığıyla değerlendirilmelidir. Çeşitlilik ve alternatif bakış açıları, etkili bir öngörü için gereklidir ve zayıf sinyallerin (önem kazanması muhtemel bir konunun erken göstergeleri) tespit edilmesini sağlar<sup>78</sup>. Ayrıca bu “basamak idari faaliyette” *uyarlama ve süreklilik* de önem arz etmektedir. Çünkü her geçen gün gelecek şimdiki zaman haline geldiğinden, öngörü ancak tek seferlik bir uygulama olmayıp uzun vadeli, devam eden araştırmalardan oluşuyorsa anlamlıdır<sup>79</sup>. Bu sebeple sürekli geri dönüşlü, esnek, yenilenmeye imkan sağlayan hukuki ürünler ortaya konulması gerekir.

### SONUÇ

İdare ve gelecek yaklaşımı idarenin, hukukun değişimi, dönüşümü ve kırılmaları hakkında önceden düşünmeye ve bu konuda düşünmeyi öğrenmeye ilişkin bir bakıştır. Bu yaklaşımda idare, hukuk fütürolojisinden istifade etmek suretiyle, muhtemel veya tercih edilen geleceğe basiretli bakış geliştirip bugünden varsayımlar oluşturmayı ve ona uygun politikalar geliştirmeyi hedeflemektedir. Böylece idare, gelecekte karşılaşılabilecek ihtimallerin dökümünü yapmak suretiyle kamu hizmeti, kolluk, özendirme-destekleme ve planlama faaliyetleri bakımından hazırlık yapmaktadır. İdarenin tüm idari faaliyetlerin gelecekte gereği gibi yürütülebilmesi için giriştiği hazırlıkları Duran, idarenin öngörme ve alternatif belirtme ödevi olarak nitelendirirken, bu çalışmada söz edilen faaliyet hukuki öngörü (*legal foresight, la prospective juridique*) olarak kavramlaştırılan ve esas itibarıyla devletin tüm erklerinin gerçekleştirebileceği bir faaliyetin, idare hukukunda idari faaliyet yönüyle incelenmesinde kullanılmıştır. Diğer taraftan öngörüye (*foresight, la prospective*) dair idare bilimcileri tarafından kullanılan usul ve yaklaşımların hukuki görünümünün idare hukuku alanında değerlendirilmesinde idari faaliyetlere isabet eden kısım, öngörme ve alternatif belirtme faaliyettir. İdarenin öngörme faaliyeti, mevcut durum, veri ve olgulardan hareketle idarenin yol haritasını belirlemeye yarayan bir faaliyettir. İdarenin öngörme faaliyeti, diğer tüm idari faaliyetler için bir basamak niteliği taşır, onların öncülüdür. İdari faaliyetlerden en sıkı irtibatlı olduğu faaliyet ise planlamadır. Planlamada

<sup>77</sup> Barraud (n 7) 258-259.

<sup>78</sup> CEPA strategy guidance note Strategic planning and foresight, s. 2.

<sup>79</sup> Barraud (n 7) 153.

hedefler ve bunlara giden yollar açıklanırken idarenin öngörüsünde, ihtimalleri ortaya çıkararak neler olabileceği senaryo dahilinde belirtilir. Örneğin gelecek yirmi yıl içerisinde toplumda zuhur edecek muhtemel hastalıklar ve bunların tedavisi ya da salgın hastalıklarla mücadele konularında nasıl politikalar uygulanabileceği, gelecek on yılda gerçekleşebilecek muhtemel bir gıda ya da enerji krizinde toplumsal ihtiyacın hangi yollarla tatmin edilebileceği, muhtemel kamu düzenini bozucu girişimlere karşı nasıl tedbirler alınabileceği birden fazla senaryoyla ortaya konulabilir. Tüm bu öngörüler, çok disiplinli bir araştırmayı gerekli kılmaktadır. Diğer taraftan çok boyutlu ve üst bir bakışı gerektirdiğinden merkezi idare ya da onun yardımcı kuruluşları eliyle yürütülmesi daha isabetli sonuçlar doğurabilir. Böylece hedeflenen senaryo daha olası, korkulan senaryo ise daha az olası hale getirilmiş olacaktır.

İdarenin öngörme faaliyetinde tüm diğer idari faaliyetler için hazırlığa girildiğinden, hukuki araç olarak idare, icrai işlemlerini kullanmamaktadır. Belirlenen bir zaman ufku esas alarak rapor, görüş, strateji gibi isimlerle iradesini ortaya koyarak ihtimallerin dökümünü yapma ve bu sayede hedef belirleyecek olanlara yardımcı olma görevini yürütecektir. Bu görevi yürütürken de geleceği öngörmekten daha fazla bugünü ve geçmişi incelemek için zaman harcayacaktır. Bu sebeple idare öngörürde bulunurken, eleştirel, disiplinler arası ve kolektif araştırma yapmak suretiyle bütünlük ilkesine tabi olmalı, mümkün olabilen azami paydaş katılımını sağlamalı, sürekli ve geri dönüşlü şekilde bu faaliyeti yerine getirmelidir. Zira faaliyette isabetli öngörürde bulunmak gibi bir zorluk bulunurken, değişimin hızı karşısında öngörünün geride kalma ihtimali de bulunmaktadır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

Açımız B, 'İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme', (2018) 24 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 530-568.

Akay A, A. Argun Akdoğan, Mustafa Tamer ve Nejla Kılınc, *Türkiye'de Ulusal ve Yerel Planlama İlişkileri: Mersin İli Örneği* (Todaie 2013).

Barraud B, *La Prospective Juridic*, L'Harmattan (2020).

Bauby P, Mihaela M. S, 'Conditions For The Emergence And Institutionalization Of European Public Enterprises', (2015) 86 (4) Annals of Public and Cooperative Economics, 683-701.

CEPA Strategy Guidance Note Strategic Planning and Foresight.

- Ceylan M, 'İdarenin Öngörme (Planlama) Faaliyeti ve Bu Faaliyetin Deprem Örneği Üzerinden Önemi Anlamak', (2023) 4 Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 116-134.
- Colomo Pablo I, 'Future-Proof Regulation against the Test of Time: The Evolution of European Telecommunications Regulation', in *Foresight And Regulation. Anticipatory Governance And Administrative Foresight In Times Of Transition And Recovery* (Aranzadi 2023)
- Cuhls K, 'From Forecasting to Foresight Processes—New Participative Foresight Activities in Germany', (2003) 22 *Journal of Forecasting*, 93-111.
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri*, (9. Baskı Adalet Yayınevi 2021).
- Çelikaş Melih S, 'Türkiye'de Yenilenebilir Enerji Teknolojilerinin Gelecek Öngörüsü', (Ege Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi 2009).
- Çeşmeci N, 'Stratejik Planlamanın Dayanağı Olarak Stratejik Öngörü Gereksinimi ve Geliştirme Yöntemleri' (2012) 8 (15) *Güvenlik Stratejileri*, 139-162.
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982)
- Durmuş F, 'İdarenin Öngörme Ve Alternatif Üretme Faaliyeti Hakkında İnceleme: "Düşünülemez Düşünmek' (2023) 13 (2) *Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 285-307.
- Gülân A, *İdare Hukuku Ders Notları*, İÜSBF Maliye Bölümü, 2017-2018 Eğitim-Öğretim Dönemi, (Yayımlanmamıştır).
- Gülân A, 'Güncellenmesi Gereken Bir Misyon: Danıştayın İstisnai Görevleri' 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (Danıştay Yayınları 2018)
- İşsevenler V, 'Hukuk Fütürolojisi: Hukuk Geleceği Bilimi Çalışmaları', (2023) 88 (3) *İzmir Barosu Dergisi*, 109-133.
- Karaman M, 'Bir Politika Belirleme Aracı Olarak Öngörü', (2022) 08 (02) *Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi*, 99-113.
- Karaoğlu A, Attila Sönmez, Ayhan Çilingiroğlu ve Necat Erder, *Planlı Kalkınma Serüveni – 1960'larda Türkiye'de Planlama Deneyimi (Panel)*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2003)
- Kotowski A, 'Legal Futurology – Potential Of Foresight Research In Legal Sciences: Could Legal Futurology Be Treated As An Independent Science In Jurisprudence?' (2022) 2 (2) *Gis Odyssey Journal*, 93-104.
- Muller S, Stavros Zouridis, Morly Frishman, Laura Kistemaker, 'The Law of the Future Continues', in *The Law of the Future and the Future of Law: Volume II*, (Torkel Opsahl Academic EPublisher 2012).
- Öztürkler S, 'İdari Davaya Konu Olabilen Yürütülebilir İdari İşlemin Dönüşümü', Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2023).
- Sánchez Z, 'Administration, Foresight and Proof Regulation' in *Foresight And Regulation. Anticipatory Governance And Administrative Foresight In Times Of Transition And Recovery* (Aranzadi 2023).
- Saplıoğlu K, 'Fütürolojik Perspektiften Ab-Rusya Enerji Politikaları Ekseninde Rusya'nın Doğu Avrupa Politikaları', Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Şener E, 'Bilgi Yönetim Süreci Ve Stratejik Öngörü Kesişiminde Bir Yaklaşım: Ufuk Taraması', (2018) 6 (4) *Business & Management Studies: An International Journal*, 920-934.
- Turgut T, *Planlamanın Hukuki Düzeni*, (Sevinç Matbaası 1976)
- Yayla Y, *İdare Hukuku*, (1985).







# İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 21.08.2024  
Revizyon Talebi: 04.10.2024  
Son Revizyon: 10.10.2024  
Kabul: 25.10.2024  
Online Yayın: 20.11.2024

## Çevrimiçi Platformlar İçin Dijital Hizmetler Yasası'nın Hukuki Çerçevesi

### Legal Framework of the Digital Services Act for Online Platforms

Elif Beyza Akkanat-Öztürk\*, Eylül Erva Akın\*\*

#### Öz

Bu çalışma, Dijital Hizmetler Yasası (*Digital Services Act-DSA*) uyarınca çevrimiçi platformlar için öngörülmuş hukuki yükümlülüklerin kapsamlı bir değerlendirmesine özgülenmiştir. Bu kapsamda DSA'nın çevrimiçi platformlara ve bu düzenlemenin gelecekteki potansiyel düzenleme olası etkileri incelenmiştir. DSA, Avrupa Birliği'nin dijital alanı düzenlemeye yönelik en kapsamlı ve yenilikçi girişimlerinden biridir. Bu düzenlemenin amacı çevrimiçi platformların sorumluluklarını ve yükümlülüklerini netleştirmek, dijital hizmetlerin daha güvenli ve şeffaf bir şekilde sunulmasıdır. Bir diğer ifadeyle DSA, internet ortamındaki yasal belirsizlikleri azaltmayı, kullanıcı haklarını korumayı ve platformların toplum üzerindeki etkisini denetlemeyi amaçlamaktadır.

İlk olarak DSA'nın yürürlük sürecinden itibaren Avrupa Birliği'nde çevrimiçi platformların düzenlenmesi ve dijital hizmetler üzerine mevcut hukuki çerçeve analiz edilmiştir. DSA ile çevrimiçi platformların "dönüşen rolü" ve bu yeni rolün getirdiği sorumluluklar değerlendirilmiştir. DSA hükümlerinde içeriğe yönelik müdahaleler ve sorumluluk rejimi incelenmiş; temel hak ve hürriyetler arasında denge arayışının nasıl sağlandığı ve şeffaflık hükümlerinin önemi vurgulanmıştır. Ayrıca çocukların çevrimiçi ortamda korunmasına dair hükümler ayrı bir başlık altında incelenmiş; çocuk haklarının korunmasında DSA'nın yeterliliği, platformların yükümlülüklerinin kapsamı ve zararlı içerik kavramının ele alınış şekilleri analiz edilmiştir.

Son olarak içeriğe yönelik müdahale içeren kullanım koşulları değerlendirilmiş ve özel nitelikli kişisel verilerin korunması ile davranışsal reklamcılık uygulamaları ele alınmıştır. Bu bağlamda DSA'nın çevrimiçi platformların işleyişine ve kullanıcı haklarına etkisi, şeffaflık ve sorumluluk ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmiştir.

#### Anahtar Kelimeler

Dijital Hizmetler Yasası • Çevrimiçi platformlar • Hukuki yükümlülük • Hesap verilebilirlik • İçerik denetimi

#### Abstract

This paper comprehensively evaluates the legal obligations prescribed for online platforms under the Digital Services Act (DSA). It examines the current impacts of DSA on online platforms and potential future implications. The DSA represents one of the European Union's most comprehensive and innovative initiatives to regulate digital spaces. The objective of this regulatory framework is to clarify the responsibilities and obligations of online platforms and to provide secure and transparent digital services. In other words, the DSA aims to reduce legal uncertainties in the internet environment, protect user rights and control the impact of platforms on society. In this perspective, the regulation of online platforms and the existing legal framework for digital services within the European Union are analysed. The evolving role of online platforms with DSA and the responsibilities of this new role are discussed.

\* **Sorumlu Yazar:** Elif Beyza Akkanat-Öztürk (Dr. Öğr. Üyesi) İstanbul Üniversitesi, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: eba@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-4856-9733

\*\* Eylül Erva Akın (Arş. Gör.) Milano Üniversitesi, Cesare Beccaria Hukuk Fakültesi, Milano, İtalya. E-posta: eylul.akin@unimi.it ORCID: 0000-0003-1011-8240

**Atrf:** Akkanat Öztürk, Elif Beyza and Akın, Eylül Erva. "Legal Framework of the Digital Services Act for Online Platforms" (2024) 23 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 115. <https://doi.org/10.26650/ihid.23.003>



This study examines content moderation and the liability regime under the DSA, highlighting the balance between fundamental rights and freedoms and the importance of transparency obligation. Special attention is given to the protection of children online, assessing the adequacy of the DSA in safeguarding children's rights, the scope of platform obligations and how the concept of harmful content is addressed. Finally, terms of use involving content moderation and protection of special categories of personal data and behavioural advertising practises are examined. The impact of DSA on the operation of online platforms and user rights is evaluated within the framework of transparency and accountability principles.

**Keywords**

Digital Services Act • Online platforms • Legal liability • Accountability • Content moderation

## Extended Summary

The Digital Services Act represents a landmark regulatory initiative by the European Union that aims to establish a comprehensive framework for the regulation of online platforms and digital services. The DSA is designed to address the growing complexities and challenges associated with the digital ecosystem, particularly in relation to platform accountability, content moderation, user rights and the protection of vulnerable groups like children. This article provides an in-depth evaluation of the legal obligations imposed on online platforms under the DSA.

One of the primary motivations behind the DSA is the need to address the imbalance of power between large online platforms and their users. The rise of digital platforms has led to significant changes in how content is created, shared, and consumed. However, these platforms often operate with minimal oversight, leading to concerns about misinformation, harmful content, and user data exploitation. The DSA aims to rectify this by imposing clear legal obligations on platforms to manage content and ensure user safety.

A critical aspect of the DSA is its emphasis on the evolving role of online platforms, from passive intermediaries to active regulators. Historically, platforms have been viewed as neutral conduits of information, merely hosting content generated by users without taking responsibility for content or its impact. However, the proliferation of harmful and illegal content has necessitated a re-evaluation of this role. The DSA requires platforms to take a more active stance in moderating content, which includes swift removal of illegal content and implementation of measures to prevent its dissemination. This shift reflects a broader trend towards greater accountability in the digital space, recognising that platforms, by virtue of their influence, have a duty to protect the public from harm.

The DSA also introduces a liability regime for online platforms, particularly focusing on the responsibilities of very large online platforms (VLOPs) that have significant reach and impact on society. These platforms are required to conduct regular risk assessments to identify and mitigate potential harms arising from their services, including the dissemination of illegal content, disinformation and violations of fundamental rights. This risk-based approach is complemented by transparency requirements, which mandate that platforms provide clear and accessible information about their content moderation policies, the use of algorithms, and advertising practises. By enhancing transparency, the DSA aims to ensure that users are better informed about how their data are used and how content decisions are made.

An important dimension of the DSA is its focus on balancing fundamental rights and freedoms with the need for content regulation. The regulation explicitly

acknowledges the importance of safeguarding freedom of expression while simultaneously addressing the need to prevent harm and protect vulnerable groups. However, DSA presents inconsistencies in that it does not require online platforms to monitor illegal activities on their platforms while simultaneously mandating the prevention of infringements, leading to potential contradictions in enforcement across the EU. This balancing act is one of the most challenging aspects of the DSA, as it requires platforms to navigate the fine line between moderating content to prevent harm and ensure that such moderation does not unjustly infringe on users' rights. The DSA's transparency requirements are crucial in this regard because they provide users with the ability to understand and challenge the decisions made by platforms regarding content moderation.

The protection of children in online environments is another significant focus of DSA. The DSA sets out specific obligations for platforms to implement safeguards that protect children's rights online. The adequacy of these measures in effectively safeguarding children's rights is critically examined in this article, highlighting both the strengths and potential gaps in the DSA provisions.

The DSA also addresses the issue of harmful content and how platforms manage such content. The concept of harmful content, which can include hate speech and disinformation, presents a complex challenge for regulators. The DSA requires platforms to develop clear policies for handling harmful content, including mechanisms for reporting and removal. However, the subjective nature of harmful content means that platforms must make difficult decisions about content moderation while avoiding over-removal.

Another crucial area explored in this article is the regulation of personal data and behavioural advertising under the DSA. The use of personal data for targeted advertising has been one of the most contentious issues in the digital economy, raising concerns about privacy, consent, and the manipulation of user behaviour. The DSA introduces stricter rules on how platforms may collect and use personal data, particularly sensitive data, and emphasises the need for greater transparency and user control over how their data are used. This is seen as a necessary step towards rebalancing the relationship between platforms and users and ensuring that users are not exploited for commercial gain without their informed consent.

Finally, the article considers the broader implications of DSA for the future of the digital ecosystem. The DSA is a significant step towards regulating the power of large online platforms, but it also raises questions about the future role of regulation in the digital space. Implementing the DSA will require ongoing collaboration between platforms, regulators, and other stakeholders to ensure that the regulations are effective and do not stifle innovation or freedom of expression. The potential for

the DSA to serve as a model for other jurisdictions is also discussed, considering how the principles of transparency, accountability, and user protection can be applied globally.

In conclusion, the DSA represents a bold attempt by the European Union to shape the future of the digital landscape by imposing clear and enforceable obligations on online platforms. While the DSA offers a robust framework for protecting users and ensuring platform accountability, its success depends on careful implementation and the willingness of platforms to embrace their responsibilities. The article argues that the DSA, despite its challenges, is a necessary evolution in the regulation of digital services and has the potential to significantly enhance the safety, transparency, and fairness of the online environment.

## Giriş

Dijital hizmetlerin, bireyler üzerindeki etkisinin artmasıyla birlikte çevrimiçi platformların yasal sorumluluklarını netleştiren ve kullanıcı haklarını koruyan düzenlemelere olan ihtiyaç daha da belirgin hale gelmiştir. Bu bağlamda Avrupa Birliği'deki en kapsamlı ve yenilikçi yasal girişimlerden biri olan DSA, dijital alanın düzenlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.

Bu çalışma, DSA'nın yürürlüğe girmesiyle çevrimiçi platformların karşı karşıya kaldığı yeni hukuki yükümlülüklerin içeriğinin ortaya konulmasına yöneliktir. DSA'nın hedefleri arasında, çevrimiçi hizmetlerin daha güvenli ve kullanıcı dostu hale getirilmesi, zararlı içeriklerin önlenmesi ve başta çocuklar olmak üzere çevrimiçi ortamda temel hak ve hürriyetlerin etkin bir şekilde korunması bulunmaktadır<sup>1</sup>. Bu hedefler gözetilerek işbu çalışmanın da planı oluşturulmuştur. Ayrıca bu hedeflere ulaşmak bakımından düzenlemenin başarısı ve bu düzenlemenin genel gözetleme yasasıyla ilişkisi tartışmaya açılacaktır. Zira bu düzenlemeyle çevrimiçi platformların dönüşen rolü bağlamında, platformların içeriğe yönelik müdahale sorumlulukları genişletilmiştir. Bu durum farklı temel hak ve hürriyetler arasında bir denge gözetilmesi ihtiyacını da beraberinde getirmektedir.

Bunun yanı sıra, çocukların çevrimiçi ortamda korunması ve davranışsal reklamcılık uygulamalarının kişisel verilerin korunması perspektifinden değerlendirilmesi, çalışmanın odak noktalarından bir diğerini oluşturmaktadır. Çünkü DSA'da çocukların korunmasına dair özel yükümlülükler öngördüğü gibi aşağıda ayrıntısına yer verileceği üzere bu hükümlere dayanılarak çevrimiçi platformların denetimine derhal başlanmıştır<sup>2</sup>.

Dijital Hizmetler Yasası, çevrimiçi platformlara yönelik dijital alanın geleceğini şekillendirmeye yönelik cesur bir girişim olarak nitelendirilebilecektir. DSA, kullanıcıların korunması ve platformların hesap verebilirliğinin sağlanması adına sağlam bir çerçeve sunmakla birlikte; DSA'nın başarısı özenli bir uygulamaya ve platformların sorumluluklarını benimsemeye istekli olmalarına bağlıdır. Bu çalışmada DSA hükümlerinin uygulanmasındaki zorluklara rağmen çevrimiçi hizmetlerin düzenlenmesinde gerekli bir evrim olduğunu ve dijital ortamın güvenliği, şeffaflığı ve adilliyetini önemli ölçüde artırma potansiyeline sahip olduğu savunulmaktadır.

Bu doğrultuda öncelikle DSA öncesi AB'deki düzenlemelere de kısaca temas edilerek DSA'ya duyulan ihtiyaç üzerinde durulacaktır. Akabinde DSA'nın çevrimiçi platformlar için öngördüğü içeriğe müdahale, çocukların çevrimiçi ortamda korunmasına dair esaslar ve son olarak kişisel veri işleme faaliyetine dair yükümlülükler

<sup>1</sup> Bkz. DSA-Recitals 3.

<sup>2</sup> Bkz. Bölüm Başlığı: C./2.

sırasıyla ayrı başlıklar altında hukukî düzenlemenin (DSA) içeriğini belirlemek amacıyla incelenecektir. Her bir başlığın, bir monografik eserin konusunu oluşturabilecek kapsamda olduğu da gözetilerek ilgili başlıklarda DSA hükümlerine dair genel bir çerçeve çizilmeye gayret edilecektir.

Avrupa Birliği'nin bu düzenleme aracılığıyla dijital alanda küresel bir standart oluşturma çabası, diğer hukuk düzenlerinde de benzer düzenlemelerin benimsenmesi olasılığını artırmaktadır<sup>3</sup>. Bu yönüyle DSA hükümlerine ilişkin her tartışma esasında Türk hukukunun Avrupa Birliği hukukuyla ilişkisi göz önünde bulundurulduğunda; DSA'ya dair inceleme, esasında Türk hukukundaki muhtemel gelişmelere dair de bir perspektif sunacaktır.

## A. Dijital Hizmetler Yasası (DSA) ve Düzenlemenin Gerekliliği

### 1. Avrupa Birliği'nde Çevrimiçi Platformların Düzenlenmesi ve Dijital Hizmetlerin Hukuki Çerçevesi

Dijital hizmetlerin dünya genelinde hızla yayılması ve veri üretiminin, toplanmasının ve kullanılmasının artmasıyla çevrimiçi platformlar da bilgi toplumu hizmetlerinin önemli bir parçası haline gelmiştir<sup>4</sup>. Aracı hizmet sağlayıcı (*intermediary service provider*)<sup>5</sup>, çevrimiçi platformları da kapsayacak şekilde dijital iletişim ve bilgi paylaşımında önemli bir rol oynayan çeşitli hizmet türlerini sunan aktörü ifade eder<sup>6</sup>. Genel olarak yer sağlama (*hosting*) hizmeti olarak tanımlanan çevrimiçi platformlar, yalnızca veri depolama ve iletim işlevi görmekle kalmayıp aynı zamanda kullanıcılar için sosyalleşme, alışveriş yapma, ifade ve içerik paylaşma alanlarına dönüşmüştür.

Çevrimiçi platformların bu önemli rolü, onlar bakımından kullanıcı verilerini koruma, içerik denetimi yapma ve çeşitli hizmetler sunma gibi sorumluluklarını da gündeme getirmektedir. Özellikle siber tehditlerin ve veri ihlallerinin artışı; çevrimiçi platformların, kullanıcıların güvenliğini ve gizliliğini sağlama konusunda ciddi önlemler alması gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>7</sup>. Bu bağlamda bağımsız kanun koyucular ve idari otoriteler de çevrimiçi platformların daha etkili bir şekilde regüle edilmesi için çeşitli girişimlerde bulunmaktadır ki hukuki düzenlemeler, söz konusu

<sup>3</sup> Avrupa Birliği düzenlemelerinin birlik dışı ülke hukuklarına etkisine dair ayrıca bkz. Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (Oxford University Press 2020) 25 vd. Nitekim T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından hazırlanan Orta Vadeli Program (2025-2027)'de şu ifadelerle yer verilmiştir: “Mal ve hizmet ihracatını etkileyen yönleriyle AB dijital ekonomi düzenlemeleri ve Yeşil Mutabakatı doğrultusunda, rekabetçiliğin artırılması için gerekli mevzuat, destek politikaları ve uluslararası anlaşmalara yönelik hazırlıklar tamamlanacaktır (s. 45)”. bkz. <[https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2024/09/Orta-Vadeli-Program\\_2025-2027.pdf](https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2024/09/Orta-Vadeli-Program_2025-2027.pdf)> Accessed 5 September 2024.

<sup>4</sup> Ayrıca bkz. İpek Çevik, ‘AVRUPA BİRLİĞİ DİJİTAL HİZMETLER YASASI’NIN DEĞERLENDİRMESİ’ (2023) 2 YBHD 387, 389 ve 393.

<sup>5</sup> Aracı hizmet sağlama faaliyeti yer sağlama-barındırma (*hosting*), salt erişim hizmeti (*mere conduit*) ve ön belleğe alma (*caching*) faaliyetlerinin tümünü ifade etmektedir. Ayrıca bkz. DSA-Recitals 5, 19.

<sup>6</sup> Bkz. DSA-Recitals 5.

<sup>7</sup> Bkz. DSA-Recitals 87, DSA m. 35.

girişimlere örnektir. Bu düzenlemelerin amacı, çocuklar dahil olmak üzere tüm kullanıcıların dijital ortamda daha iyi korunmasını sağlamak ve çevrimiçi platformların hukuka uygun bir şekilde faaliyet göstermesini temin etmektir<sup>8</sup>.

Avrupa Birliği'nde özellikle çevrimiçi platformların kullanıcı verilerini nasıl yöneteceği, hukuka aykırı içeriklerle nasıl başa çıkacağı ve şeffaflık standartlarına nasıl uyacağı konusunda kapsamlı düzenlemeler getirildiği ifade edilebilir. Zira çevrimiçi platformların hesap verebilirliğini artırmak da Avrupa Birliği hukuk politikasının amaçlarından biridir.

Bu düzenlemelere örnek vermek gerekirse Dijital Tek Pazarda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Direktifi'nin 17. maddesinde, çevrimiçi içerik paylaşım hizmeti sağlayıcılarına (*online content sharing service providers*), kullanıcılar tarafından yüklenen içeriklerdeki telif hakkı ihlallerini gözden geçirme, kaldırma ve yeniden yüklenmesini önleme yükümlülüğü öngörülmüştür<sup>9</sup>.

Telif hakkı ihlallerinin yanı sıra çevrimiçi platformlar, içeriklerin çocuklar için zararlı olup olmadığını denetlemek, kullanıcı verilerini korumak ve dijital etkileşimleri güvenli bir şekilde yönetmek açısından da kritik bir rol oynamaktadır. Bu doğrultuda, bir diğer düzenleme ise video paylaşım platformlarının 2018/1808 sayılı Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi (*Audiovisual Media Services Directive-AVMSD*) kapsamına alınmasıdır. Bu durum, AB'nin çevrimiçi zararlı içerikleri engelleme yönündeki tercihini de ortaya koymaktadır<sup>10</sup>. AVMSD, öncelikle çocuklar için zararlı olan çevrimiçi içeriklere odaklanmaktadır. Çocukların internet ortamında korunması için şiddet, nefret, terörizm ve görsel-işitsel ticari reklamlara yönelik çeşitli kısıtlamalar getirilmiştir. Bu hedefe ulaşmak için video paylaşım platformları, yaş doğrulama mekanizmaları, ebeveyn kontrolü ve otomatik filtreler gibi uygun önlemleri kullanmalıdır.

Aynı şekilde 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) ve 2022/2065 sayılı Dijital Hizmetler Yasası (*Digital Services Act-DSA*)<sup>11</sup> gibi düzenlemeler, çevrimiçi platformların yükümlülüklerini belirlemekte ve kullanıcıların dijital ortamda daha güvenli bir deneyim yaşamalarını hedeflemektedir. Ayrıca 2022/1925 sayılı Dijital Pazar Yasası (*Digital Markets Act-DMA*) ve 2024/1689 sayılı Yapay Zekâ Yasası (*Artificial Intelligence Act*) gibi diğer düzenlemeler de AB

<sup>8</sup> Bkz. DSA-Recitals 3.

<sup>9</sup> Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, OJ L 130, 17.05.2019.

<sup>10</sup> Directive (EU) 2018/1808 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 amending Directive 2010/13/EU on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) in view of changing market realities, OJ L 303, 28.11.2018.

<sup>11</sup> Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (Text with EEA relevance), OJ L 277, 27.10.2022.



içindeki mevzuatın parçalanmış yapısını sona erdirerek dijital pazarın ve yapay zekâ teknolojilerinin daha tutarlı ve uyumlu bir şekilde yönetilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Zikredilen hukuki düzenlemelerin birçoğunun ortak özelliği, direktif değil, tüzük (*regulation*) niteliğinde olmalarıdır. Tüzükler, doğrudan bağlayıcı olup AB üye devletlerindeki kişilerin aynı hak ve yükümlülüklerle tabi olmasını sağlamaktadır<sup>12</sup>. Böylece Avrupa Birliği genelinde kuralların tutarlı ve etkili bir şekilde uygulanmasını temin hedeflenmektedir.

AB mevzuatında, dijital hizmetleri ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluk rejimine dair ilk yasal çerçeve, 2000/31/EC sayılı e-Ticaret Direktifi ile oluşturulmuştur<sup>13</sup>. Bu Direktif, dijital ortamda ticaretin düzenlenmesine ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarına ilişkin temel kuralları belirlemiştir.

E-Ticaret Direktifi, pasif ve aktif aracı hizmet sağlayıcıları arasında ayırım yapmakta ve içerik hakkında bilgi veya kontrol sahibi olmayanları, sorumluluktan muaf tutmaktadır<sup>14</sup>. Buna “güvenli liman rejimi” denmektedir<sup>15</sup>. Bu “güvenli liman” rejiminden yararlanabilmek için aracı hizmet sağlayıcısının faaliyetleri, sadece üçüncü kişi bilgilerinin kullanıma sunulduğu bir iletişim ağının işletilmesi ve bu ağa erişim sağlanmasıyla ilgili teknik süreçlerle sınırlı olmalıdır. Aracı hizmet sağlayıcıları bilgiyi otomatik olarak depolamalı veya aktarmalı, içeriğe dair hakkında hiçbir bilgiye veya kontrole sahip olmamalıdır<sup>16</sup>. Bilgi için “sadece bir kanal” (*mere conduit-salt erişim hizmeti sunan*) olarak hareket eden veya “önbelleğe alma” (*caching*) veya “yer sağlama” (*hosting*) hizmetleri sağlayan aracı hizmet sağlayıcılar, bu içeriğe karşı tarafsız veya pasif bir tutum sergiledikleri sürece yasadışı içerikten sorumlu değildir.

Öte yandan e-Ticaret Direktifi'nin 15. maddesine göre aracı hizmet sağlayıcılarının tüm içeriği denetlemek gibi genel bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Netice itibarıyla e-Ticaret Direktifi kapsamında aracı hizmet sağlayıcıları, içeriği denetlemedikleri için sorumlu tutulamazlar. Üye devletler, aracı hizmet sağlayıcılarının tüm hukuka aykırı içerikleri denetlemelerini zorunlu kılamayacakları gibi bu tür bir zorunluluğu kendi iç hukuklarında da öngöremezler. Zira böyle bir genel gözetim (denetleme) yükümlülüğü, kullanıcıların ifade özgürlüğü başta olmak üzere temel hak

<sup>12</sup> Treaty on the Functioning of the European Union (Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma), m. 288 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>> accessed 6 October 2024.

<sup>13</sup> Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), OJ L 178, 17.7.2000.

<sup>14</sup> Aktif aracı hizmet sağlayıcıları, e-Ticaret Direktifi'nin 12-14. Maddelerinden yararlanamamaktadır, bkz. *L'Oréal and Others v. eBay and Others* (C-324/09) EU:C:2011: 474 para 113, 116 ve 123; *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U. A. v. Deepak Mehta* (C-521/17) EU:C:2018:639 para 52.

<sup>15</sup> E-Ticaret Direktifi m. 15(1)(b).

<sup>16</sup> E-Ticaret Direktifi Recital 42.

ve hürriyetlerini tehdit edebilir<sup>17</sup>. Ayrıca ulusal mahkemeler ve yetkililer “bir ihlali sona erdirmek veya önlemek” amacıyla bu aracı hizmet sağlayıcısına karşı tedbir kararı alabilir. Bu hükümlerin ortak özelliği *ex-post* bir koruma mekanizması öngörmeleridir. Çünkü yalnızca içeriğin hukuka aykırılığı hakkında bilgi edindikten sonra devreye gireceklerdir.

Dijital teknolojilerdeki hızlı gelişmeler ve internetin evrimi, çevrimiçi faaliyetlerde önemli değişikliklere yol açmıştır<sup>18</sup>. Günümüzde aracı hizmet sağlayıcıları, zamanla daha proaktif bir rol üstlenme eğilimi göstermiştir. Örneğin çevrimiçi platformların genellikle yer sağlama (*hosting*) işlevi ön plandadır<sup>19</sup> ve bu durum onların pasif aracı rolüne işaret etmektedir. Ancak çevrimiçi platformlar diğer aracı hizmet türlerinden ayrılan ve onları daha “aktif” kılan bazı özelliklere sahiptir.

Bir diğer ifadeyle çevrimiçi platformlar, içerikler ve kullanıcı etkileşimlerinde aktif bir rol üstlenmektedir. Örneğin *Youtube*, Youtube İş Ortağı Programı kapsamında içerik üreticilerinin *Youtube*'daki içeriklerinden para kazanmasını sağlamaktadır<sup>20</sup>. Bu gibi durumlarda *YouTube*, içerik oluşturmaya yönelik karar verme ve teşvik sürecinde ve kullanıcı etkileşiminde aktif bir rol oynamaktadır. Bir başka örnek ise *YouTube Premium* kapsamında, *YouTube*'un kendisinin de finanse ettiği ve *YouTube Originals* adı altında dizi ve filmler üretmesidir. Şu hâlde abonelik modeli çevrimiçi platformları, editoryal sorumluluğu<sup>21</sup> olan isteğe bağlı hizmetlere yaklaştırmaktadır. Geçmişte bazı bağımsız idari otoriteler, *YouTube* kanallarını belirli durumlarda isteğe bağlı hizmet olarak kabul etmiştir<sup>22</sup>. Bu sebeple çevrimiçi platformların kullanıcı tarafından yüklenen içeriğin üretimine “katılmadığını” söylemek güçtür. Dijital çağda çevrimiçi platformlara yönelik sorumlulukların artması gerekliliği de platformların bu “aktifliğinden” ileri gelmektedir.

<sup>17</sup> e-Ticaret Direktifi'nin 15. maddesine göre, AB üye devletlerinin, aracı hizmet sağlayıcılara ilettikleri veya depoladıkları bilgileri denetleme ya da hukuka aykırı faaliyeti gösteren olguları veya koşulları aktif olarak izleme konusunda genel bir yükümlülük getirmelerine izin verilmediği, zira böyle bir genel gözetim (denetleme) yükümlülüğünün kullanıcılarının ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olacağı hakkında detaylı bilgi için bkz: Tarlach McGonagle, *Free Expression and Internet Intermediaries: The Changing Geometry of European Regulation*, in Giancarlo Frosio (ed.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, (Oxford University Press, 2020) 7.

<sup>18</sup> Kullanıcı verilerinin analizine dayalı satış ve reklam modellerinin ve bir veri işleme yöntemi olan profillemenin artışı, bu değişikliklere örnektir. DSA tarafından belirlenen riskleri değerlendirmek için gerekli olmadıkça içerik denetimi için profil oluşturma yasaklanması gerektiği ve kullanıcıların korunmasını sağlamak için proaktif önlemler alma konusunda aracı hizmet sağlayıcıların artan sorumluluğu hakkında bkz. Jorge Morais Carvalho, Francisco Arga Lima and Martim Farinha, 'Introduction to the Digital Services Act, Content Moderation and Consumer Protection' (2021) 3(1) *Revista de Direito e Tecnologia* 71, 85.

<sup>19</sup> Bilgi depolamak ve bu bilgilere erişim imkânı sağlamak.

<sup>20</sup> Youtube İş Ortağı Programı, <[https://support.google.com/youtube/answer/72857?hl=en&ref\\_topic=9257989&sjid=5341098120081085418-EU](https://support.google.com/youtube/answer/72857?hl=en&ref_topic=9257989&sjid=5341098120081085418-EU)> accessed 6 October 2024.

<sup>21</sup> Editoryal sorumluluk, AVMS Direktifi madde 1/1/c kapsamında “programların seçimi ve organizasyonu üzerinde etkin kontrolün uygulanması” olarak tanımlanmaktadır. Televizyon ve isteğe bağlı hizmetlerin editoryal sorumluluğu, Recital 3, 26, 54 ve 1/1/a maddelerinde olduğu gibi AVMS Direktifi'nde açıkça belirtilmiştir. Video paylaşım platformlarının ise sundukları içerik için AVMS Direktifi madde 1/d/bb'de tanımlandığı üzere editoryal sorumlulukları bulunmamaktadır.

<sup>22</sup> OFCOM, *P110 Limited* ([www.youtube.com/user/P110HD](http://www.youtube.com/user/P110HD)) case, (Issue 330 of OFCOM's Broadcast and On Demand Bulletin, 5 June 2017), 43 <[https://www.ofcom.org.uk/\\_data/assets/pdf\\_file/0021/102567/issue-330-broadcast-on-demand-bulletin.pdf](https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0021/102567/issue-330-broadcast-on-demand-bulletin.pdf)> accessed 6 October 2024.

Buna rağmen AB üye devletlerinde dijital hizmetler alanında yapılan düzenlemeler genellikle farklı seviyelerde ve kapsamda uygulanmaktadır. Bu farklılıklar ise çevrimiçi ortamda hedeflenen insan hakları korumasını teminde birtakım aksaklıklara yol açabilmektedir. Örneğin, e-Ticaret Direktifi'nin 14. maddesinde çevrimiçi platformların hukuka aykırı içerik hakkında bilgi edindiklerinde “süratle” harekete geçmeleri gerektiği belirtilmektedir. Ancak bu terim ulusal mevzuat ve içtihatlardaki farklılık nedeniyle üye devletler arasında farklı anlayışlara yol açmıştır<sup>23</sup>. Bu tür düzenlemelerdeki farklılıklar, üye devletler arasında uyumsuzluklara ve platformlar için yeknesak olmayan uygulamalara neden olmaktadır<sup>24</sup>.

Bu karmaşıklık, platformların düzenlenmesi ve denetlenmesi açısından önemli bir zorluk teşkil etmektedir. Bu nedenle tutarlı ve etkili bir koruma sisteminin oluşturulması için en önemli adım, dijital teknolojilerin etkisiyle değişen çevrimiçi faaliyetlerde “*gatekeeper*” (eşik bekçisi) rolü üstlenen büyük çevrimiçi platformların sorumluluklarının net bir şekilde belirlenmesidir<sup>25</sup>.

Tüm bu gelişmeler ışığında Avrupa Komisyonu 15 Aralık 2020'de, sonrasında DSA'nın temellerini oluşturacak yeni bir Tüzük tasarısını dikkatlere sunmuştur. Bu tasarı, dijital ortamda hizmet sunan internet servis sağlayıcılarının düzenlenmesi ve denetlenmesi açısından önemli bir adımdır. Avrupa Birliği'nin bu amaç doğrultusunda getirdiği ve tüm hükümleriyle 2024 yılından itibaren yürürlüğe giren DSA<sup>26</sup>, çevrimiçi platformların sınır ötesi etkilerini de göz önünde bulundurarak tüm üye devletlerde ortak bir hukuk düzeni uyumu sağlamayı ve dijital ortamda temel hak ve özgürlüklerin korunmasını hedeflemektedir<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> European Commission, DSA Impact Assessment Report, Brussels, 15.12.2020 SWD (2020) 348 final part 2/2, 118-119.

<sup>24</sup> Aina Turillazzi and others, ‘The Digital Services Act: An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social Implications’ (2023) 15 Law, Innovation and Technology 83, 92-93. Ne var ki DSA bu tutarsız uygulamaları tamamen ortadan kaldırmamıştır. Üye Devletler arasındaki tutarsızlıklara ve yeknesak olmayan uygulamalara bir örnek olarak DSA'nın 7. maddesi aracı hizmet sağlayıcılardan hukuka aykırı faaliyetleri denetlemelerini talep etmeyi yasaklarken, madde 5/4'te üye devletlerin bu sağlayıcılardan bir ihlali sona erdirmelerini veya engellemelerini talep etmelerine izin verilerek çelişkili yükümlülükler meydana getirilmiştir.

<sup>25</sup> Digital Market Act (DMA), dijital piyasaların adil ve rekabetçi bir şekilde işlenmesini sağlamak amacıyla büyük çevrimiçi platformların piyasa üzerindeki hakimiyetini sınırlayarak; daha şeffaf, yenilikçi ve kullanıcı dostu bir dijital ekosistem oluşturmayı hedeflemektedir. DMA m. 2'de tanımlanmış eşik bekçisi terimiyle: “DMA m. 3 uyarınca belirlenmiş, ana platform hizmetleri (*core platform services*) sağlayan bir teşebbüs anlamına gelir”. DSA m. 3/1'e göre bir teşebbüs aşağıdaki hallerde eşik bekçisi olarak nitelendirilir: (a) iç pazar üzerinde önemli bir etkiye sahip olması; (b) ticari kullanıcıların, son kullanıcılara ulaşması için önemli bir geçit olan temel bir platform hizmeti sağlaması ve (c) faaliyetlerinde kökleşmiş ve kalıcı bir konuma sahip olması veya yakın gelecekte böyle bir konuma sahip olacağının öngörülebilir olması”. Buna göre teşebbüsün her bir bent uyarınca eşik bekçisi olarak nitelendirilmesini için farklı sınırlar öngörülmüştür (DMA m. 3/2). Buna göre: “DSA Art. 3/1/a bendi bakımından: “(a) son üç mali yılın her birinde yıllık Birlik (AB) cirosu en az 7,5 milyar Avro'ya ulaşması veya son mali yılda ortalama piyasa değeri veya eşdeğer piyasa değeri en az 75 milyar Avro tutarındaysa ve en az üç AB üyesi ülkede ana platform hizmeti sağlaması, (b) m. 3/1/b bakımından: Son mali yıl içerisinde AB'de yerleşik veya yer alan (*established or located*) 45 milyondan fazla aylık aktif son kullanıcıya ve AB'de kurulu 10.000'den fazla yıllık aktif ticari kullanıcıya sahip bir ana platform hizmeti sağlaması, (c) m. 3/1/c bakımından, bu paragrafın (b) bendindeki eşiklerin, son üç mali yılda da karşılanmış” olması esas alınmaktadır. Ana platform hizmetleri ise: “(i) çevrimiçi araçlık hizmetleri, (ii) çevrimiçi arama motorları (iii) çevrimiçi sosyal ağ hizmetleri (iv) video paylaşım platformu hizmetleri (v) numarasız iletişim hizmetleri (vi) işletim sistemleri (vii) bulut bilişim hizmetleri ve bu hizmetlerle bağlantılı olarak sunulan reklam hizmetlerini” ifade etmektedir (DMA m. 2/2). 6 Eylül 2023 itibarıyla Avrupa Komisyonu DMA kapsamında 6 eşik bekçisi (*Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft*) belirlemiştir. Ayrıca bu eşik bekçileri tarafından sağlanan toplamda 22 ana platform hizmeti de belirlenmiştir. Altı eşik bekçisine, söz konusu ana platform hizmetlerinin her biri için DMA yükümlülüklerine tam uyum sağlamaları için altı ay süre verilmiştir. Ayrıca bkz. <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_4328](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328)> accessed 4 August 2024.

<sup>26</sup> DSA'nın yürürlük tarihine dair ayrıca bkz. DSA m. 93.

<sup>27</sup> Ayrıca bkz. Turillazzi and others (n 24) 92-93.

DSA, Avrupa Birliği'nin çevrimiçi dünyayı düzenleme konusundaki liderliğini güçlendirirken; bu düzenlemeye uyum sürecinde platformlar ve yetkili merciler arasında iş birliğinin artırılması için de büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda DSA'nın Avrupa Birliği'ne üye ülkeler dışında başta Amerika Birleşik Devletleri ve Çin olmak üzere diğer ülke hukukları bakımından da önemli etkileri olacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki menşei ne olursa olsun Avrupa Birliği'nde hizmet sunan platformlar DSA hükümlerine tabidir<sup>28</sup>. Bu kapsamda takip eden başlıkta ilgili düzenleme uyarınca çevrimiçi platformların rolü ve sorumluluklarına daha yakından bakılacaktır.

## 2. Çevrimiçi Platformların Pasif Aracıdan Aktif Denetleyiciye Doğru Evrilen Rolü ve Sorumlulukları

DSA, internet servis sağlayıcılarının kuruluş yerlerine bakılmaksızın Avrupa Birliği içindeki kullanıcılara sunulan aracı hizmetleri için geçerlidir<sup>29</sup>. Bu durum, Avrupa Birliği sınırları içinde faaliyet gösteren tüm dijital hizmet sağlayıcılarının bu düzenleme kapsamında belirlenen kurallara tabi olacağı anlamına gelmektedir.

DSA'nın temel amacı, önceki e-Ticaret Direktifi'nin dijital hizmetler için öngördüğü genel esasların güncel koşullara uyarlanması ve AB çapında uyumlaştırılmasıdır. Bu güncelleme ihtiyacı, e-Ticaret Direktifi'nde hukuka aykırı içeriğin bildirilmesi ve kaldırılması konusundaki yükümlülükleri, aracı hizmet sağlayıcıları için yeterince açık bir şekilde düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır<sup>30</sup>. Bir diğer ifadeyle Direktif uyarınca internet servis sağlayıcıları, kullanıcılarının yüklediği içeriklerden genel olarak sorumlu olmadıkları gibi *ex ante* içerik denetimi yapmak zorunda değillerdi (e-Ticaret Direktifi m. 15). Ancak dijital teknolojilerdeki hızlı değişim ve çevrimiçi platformların rolünün büyümesi, bu düzenlemenin yetersiz kaldığını ortaya koymuştur.

DSA, e-Ticaret Direktifi'ndeki genel gözetleme yasağı (*general monitoring obligation*) kuralını korumuş olsa da işaret edilen eksikleri gidermek amacıyla çeşitli yenilikçi olarak nitelendirilebilecek hükümler içermektedir. Bu kapsamda DSA'daki en önemli yeniliklerden biri, sosyal medya ve çevrimiçi satış yerleri (pazar yerleri) gibi büyük çevrimiçi platformlarla arama motorlarına, kullanıcılarını zararlı ve hukuka aykırı içerik, mal ve hizmetlerden koruma yükümlülükleri öngörülmesidir. Bu yükümlülükler, platformların kullanıcı güvenliğini artırmak ve hukuka uygunluğu sağlamak için *ex ante* önlemler almalarını zorunlu kılmaktadır.

Özellikle DSA, çevrimiçi platformların içerik denetimi ve şeffaflık konularında daha aktif bir rol üstlenmelerini talep etmektedir. Platformların, kullanıcıları zararlı içeriklerden korumak için etkili araçlar ve süreçler geliştirmesi ve bu süreçlerin nasıl işlediğini daha şeffaf bir şekilde raporlaması gerekmektedir.

<sup>28</sup> DSA-Recitals 7, DSA m. 2/1.

<sup>29</sup> DSA-Recitals 123, DSA m. 2/1.

<sup>30</sup> European Commission, DSA Impact Assessment Report, Brussels, 15.12.2020 SWD (2020) 348 final part 1/2, 28.

DSA, çevrimiçi ortamda toplumsal etkisi yüksek olan büyük çevrimiçi platformlar ve arama motorları için daha katı düzenlemeler getirmektedir. Bu düzenlemeler, söz konusu platformların sistemik risklerini göz önünde bulundurarak kullanıcıları daha iyi korumayı ve çevrimiçi ortamda daha güvenli bir deneyim sağlamayı amaçlamaktadır. DSA kapsamında, çok büyük çevrimiçi platformlar (VLOP'lar) ve çok büyük çevrimiçi arama motorları (VLOSE'ler) olarak adlandırılan iki özel kategori tanımlanmıştır.

DSA m. 33 uyarınca VLOP'lar ve VLOSE'ler, AB'de aylık ortalama en az 45 milyon aktif kullanıcısı olan platformlar ve arama motorları olarak sınıflandırılmaktadır. Bu kullanım eşiği, bu platformların geniş ölçekli etkilerini ve toplum üzerindeki potansiyel risklerini göz önüne alarak belirlenmiştir. VLOP'lar, genellikle sosyal medya platformları, çevrimiçi pazar yerleri ve diğer büyük çevrimiçi hizmet sağlayıcılarını içerirken; VLOSE'ler ise geniş kullanıcı kitlesine sahip arama motorlarını kapsamına almaktadır.

DSA'nın bu büyük çevrimiçi platformlar ve arama motorları için getirdiği önemli yükümlülüklerden biri, platformların hizmetlerinin kullanımıyla ilgili sistemik riskler hakkında detaylı risk değerlendirmeleri yapmalarını (analiz etmelerini) ve bu riskleri azaltmaya yönelik önlemleri uygulamalarını zorunlu kılmasıdır<sup>31</sup>. Söz konusu risk analizleri, platformların kullanıcı güvenliğini sağlamak, dezenformasyonu önlemek, nefret söylemi ve diğer zararlı içeriklerin yayılmasını engellemek gibi çeşitli alanlarda yapılmalıdır. Örneğin, VLOP'lar ve VLOSE'ler, algoritmalarının ve içerik yönetim süreçlerinin olası risklerini analiz ederek; bu riskleri en aza indirmek için stratejiler geliştirmek zorundadırlar.

Bu tür sistemik risklerin belirlenmesi, kullanıcıların zararlı içeriklerden korunmasını sağlamak ve platformların şeffaflık ile hesap verebilirlik ölçütlerine uymasını sağlamak amacıyla yapılmaktadır. Platformların belirlenen riskleri azaltmak için alabileceği etkili önlemlere zararlı içeriklerin tespit edilmesi ve kaldırılması örnek verilebilir. Ayrıca DSA uyarınca bu büyük platformlar ve arama motorları risk değerlendirmeleri sonucunda belirledikleri önlemleri düzenli olarak gözden geçirmelidirler.

Bununla birlikte son yıllarda kanun koyucu otoriteler, devlet düzenlemelerine alternatif olarak özdenetim ve birlikte düzenleme mekanizmalarına (*self- and co-regulation measures*) öncelik vermektedir. Örneğin çevrimiçi ortamda hukuka aykırı nefret söylemini önlemek amacıyla Avrupa Komisyonu Mayıs 2016'da *Facebook, Microsoft, Twitter ve YouTube* ile "Çevrimiçi Hukuka Aykırı Nefret Söylemiyle Mücadele Davranış Kuralları" üzerinde anlaşmıştır<sup>32</sup>. Bu anlaşmaya 2018'de *Instagram,*

<sup>31</sup> DSA m. 35.

<sup>32</sup> European Commission, *The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online*, <[https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en)> accessed 15 July 2024.

*Snapchat ve Dailymotion; 2020’de TikTok; 2021’de LinkedIn ve 2022’de ise Twitch* gibi platformlar katılmıştır. Anlaşmaya katılan çevrimiçi platformlar, bu anlaşma uyarınca nefret söylemi içeren içeriği 24 saat içinde kaldırmak veya erişimini kısıtlamakla yükümlüdür.

Ekim 2023 itibarıyla 2016 yılında uygulamaya konulan bu davranış kuralları, “Davranış Kuralları+” adıyla Avrupa Komisyonu ve katılımcı çevrimiçi platformlar tarafından, DSA hükümleriyle uyumlu hale getirilmiş ve güncellenmiştir<sup>33</sup>. Geliştirilmiş davranış kuralları, içeriğin kaldırılmasına odaklanan bir araç olarak değil, aynı zamanda çevrimiçi platformları “önleme ve tehditleri öngörme” konusunda geliştirmeye teşvik eden bir mekanizma olarak tasarlanmıştır. Dijital ortamın hızlı değişen ihtiyaçlarına karşı ve DSA’nın sunduğu hukuki düzen dışında söz konusu davranış kuralları, çevrimiçi nefret söylemi ve dezenformasyonla mücadelede geleneksel kanun yapma yöntemlerine kıyasla daha esnek ve etkili bir alternatif olarak değerlendirilmektedir<sup>34</sup>.

Bununla birlikte ayrıca açıklanacağı üzere DSA gibi AB’nin çevrimiçi ortamı düzenlemeye yönelik hukuki girişimleri, ifade özgürlüğü kapsamında çeşitli ifade biçimlerini “istenen” hale getirmeye yönelik bir müdahale olarak değerlendirilmiştir<sup>35</sup>. Çevrimiçi platformların, içerikleri değerlendirerek (platforma) uygunluklarını denetleme yükümlülükleri, zararlı içerik tanımlarını kendi belirledikleri ölçütlere göre oluşturma riskini taşımaktadır. Bu riskin önüne geçmek amacıyla DSA’nın 14. maddesi, aracı hizmet sağlayıcılarının platform kullanımı ile ilgili kısıtlamaları, içerik düzenleme politikalarını, algoritmik karar verme süreçlerini ve insan incelemesi gibi mekanizmaları açık ve erişilebilir bir şekilde sunmalarını zorunlu kılmaktadır. Ancak tüm bu şeffaflık gereksinimlerine rağmen, bu düzenlemeler çevrimiçi platformların içerik denetiminde karar verme yetkisini genişletmekte ve böylece kullanıcıların ifade özgürlüğü üzerinde daha fazla söz sahibi olmalarına yol açmaktadır.

Bu bağlamda DSA, çevrimiçi platformları ifadenin uygunluğu ile kullanıcı hakları arasında denge kurmaya zorlayarak; çevrimiçi platformlara adeta yarı-yargısal sorumluluklar yüklemektedir. Takip eden başlıkta da çevrimiçi platformların söz konusu yetkileri, içeriğe müdahale imkânı yönüyle değerlendirilecektir.

<sup>33</sup> European Commission, ‘Commission Advances towards an Enhanced Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online’ (10 December 2023) <[https://malta.representation.ec.europa.eu/news/commission-advances-towards-enhanced-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online-2023-10-12\\_en](https://malta.representation.ec.europa.eu/news/commission-advances-towards-enhanced-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online-2023-10-12_en)> accessed 15 July 2024.

<sup>34</sup> Medyada öz düzenleme kavramının, devlet müdahalesini en aza indirme arzusunun kaynaklandığı ve bu nedenle medya çalışanlarının, kamu otoritelerinden bağımsız gönüllü prosedürler oluşturdukları ileri sürülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Adeline Hulin, *Statutory media self-regulation: beneficial or detrimental for media freedom?* European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies Centre for Media Pluralism and Media Freedom, (EUI Working Paper RSCAS 2014/127, December 2014) 1.

<sup>35</sup> Danielle Keats Citron, ‘Extremist Speech, Compelled Conformity and Censorship Creep’, (2018) 93 Notre Dame Law Review 1035, 1061; Ayrıca bkz. Bölüm Başlığı: C./D.

## B. DSA Hükümlerinde İçeriğe Yönelik Müdahale

### 1. DSA'daki Sorumluluk Rejiminin Genel Çerçevesi

Çevrimiçi platformlara yönelik düzenleme ihtiyacının karşılanmasına yönelik çeşitli görüşler ve çözüm önerileri ileri sürülmüşse de<sup>36</sup> pek çok kişinin beklentisinin aksine DSA'da içeriğe yönelik denetim yükümlülüğü sorunu, hizmet sağlayanlara (platformlara) ait bir sorumluluk olarak düzenlenmemiştir (DSA m. 12-15)<sup>37</sup>. Aksine platformların, hizmet sağlayıcıların ve aracı hizmet sağlayıcıların genel gözetim yükümlülüğü altında olmaması gerektiği açıkça ifade edilmiştir<sup>38</sup>. DSA m. 7 ayrıca hizmet sağlayıcının kendisi tarafından başlatılan gönüllü soruşturmalar için DSA m. 3-5'te öngörülmuş sorumluluktan muafiyet içeren “iyiniyet” hükmü içermektedir<sup>39</sup>.

DSA'nın genel yapısının karakteristik özelliği genel hükümleri<sup>40</sup> takip eden dört ayrı yasal kademeye ayrılmış olmasıdır<sup>41</sup>. Bu kademelerin her biri giderek daha dar bir maddi uygulama alanı olan ve fakat daha “düzenleme-yoğun (*regulierungsintensiv*)” hükümlerden oluşmaktadır<sup>42</sup>. Bölüm II ve III Kısım 1'deki ilk kademedeki hükümler kural olarak tüm “aracı hizmet sağlayıcılara” yöneliktir<sup>43</sup>. Bölüm III Kısım 2, “*hosting*-yer sağlayıcı” olarak nitelendirilen aracı hizmet sağlayıcıları için birtakım tamamlayıcı yükümlülükler öngörülmüştür<sup>44</sup>. Bölüm III Kısım 3 ve 4'te yer alan hükümlerse çevrimiçi platformlar ve (bazı durumlarda) “çevrimiçi arama motorları” için çeşitli ek veya daha katı yükümlülükler içermektedir<sup>45</sup>. Son olarak Bölüm III, Kısım 5'teki dördüncü ve en “yoğun” kademedeyse sistemsel risklerle başa çıkılması adına “çok büyük çevrimiçi platformlar” ve “çok büyük çevrimiçi arama motorları” için birtakım yükümlülükler öngörülmüştür<sup>46</sup>. İlgili hükümlerin muhataplarının birbirini takip eder şekilde azaldığının ve daha risk-yoğun faaliyetleri yürütenler bakımından paralel şekilde arttığı

<sup>36</sup> Ayrıca bkz. Carvalho, e Lima, Farinha (n 18) 85 vd.

<sup>37</sup> Carvalho, e Lima, Farinha (n 18) 92.

<sup>38</sup> DSA-Recital-para 30. Bununla birlikte ABAD'ın *Glawischnig* kararına da atıfla “genel gözetim yükümlülüğüne dair yasak, otomatik bir prosedür aracılığıyla tespit edilebilmeleri koşuluyla aynı veya benzer içerik için gündeme gelebilecek silme yükümlülüklerinin (örneğin tedbir kararı) uygulanmasını engellemez” (DSA-Recital-para 30). Bu yaklaşıma yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. Simon Gerdemann and Gerald Spindler, ‘Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 1)’ 2023 135 (1-2) GRUR 3, 6.

<sup>39</sup> Nitelendirme için bkz. Carvalho, e Lima, Farinha (n 18) 93; Hükümün eleştirisi için bkz. Torsten Kraul and Jens Peter Schmidt, ‘Plattformregulierung 2.0-Digital Services Act und Digital Markets Act als Herausforderung für die Compliance-Organisation’ (2023) *Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ)* 16 (6) 177, 179 vd. Hükümün önemli bir yenilik olduğu yönünde bkz. Gerdemann and Spindler (n 38) 6.

<sup>40</sup> DSA m. 1-3.

<sup>41</sup> Gerdemann and Spindler (n 38) 3.

<sup>42</sup> Gerdemann and Spindler (n 38) 3.

<sup>43</sup> DSA m. 4-15.

<sup>44</sup> DSA m. 16-18.

<sup>45</sup> DSA m. 19-32; Ayrıca bkz. Gerdemann and Spindler (n 38) 3.

<sup>46</sup> DSA m. 33-48; Ayrıca bkz. Gerdemann and Spindler (n 38) 3.



söylenmesi kural olarak mümkündür<sup>47</sup>. Buna göre şeffaflığın sağlanması ve hukuka aykırı içeriğin kaldırılması için somut çözüm içeren ve tek tip hükümler getirilmelidir<sup>48</sup>. Ayrıca hukuka aykırı içerikten etkilenen kullanıcılara itiraz edebilmeleri için araçlar sunması gerekmektedir (DSA m. 14-15)<sup>49</sup>. Bu noktada DSA'nın birçok hükmünün uygulama alanı bakımından temel referans noktası "hukuka aykırı içerik" kavramıdır<sup>50</sup>. Buna rağmen hukuka aykırı içerik, "Birlik hukuku yahut ulusal hukuk" olması fark etmeksizin, Birlik hukukuna veya bir ulusal hukuka aykırı her içerik olarak tanımlanmıştır<sup>51</sup>. Bu tanım kapsamı itibarıyla oldukça geniştir<sup>52</sup>.

İçeriğin yayından kaldırılmasına ilişkin olarak ise DSA m. 8. ve 9'da hizmet sağlayıcılar, kamu makamları ve yargı organları arasındaki, DSA m. 14 vd. hükümlerinde hizmet sağlayıcıyla diğer üçüncü taraflar arasındaki ilişkiler için yeni kurallar belirlenmiştir<sup>53</sup>. Her iki taraf da (içerik sağlayan ve hizmet sağlayan) artık daha önce mevcut olmayan iletişim, değerlendirme ve telafi-giderim süreçlerinin şeffaflığını artırmak yükümlülüğü altındadır<sup>54</sup>. Bu kapsamda kamu kurumlarından gelen "içeriğin kaldırılmasına yönelik bağlayıcı kararlarda"; içeriğin neden hukuka aykırı olduğu, ulusal hukukun ve Birlik hukukunun ilgili hükümleri, erişimin engellenmesine yönelik kararın kapsamı ve hem hizmet sağlayıcının hem de içerik sağlayıcının kendilerini savunmaları için bir usul öngörülmesi ve kararda bu başvuru usulü bulunmalıdır<sup>55</sup>.

DSA m. 14'te ise özel kişi ve kuruluşlar için yayından kaldırma talebi, bu iddiada bulunan kişinin kimlik bilgilerini, hukuka aykırı olduğu iddia edilen içeriğin açık konumunu (tam URL'leri gerektirebilir), talepte bulunan/ların iyiniyetle hareket ettiklerini doğrulayan bir beyanı ve DSA m. 15'in gerekliliklerine uymak kaydıyla; içeriğin neden hukuka aykırı olarak kabul edilmesi gerektiğini iddia ettiklerini açıklayan tam ve kapsamlı bir açıklama içermelidir. Örneğin bir içeriğin, hizmetin yahut ürünün telif hakkı ihlali teşkil ettiği iddiası, gerçek hak sahibinin kim olduğunu gösteren bir delil de içermelidir<sup>56</sup>.

<sup>47</sup> Gerdemann and Spindler (n 28) 3. İstisnaen maddi anlamda uygulama alanı daha geniş bir hüküm için bkz. DSA m. 14/4-5. Kademeli düzenleme ilkesi, düzenlemede öngörülen esasların uygulanma mekanizmalarına yönelik Bölüm IV'ün ayrıntılı hükümlerinde de kısmen mevcuttur (DSA m. 49-88).

<sup>48</sup> DSA m. 14-15.

<sup>49</sup> Bu yaklaşımın temelinde başta ifade hürriyeti olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin korunması gereklilikleri yer almaktadır. Bkz. Ayrıca bkz. DSA-Recitals-para 34/2. Platformların sorumluluk esaslarının belirlenmesinde temel hakların korunmasına yönelik sorunların ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Giancarlo Frosio and Christophe Geiger, 'Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act's platform liability regime' (2023) 29 (1-2) European Law Journal 31, 32.

<sup>50</sup> Gerdemann and Spindler (n 38) 4.

<sup>51</sup> DSA m. 3/h.

<sup>52</sup> Buna göre sözleşmeye, tüketici hukuku kurallarına yahut telif hukuku esaslarına aykırılık gibi sınırları oldukça geniş bir hukuka aykırılık kavramı söz konusudur. Ayrıca bkz. DSA-Recitals para 12.

<sup>53</sup> Kraul and Schmidt (n 39) 178 vd.

<sup>54</sup> Ayrıca bkz. Carvalho, e Lima, Farinha (n 18) 94.

<sup>55</sup> Öngörülen mekanizmanın etkinliği sorununa dair telif hukuka özgülenmiş bir çalışma için ayrıca bkz. Jelizaveta Juříčková, 'Enhancing Legitimacy of Content Moderation' 15 (2024) JIPITEC 2, 3.

<sup>56</sup> Örnek için bkz. Carvalho, e Lima, Farinha (n 18) 94.



DSA uyarınca sorumluluk rejiminin tasarımı, platformların “gücü” de dikkate alınarak gerçekleştirilmiştir. DSA m. 16-22 hükümleri, yer sağlayıcılar ve çevrimiçi platformlar için yükümlülükler öngörmektedir<sup>57</sup>. Buna göre kullanıcı dostu, özenle ve zamanında işleyen, sınırlı düzeyde otomatikleştirilmiş (otomatik karar alma mekanizması sınırlandırılmış) haksız yayından kaldırma kararlarını tersine çevirebilen ücretsiz iç şikâyet sistemleri (DSA m. 16 ve 20)<sup>58</sup>; mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü (DSA, m. 21; Ayrıca bkz. m. 17 ve 20)<sup>59</sup>, şikâyetleri sıklıkla asılsız olan “aktörler” için bildirim ve eylem mekanizmasının askıya alınması (DSA m. 20/2), sıklıkla yasa dışı içerik sağlayan kullanıcıların askıya alınması (DSA m. 20/1) ve “güvenilir bildirimlerde bulunan aktörlerle-*Trusted Flaggers*”<sup>60</sup> yakın temas ve iş birliği yapılması (DSA m. 22) öngörülmüştür.

## 2. Temel Hak ve Hürriyetler Arasında Denge Arayışı: Şeffaflık Hükümleri

DSA hükümlerine dayanan olası bir içeriğin kaldırılması, gerek kaldırılan içeriği yükleyen gerekse bu içeriğe erişen kullanıcılar açısından ifade özgürlüğü başta olmak üzere temel hak ve hürriyetlerine müdahale teşkil eder. Bu sebeple çevrimiçi platformlar içeriğin kaldırılmasına yönelik müdahale öncesi kullanıcılarına birtakım güvenceler (*safeguards*) sağlamalıdır<sup>61</sup>.

Nitekim DSA m. 16/1 uyarınca yer sağlayıcılar-*hosting* faaliyeti yürütenler, herhangi bir kişi veya kuruluşun, hizmetleri kapsamında hukuka aykırı içerik olarak değerlendirdiği belirli bilgi öğelerinin varlığını kendilerine bildirmesine olanak tanıyacak mekanizmalar oluşturmalıdır. Bu mekanizmalar erişimi kolay ve kullanıcı dostu olmalı ve bildirimlerin yalnızca elektronik yollarla yapılmasına imkân tanımalıdır. DSA m. 16’da öngörülen bildirim<sup>62</sup> mekanizması “asgari” uyulması gerekli yükümlülüğe karşılık gelmektedir<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> Bu düzenlemelerin amacı anlamsız ve otomatik bildirimlerin ve içeriğe yönelik aşırı “hevesli” kaldırma taleplerine karşı konulmasını ve dolaylı sansürün etkilerini azaltmak olarak ifade edildiği gibi (bkz. DSA-Recitals para 47) öğretilerde bu hükümlerin içerik itibarıyla “oldukça gerekli önlemler” içerdiği ifade edilmektedir. Bkz. Carvalho, e Lima, Farinha, (n 18) 94.

<sup>58</sup> Nitekim örneğin *Instagram* “mesajlaşma” özelliğinin kullanımı sırasında mesaj gönderilen hesapla ilgili bir uyarıyla hesaba yönelik gerçekleştirilebilecek işlemlere yönlendiren bir bildirim uygulamasını başlatmıştır. Bkz. < <https://www.instagram.com/> accessed 6 October 2024.

<sup>59</sup> Bu kavram ücretleri makul olması gereken ve anlaşmazlığın kendi lehlerine çözülmesi halinde sağlayıcı tarafından kullanıcıya tamamen geri ödenmesi gereken sertifikalı kuruluşlar tarafından yürütülen yargılama dışı çözüm mekanizmalarını ifade edilmektedir.

<sup>60</sup> Güvenilir aktörler üye devletler ve AB Kurumları tarafından tanınan, yasadışı içeriğin tespitinde özel bilgi ve deneyime sahip özel veya kamu tüzel kişisidir. Bkz. Carvalho, e Lima, Farinha (n 18) 95.

<sup>61</sup> ABAD’ın *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Limited* davasında (C-18/18) verdiği karar, içerik kaldırmanın ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlama olarak değerlendirilmesi açısından önemlidir. Bu karar, içerik kaldırmanın ifade özgürlüğüne müdahale olduğunu kabul etmekle birlikte bu müdahalenin belirli durumlarda gerçekleştirilmiş olabileceğini ortaya koymaktadır. Bkz. *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Ltd* (C-18/18) EU:C: 2019:821 para 9 vd.

<sup>62</sup> Ayrıca bkz. Juřčková (n 55) 5 vd.

<sup>63</sup> Gerdemann and Spindler (n 38) 8-9.

Buna göre yer sağlayıcı DSA m. 16 uyarınca, içeriği özenli bir sağlayıcının derinlemesine bir hukuki inceleme yapmaksızın ilgili faaliyetin veya bilginin (içeriğin) hukuka aykırı olduğunu tespit etmesini sağlayan bir bildirim alırsa; bu DSA m. 16/3 uyarınca fiili (somut) bilgi veya farkındalığa yol almış sayılacak ve dolayısıyla DSA m. 6/1/b uyarınca gecikmeksizin (*without undue delay*) harekete geçme yükümlülüğü altında olacaktır<sup>64</sup>. Bunun üzerine yapılacak inceleme ise keyfilikten uzak ve objektif bir şekilde gerçekleştirilmelidir<sup>65</sup>.

DSA m. 17/1'e göre yer sağlayıcılar, ilgili kullanıcıların elektronik iletişim bilgilerine sahip olmaları kaydıyla hukuka aykırı olabilecek ve/veya kullanım şartlarını "kuralları" ihlal eden içeriğin sınırlandırılmasından etkilenen tüm kullanıcılara sınırlamanın açık ve ayrıntılı bir gerekçesini sunmalıdır<sup>66</sup>. Ayrıca DSA m. 18 uyarınca yer sağlayıcıları, işlenmiş, devam eden veya gelecekte işlenebilecek belirli suçlara ilişkin şüphelerini üye devletlerin kolluk kuvvetlerine veya adli makamlarına bildirmekle yükümlüdür<sup>67</sup>.

İçerik denetimiyle ilgili olarak öğretilerde DSA hükümlerinin özellikle öngördüğü şeffaflık esasları, bildirim ve yayından kaldırma işlemlerinin gerçekleşme şekli "gerçek bir denge" olarak nitelendirilmiş ve böylece tüketicilerin temel haklarını koruyan bir sistem öngörüldüğü ifade edilmiştir<sup>68</sup>. Bununla birlikte tüketicilerin daha etkin korunmasında en büyük sorun olarak tüketici hukukuna dair diğer düzenlemelerle DSA arasındaki uyumsuzluk gösterilmektedir<sup>69</sup>. Özellikle çevrimiçi platformların "tarafsızlığı ilkesi", platformlara karşı ileri sürülebilecek tüketicilerin bireysel taleplerinin pratikte etkisizleşmesine neden olabilecektir<sup>70</sup>. Bu gerekçeyle platformların yalnızca "yer sağlama hizmeti verdiği" yaklaşımı öğretilerde başından beri eleştirilmektedir<sup>71</sup>. Bu yönüyle DSA uyarınca tüketiciyle platform arasındaki sorumluluk esaslarının doğrudan düzenlenmemesi de bir başka sorun olarak nitelendirilmektedir<sup>72</sup>.

<sup>64</sup> Gerdemann and Spindler (n 38) 8-9. Gecikmeksizin harekete geçilmesinin anlamına dair ayrıca bkz. DSA-Recitals 52 (özl. 4. cümle).

<sup>65</sup> DSA m. 16'nın yeterli açıklıkta olmadığı yönünde bkz. Gerdemann and Spindler (n 38) 9.

<sup>66</sup> Bilgilendirilmenin içeriği hakkında ayrıca bkz. DSA m. 17/3. Alman öğretilerinde gerekçe gösterme yükümlülüğünün, Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihatları çerçevesinde sözleşmesel talepler bakımından önemli olduğu ifade edilmektedir. Buna göre gerekçe gösterme yükümlülüğünün ihlali, kullanıcılar silinen bir gönderinin eski haline getirilmesi veya diğer kısıtlamaların iptali için bir talepte bulunabilir. Bkz. Gerdemann and Spindler (n 38) 10, özl. dn 52; BGH, Urt. v. 29.7.2021–III ZR 179/20 (2021) GRUR 1433 para 27.

<sup>67</sup> Hükme dair ayrıntılı değerlendirmeler için ayrıca bkz. Gerdemann and Spindler (n 38) 11.

<sup>68</sup> Carvalho, e Lima, Farinha (n 18) 95.

<sup>69</sup> Carvalho, e Lima, Farinha (n 18) 96.

<sup>70</sup> Bu noktada *Recital* 45, cümle 1 uyarınca DSA sözleşme özgürlüğü kapsamında aracı hizmet sağlayıcıların tasarladığı sözleşmesel düzene "saygı gösterilmesi" gerektiğine vurgu yapılmıştır. Ancak şeffaflık, kullanıcının korunması ve haksız veya keyfi uygulamalardan kaçınılması amacıyla birtakım yükümlülükler öngörülmüştür. Bu anlamda, DSA m. 14 hem de tüketici hukukuna dair diğer ulusal ve Birlik hukuku düzenlemeleri dikkate alındığında kullanıcılara yönelik içerik kısıtlamalarında şeffaf olmayan veya şaşırtıcı (sürpriz) hükümler söz konusu olduğunda genel işlem koşullarına ilişkin denetimin de devreye gireceği ifade edilmektedir. Bkz. Gerdemann and Spindler (n 38) 8.

<sup>71</sup> Teklif sürecindeki eleştiriler için bkz. Carvalho, e Lima, Farinha (n 18) 96.

<sup>72</sup> Carvalho, e Lima, Farinha (n 18) 96.

DSA m. 6/3 uyarınca genel ilke yer sağlayıcıların sorumlu olmamasıdır. Ancak bu ilke, çevrimiçi platformların tüketicilerin girişimcilerle mesafeli sözleşme yapmasına olanak tanıdığı durumlarda uygulanmayacaktır. Özellikle ilgili platform; belirli bir bilgiyi sunduğunda veya münferit bir işlem, ortalama bir tüketicinin bu bilgiyi çevrimiçi platformun kendisi veya onun yetki ya da denetimi altındaki bir hizmet sağlayıcısının sunduğunu düşünmesine neden olacak şekilde gerçekleştiğinde çevrimiçi platformun sorumluluğu gündeme gelebilecektir<sup>73</sup>.

Tüm bunlara ek olarak aşağıda platformların ilgili bilgilendirme bakımından DSA'da öngörülmüş yükümlülükleri, şu şekilde sıralanabilecektir. Buna göre: öncelikle DSA m. 30'da tüketicilerin çevrimiçi platformlarda muhatapları hakkında bilgi sahibi olabilmesi için platformlar için birtakım yükümlülükler öngörülmüştür (izlenebilirlik-*traceability*)<sup>74</sup>. Bu kapsamda platformda ürün veya hizmet sunan girişimciler, kimlik bilgilerini platformla paylaşmalıdır. Platform, bu bilgilerin doğruluğunu bir makul çaba göstererek değerlendirmeli, eksik ya da yanlış bilgilerin düzeltilmesini talep etmeli ve düzeltme yapılana kadar girişimcinin faaliyetlerini askıya almalıdır. Ayrıca bu bilgiler tüketiciye açık, kolay erişilebilir ve anlaşılır biçimde sunulmalıdır.<sup>75</sup> Ayrıca DSA m. 31 uyarınca platformların çevrimiçi arayüzleri, girişimcilerin sözleşme öncesi bilgilendirme ve ürün güvenliği yükümlülüklerine uymalarını sağlayacak şekilde tasarlanmalıdır<sup>76</sup>. Ancak platformların bu yükümlülüğe uymaması halinde ortaya çıkacak sonuçlar düzenlenmemiştir.

DSA “öneri sistemleri” konusunda şeffaflığı güçlendirmeye yönelik bir hüküm de içermektedir. Bu hüküm özellikle çok büyük platformlarla çok büyük çevrimiçi arama motorları olarak belirlenen platformlara yöneliktir (DSA m. 32/1). DSA-Recitals 70'te açıkça ifade edildiği üzere “bilginin önceliklendirilmesi ve sunulması” platform faaliyetlerinin önemli bir parçasıdır. Bu tür uygulamalara örnek olarak algoritmik öneriler, sıralamalar ve bilgilerin sunulma sırası verilebilir. Büyük platformların

<sup>73</sup> Hükümün sorumluluk sebebinin belirlenmesi ve bu hükümün belirleyici unsuru olan “yetkisi veya denetimi altında hareket etme” ifadesinin içeriği itibarıyla belirsizliği öğretilmektedir. “...Airbnb gibi, ev sahipleri üzerinde açıkça bir denetim yetkisi sahibi olan ya da en azından bu platform aracılığıyla yapılan sözleşmenin önemi nedeniyle bir dereceye kadar sorumluluk sahibi olması gereken bir platformla ilgili olarak bu tür zorlukları ortaya çıkaran bir kavramla karşı karşıyayız. Ve gerçek şu ki şu anda düzenlemenin nasıl yorumlanacağını söylemek neredeyse imkânsızdır.” [Carvalho, e Lima, Farinha (n 18) 100]. Buna ek olarak tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler söz konusu olduğunda sorumluluk muafiyetinin gerçek kapsamının ne olacağı tartışmalıdır. Öğretilmektedir en azından tüketici satımları ve dijital-çevrimiçi içerik veya dijital-çevrimiçi hizmetlerin tedariki ile ilgili olarak DSA'nın bu maddesinde öngörülmemiş durumlarda bile platformları dijital mal, içerik veya hizmetin uygunsuzluğundan sorumlu tutmak mümkün gibi gözüktüğü ifade edilmektedir. Bkz. Carvalho, e Lima, Farinha, (n 18) 100. Örneğin 2019/771 üye devletlerin Direktif hükümleri uyarınca sağlayıcı olarak kabul edilemeyen kişiler yönünden de Direktif'teki sorumluluk esaslarının uygulanmasına yönelik hükümün uygulama alanını genişletme yetkisi tanıdığıdır. Bu kişilerin başında tüketici ile girişimci arasında aracılık hizmeti sunan platformlar gelmektedir. Üye devletler bu nedenle platformun üçüncü bir tarafça satılan malların sözleşmeye aykırılığından sorumlu olduğunu öngörebilir. Bu durumda DSA hükümlerinin de uygulama alanı genişleyecektir. Ayrıca bkz. Kraul and Schmidt (n 39) 179.

<sup>74</sup> Bkz. DSA m. 30/1.

<sup>75</sup> Bilgiler, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi süresince saklanacaktır. Ayrıca bkz. DSA m. 30.

<sup>76</sup> Bu kapsamda örneğin 2011/83/EU sayılı Direktif (tüketici hakları-m. 6-8), 2005/29/EC sayılı Direktif m. 7 (haksız ticari uygulamalar) ve 98/6/EC sayılı Direktif m. 3 (fiyatların belirtilmesi) hükümlerinin gereklerine uygunluk Dibece (Recitals)'de örnek verilen Birlik hukuku düzenlemeleridir. Bkz. DSA-Recitals 74.

başarısının önemli bir kısmı tam olarak bilgiyi sunuş biçimleridir<sup>77</sup>. DSA, tüketicilere sunulan bilgilerle ilgili olarak bir yandan bu bilgilerin belirli bir şekilde sunulmasına ilişkin ölçütler hakkında tüketicilerin yeterli düzeyde bilgilendirilmesini; diğer yandan da bu bilgilerin sunulma şekline etki edebilmelerini (belirleme imkânı) sağlamayı amaçlamaktadır (DSA m. 27)<sup>78</sup>. Söz konusu bilgilendirme en azından hizmetin muhatabına önerilen bilgilerin belirlenmesindeki en önemli ölçütleri ve bilgilerin profillemeye ve çevrimiçi davranışlarına göre önceliklendirilme tercihleri de içermelidir<sup>79</sup>. Bu bilgilendirme de kolayca erişilebilir olmalıdır<sup>80</sup>.

Sonuç itibarıyla DSA hükümleri şeffaflık ve bilgilendirmeye dair düzenlemeleri güçlendirmekte ve çevrimiçi platformlara bu konu özelinde daha detaylı yükümlülükler öngörmektedir. Bu yönüyle daha önce de işaret edildiği üzere “yenilikçi” olarak adlandırılabilir DSA hükümlerinin çocukların korunmasına dair özel mekanizmalarına, takip eden bölümde yer verilecektir.

### C. Çocukların Çevrimiçi Ortamda Korunması

İçerik paylaşım platformlarının gücü ve dijital dünyada çocukların bu platformlarda hem kullanıcı hem de içerik üreticisi olarak var olmaları, onların zararlı içeriğe ve suistimale maruz kalması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Bu sebeplerdir ki Google 16.10.2023 tarihinde çocukların ve gençlerin çevrimiçi ortamlarda korunmasına yönelik gerçekleştirilecek düzenleme faaliyetlerine katkı sunmak amacıyla “*Legislative Framework to Protect Children and Teens Online (Çocuklar ve Gençlerin Çevrimiçi (Ortamlarda) Korunmasına dair Yasal Çerçeve)*” isimli metni yayımlamıştır<sup>81</sup>.

DSA kapsamında da çocukların çevrimiçi dünyayla sıkı ilişkisinin ortaya çıkardığı endişelerin giderilmesine ve çocuğun üstün yararının korunmasına yönelik birtakım esaslar öngörülmüştür. Çalışmanın bu kısmında DSA hükümlerinin, içerik paylaşım platformlarının kullanım koşullarının “çocukların zararlı içeriklerden korunmasına yönelik tasarlanması” yükümlülüğüne dair öngörülen esaslar değerlendirilecektir.

<sup>77</sup> Ayrıca bkz. Carvalho, e Lima, Farinha (n 18) 99.

<sup>78</sup> Ayrıca DSA m. 15/1 uyarınca, yılda en az bir kez gerçekleştirilen içerik gözetimi hakkında bir şeffaflık raporu yayınlama yükümlülüğü öngörülmüştür. Nitekim bunun öncesinde de platformlar, şeffaflık raporları aracılığıyla içerik düzenleme uygulamalarının dışarıdan incelenmesini kolaylaştırmak için çaba sarf etmekteydi. Örneğin Aralık 2021’den bu yana YouTube altı ayda bir Telif Hakkı Şeffaflık Raporu yayınlamaktadır. Bkz. Copyright Transparency Report H1 2021’ (YouTube 2024) <<https://transparencyreport.google.com/youtube-copyright/intro?hl=en>> accessed 2 August 2024. Bu raporların, içerik denetleme kararlarının nasıl alındığını ve uygulandığını göstererek hesap verebilirliğin ve şeffaflığın teşvik edilmesinde önemli bir rol oynadığı yönünde bkz. Juříčková (n 55) 4. Şeffaflık raporlarının “şeffaflığına” dair eleştiriler için ayrıca bkz. Aleksandra Urman and Mykola Makhortykh, ‘How Transparent Are Transparency Reports? Comparative Analysis of Transparency Reporting across Online Platforms’ (2023) 47 Telecommunications Policy 1-1 vd.

<sup>79</sup> DSA-Recitals 70.

<sup>80</sup> Ayrıca bu öneri sistemlerinin sahte haberlerin veya diğer yasadışı bilgilerin yayılması için bir araç olma ihtimali, çok büyük çevrimiçi platformlar tarafından yapılan risk analizi ve risk hafifletici önlemlerin de dikkate alınması gerektiği anlamına gelmektedir. Bkz. DSA-Recitals 34.

<sup>81</sup> Bkz. <<https://static.googleusercontent.com/media/publicpolicy.google/en//resources/youth-legislative-framework.pdf>> accessed 2 August 2024.

Akabinde içerik paylaşım platformlarının kullanım koşullarında yer alan çocuğun zararlı içeriklerden korunmasına ilişkin hükümler karşılaştırmalı olarak incelenecek ve içeriğe yönelik müdahalenin ifade özgürlüğüne etkisi sorunu ele alınacaktır.

Örnek içerik sağlama platformu olarak aktif kullanıcı sayılarının yüksekliği sebebiyle *Google*'a ait olan *Youtube*, Meta bünyesinde yer alan *Instagram* ve *TikTok* kullanım koşulları tercih edilmiştir. Bu noktada en çok kullanıcı sayısı *Facebook*'a ait olmakla birlikte bu uygulamanın değerlendirme için tercih edilmeme sebebi; çocuklar arasında yaygın olarak kullanılmamasıdır. Ayrıca Türkiye'den günlük erişimin en fazla olduğu içerik sağlama platformu *YouTube*'dur<sup>82</sup>.

## 1. Çocukların Çevrimiçi Ortamda Korunması İhtiyacı ve DSA'nın Bu Korumayı Sağlamadaki Yeterliliği

Çocuklar bakım ve korunmaya ihtiyaç duymaları; gelişim dönemlerinde dış tehditlere karşı "savunmasız" addedilmeleri nedeniyle hassasiyetle yaklaşılması gereken bir gruptur<sup>83</sup>. Kitle iletişim araçlarındaki her büyük yenilik dalgasıyla birlikte yeni teknolojilerin özellikle de çocuklar üzerindeki etkilerine ilişkin tartışmalar da yeniden alevlenmektedir. Bir diğer ifadeyle çocukların zararlı içeriklerden korunmasına yönelik tartışmalar bugüne özgü ve yeni değildir<sup>84</sup>. Çevrimiçi dünya özelindeyse 1990'ların başından günümüze çocukların korunmasız olduğundan endişe duyulan iki temel konu vardır: (1) çocukların cinsel istismara maruz kalması; (2) çocukların şiddet, nefret ve ırkçılığa dair uygunsuz içeriklere erişimi<sup>85</sup>.

Çevrimiçi dünyaya ilişkin çocukların karşılaşabileceği risklerden bu çalışma özelinde öncelikli önem arz edenler, temelde çocukların karşısına çıkan içeriklere dair olanlardır. Buna göre zararlı içerik olarak nitelendirilen müstehcenlik, zorbalık, şiddet ve nefret söylemi içeren içerikler bu kapsama girmektedir. Buna ek olarak tüketim yönlendiren içeriklerin de zararlı içerik niteliğine yönelik değerlendirmelere yer verilecektir.

## 2. DSA Hükümleri Uyarınca Çevrimiçi Platformların Çocukların Korunmasına Dair Yükümlülükleri

Çevrimiçi dünyada çocukların korunmasına yönelik her gün yeni bir adım atılmaktadır. Bu kapsamda örneğin Avrupa Komisyonu, *Meta* ve bir diğer sosyal medya şirketi *Snap*'e 1 Aralık 2023'e kadar süre vererek, bu platformlardan çocukları hukuka aykırı saldırılardan nasıl korudukları hakkında daha fazla bilgi talep etmiştir. 2023 Kasım'ında

<sup>82</sup> Bkz. < <https://www.similarweb.com/tr/top-websites/turkey/> > accessed 4 August 2024.

<sup>83</sup> Ruhdan Uzun, 'Protecting Children From Harmful Content in New Media: An Ethical Approach' 1 (2018) *Etkileşim* 31, 32.

<sup>84</sup> See also Uzun (n 83) 32-33.

<sup>85</sup> Uzun (n 83) 32.

benzer talepler *YouTube* ve *TikTok* gibi platformlara gönderilmiştir<sup>86</sup>. Buna ek olarak yürütülen tüm faaliyetler ve yürürlükteki hukuki düzenlemelere rağmen çocuk korumasının çevrimiçi dünyada yetersiz olduğu fikri hakimdir. Örneğin Birleşik Krallık veri koruma otoritesi *Information Commissioner's Office (ICO)*, 2 Ağustos 2024 tarihli duyurusunda 11 sosyal medya platformunu çocukların gizliliğini korumadıkları gerekçesiyle uyarmıştır<sup>87</sup>. Bu kapsamda ilgili platformlardan varsayılan gizlilik ayarları, konum bilgisi, yaş doğrulaması ve davranışsal reklamcılık uygulamaları hakkında kurallara uyduklarına dair bir açıklama yapmaları talep edilmiştir<sup>88</sup>. Bu itibarla çocukların çevrimiçi dünyada korunmasına yönelik endişeler hâlihazırda varlığını korumaktadır. DSA da bu endişelerin giderilmesine yönelik önemli bir adımdır.

DSA'nın varlık amaçlarından biri ifade edildiği üzere kullanıcılara ve bu kapsamda çocuklara çevrimiçi platformlarda daha güvenli bir deneyim sunmak, girişimcilerin kullanıcıları azami ölçüde bilgilendirmesinin sağlanması ve şeffaflığın hâkim olduğu bir çevrimiçi dünyanın oluşturulmasıdır. DSA m. 14 (*Terms and Conditions-Kullanım Koşulları*) çevrimiçi platformların bir alt türü olan içerik paylaşım platformlarını da kapsar şekilde kullanım koşullarının çocuklara özgü tasarlanması yükümlülüğüyle; kullanıcıların ifade hürriyeti de dahil olmak üzere tüm temel hak ve hürriyetlerinin korunmasına yönelik gerekli önemlerin alınmasını öngörmektedir. Yine bu çerçevede içerik paylaşım platformları, kullanım koşullarında çocukların zararlı içeriklerden korunmasını da gözeterek birtakım koruma mekanizmaları ve davranış kuralları (*code of conduct*) oluşturmalıdır<sup>89</sup>.

Sonuç itibarıyla çocukların zararlı içeriklerden korunmasına yönelik hukuki düzenlemelerde, zamana ve değişen ihtiyaçlara uyum sağlayacak şekilde “zararlı içerik” kavramı tanımlanmamıştır. Bunun yerine içerik paylaşım platformlarının platform içi davranış kuralları belirlemesi ve bunu kullanıcıları için kullanım koşulu (sözleşme hükmü) haline getirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu kullanım koşullarının incelenmesine geçilmeden önce çocukların korunmasına yönelik hükümlerin de esasında içerik denetiminin bir görünümü olduğuna dikkat çekilmelidir. Zira böylece DSA'nın amaçlarına ulaşmadaki başarısına dair değerlendirmelerde bulunulması kolaylaşacaktır.

<sup>86</sup> <[https://www.reuters.com/technology/meta-snap-must-detail-child-protection-measures-by-dec-1-eu-says-2023-11-10/?utm\\_source=substack&utm\\_medium=email](https://www.reuters.com/technology/meta-snap-must-detail-child-protection-measures-by-dec-1-eu-says-2023-11-10/?utm_source=substack&utm_medium=email)> accessed 15 July 2024.

<sup>87</sup> Bkz. ICO, Social media and video sharing platforms put on notice over poor children's privacy practices, <[https://ico.org.uk/about-the-ico/media-centre/news-and-blogs/2024/08/social-media-and-video-sharing-platforms-put-on-notice-over-poor-children-s-privacy-practices/?utm\\_source=substack&utm\\_medium=email](https://ico.org.uk/about-the-ico/media-centre/news-and-blogs/2024/08/social-media-and-video-sharing-platforms-put-on-notice-over-poor-children-s-privacy-practices/?utm_source=substack&utm_medium=email)> accessed 3 August 2024.

<sup>88</sup> Bkz. ibid. ICO ayrıca çevrimiçi hizmetlerin çocukların mahremiyetini nasıl etkilediğinin daha iyi anlaşılması için daha fazla bilgi ve araştırmaya ihtiyaç duyulan alanları belirlemiştir. Bu gerekçeyle çevrimiçi hizmet sunan aktörler, akademisyenler ve sivil toplum kuruluşları dahil olmak üzere tüm ilgili paydaşlardan çocukların korunmasına dair iki konuda görüşlerini ve çalışmalarını paylaşmaları için bir çağrı açmıştır. Bu alanlar: (1) Çocukların kişisel verilerinin şu anda öneri sistemlerinde nasıl kullanıldığı (onlara içerik sunmak amacıyla ilgi alanlarını ve tercihlerini öğrenmek için kişilerin bilgilerini kullanan algoritmalar); ve (2) 13 yaşın altındaki çocukların tespitinde kullanılan yaş doğrulama araçlarındaki son gelişmelerdir. Bkz. ICO (87).

<sup>89</sup> DSA-Recitals para 104.

## a. İçerik Paylaşım Platformlarının “Zararlı İçerik” Kavramını Ele Alış Şekilleri

Zararlı içeriğin tanımının yapılması ve çocukların korunması söz konusu olduğunda, çocuk pornografisi ve nefret söylemi gibi içeriklerin çocukların erişebileceği şekilde serbestçe dolaşmaması gerektiği konusunda bir fikir birliği olduğu ifade edilebilecektir<sup>90</sup>. Bununla birlikte şüphesiz bu kavramların kapsamlarına yönelik tartışmalar varlığını muhafaza etmektedir. Ayrıca çevrimiçi dünyada çocukların zararlı içeriklerden korunması tartışılırken; hukuka aykırı ve zararlı içerikler arasında ayırım yapmak gerekmektedir. Zararlı içerik kavramı hukuka aykırılığı da içeriğine alan geniş bir kavramdır. Ancak hukuka aykırı içeriklere yönelik mekanizmalar bu çalışmanın konusunun dışında kalmaktadır. Hukuka aykırı içeriğin çerçevesi kanunlar (üye ülke mevzuatı yahut ilgili hukuk düzeni) tarafından belirlenecektir. Zararlı içeriklerin ne olduğu ve çocukların bu içerikten korunmasına yönelik atılacak adımlarda yol gösterici olan ise çoğu zaman içerik paylaşım platformlarının kullanım koşulları ve bu koşullara dayanan uygulamalarıdır.

Hukuki çerçevenin ardından, uygulamadaki durumu göstermek amacıyla *YouTube*, *Instagram* ve *TikTok* uygulamaları tercih edilmiştir. Çalışmada kullanım koşullarının tüm hükümlerine değil; konu bakımından önem arz eden noktalarına değinilmiştir. Tablodan da görüleceği üzere temelde 4 kıstas esas alınarak kullanım koşullarında zararlı içerik hükümleri incelenmiştir<sup>91</sup>. Bu kıstaslar öncelikle zararlı içeriğin nasıl tanımlandığı, bu kavramın somutlaştırılıp somutlaştırılmadığı, platformların bir denetim mekanizması öngörüp öngörmediği ve son olarak çocuklar bakımından özel bir düzenleme olup olmadığıdır.

Buna göre, *YouTube*'un zararlı içerik politikasını detaylandıran “Topluluk Kuralları” kapsamında, zararlı içerikler “Şiddet barındıran veya tehlikeli içerik” başlığı altında yer almaktadır. Zararlı içerikler, nefret söylemi, sansürlü şiddet, taciz ve tehlikeli davranışların teşvik edilmesi gibi konuları kapsamaktadır. *YouTube*, zararlı içerik kavramını somutlaştırmak adına beş ayrı başlık belirlemiş; her başlık için kullanıcıları bilgilendiren videolar ve metinler hazırlamıştır<sup>92</sup>. Çocuklar içinse özel bir “Çocuk Güvenliği” politikası oluşturulmuştur. Küçüklerin cinsel istismarı, tehlikeli davranışlar veya siber zorbalık gibi ihlaller, topluluk kuralları ihlali olarak kabul edilmektedir<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> See also Uzun (n 83) 33.

<sup>91</sup> bkz. **Tablo 1**: İçerik Paylaşım Platformları Uygulamaları.

<sup>92</sup> Zararlı içeriğin tanımı ve sınıflandırmalar için ayrıca bkz. YouTube Topluluk Kuralları, <<https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=tr#:~:text=%C5%9Eiddet%20bar%C4%B1nd%C4%B1ran%20veya%20tehlikeli%20i%C3%A7erik,i%C3%A7eriklere%20YouTube'da%20izin%20verilmez>> accessed 6 October 2024.

<sup>93</sup> Ayrıca bkz. YouTube Topluluk Kuralları, <<https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=tr#:~:text=%C5%9Eiddet%20bar%C4%B1nd%C4%B1ran%20veya%20tehlikeli%20i%C3%A7erik,i%C3%A7eriklere%20YouTube'da%20izin%20verilmez>> accessed 6 October 2024.



*Instagram* uygulamasındaysa zararlı içerik, “Koşullar ve İlkeler” başlığı altında “Topluluk Kuralları” çerçevesinde düzenlenmiş olup zararlı içeriğin tanımına doğrudan yer verilmemiştir<sup>94</sup>. Bunun yerine, suç unsuru taşıyan içeriklerin topluluk kurallarını ihlal ettiği ve diğer kullanıcıların kişisel bilgilerini, şantaj, nefret söylemi ya da tehdit amaçlı paylaşmanın yasak olduğu belirtilmiştir. Platformun denetim mekanizması, kullanıcıların zararlı içerikleri bildirmesi üzerine harekete geçmenin yanı sıra platformun kendiliğinden de harekete geçmesini kapsamaktadır. İhlal durumunda içerik kaldırılabilir, hesap kapatılabilir veya başka kısıtlamalar uygulanabilir. Çocuklara yönelik olarak 18 yaş altı kullanıcılar için hassas içerikler ayrı bir politika altında tanımlanmıştır. Şiddet tasviri içeren görseller, müstehcen içerikler gibi unsurlar hassas içerikler olarak nitelendirilmiştir<sup>95</sup>.

*TikTok* da *Instagram* gibi zararlı içerik politikası, “Topluluk İlkeleri” kapsamında “Güvenlik ve Nezaket” başlığı altında ele alınmakta olup zararlı içerik doğrudan tanımlanmamıştır<sup>96</sup>. Bunun yerine şiddet içeren davranışlar, nefret söylemi, gençlerin ve insan istismarı gibi suç unsuru taşıyan içerikler üzerinden denetim esasları belirlenmiştir. *TikTok*’un denetim ve yaptırım mekanizması kullanıcıların ihlal bildirimleri yapmasına olanak tanırken; platformun otomatik teknolojik inceleme ve ek güvenlik ekipleri ile proaktif olarak ihlalleri denetlediği belirtilmiştir. Buna göre kuralları ihlal eden içerikler platform tarafından kaldırılabilir veya içeriğe dair ek inceleme yapılabilir. Ayrıca 18 yaş altı kullanıcılar için “Hassas ve Yetişkinlere Yönelik Temalar” başlığı altında çocukların cinsel içerik, çıplaklık, rahatsız edici görseller ve hayvan istismarı gibi içeriklerden korunmasına yönelik özel politikalar oluşturulmuştur<sup>97</sup>.

Sonuç itibarıyla zararlı içeriğin tanımına sadece *Youtube*’un politikasında rastlanmıştır. Ayrıca *Youtube* somutlaştırma bakımından örnek teşkil edebilecek şekilde zararlı içeriğin ne olduğunu video desteğiyle açıklamıştır<sup>98</sup>. Tüm kullanım koşullarında denetimin re’sen gerçekleştirilmesine yönelik hükümlere yer verildiği gibi; şikâyet -talep esaslı-değerlendirme yapılması imkânı (bildirim özelliği) tanındığı görülmektedir.

<sup>94</sup> Ayrıca bkz. *Instagram Topluluk Kuralları*, <[https://help.instagram.com/477434105621119?helpref=faq\\_content](https://help.instagram.com/477434105621119?helpref=faq_content)> accessed 6 October 2024.

<sup>95</sup> Bu kullanım koşulunun üslup bakımından rahatsız edici, emir kipleri içeren ve buyurgan bir politika olduğu ve dikkat çekici biçimde diğer uygulamaların kurallarının kaleme alınış biçiminden ayrıldığı ifade edilebilir. Ayrıca bkz. *Instagram Topluluk Kuralları*, <[https://help.instagram.com/477434105621119?helpref=faq\\_content](https://help.instagram.com/477434105621119?helpref=faq_content)> accessed 6 October 2024.

<sup>96</sup> *TikTok Topluluk Kuralları*, <<https://www.tiktok.com/community-guidelines/tr-tr/>> accessed 6 October 2024.

<sup>97</sup> *TikTok Topluluk Kuralları*, <<https://www.tiktok.com/community-guidelines/tr-tr/>> accessed 6 October 2024.

<sup>98</sup> Kullanım koşullarının yanında çöp adamların yer aldığı çizgi film benzeri bir anlatım ile politika muhatap kitlesi gözetilerek basitleştirilmiştir. Videonun içeriğinde ise oyun metodu kullanılarak (*Youtube*’da yer almasına izin verilen video içerikleri doğru yahut yanlış oyunuyla desteklenerek) zararlı içeriğin kapsamı açıklanmıştır. Bkz. <<https://support.google.com/youtube/answer/2801999?hl=tr>> accessed 15 July 2024.



**Tablo 1: İçerik Paylaşım Platformları Uygulamaları**

Platformun Adı:	Zararlı İçerik Tanımı	Somut örneklere yer verme	Çocuklara Özgü Politikalar	Denetim Mekanizması
<u>YouTube</u>				
<u>Instagram</u>				
<u>TikTok</u>				

## b. Kullanım Koşullarının Değerlendirilmesi

Üç farklı çevrimiçi hizmetin kullanım koşulları değerlendirildiğinde, hepsinde çocukların kullanım koşullarını anlamasını kolaylaştıracak açıklıkta bilgiler bulunduğunu söylemek (*YouTube* hariç) mümkün değildir. Çocuklara yönelik bir korumanın, muhatap kitlesi tarafından da anlaşılır olması, içeriğin nitelendirilmesi ve dolayısıyla denetlenmesi bakımından önemlidir. Bununla birlikte içerik paylaşım platformlarının korumanın hedefini dikkate alarak kullanım koşullarını tasarlamış olduklarını ifade etmek güçtür.

Bu durum sadece çocuklara yönelik korumayla sınırlı değildir. Aynı şekilde hukuka aykırı içerikle zararlı içerik kavramının aynı hükümler kapsamında ele alındığı görülmektedir.

Kullanım koşullarında ticari faaliyetlere yönelik bir “hassas/zararlı içerik” tanımına yer verilmemiştir. Bununla birlikte tüketime yönlendirici faaliyet ve içerikler de çocukların gelişimine olumsuz etki edebilecek bir risktir. Tüketime yönlendiren faaliyetler bakımından çocuklara özgü bir koruma esası öngörülmemiştir. Kişisel verilerin işlenmesinin zararlı içeriklerden başta çocukların korunmasıyla ilişkisi tüketim yönelik içerikler (özellikle davranışsal reklamcılık uygulamaları) yönüyle önem arz etmektedir.

Medya ve pazarlama sektörleri arasındaki ilişki, günümüz dünyasında farklı bir anlam kazanmış durumdadır. Hemen her çevrimiçi içeriğin temelinde tüketim kültürü yer almaktadır. Sosyal medyaya özgü tasarlanmış pazarlama stratejilerinin

ortaya çıkmasıyla birlikte çocuklar interaktif reklamcılığa karşı savunmasız hale gelmiştir. Günümüzde kullanıcılar ne yazık ki giderek artan bir biçimde para harcama imkânlarına göre tanımlanmakta ve değerlendirilmektedir. Bu durum hem çocukların hem yetişkinlerin fiziksel, duygusal ve sosyal gelişimlerini olumsuz etkilemektedir. Günümüzde içerik paylaşım platformlarında ticari ve ticari olmayan içerik ayrımı git-tikçe silikleşmeye başlamıştır. Ayrıca özellikle çocukların içerikle reklam arasındaki ayrımı yapabilmesi zordur. Nitekim takip eden bölümde açıklanacağı üzere DSA'da çevrimiçi platformların özel nitelikli kişisel verileri işlemek suretiyle davranışsal reklamcılık uygulamalarında bulunmaları da yasaklanmıştır<sup>99</sup>.

Kullanım koşullarında öngörülen topluluk kurallarının bir diğer ortak özelliği ise “sadece kullanıcıların sözleşmesel yükümlülükleri” şeklinde kaleme alınmış olmalarıdır. Bununla birlikte topluluk kuralları (kullanım koşulları) esasında içerik paylaşım platformunun temel hak ve hürriyetlerin korunması başta olmak üzere kendi yükümlülüklerini yerine getirmesi için de vardır. Bir diğer ifadeyle kullanım koşulları uyarınca kullanıcıların uymakla yükümlü oldukları davranış kuralları, sadece kullanıcının yükümlülüğü değildir. Solayısıyla platformun bu hukuki ilişki uyarınca kuralların yerine getirilmesini beklemesi, onun bir hakkı (ifa menfaati) olarak nitelendirilemez. Aksine topluluk kurallarının uygulanmasını temin etmek, içerik paylaşım platformlarının da başta kullanıcılarına karşı bir yükümlülüğüdür.

Platformlar, kullanıcıların ifade hürriyetinin bir tezahürüdür. Zira ifade hürriyetinin bir görünümü de kişilerin düşünce ve fikirlerini içerik paylaşım platformlarında açıklayabilmesidir. Platformların topluluk kuralları, esasında doğrudan temel hak ve hürriyetlere yönelik bir sınırlama olduğu gibi kullanıcıların sözleşmesel menfaatlerinin de sınırlanmasıdır<sup>100</sup>. Kullanım koşullarının hepsinin ortak özelliği olarak ifade edilebilecek husus “zararlı içeriğin” mümkün olduğunca geniş ve kapsamının belirsiz tanımlanmış olmasıdır. Bu durum çocuğun üstün menfaatiyle ifade hürriyeti arasındaki dengede (her iki taraf bakımından da) terazinin şaşmasına sebep olabileceği gibi bireylerin davranışlarını yönlendirmeleri bakımından öngörülebilirliği de sınırlandırmaktadır<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Bkz. Bölüm Başlığı: D.

<sup>100</sup> Bu durum aynı zamanda temel hakların yatay etkisi sorununun da canlanması anlamına gelmektedir. Özel hukukun öngördüğü eşitlik düzeninde özel hukuk ilişkilerinde kişilerin temel haklarına dayanıp dayanamayacağı ve dayanabileceği dahi ne ölçüde dayanabileceği sorusu, temel hakların yatay etkisi olarak adlandırılan hukuki kavram kapsamında tartışılmaktadır. Türk hukukunda AY m. 11 ve 138 karşısında özel hukuk ilişkilerinde de anayasa hükümleri doğrudan uygulanacaktır. Bu durumda Anayasa'nın, anayasal haklara, anayasanın çizdiği sınırları aşan düzenlemeler bakımından doğrudan uygulanacağı savunulabilir. Böylece ilgili hüküm yokmuş gibi davranılıp; ilgili hakkı düzenleyen anayasa maddesi doğrudan uyumsuzluğa uygulanacaktır. Ayrıca bkz. Zafer Gören, ‘Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi-Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi’ içinde Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu 1-11 Mayıs 2001 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2004) 32-33; Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 102.

<sup>101</sup> Kullanım koşullarıyla temel hak ve hürriyetlere yönelik sınırlamanın aynı zamanda genel işlem koşullarına yönelik denetimi de devreye sokacağı yönünde bkz. Gerald Spindler, ‘Löschung und Sperrung von Inhalten aufgrund von Teilnahmebedingungen sozialer Netzwerke’ (2019) 35 (4) Computer und Recht (CR) 238, 242.

Bir yandan sürekli değişen ve gelişen teknolojik imkânların temel haklara etkisi öngörülemeyen; diğer yandan toplumların değer yargıları ve etik anlayışlarındaki dönüşüm de “zararlı içerik” kavramı üzerinde doğrudan etkili olmaktadır. Bu yönüyle örneğin “nefret söylemi, müstehcenlik, cinsel içerik” gibi kavramlar geniş ve sınırları belirsizdir. Bu kavramların sınırlarına yönelik tartışmalar devam ettiğinden çocuğun korunmasına yönelik her tartışma esasında ifade özgürlüğünün sınırlarının da tekrar gündeme getirilmesi anlamına gelmektedir. Bu durum sadece çocuklara yönelik uygulamalar bakımından değil; içeriğe yönelik her düzenleme bakımından söz konusudur<sup>102</sup>.

İçerik paylaşım platformlarında çocuğun “zararlı içeriklerden” korunmasında öngörülen denetim mekanizması, öncelikle ebeveyn rızasıyla platforma üyelik ve ebeveyn kontrollü platform kullanımınıdır. Zararlı içeriğin kendisine yönelik denetimse içeriğin kaldırılması veya erişim sınırlandırılmasıdır. Ancak yapılan araştırmalarda her iki denetim mekanizmasının da ulaşılmak istenen amaç bakımından elverişli olmadığı ortaya çıkmıştır. Şöyle ki çocuklar ebeveyn paylaşımından rahatsızlık duydukları gibi dijital araçları kullanmada ebeveynlerine kıyasla daha yetkindir. Durumu çarpıcı bir örnekle açıklamak gerekirse *Apple* bir *iPhone* kurulumu sırasında kullanıcıya “çevresindeki bir çocuktan destek almasını” önermektedir. Çocuklar çevrimiçi dünyanın “yerlisi iken, ebeveynleri ise yabancıdır”. Erişim engelleri ise “keyfi uygulama” riski barındırmaktadır.

Netice itibarıyla her içerik paylaşım platformunun topluluk kurallarını kendisinin belirlemesi, kuralların platformla uyumlu olmasını temin ederken; kullanıcılar bakımından belirsizliklere yol açabilmektedir. Bu da kişilerin platform uygulamalarına mahkûm edilmesi sorunu gündeme getirdiği gibi DSA'nın amacını gerçekleştirmesini engellemektedir. Nitekim işaret edildiği üzere ICO, 2 Ağustos 2024 tarihli duyurusunda 11 sosyal medya platformunu çocukların gizliliğini korumadıkları gerekçesiyle uyarmıştır<sup>103</sup>. Avrupa Komisyonu, DSA çocuklar için daha güvenli bir çevrimiçi dünyanın oluşturulmasına dair hazırlanacak kılavuzlar (“*Protection of minors-guidelines*”) hakkında kamuoyu görüşü talebiyle duyuru yayımlamıştır<sup>104</sup>.

## D. Özel Nitelikli Kişisel Veriler ve Davranışsal Reklamcılık Uygulamaları

DSA hükümlerinin bir diğer boyutu da reklamların belirlenebilirliği ilkesine (*the principle of identifiability of advertising*) ilişkin olarak tüketicinin korunmasıyla ilgilidir. Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR), bilgi edinme hakkı ve çevrimiçi

<sup>102</sup> Ayrıca bkz. Gerdemann and Spindler (n 38) 8. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin *Facebook*'un içeriğe yönelik kullanım koşullarını temel hak ve hürriyetlere etkisi çerçevesinde değerlendirdiği kararı için ayrıca bkz. BGH, Urt. v. 29.7.2021-III ZR 179/20 (2021) GRUR 1433 para 54 vd.; BGH, Urt. v. 28.9.2022-VIII ZR 319/20 (2022) GRUR 1842 para 30 vd.

<sup>103</sup> Bkz. ICO (n 87).

<sup>104</sup> Nihai kılavuzların ise 2025'in ilk yarısında kabul edilmesi beklenmektedir. Bkz. European Commision, <[https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14352-Protection-of-minors-guidelines\\_en?utm\\_source=substack&utm\\_medium=email](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14352-Protection-of-minors-guidelines_en?utm_source=substack&utm_medium=email)> accessed 3 August 2024.

reklamlar söz konusu olduğunda DSA hükümlerini tamamlamaktadır<sup>105</sup>. Bu başlık kapsamında reklamcılık faaliyetlerine yönelik özellikle DSA m. 26, 39 ve 46’da öngörülen esaslar değerlendirilecektir.

Davranışsal reklamcılık faaliyetlerine yönelik düzenlemelerden önce DSA gerçekleştirilen tüm reklamcılık faaliyetleri yönünden birtakım kıstaslar içermektedir. DSA’da reklam faaliyetlerinde şeffaflığın temin edilmesine yönelik birtakım önemli ölçütler öngörülmüştür<sup>106</sup>. Buna göre: Çevrimiçi arayüzlerinde reklam sunan çevrimiçi platformlar, her bir münferit kullanıcıya sunulan her bir reklam için hizmet muhataplarının DSA m. 26/1’de 4 bent (a-d) halinde sayılan bilgileri açık, öz ve net bir şekilde ve eş zamanlı olarak belirleyebilmelerini sağlamalıdır. Örneğin reklamın kimin adına yayımlandığının, bir diğer ifadeyle kural olarak tüketicinin daha sonra kendisiyle bir sözleşme imzalayabileceği girişimcinin belirtilmesi gerekmektedir<sup>107</sup>.

Reklamın söz konusu kişiye hangi gerekçeyle gösterildiğini ve başka bir kişiye gösterilmediğini belirleyen ana parametreler de açıklanmalıdır. Reklamların otomatikleştirilmesi -otomatik karar alma mekanizmalarıyla tasarlanması- ve kişiselleştirilmesi, muhataplarının giderek daha kesin ve titiz bir şekilde seçilmesini mümkün kılmakta bu da muhtemelen ayrımcılık sorunlarına ve tüketici verilerinin toplanması ve işlenmesiyle bağlantılı şeffaf olmayan uygulamalara yol açmaktadır. Bu kapsamda DSA hükümleri, şeffaflığın sağlanmasına yöneliktir.

Çevrimiçi platform sağlayıcılarının, GDPR m. 9/1’de atıfta bulunulan özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi suretiyle GDPR m. 4/4 numaralı bendinde tanımlanan profillemeye dayalı olarak reklam faaliyetlerinde bulunmaları yasaklanmıştır (DSA m. 26/3).

Bu yasağın temelinde DSA-Giriş 69 kapsamında “manipülatif tekniklerin toplumu olumsuz etkilemesi riskiyle dezenformasyon kampanyalarına katkıda bulunulması veya belirli gruplara karşı ayrımcılık yaparak toplumsal zararları artması” kaygısı yer almaktadır<sup>108</sup>. Zira: “Çevrimiçi platformlar bu tür uygulamalar için özellikle hassas ortamlardır ve daha yüksek bir toplumsal risk barındırmaktadır. Sonuç olarak çevrimiçi platform sağlayıcıları, GDPR m. 4/b. 4’te tanımlandığı üzere, GDPR m. 9/1 kapsamında tanımlanmış özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi suretiyle bu verilere dayalı profillemeye kategorilerini kullanarak profillemeye dayalı reklamlar sunmamalıdır (davranışsal reklamcılık)”<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> European Commission, Digital Services Act para 5, 19 ve 20; EDPS, Opinion 9/2021 (10.02.2021) 7.

<sup>106</sup> DSA m. 26.

<sup>107</sup> DSA m. 26/1/b.

<sup>108</sup> DSA-Recitals, para 69.

<sup>109</sup> DSA-Recitals, para 69.

Veri koruma hukukunda kişisel verilerin özel nitelikli kişisel veriler ve alelade kişisel veriler şeklinde tasnif edildiği görülmektedir<sup>110</sup>. DSA m. 28/3'te de atıf yapılmış bulunan GDPR m. 9 uyarınca özel nitelikli kişisel veri kategorileri sayılmıştır. Buna göre: “*Irk veya etnik köken, siyasi görüş, dini veya felsefi inanç veya sendika üyeliğini ortaya koyan kişisel verilerin işlenmesi ve genetik verilerin, bir gerçek kişiyi benzersiz bir şekilde tanımlamak amacıyla biyometrik verilerin, sağlıkla ilgili verilerin veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel yönelimi ile ilgili verilerin işlenmesi yasaktır*” (m. 9/1). Özel nitelikli kişisel veriler, sayılanlarla sınırlıdır. Yorum yoluyla özel nitelikli kişisel verilerin kapsamının genişletilmesi mümkün değildir<sup>111</sup>. Özel nitelikli kişisel veriler ancak GDPR m. 9'da yer alan istisnai hâllerde işlenebilir<sup>112</sup>.

Profillemeyse bir veri işleme yöntemidir. Buna göre: “*bir gerçek kişiyle ilgili belirli kişisel hususları değerlendirmek özellikle de söz konusu gerçek kişinin işteki performansı, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, ilgi alanları, güvenilirliği, davranışları, konumu veya hareketleriyle ilgili hususları analiz etmek veya tahmin etmek amacıyla kişisel verilerin kullanılmasını içeren kişisel verilerin her türlü otomatik işleme tabi tutulması anlamına gelmektedir*”<sup>113</sup>.

GDPR uyarınca bir veri işleme faaliyetinin biyometrik veri işleme faaliyeti ve dolayısıyla özel nitelikli veri işleme faaliyeti olarak nitelendirilmesi, veri işlemenin sadece gerçek kişinin kimliğini belirlemek amacıyla<sup>114</sup> gerçekleştirilmesine özgülenmiş ve bu amaç uyarınca işlenmesinin de kural olarak yasak olduğu düzenlenmiştir<sup>115</sup>. Bu çerçevede bir kişinin parmak izi, fotoğrafı, görüntüsü ya da sesinin işlendiği bir veri işleme faaliyeti amacı esas alınarak değerlendirilecek ve hangi hükümlere tabi olduğu belirlenecektir<sup>116</sup>. Örneğin bir kişinin yalnızca kimliğinin belirlenmesi için gerçekleştirilen parmak izi, fotoğrafı, görüntüsü ya da ses verisinin özel bir teknoloji ile işlenmesi halinde özel nitelikli veri işleme faaliyetinin varlığından bahsedilecektir<sup>117</sup>. Kişinin kimliğini tespit amacı dışında bir amaç için gerçekleştirilen veri işleme faaliyetleri alelade veri işleme faaliyeti olarak nitelendirilecektir<sup>118</sup>.

<sup>110</sup> Ludmila Georgieva and Christopher Kuner, ‘Article 9. Processing of special categories of personal data’ iç Christopher Kuner, Lee A. Bygrave and Christopher Docksey (edr), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary* (Oxford 2020) 373; ayrıca bkz. Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (4. Bastı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 277 vd.; Mesut Serdar Çekin, Ahmet Esad Berktaş ve A. Furkan Akıncı, *Veri Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 196 vd.

<sup>111</sup> Georgieva and Kuner (n 110) 373.

<sup>112</sup> Özel nitelikli veriler düzenlemede belirtilen haller dışında işlenemeyeceğinden, bu veriler bakımından “kesin işleme yasağı” mevcuttur. Ayrıca bkz. Georgieva and Kuner (n 110) 366 vd.

<sup>113</sup> GDPR m. 4/b. 4.

<sup>114</sup> “*Biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person*” bkz. GDPR m. 9.

<sup>115</sup> Bu tartışma için bkz. Georgieva and Kuner (n 110) 374; Türk hukukunda bkz. Ömer Ekmekçi, Nafiye Yücedağ, Elif Beyza Akkanat-Öztürk ve Şehriban İpek Aşıkoğlu, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 59 vd.

<sup>116</sup> Ekmekçi, Yücedağ, Akkanat-Öztürk ve Aşıkoğlu (n 115) 59.

<sup>117</sup> Bkz. GDPR-Recitals para 51; Georgieva and Kuner (n 110) 374; Ekmekçi, Yücedağ, Akkanat-Öztürk ve Aşıkoğlu (n 115) 59-60.

<sup>118</sup> Ekmekçi, Yücedağ, Akkanat-Öztürk ve Aşıkoğlu (n 115) 60.

Bu gibi hâllerde artık özel nitelikli kişisel veri işlenmesinden söz edilemeyecektir<sup>119</sup>.

ABAD'ın 1 Ağustos 2022 tarihli kararıysa özel nitelikli kişisel veri işleme faaliyetinin varlığının tespitinde yeni bir yaklaşım içermektedir<sup>120</sup>. Karara konu olayda AB üyesi Litvanya'nın yargı makamları tarafından ön sorun olarak ABAD'ın GDPR m. 6/1/e ve m. 9/1 hükümlerini yorumlaması talep edilmiştir.

Uyuşmazlık konusu olay Litvanya'da kamu hizmetinde veya kamu yararı için çalışan kişilerin çıkar çatışmalarını belgelemeye dair getirilmiş ulusal düzenlemelerle ilgilidir. “Menfaatlerin Uzlaştırılması Kanunu” başlığını taşıyan düzenleme uyarınca yukarıda sayılan kişiler, kendileri ve eşleri, birlikte yaşadıkları kişiler veya partnerleri (“*his or her spouse, cohabitee or partner*”) hakkındaki birtakım bilgileri (ad, soyadı, kişisel kimlik numarası, sosyal güvenlik numarası, işveren(ler) ve görevler “*forename, surname, personal identification number, social security number, employer(s) and duties*”)<sup>121</sup> Baş Resmi Etik Komisyonuna bildirme yükümlülüğü altındadır<sup>122</sup>. Bu bildirim Baş Etik Komisyonunun internet sitesinde yayımlanmaktadır<sup>123</sup>.

Litvanya hukuku uyarınca kamu makamlarına açıklanma zorunluluğu öngörülen bu bilgiler, ilk bakışta özel nitelikli veri değildir. Ancak Litvanya yargı makamı: “*Kanununun 10. maddesi gereği beyan edilmesi zorunlu olan kişisel verilerin, beyan sahibinin eş, birlikte yaşadığı kişi veya hayat arkadaşı (“partner”) ile ilgili isim verisinden beyan sahibinin ve eşinin, birlikte yaşadığı kişinin veya hayat arkadaşının cinsel yaşamı veya cinsel yönelimi hakkında belirli bilgilerin çıkarılabileceği (to deduce)*”<sup>124</sup> görüşüyle düzenlemeyi ABAD'ın önüne taşımıştır.

ABAD ise: “*bir gerçek kişinin cinsel yönelimini karşılaştırma veya çıkarsama içeren bir fikir yürütme ile açığa çıkarabilecek verilerin 95/46/AT numaralı Yönerge m. 8/1 ve GDPR m. 9/1'in amacı doğrultusunda özel nitelikli kişisel veri kategorilerine girip girmediğinin*” belirlenmesi gerektiğini hükmün sadece lafzının değil, amacının da dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır<sup>125</sup>.

Sonuç olarak ABAD, GDPR m. 9/1 hükmünün kapsamında; bir gerçek kişiye ilişkin özel nitelikleri verileri dolaylı olarak ortaya çıkarma ihtimali bulunan kişisel verilerin işlenmesi faaliyetlerinin de yer aldığı kanaatindedir. Buna göre veri koruma

<sup>119</sup> Georgieva and Kuner (n 110) 374; Ekmekçi, Yücedağ, Akkanat-Öztürk ve Aşıkoğlu (n 115) 60.

<sup>120</sup> Ayrıntılı değerlendirme için ayrıca bkz. Ekmekçi, Yücedağ, Akkanat-Öztürk ve Aşıkoğlu (n 115) 60 vd.

<sup>121</sup> *OT v Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*, Case C-184/20 (CJEU 01August 2022) N 29.

<sup>122</sup> Bu bilgiler arasında (diğerlerinin yanı sıra) isim, kişisel kimlik numarası, sosyal güvenlik numarası, istihdam durumu, sendikalara ve/veya siyasi partilere üyelik veya taahhütler ve son 12 takvim ayı içinde gerçekleştirilen 3.000 Euro'nun üzerindeki işlemlere ilişkin bilgiler yer almaktadır. Resmi Etik Komisyonu daha sonra bu bilgileri (kimlik numaraları, sendikalara veya siyasi partilere üyelik veya taahhütler hariç) kamuya açık bir internet sitesinde “beyan” olarak yayımlayacaktır. Bkz. *OT* (n 121) N 29.

<sup>123</sup> *OT* (n 121) N 41, 83.

<sup>124</sup> *OT* (n 121) para 119.

<sup>125</sup> *OT* (n 121) para 120 vd.

hukukunun etkinliğinin ve gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının tehlikeye atılmaması için GDPR m. 9'da öngörülen güçlendirilmiş koruma rejimi bu tür veri işleme faaliyetlerini de kapsar<sup>126</sup>. ABAD kararında veri işleme faaliyeti bakımından amaç esaslı değil; sonuç esaslı hareket etmiştir.

Kararın inceleme konusu yönünden önemliyse platformlar bakımından DSA uyarınca tabi olduğu yükümlülüklerin içeriğinin belirlenmesine etkisidir. Bu kapsamda özel nitelikli kişisel veri işleme faaliyetinin varlığını tespit için veri koruma otoriteleri başta olmak üzere bu alanda etkili karar mercilerinin güncel yaklaşımları sıkı bir şekilde takip etmelidir<sup>127</sup>. Böylece DSA m. 26/3'ün çizdiği yasağın kapsamının doğru tespiti mümkün olabilecektir. Bu takdirde gerçekleştirilecek reklamcılık faaliyetlerinde veri kategorileri otoritelerin bu sıkı yaklaşımı esas alınarak dikkatle incelenmelidir.

## Sonuç

Dijital Hizmetler Yasası, Avrupa Birliği'nin dijital alanı düzenlemeye yönelik en kapsamlı ve yenilikçi girişimlerinden biridir. Bu düzenleme, çevrimiçi platformların sorumluluklarını ve yükümlülüklerini netleştirmekte; dijital hizmetlerin daha güvenli ve şeffaf bir şekilde sunulmasını hedeflemektedir. DSA, internet ortamındaki yasal belirsizlikleri azaltmayı, kullanıcı haklarını korumayı ve platformların toplum üzerindeki etkisini denetlemeyi amaçlamaktadır. Bu çalışma da DSA'nın çevrimiçi platformlar üzerindeki ve potansiyel etkilerini kapsamlı bir şekilde ele alınmasına özgülenmiştir. Böylece Türk hukukunda yapılacak değişiklikler için de bir katkı sunulması hedeflenmiştir.

İlk olarak çevrimiçi platformların, geçmişte pasif aracı rolünden aktif denetleyiciye evrilmesi, bu platformların işleyişinde köklü değişikliklere yol açmıştır. Platformların artık sadece yer sağlayıcı olarak değil; aynı zamanda içerik denetleyicileri olarak da sorumluluk taşımaları, dijital ekosistemin güvenliği açısından kritik bir adım olarak değerlendirilebilir. Bu durum, DSA'nın düzenleyici yapısının önemini ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte DSA'nın uygulanması sürecinde çeşitli zorluklar ve tartışmalar da gündeme gelmektedir. Özellikle ifade özgürlüğüyle zararlı içeriklerin denetimi arasındaki denge, düzenlemenin en karmaşık ve tartışmalı yönlerinden biridir. Platformların, içeriklerin yasal olup olmadığını belirlerken objektif ölçütler kullanmaları zorunlu kılınmakla birlikte bu ölçütlerin tespiti, uygulanması ve ölçütlere uygunluğun denetlenmesi, yukarıda ayrıntısıyla açıklandığı üzere her bir çevrimiçi platform özelinde farklılık göstermektedir. Ayrıca şeffaflık hükümleri, platformların içerik

<sup>126</sup> OT(n 121) para 123-127.

<sup>127</sup> Karara yönelik değerlendirmeler için ayrıca bkz. Ekmekçi, Yücedağ, Akkanat-Öztürk ve Aşıkoğlu (n 115) 61 vd.



denetimi süreçlerinin daha açık ve hesap verebilir olmasını sağlasa da kullanıcılar tarafından nasıl algılanacağı ve uygulanacağı önemli bir belirsizlik olarak kalmaktadır.

DSA'nın çocukların çevrimiçi ortamda korunmasına yönelik getirdiği hükümler dikkat çekicidir. Çocukların dijital dünyada karşılaştıkları riskler ve zararlı içerikler, platformların bu konuda daha proaktif ve titiz davranmasını gerektirmektedir. DSA, bu alanda belirli standartlar getirmekte ve platformların çocuk haklarını korumak için alması gereken tedbirleri netleştirmektedir. Ancak bu tedbirlerin platformlar tarafından nasıl uygulanacağı ve etkinliğinin nasıl ölçüleceği, düzenlemenin uygulanabilirliği açısından önemlidir.

Özel nitelikli kişisel verilerin korunması ve davranışsal reklamcılık uygulamalarına ilişkin düzenlemeler de DSA'nın bir diğer önemli boyutunu teşkil etmektedir. Kullanıcı verilerinin işlenmesi ve bu verilerin ticari amaçlarla kullanılması, dijital platformların en çok eleştirilen yönlerinden biridir. DSA, bu konuda da daha sıkı kurallar getirerek kullanıcı verilerinin korunmasını ve bir hukuka uygunluk sebebi-ne dayanmayan kişisel veri işleme faaliyetlerini engellemeyi amaçlamaktadır<sup>128</sup>. Bu, kullanıcı güvenini artıracak bir adım olarak nitelendirilebilecekse de platformlar için ek yükümlülük ve maliyetler anlamına gelmektedir.

DSA'nın çevrimiçi platformlar üzerindeki etkileri, dijital hizmetlerin daha düzenli, güvenli ve şeffaf bir yapıya kavuşmasına katkı sağlayacak niteliktedir. Ancak bu yasanın hedeflerini gerçekleştirecek bir uygulama, platformların sadece hukukî yükümlülüklerini yerine getirmekle kalmayıp aynı zamanda kullanıcıların haklarını ve özgürlüklerini de koruma altına alacak bir bilinçle hareket etmelerini gerektirmektedir.

DSA, Avrupa Birliği'nin çevrimiçi dünyanın düzenlenmesindeki "liderlik" rolünü pekiştirse de bu düzenlemeye uyum sürecinde platformlar ve otoriteler arasındaki iş birliğinin güçlendirilmesi, düzenlemenin etkinliği açısından büyük önem taşımaktadır. Bu yönüyle DSA'nın sınır ötesi hizmet sunan platformların DSA hükümlerine uyum sağlama zorunluluğu, farklı ülkelerin hukuk sistemleri arasında uyumlaştırma ve iş birliği gereksinimini artırmış durumdadır. Bu bağlamda DSA'nın uygulanmasının, farklı hukuk düzenlerinde yeni düzenlemelerin ve yargı kararlarının gelişmesine de yol açacağı beklenen bir neticedir. Avrupa Birliği'nin bu yasayla dijital alanda küresel bir standart belirleme çabası, diğer ülke hukuklarında da benzer düzenlemelerin gerçekleştirilmesi ihtimalini artırmaktadır<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> Bir diğer ifadeyle GDPR ile uyumlu bir çevrimiçi dünya kurulması temel hedeflerdendir.

<sup>129</sup> Nitekim yakın tarihli bir gelişme olarak Avrupa Komisyonu Meta'ya DSA hükümlerine uyum durumunu ölçmek bakımından birtakım sorular yöneltmiş ve 6 Eylül 2024'e kadar bu soruların cevaplanmasını talep etmiştir. Ayrıca bkz. Commission sends request for information to Meta under the Digital Services Act (16.08.2024) <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-sends-request-information-meta-under-digital-services-act-2>> accessed 20 August 2024.



**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Yazar Katkıları:** Çalışma Konsepti/Tasarım- E.B.A.Ö., E.E.A.; Veri Toplama- E.B.A.Ö., E.E.A.; Veri Analizi/Yorumlama- E.B.A.Ö., E.E.A.; Yazı Taslağı- E.B.A.Ö., E.E.A.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi- E.B.A.Ö., E.E.A.; Son Onay ve Sorumluluk- E.B.A.Ö., E.E.A.; Malzeme ve Teknik Destek- E.B.A.Ö., E.E.A.; Süpervizyon- E.B.A.Ö., E.E.A.

**Çıkar Çatışması:** Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Author Contributions:** Conception/Design of Study- E.B.A.Ö., E.E.A.; Data Acquisition- E.B.A.Ö., E.E.A.; Data Analysis/ Interpretation- E.B.A.Ö., E.E.A.; Drafting Manuscript- E.B.A.Ö., E.E.A.; Critical Revision of Manuscript- E.B.A.Ö., E.E.A.; Final Approval and Accountability- E.B.A.Ö., E.E.A.; Material and Technical Support- E.B.A.Ö., E.E.A.; Supervision- E.B.A.Ö., E.E.A.

**Conflict of Interest:** The authors has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The authors declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

Akıllıoğlu T, *İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri* (3. Bası, Yetkin Yayınları 2019).

BGH, Urt. v. 29.7.2021-III ZR 179/20 (2021) GRUR 1433.

BGH, Urt. v. 28.9.2022-VIII ZR 319/20 (2022) GRUR 1842.

Bradford A, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (Oxford University Press 2020).

Carvalho JM, Lima FA and Farinha M, 'Introduction to the Digital Services Act, Content Moderation and Consumer Protection' (2021) 3(1) *Revista de Direito e Tecnologia* 71-104.

Citron DK, 'Extremist Speech, Compelled Conformity and Censorship Creep', (2018) 93 *Notre Dame Law Review* 1035-1072.

Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U. A. v. Deepak Mehta (C-521/17) EU:C:2018:639.

Copyright Transparency Report H1 2021' (YouTube 2024) <<https://transparencyreport.google.com/youtube-copyright/intro?hl=en>> accessed 2 August 2024.

Çekin MS, Berktaş AE ve Akıncı AF, *Veri Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2022).

Çevik İ, 'AVRUPA BİRLİĞİ DİJİTAL HİZMETLER YASASI'NIN DEĞERLENDİRMESİ' (2023) 2 *YBHD* 387-419.

Ekmeççi Ö, Yücedağ N, Akkanat-Öztürk EB and Aşıkoğlu Şİ, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2024).

European Commission, 'Commission Advances towards an Enhanced Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online' (10 December 2023) <[https://malta.representation.ec.europa.eu/news/commission-advances-towards-enhanced-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online-2023-10-12\\_en](https://malta.representation.ec.europa.eu/news/commission-advances-towards-enhanced-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online-2023-10-12_en)> accessed 15 July 2024.

European Commission, *Commission Advances towards an Enhanced Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online* < [https://malta.representation.ec.europa.eu/news/commission-advances-towards-enhanced-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online-2023-10-12\\_en](https://malta.representation.ec.europa.eu/news/commission-advances-towards-enhanced-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online-2023-10-12_en) > accessed 15 July 2024.

European Commission, DSA Impact Assessment Report, Brussels, 15.12.2020 SWD(2020) 348 final part 1/2.

European Commission, DSA Impact Assessment Report, Brussels, 15.12.2020 SWD (2020) 348 final part 2/2.

- European Commission, *The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online*, <[https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combatting-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combatting-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en)> accessed 15 July 2024.
- Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Ltd (C-18/18) EU:C:2019:821.
- Frosio G and Geiger C, ‘Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act’s platform liability regime’ (2023) 29 (1-2) *European Law Journal* 31-77.
- Georgieva L and Kuner C, ‘Article 9. Processing of special categories of personal data’ iç Christopher Kuner, Lee A. Bygrave and Christopher Docksey (edr), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary* (Oxford 2020).
- Gerdemann S and Spindler G, ‘Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 1)’ (2023) 135 (1-2) *GRUR* 3-11.
- Gören Z, ‘Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi-Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi’ içinde Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I-11 Mayıs 2001 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2004) 32-33.
- <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_4328](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328)> accessed 4 August 2024.
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT> accessed 6 October 2024.
- <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-sends-request-information-meta-under-digital-services-act-2>> accessed 20 August 2024.
- < <https://www.similarweb.com/tr/top-websites/turkey/>> accessed 4 August 2024.
- <<https://static.googleusercontent.com/media/publicpolicy.google/en//resources/youth-legislative-framework.pdf>>accessed 15 July 2024.
- <<https://support.google.com/youtube/answer/2801999?hl=tr>> accessed 15 July 2024.
- <<https://tr-tr.facebook.com/help/instagram/251027992727268>> accessed 15 July 2024.
- <[https://www.reuters.com/technology/meta-snap-must-detail-child-protection-measures-by-dec-1-eu-says-2023-11-10/?utm\\_source=substack&utm\\_medium=email](https://www.reuters.com/technology/meta-snap-must-detail-child-protection-measures-by-dec-1-eu-says-2023-11-10/?utm_source=substack&utm_medium=email)> accessed 15 July 2024.
- <[https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2024/09/Orta-Vadeli-Program\\_2025-2027.pdf](https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2024/09/Orta-Vadeli-Program_2025-2027.pdf)> Accessed 5 September 2024.
- Hulin A, *Statutory media self-regulation: beneficial or detrimental for media freedom?* European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies Centre for Media Pluralism and Media Freedom, (EUI Working Paper RSCAS 2014/127, December 2014).
- ICO, Social media and video sharing platforms put on notice over poor children’s privacy practices, <[https://ico.org.uk/about-the-ico/media-centre/news-and-blogs/2024/08/social-media-and-video-sharing-platforms-put-on-notice-over-poor-children-s-privacy-practices/?utm\\_source=substack&utm\\_medium=email](https://ico.org.uk/about-the-ico/media-centre/news-and-blogs/2024/08/social-media-and-video-sharing-platforms-put-on-notice-over-poor-children-s-privacy-practices/?utm_source=substack&utm_medium=email)> accessed 3 August 2024.
- Instagram Topluluk Kuralları, <[https://help.instagram.com/477434105621119?helpref=faq\\_content](https://help.instagram.com/477434105621119?helpref=faq_content)> accessed 6 October 2024.
- Juříčková J, ‘Enhancing Legitimacy of Content Moderation’ (2024) 15 *JIPITEC* 2-12.
- Kraul T and Schmidt JP, ‘Plattformregulierung 2.0 –Digital Services Act und Digital Markets Act als Herausforderung für die Compliance-Organisation’ (2023) *Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ)* 16 (6) 177-189.
- Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması* (4. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020).

- McGonagle T, *Free Expression and Internet Intermediaries: The Changing Geometry of European Regulation*, in Giancarlo Frosio (ed.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, (Oxford University Press, 2020).
- L'Oréal and Others v. eBay and Others* (C-324/09) EU:C:2011: 474.
- OT v Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*, Case C-184/20 (CJEU 01August 2022).
- Spindler G, 'Löschung und Sperrung von Inhalten aufgrund von Teilnahmebedingungen sozialer Netzwerke' (2019) 35 (4) *Computer und Recht* (CR) 238-247.
- TikTok Topluluk Kuralları, <<https://www.tiktok.com/community-guidelines/tr-tr/>> 6 October 2024.
- Turillazzi A, Taddeo M, Floridi L and Casolar F, 'The Digital Services Act: An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social Implications' (2023) 15 *Law, Innovation and Technology* 83-106.
- Urman A and Makhortykh M, 'How Transparent Are Transparency Reports? Comparative Analysis of Transparency Reporting across Online Platforms' (2023) 47 *Telecommunications Policy* 1-15.
- Uzun R. 'Protecting Children from Harmful Content in New Media: An Ethical Approach' (2018) 1 *Etkileşim* 31-43.
- YouTube Çocuk Güvenliği ile İlgili Politikalar, <<https://support.google.com/youtube/answer/2801999?hl=tr>> 6 October 2024.
- YouTube Topluluk Kuralları, <<https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=tr#:~:text=%C5%9Eiddet%20bar%C4%B1nd%C4%B1ran%20veya%20tehlikeLi%20i%C3%A7erik,i%C3%A7eriklere%20YouTube'da%20izin%20verilmez>> 6 October 2024.





# İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 05.03.2024  
Revizyon Talebi: 14.05.2024  
Son Revizyon: 10.06.2024  
Kabul: 20.07.2024  
Online Yayın: 08.08.2024

## Devlet ve Birey Arasında Ahlaki Denge: Server Cemal'in Siyasi Ahlak Anlayışı

### The Moral Equilibrium Between State and Individual: Server Cemal's Perspective on Political Ethics

Yasin Yılmaz\* , Mehmet Kiremitçi\*\* 

#### Öz

Server Cemal Bey (1885-1932), hukukçu ve diplomat kimliğiyle Osmanlı son dönemi ile erken Cumhuriyet dönemlerinde tebarüz eden bir şahsiyettir. O, işlerinde müşavir olarak başladığı memuriyet hayatına dışişlerinde başkonsolosluk görevleriyle devam etmiştir. Onun pek çok yazısının yanında Meşrutiyet'in yeniden ilan edilmesinin hemen akabinde yazdığı siyasi ahlak yazıları da dönemin tartışmalarını yansıtmaya açısından kayda değerdir. Bu çalışmada ilk olarak Server Cemal'in biyografisi derli-toplu bir şekilde sunulmuş, siyasi ahlak yazılarını yayımladığı Aşiyen dergisi kısaca tanıtılmıştır. Daha sonra kendisinin 1917 yılında yaptığı ahlak konulu konuşmadan hareketle genel ahlak anlayışı üzerinde durulmuştur. Server Cemal, insanlığın ilkel yaşamdan toplumsal yaşama geçiş sürecini kısaca ele alarak ahlak kavramının tarihsel gelişimini incelemiştir. Ona göre ahlak geçmişte örf ve âdetlere bağlılık olarak anlaşılırken günümüzde göreceli bir nitelik kazanmıştır. Bu bağlamda ahlakın, diğer disiplinler gibi bilimsel bir çerçevede ele alınması ve öğretilmesi gerektiği savunulmuştur. Server Cemal, ahlakın temelini menfaate/faydaya, nihai amacını ise mutluluğa dayandırmaktadır. Onun genel ahlak anlayışından sonra siyasi ahlakı konu alan yazıları incelenmiştir. Bu yazılarda, alt başlığı da dikkate alındığında devlet ile birey arasındaki karşılıklı haklar ve vazifeler işlenmektedir. Kavram, tarih öncesi insan topluluklarından modern devlete uzanan süreçten bahsedildikten sonra devlet şekli ve hükümet sistemleri ile belediyelerin görevlerine uzanan geniş bir yelpazede ele alınmıştır. Bu araştırmada, siyasi ahlak kavramının siyaset felsefesi ve anayasa hukuku bağlamındaki dönüşümüne temas edilmiştir.

#### Anahtar Kelimeler

Server Cemal • ahlak • siyasi ahlak • siyaset felsefesi • anayasa

#### Abstract

Server Cemal (1885-1932) was a prominent figure in the late Ottoman and early Republican periods, serving as a jurist and diplomat. He began his civil service career as an advisor in the Ministry of Interior and later held various consul general positions in the Ministry of Foreign Affairs. In addition to his numerous writings, his political ethics articles written immediately after the re-promulgation of the Constitution/Constitutional monarchy were noteworthy for reflecting his understanding of the period. This study first presents a concise biography of Server Cemal and briefly introduces Aşiyen Journal, where he published political ethics articles. It then examines his general understanding of morality based on his speech on morality in 1917. He briefly examines the transition of humanity from savagery to social life and analyzes

\* Sorumlu Yazar: Yasin Yılmaz (Arş. Gör. Dr.) Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Konya, Türkiye. E-posta: yasinilmazz@yahoo.com ORCID: 0000-0002-3742-8743

\*\* Mehmet Kiremitçi (Arş. Gör.) Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye. E-posta: mkiremitci@erbakan.edu.tr ORCID: 0000-0002-4112-7986

Atrf: Yılmaz, Yasin and Kiremitçi, Mehmet. "The Moral Equilibrium Between State and Individual: Server Cemal's Perspective on Political Ethics" (2024) 23 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 151. <https://doi.org/10.26650/ihid.23.002>



the historical evolution of the concept of morality. According to him, morality was formerly understood as adherence to customs and traditions, but it has become a relative concept. In this context, it is argued that morality should be studied and taught within a scientific framework, as in other disciplines. He bases the foundation of morality on utility and benefit and its purpose on happiness. After examining his general understanding of morality, this study focused on his political ethics. In his two articles on political ethics, the reciprocal rights and duties between the state and the individual are addressed in the subtitles as well. The concept is examined in a wide range, from prehistoric human communities to the modern state, including state forms, government systems, and the functions of municipalities. The transformation of the concept of political ethics from the contexts of political philosophy and constitutional law is touched upon from this article to this perspective.

**Keywords**

Server Cemal • morality • political ethics • political philosophy • constitution

## Giriş

Siyasi ahlak, güncelliğini sürekli koruyan bir konu olarak siyaset bilimcileri, ahlak felsefecilerini ve hatta görünümü itibariyle toplumun genelini cezbeden bir kavramdır. Kavramın tarihini bilmek ve Osmanlı döneminden günümüze siyasi ahlak anlayışlarını bir düşünce tarihi meselesi olarak ele almak elzemdir. Bu çalışmada görüşlerini ele alacağımız Server Cemal de hukuk ve siyasal bilimler mezunu bir yazar olarak bu kavram üzerinde durmuştur. O, siyasi ahlak anlayışını ilkel topluluklardan devlete değin evrimleşen süreç içinde temellendirmekte ve merkezine menfaat ilkesini almaktadır. Yine ortak savunma ihtiyacının giderek belirginleşmesi devlet yapısıyla beraber ortaklık ve karşılıklılık esaslarına dayanan bir siyasi ahlak kavramının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Egemenlik alanlarının, yöneten ve yönetilen arasındaki ilişkide farklı boyutlar kazanması, siyasi ahlaka da yeni açılımlar kazandırır. Siyasi ahlak konusu, evrensel olmayıp toplumlara göre değişen önem derecelerine sahiptir. İktidarın sınırlanması ve özgürlüklerin tanınması itibariyle meşruti bir yönetimin faydaları vardır. Server Cemal'in yazılarında bu genel konu başlıkları detaylandırılarak siyasi ahlakın yeni nesillere kazandırılmasına yönelik tavsiyelerde bulunulmuştur. Makalede ilk hedefimiz -daha önce herhangi bir kaynakta rastlamadığımız- Server Cemal'in derli toplu bir biyografisini sunmaktır. Daha sonra genel olarak ahlak tasavvuru kısaca ortaya konulacak ve siyasi ahlak anlayışı karşılaştırılmalı olarak ele alınacaktır.

### Server Cemal'in Hayat Hikayesi ve Eserleri

Server Cemal Bey, Şûrâ-yı Devlet ikinci başkanlarından İbrahim Cemaleddin Bey'in oğlu olarak 1885 yılında İstanbul'da doğmuş, Kadıköy Frerler (Saint Joseph) Mektebi ile Galatasaray Lisesi'nde okuduktan sonra 1907 yılında İstanbul Mektebi-i Hukuku'ndan, 1911 yılında Paris Siyasi İlimler Mektebi'nden mezun olmuş, sonrasında çeşitli pozisyonlarda devlet memuriyetleri yapmıştır.<sup>1</sup> Gövsa'nın verdiği bilgilere göre ilk memuriyet yıllarına kadarki hayatının ana çizgilerini verdikten sonra arşiv belgeleri üzerinden biraz daha ayrıntı verebiliriz. 1914 yılında İstişare Odası muavini olarak gördüğümüz<sup>2</sup> Server Cemal, daha sonra Babıali Hukuk Müşavirliği'ne geçmiş, burada çalışırken Dahiliye Nezareti Hukuk Müşavirliği'ne tayin edilmiştir.<sup>3</sup> Bir ara tedavi amacıyla ailesiyle birlikte Hamburg'a gitmiştir.<sup>4</sup> 1918 yılının Ekim ayında Osmanlı Heyet-i Siyasiye temsilcileri olarak Ali Muhtar Bey ile Ukrayna'da faaliyetlerde bulunmuştur.<sup>5</sup> Dahiliye Nezareti Hukuk Müşavir Muavinliği yapmaya

<sup>1</sup> İbrahim Alaaddin Gövsa, *Türk Meşhurları* (Yedigün Neşriyatı 1946) 451.

<sup>2</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA.), BEO, Nu. 43/322499, Tarih: 21.07.1914.

<sup>3</sup> BOA., DH.HMŞ., Nu. 4/1, Tarih: 26.10.1916.

<sup>4</sup> BOA, DH.EUM.SSM., Nu. 58/28; 20/19, Tarih: 29.04.1918.

<sup>5</sup> BOA, HR.SYS., Nu. 2459/31, Tarih: 03.10.1918.

devam ettiği sırada tedavi amacıyla tekrar Almanya'ya gitmiştir.<sup>6</sup> 1921 yılında Sefaret İkinci Katibi olarak İsviçre'de bulunmuştur.<sup>7</sup> 1922 yılında elçilik müsteşarı olarak Sofya'da İspanya Sefareti refakatine memur edilmiş<sup>8</sup>, Kiev Sefareti Başkatipliği'nde bulunduktan sonra Tahran Sefareti Başkatipliği'ne tayin edilmiştir.<sup>9</sup> Bir yıl sonra Tahran'dan naklen Roma Başkatiyeti'ne geçmiştir.<sup>10</sup>

Cumhuriyet döneminde Server Cemal Bey, 1 Ağustos 1924 ile 10 Mayıs 1925 tarihleri arasında Sofya'da İspanya Elçiliği refakatinde görev yapmıştır.<sup>11</sup> Daha sonra Atina ve Pire Şehbenderi<sup>12</sup> ve 1926 yılında yine Atina ve Pire Başşehbenderi<sup>13</sup> unvanlarını almıştır. 29 Mayıs 1925 ile 29 Temmuz 1928 tarihleri arasında Atina'da başkonsolos olarak bulunmuştur.<sup>14</sup> Son görevi olan Marsilya Başkonsolosluğu'na 1 Ocak 1931 yılında atanmış<sup>15</sup>, 5 Mart 1932 tarihinde ise hazin bir şekilde dünya hayatına veda etmiştir. Vefat haberi basına şu şekilde yansımıştır:

“Türkiye'nin Marsilya Başkonsolosu [Server Cemal], konsolosluk odacısı tarafından 3 kurşunla öldürülmüştür. Öteden beri vazifesinde ihmal gösteren ve esasen dimağın de malül vaziyette bulunan odacı [23 yaşında müteverrim bir genç olan Ahmet Osman], ashab-ı mesalih çekildikten sonra Başkonsolos tarafından çağrılmış ve vazifesindeki ihmal ve lakaytlığından dolayı tevbih edilmiştir. Bunun üzerine odacı tabancasını çekerek Başkonsolosun üzerine ateş etmiştir. İki kurşun mumaileyhin bileğine isabet etmiş ve odadan fırlayan Başkonsolosu takip eden katil avluda kendisine tekrar yetişerek iki kurşun daha atmıştır. Birisi kalbine diğeri başına isabet eden bu iki kurşunun tesiriyle Başkonsolos derhal ölmüştür. Bundan sonra konsolosluk odasına avdet eden merkum, tabancasından kalan iki kurşunu kendisine sıkarak intihar etmiştir. Katilin bu hareketi ani bir cinnet tesiri altında yapmış olduğu zannediliyor. Polis tahkikatına devam etmektedir. Memleketin yetiştirdiği güzide gençlerden ve üzerine aldığı vazifeleri daima liyakat ve dirayetle ifa etmiş kıymetli bir hariciye memurumuz olan Server Cemal Bey'in ifa-yı vazife halinde mecnun bir kapıcının kurşunu ile böyle hazin bir akıbete uğraması muhitimizde çok derin bir teessür uyandırıyor. Vakadan haberdar olur olmaz Hariciye Vekaleti vekili Şükrü Kaya Beyefendi tarafından merhumun ailesine telgrafla beyan-ı teessür ve taziyet edilmiş ve ailesi ile çocuklarının memlekete avdeti için lazım gelen tedabir derhal alınmıştır.”<sup>16</sup>

<sup>6</sup> BOA, DH.HMŞ., Nu. 6/12, Tarih: 15.10.1918.

<sup>7</sup> BOA, HR.SYS., Nu. 2727/7, Tarih: 30.11.1921.

<sup>8</sup> BOA, HR.SFR.04., Nu. 927/51, Tarih: 20.01.1922.

<sup>9</sup> BOA, HR.İM., Nu. 63/70, 13/106, Tarih: 19.12.1922.

<sup>10</sup> BOA, HR.İM., Nu. 23/7, Tarih: 13.12.1923.

<sup>11</sup> BOA, HR.SFR.04., Nu. 927/41, Tarih: 14.12.1924; HR.İM., Nu. 144/72, Tarih: 27.05.1925; Bilal N. Şimşir, “Cumhuriyetin İlk Çeyrek Yüzylında Türk Diplomatik Temsilcilikleri ve Temsilcileri (1920-1950)” (2006) 22 Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 2, 15.

<sup>12</sup> BOA, HR.İM., Nu. 144/5, Tarih: 23.05.1925; Gövsa (n 1) 451.

<sup>13</sup> BOA, HR.İM., Nu. 198/85, Tarih: 09.09.1926.

<sup>14</sup> <http://atinapire.bk.mfa.gov.tr/Mission/MissionChiefHistory> (E.T: 08.03.2021).

<sup>15</sup> <http://marsilya.bk.mfa.gov.tr/Mission/MissionChiefHistory> [Server Cemal bu kayıtlarda -muhtemelen ailesi tarafından alınan- “Balısoy” soyismiyle yer almaktadır.]

<sup>16</sup> “Marsiyal Başkonsolosumuz Feci Bir Surette Öldürüldü”, Akşam 4814 (5 Mart 1932), 2; başka bir haberde Server Cemal'in çok kısa bir tercüme-i hâli de yer almaktadır: “*Server Cemal Bey siyasi hayata Tanin gazetesinde muharrirlik yaparak girmiş, muhtelif siyasi memuriyetlerde bulunmuş, bir aralık Atina sefareti Başkatipliğini de yapmıştır. Merhum aynı zamanda bir çok kıymetli hikayeler yazmış bir san'atkârdı.*” Cumhuriyet 2813 (6 Mart 1932), 1, 5; Diğer bir haberde şu kayıt yer almaktadır: “*En son yazıları bilhassa Ankara mecmualarında çıkıyordu.*” Milliyet 2180 (6 Mart 1932), 6; Vakit 5085 (6 Mart 1932), 6; Vakit 5101 (22 Mart 1932), 3.



Cenaze, 21 Mart'ta Türkiye'ye getirilmiş, resmi törenin ardından Suadiye'de bulunan Sahrayıcedid mezarlığına defnedilmiştir. Ertesi günün gazetesinden bu süreç takip edilebilir.<sup>17</sup> Hayat hikayesi ana hatlarıyla böyle olan Server Cemal'in yayın hayatında bir risalesine, birkaç telif ve tercüme makalesine ulaşabildik. Risalesi *Ahlakîyâtın Suret-i Cedide-i Telakkisi* ismiyle 1917 yılında 28 sayfa olarak basılmıştır. Çalışma konumuzun merkezinde yer alan diğer metin olan “Ahlâk-ı Siyâsiye”nin yanında “Nâdîde”<sup>18</sup>, “Küçük Hikaye ve Âtîsi”<sup>19</sup>, “Tedrisât-ı Hukûkiye”<sup>20</sup> ve “Sosyalizm (Tarihi, Tarifi ve Taksimi)”<sup>21</sup> başlıklı makaleleri mevcuttur. Bunların yanında Anatole Leroy-Beaulieu'dan Tefvîk Kamil (Koperler, 1889-1964) ile birlikte “Çarlar İmparatorluğu ve Ruslar”<sup>22</sup> başlıklı bir yazı dizisi tercüme etmiştir. Bunların yanında pek çok gazete yazısı<sup>23</sup> ve hikaye denemeleri bulunmaktadır. Gövsa'nın tabiriyle “mümtaz bir insan ve özlü bir muharrir” olan Server Cemal'in *Demet, Mecmuası Edebiye, Resimli Kitap, Tanin* gibi yayın organlarında yazıları mevcuttur.<sup>24</sup>

Server Cemal, “Ahlak-ı Siyasiye” yazılarını *Aşiyân*<sup>25</sup> dergisinde neşretmiştir. II. Meşrutîyet'in ilanını müteakip canlanmaya başlayan yayın hayatının<sup>26</sup> tezahürlerinden birisi olan *Aşiyân*, esasında bir edebiyat dergisi olmasına rağmen muhtevasında

<sup>17</sup> “Marsilya konsolosu merhum Server Cemal Beyin cenazesi dün sabah saat sekizde Teofil Gotye vapurile şehrimize getirilmiş, vapurdan alınarak Ayasofya Camiine naklolunmuştur. Bir Türk Bayrağına sarılan tabut musalla taşına konmuş ve burada öğle ezanına intizar edilmiştir. Saat on bir buçuğa doğru merasime iştirak edecek olanlar gelmeğe başlamışlardır. Öğle namazını müteakip cenaze namazı kılınmış, dinî merasim ifa edilmiş ve tabut musalla taşından alınarak cenaze otomobiline yerleştirilmiştir. Buradan cenaze otomobilinin önünde askeri bir bando ve müteaddit çelenkler, iki tarafında polisler, jandarmalar, askerî kıtaat, arkasında cenazeye iştirak eden zevat [bu meydana şairiazam Abdülhak Hamid Bey] olduğu halde hareket edilmiş, Divanyolu tarikile Türbe'ye kadar çıkıldıktan sonra Babıali caddesi takip edilerek Sirkeci'ye inilmiştir. Sirkeci'de resmî merasim nihayet bulmuş, cenaze bir motörle Kadıköy'üne geçirilmiş, oradan Suadiye'de hazırlanan Sahrayıcedid'teki aile mezarlığında hususi kabrine götürülerek defnolunmuş, Cenabi Hakkın rahmetine tevdi edilmiştir.” Cumhuriyet 2829 (22 Mart 1932), 1-2; Milliyet 2196 (22 Mart 1932), 6. Ölümünden yaklaşık kırk gün sonra mevlid merasimi de tertip edilmiştir: “Marsilya Başşehbenderi merhum Server Cemal Beyin ruhuna ithaf edilmek üzere nisanın on beşinci cuma günü öğle namazından sonra Teşvikiye camii şerifinde Hafız Kemal B[ey] Tarafından mevlidî şerif kıraat edilecektir. Merhumu seven ve taniyanların ve akrabasının hazır bulunabilmesi için ilanı keyfiyet olunur.” Cumhuriyet 2851 (13 Nisan 1932), 3.

<sup>18</sup> 14 Türk Yurdu 5 (1334/1918) 158-165.

<sup>19</sup> 1 Musavver Muhit 14 (29 Kanunusani 1324/11 Şubat 1909), 216.

<sup>20</sup> Server Cemal (Mekteb-i Hukuk Mezunlarından), ‘Tedrisat-ı Hukukiye’ (30 Nisan 1325/13 Mayıs 1909) İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası 2 130-134. Bu yazı, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi'nde “Hukuk Reformu Metinleri” dizisi kapsamında hazırlanmıştır: ‘Server Cemal'in Tedrisat-ı Hukukiye Başlıklı Mekteb-i Hukuk Eleştirisi’ (2017) haz. Rıdvan Abdurrahman Demirtaş, 24 Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları 2 99-103. Dizi editörü Ali Adem Yörük'ün ifadesiyle bu yazısından Server Cemal, “Mekteb-i Hukuk'u olumsuzlukları öne çıkararak tasvir etmiş, tedris usullerinin fenalığına, bazı hocaların yetersizliğine, derslerin ehline tevdi edilmemesine dikkat çekmiştir.”

<sup>21</sup> 1 Ulûm-ı Siyasiyye ve İktisadiyye Mecmuası 1 84-101

<sup>22</sup> 1 Ulûm-ı Siyasiyye ve İktisadiyye Mecmuası (1334/1918), 102-112; 2 201-208, 3 283-304, 4 384; Bkz. Yaşar Karayalçın & Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Bibliyografyası* (Sevinç Matbaası 1972) 81.

<sup>23</sup> Örn. “Nesl-i Cedid”, Yevmi Servet-i Fünun 15 (27, Temmuz 1324/9 Ağustos 1908), 4; “Ahmed Şuayb İçin”, Tanin 843, (8 Kanunusani 1911), 3; “Anatole Leroy-Beaulieu'nun Vefatı”, Tanin 1369 (22 Haziran 1912), 3; Fatih Taraflarında (Üstadım Ahmet Şuayb'e), Resimli Kitap, 1/3 (31 Eylül 1324/13 Ekim 1908), 239-244; Server Cemal, “Bir Leyle-i İncizab -Richepin'in Konferansı Münasebetiyle”, Tanin 1271 (16 Mart 1912), 4. [Bu yazılardan haberdar edip paylaştığı için Ali Adem Yörük hocama teşekkür ediyoruz.]

<sup>24</sup> Gövsa (n 1) 451.

<sup>25</sup> Edebi, ilmi, siyasi, içtimai, fenni, ahlaki... mecmuadır. Müessisi: İbni Sırrı Mustafa Namık [Çankı]. Sahib-i İmtiyaz: Salih Sırrı. Müdürü: İbni Sırrı Ahmed Cevdet. İstanbul, Şirket-i Mürettebiyye Matbaası, *Haftalık Dergi* (28 Ağustos 1324-27 Şubat 1325), I-II, 1-26; bkz. Hasan Duman, *Osmanlı-Türk Süreli Yayınları ve Gazeteleri (1828-1928)* (Enformasyon ve Dokümantasyon Hizmetleri Vakfı 2000) 154-155.

<sup>26</sup> Yasin Yılmaz, *Son Dönem Osmanlı Hukuk Düşüncesi* (Bir Yayınları 2018) 136.

sanat, bilim, ahlak gibi muhtelif konuların da işlendiği bir mecmua niteliğinde görünmektedir. Bu mecmua, 28 Ağustos 1908 ile 27 Şubat 1909 tarihleri arasında toplamda 26 sayı çıkmıştır. Tevfik Fikret, Abdülhak Hamid, Cenab Şehabeddin, Ahmet Haşim, Hüseyin Cahid, Ahmet Şuayb gibi dönemin önde gelen isimlerini yazar kadrosunda barındıran mecmuanın içeriğinde, Bostancı'nın tasnifine göre; edebî tenkit yazıları, edebiyat eğitim ve öğretimi, manzum ve mensur şiirler, kitabiyat yazıları, biyografi yazıları, bilim üzerine yazılar, fen ve siyaset, fikir hürriyeti, kadın ve kadınlık üzerine yazılar ve iktisadiyat üzerine eleştiriler yer alır.<sup>27</sup> Server Cemal'in siyasi ahlakı konu alan iki yazısı, alt başlığı da dikkate alındığında devlet ile birey arasındaki karşılıklı haklar ve vazifelere dair tespitleri barındırmaktadır. Bu yazılardan günümüz anlayışına siyasi ahlak kavramının değişim ve dönüşümünü tahlil etmeye geçmeden, onun genel anlamıyla ahlak tasavvuru üzerinde kısaca durmak yerinde olacaktır.

### Server Cemal'in Ahlak Tasavvuru

Server Cemal'in, *Ahlakîyâtın Suret-i Cedide-i Telakkisi* başlığıyla yayımlanan metni aslında Mason locasında yaptığı bir konuşmanın yazıya geçirilmiş halidir. 9 Mart 1917 akşamı yapılan musahabenin sonucunda böyle bir risalenin ortaya çıktığı belirtilmiştir. "Aziz ve muhterem biraderler" hitabıyla başlayan risale, ahlak felsefesi üzerine değinilerden oluşmaktadır.

Risalede ahlak nedir, ahlaki esaslar kesinlik arz eder mi, modern anlayışlara göre ahlakın tanımı ne şekilde yapılabilir, Masonlukla doğrudan ilgili bulunan yeni ahlak anlayışı hangi temeller üzerine yükseltilebilir gibi sorular üzerinde yoğunlaşılacağı vaadedilse de<sup>28</sup> bunların tamamına değinilememiş, bazı soruların cevaplanması sonraki bir sohbete bırakılmıştır, ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla ilgili başka bir metin bulunmamaktadır.

Server Cemal, insanların ilkel durumlarından çıkarak toplum olarak yaşamaya başlamaları hakkında kısa bir başlangıç yapmış, ahlak deyince eskiden örf ve âdetlere göre davranmanın anlaşıldığını, ancak artık ahlakın kesinlik arz etmeyi göreceli bir niteliğe büründüğünü ifade etmiştir.<sup>29</sup> Diğer meseleler gibi ahlakın bir ilim konusu yapılması ve tahsil edilmesi gerektiği söylenmiş ve ahlakın temelinin menfaat/fayda, gayesinin ise mutluluk olduğu iddia edilmiştir.<sup>30</sup> Metinde isim ve kaynak belirtilmesi de aslında Jeremy Bentham ve John Stuart Mill'in faydacı ahlak kuramının benimsendiği tespit edilebilir.

<sup>27</sup> Kahraman Bostancı, 'Servet-i Fünun Duyarlılığını Yansıtan Bir Mecmua: Aşşyan ve Dizini' (2010) 4 *Yeni Türk Edebiyatı Araştırmaları* 2, 199-229.

<sup>28</sup> Server Cemal, *Ahlakîyâtın Suret-i Cedide-i Telakkisi* (1917) 4.

<sup>29</sup> Server Cemal (n 28) 5-7.

<sup>30</sup> Server Cemal (n 28) 17- 22.

Ahlak bu risalede şu şekilde tanımlanmıştır: “Tetkik ve tecrübe ve müşahede neticesi, ilm-i beşer, ilm-i vezaifu’l-a‘za, ilm-i marifet-i nefis, ilm-i hukuk kavâidinden istinbat eylediği esasâta istinaden beşeriyetin terakki ve saadetine çalışan ilimdir.”<sup>31</sup> Server Cemal, “toplumsal yapı değiştiğinde ahlak da değişir” teorisini benimsemiş, ahiret azabı üzerine kurulu ahlak anlayışının çöktüğünü, artık ahlakın var olması için metafizik bir temele gerek olmadığını savunmuştur.<sup>32</sup> Burada özellikle Masonlukta Fransız geleneğinin seküler ve akılcı ahlakî öğretilerinin anlatıldığı söylenebilir.<sup>33</sup> Osmanlı son döneminde klasik dönemdeki din temelli ahlak anlayışından sapmalar müşahade edilebilir. Bu bağlamda din/inanç ve ahlak arasındaki bağı zayıf görenler olmuştur.<sup>34</sup> Şimdi din, ahlak ve siyaset bağlamında siyasi ahlak kavramı tartışılabilir.

### Server Cemal'in Siyasi Ahlak Anlayışı

Server Cemal, siyasi ahlaka yönelik makalelerini II. Meşrutiyet'in ilanından birkaç ay sonra kaleme almıştır. Bu yılların bir arayışlar dönemi olduğu hatırlandığında onun siyasi ahlak kavramını bir gelecek projesi<sup>35</sup> kapsamına yerleştirmeye çalıştığı sezilmektedir. Öncelikle tarih öncesi zamanlardan konu başlatılarak insanlığın evrimleşmesiyle ilkel yaşamdan toplumsal yaşama geçişin nasıl olduğu açıklanır. Topluluk halinde yaşama fikrinin bir aile kurma hissi ile ortaya çıktığı ve insanlığın ilerlemesinin manevi başlangıcının bu fikir olduğu belirtilir. Bu fikir sonrası ahlakî durum da değişmeye başlamıştır. Bu çerçevede Server Cemal'e göre ilk insan toplulukların oluşmasına neden olan menfaat düşüncesidir.<sup>36</sup>

İlkel dönemlerde genel ahlaktan söz edilebilir. Ancak yöneten-yönetilen farklılaşmasının henüz belirginleşmediği dikkate alındığında siyasi ahlakın oluşmadığı modern literatürde zikredilir.<sup>37</sup> Oysa Server Cemal, menfaat düşüncesi kapsamında siyasi ahlakın temelini ilkel dönemlerden itibaren ele almaktadır. Zira birey, kendi öznel çıkarı için diğerlerini dikkate almak zorundadır. Buna bağlı olarak toplumun ortak menfaati için ortaya bazı sınırlar çıkar. Kişisel menfaatler, yerini toplumsal bağlamda karşılıklı ve ortak olan menfaatlere bırakır. Bu anlayış sonrası toplumsal erdemler de oluşmuştur. Bu çerçevede Server Cemal, siyasi ahlakın hareket noktasının ikiz bir anlama sahip olan *ortaklık* ve *karşılıklık* fikirlerinden kaynaklandığını ifade eder. Buna göre kişilerin canını ve malını koruma ihtiyacının neticesi, ortak savunma anlayışıdır ki siyasi ahlakın temeli burada aranmalıdır.<sup>38</sup>

<sup>31</sup> Server Cemal (n 28) 22.

<sup>32</sup> Server Cemal (n 28) 23.

<sup>33</sup> Bkz. Azmi Özcan, 'Masonluk' md. 28 TDV İslam Ansiklopedisi (2003) 95-99.

<sup>34</sup> Bkz. Hüsamettin Erdem, *Son Devir Osmanlı Düşüncesinde Ahlak*, (Dem Yayınları 2006), 79-80.

<sup>35</sup> Siyaset ve ahlakî birbirine bağlayan bu boyutun bir gelecek projesi içermesi hakkında bkz. Türker Alkan, *Siyasal Ahlak ve Siyasal Ahlaksızlık* (Bilgi Yayınevi 1993), 151.

<sup>36</sup> Server Cemal, 'Ahlak-ı Siyasiye: Hükümet ve Efradın Hukuk ve Vezaif-i Mütakabilesi' (1324/1909) 2 Aşyan 18 153.

<sup>37</sup> Alaaddin Şenel, 'Siyasal Ahlak: Kapsamı, Açmazları, Tipolojisi' in Türker Alkan (ed) *Siyasal Ahlak ve Siyasal Ahlaksızlık* (Bilgi Yayınevi 1993) 260.

<sup>38</sup> Server Cemal (n 36) 154.

Esasında ahlak kuralları, bireylerin diğer bireylerle ve toplumla ilişkilerini düzenleyen normlardır.<sup>39</sup> Ortaklık ve karşılıklılık unsurları ahlak kuralları içinde görülebilir. Nitekim Server Cemal, ilk önce siyaset ve ahlak ayrımını yapmaktan ziyade ahlak kuralları içinde siyasi ahlakın temelini aramaktadır. Modern literatürde siyasetle ahlak arasındaki kesişme noktalarından birinin yöneten-yönetilen ilişkisi olduğu ifade edilir.<sup>40</sup> Bu ilişkiyi Server Cemal, yöneten-yönetilen farklılaşmasının henüz oluşmadığı devletsiz olan ilkel toplumlardan<sup>41</sup> itibaren incelemektedir. İnsanları topluluk halinde yaşamaya iten menfaat düşüncesi, her bireyin kendi gücünü toplumun emrine amade kılmasını gerektirmiştir. Zira toplumsal yaşama bağlılık fikrinin aslı, ruhu ve özü de budur.<sup>42</sup> Ancak bu anlayış, insanların kendilerini ve içinde yaşadıkları topluluğu sorgulamaya başladıkları zaman değişecektir.

Topluluk olarak örgütlenmeden amaç, esasen karşılıklı korumadır ve her bireyin kişilik ve kimliğini topluluk için feda etmesi gerekli değildir.<sup>43</sup> Bu değişim ve dönüşümü Server Cemal, siyasal ahlak hakkındaki görüşlerin dayandığı iki temel kavram üzerinden değerlendirir. Bunlar din/kutsallık ve egemenlik kavramlarıdır.<sup>44</sup> O, şiddet ve vahşetin hüküm sürdüğü ilkel zamanlarda dışarıdan gelebilecek tehlikeler nedeniyle ilk olarak askeri medeniyetin temellerinin atıldığını belirtir. Zira dış tehlikeler devam ettiği sürece ona karşı koyabilecek bir kuvvetin varlığı topluluk için öncelik olmuştur. Böylesi dönemlerde topluluklar veya kabileler, başlarında bulunan mutlak ve otoriter reislerin egemenliklerini kabul etmişlerdir (askeri nüfuz). Bunun yanı sıra dış tehlikelerin ve meşguliyetlerin az olduğu yerlerde reislerin egemenlikleri birtakım ilahi kuvvetler ile temsil olunmuştur (ilahi nüfuz). Server Cemal, her iki egemenlik şekli altında da reislerin kendilerine verilen hak ve statüyü suiistimal ettiklerinden dem vurur. Özellikle görünüşte daha masum görünen ilahi nüfuzun hem manevi (ruhen) hem de maddi (bedenen) etkisi itibarıyla askeri nüfuzdan daha tehlikeli sayılması gerekir. Farklı egemenlik türleriyle bireyin varlığı, sınırları belirlenmiş dairelere hapsedilmektedir. İşte bu dönemde ahlak anlayışı mutlak bir reise bağlılık idealidir; başka amaç ve arzuların olmadığı inanışıyla reise sessiz ve isyansız itaattir.<sup>45</sup> Nitekim

<sup>39</sup> Alkan (n 35) 19.

<sup>40</sup> Siyasi ahlakın özgülüğünü belirleyen yönler için bkz. Alkan (n 35) 108.

<sup>41</sup> Mustafa Koçak, *Bati'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar – Yeni Anlamlar)* (Seçkin Yayınları 2006) 29; Oktay Uygun, *Demokrasi (Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar)* (Onikilevha Yayınları 2020) 9; Örneğin Atina demokrasisinde “yasama, yürütme ve yargılama faaliyetlerinin bizzat halk tarafından yerine getirilmesi nedeniyle devlet ve toplum ayrı kavramlar olarak düşünülmemiştir.” Bkz. Uygun (n 41) 83.

<sup>42</sup> Şenel'e göre yöneten-yönetilen farklılaşmasının olduğu uygar toplumlarda siyasal ahlak ilkeleri, siyasi birimle sınırlı kalacak şekilde görülebilir. Bkz. Şenel (n 37) 260.

<sup>43</sup> Server Cemal (n 36) 155. M.Ö. Yunan uygarlık tarihinin siyasal kurumu Polis'te bir insanın hukuki varlık ve değer kazanabilmesi bireyin maddi ve manevi tüm değerleri itibarıyla Polis'e bağlanması ve hükmü altına girmesi ile mümkündür. Zira bireyin tüm faaliyetleri Polis'in çıkarına hizmet etmeye yönelik olup aksine bir durumda tüm varlık ve değerlerini, haklarını kaybedecekleri bir anlayış hakimdir. Kısaca birey, Polis'in yurttaşı olarak Polis'in dini-siyasi yapısı içinde erimelidir. Bkz. Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (Beta Basım Yayım Dağıtım 2017) 1-2; Ayrıca bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı* (Seçkin Yayıncılık 2004) 19.

<sup>44</sup> Bkz. Şerafettin Turan, “Tarih Boyunca Siyasal Ahlak”, in Türker Alkan (ed) *Siyasal Ahlak ve Siyasal Ahlaklılık* (Bilgi Yayınevi, 1993) 316.

<sup>45</sup> Server Cemal (n 36) 154.

bu anlayışın süreç içinde monarşilerde de görüldüğü söylenebilir. Ahlaki ve siyasi ahlaka uygun olan, monarkı sevmek ve ona hizmet etmektir. Monarka sadakatsizlik, bir “siyasi ahlaksızlık” olarak görülür.<sup>46</sup>

Server Cemal, ahlakî ve düşünsel gelişimin sıkı bağlarını izah için milli güvenlik ve genel asayiş bakımından asker (ordu) üzerinden örnekler vermektedir. O, milli güvenliğin ve genel asayişin sağlanmasında herkesin sorumluluğu olduğundan bahseder. Buna göre herkesin savaşıacak durumda olması gerektiği ve askeri mükellefiyetin herkes için zorunlu olması kabul edilmelidir. Zira askerlik herkes için olmazsa imtiyazlı bir zümre ortaya çıkabilir ve bu zümre ülkede gücün tek sahibi olabilir. Diğer taraftan ordu, ücretli askerlerden de oluşmamalıdır,<sup>47</sup> çünkü savaş bunlar için sadece bir ticarettir. Bu ise makam hırsı olan birileri tarafından kötüye kullanılabilir. Yani her iki şekilde de sahip olunan kuvvet suiistimal edilebilir.

Askerlik mükellefiyeti veya savaş hali durumunda askerin görevi yeterli süreyi de aşmamalıdır. Zira askeri mükellefiyetin süresi sadece vatan savunmasına yetecek kadar eğitim verilmesi ile sınırlı olmalı ve ordu ise vatanperver bir şekilde görevini yerine getirir getirmez kışlasına çekilmelidir. Ordu, medeni ve siyasi düşüncesini daima korumalıdır. Buna göre görevini tamamlayan asker, kışlanın dışına çıktığında barış ve dinginliği isteyen bir vatanperver duygusuna sahip olmalıdır.<sup>48</sup> Her ne kadar burada açıkça kelimelere dökülme de Osmanlı İmparatorluğu'nun 16. ve 17. yüzyılları sonrası askeri sınıfta görülen ahlaki çürümeye ve bunun toplumsal yaşama getirdiği olumsuzluklara işaret edildiği söylenebilir. Zira bu anlayışa göre Osmanlı'da paralı askerlerin finansmanında yaşanan problemler nedeniyle siyasi bağlılıklarının azalması, zamanla merkezi otoriteye olan itaat ve bağlılığın çözülmesiyle sivil ve merkezi otorite üzerinde kurdukları egemenliğin güçlenmesi, koruma ve savunma görevinin yanında gittikçe siyaset, ekonomi, ticaretle ilgilenmeleri ve maaş kaygısına düşmeleri öncelikle iş disiplini etkilemiş ve meslek ahlakını bozmuştur. Buldukları statüyü ve sahip oldukları nüfuzu kullanmaları ve yine askeri zorbalığın da çarşı-pazara inmesi sivil hayatın dengesini bozmuştur.<sup>49</sup> Bu itibarla Server Cemal, askeri sınıfın olağan dönemde ve kışla dışında üzerine düşen siyasi ahlakı taşıması gerektiğinden bahseder. Ayrıca o, ordunun bu yöndeki siyasi ahlakını genel fayda ile birlikte düşünmektedir. Bu anlatılardan siyasi ahlaktan toplumun genel faydasının anlaşıldığını da görmekteyiz.<sup>50</sup>

Server Cemal, bu evrimsel düşünceye her milletin muhtaç olduğunu belirterek dönemine ışık tutacak eleştiriler de serdetmekte ve tavsiyelerde bulunmaktadır.

<sup>46</sup> Şenel (n 37) 260.

<sup>47</sup> Server Cemal, 'Ahlak-ı Siyasiye: Hükümet ve Efradın Hukuk ve Vezaif-i Mütakabilesi' (1324/1909) 2 Aşyan 19 177-188

<sup>48</sup> Server Cemal (n 47) 178.

<sup>49</sup> Hakkı Karasahin, 'Osmanlı İmparatorluğunda Ordu, İhtilal ve Din' (2019) 9 Mizanü'l-Hak: İslami İlimler Dergisi 2 52, 55.

<sup>50</sup> Server Cemal (n 47) 177-178.

Öncelikle genel bir çıkarımla onun meşrutiyet savunusu yaptığını ve daha da ötesi geniş anlamıyla<sup>51</sup> demokrasi veya cumhuriyet taraftarı olduğunu belirtebiliriz. Öyle ki o, siyasi ahlakı iktidarın sınırlanmasında, temel hak ve özgürlüklerin tanınarak insanların haklarının güvence altına alınmasında görmektedir. Bu aslında anayasal bir düzeni ifade eder. Server Cemal, özellikle ve öncelikle milletin mutlakiyet ve meşrutiyet arasındaki büyük farkı bilmediğinden yakındır. Bu ciddi farkın, toplumun her kesimi tarafından bilinmesi icap eder. Bu bilinç, halkın çoğunda olmadığı için meşrutiyetin zorunlu gereklerinden olan seçim hakkında dahi insanların zıt fikirlerde olmasından kaynaklı olarak ortak bir reform programı uygulanamamaktadır. Fakat meşrutiyeti her şeyiyle kabul etmek ve benimsemek oldukça kolaydır. Bir millet; özgürlük, eşitlik ve birlik için gerekli olan çalışma ve gelişme adımlarını atmalı, bunu bir yük olarak görmemelidir.<sup>52</sup> Öncelikle ilerlemenin ilk adımı insanın kendi yalnızlığından çıkması ve topluma dahil olmasıdır. Genel asayişin sağlanması bakımından da insanın özgürlüğüne sınırlar konulabilir. Bu sınırlar, yalnız yaşamının getirdiği zorluklardan daha hafiftir.<sup>53</sup>

İktidarın sınırlandığı bir meşrutiyet, bu denli savunulur ve tavsiye edilirken ortada bulunan çelişki ve bunun olumsuz sonuçları görmezden gelinemez. Zira yöneten-yönetilen ilişkisi gibi temel bir sorunun ürünü olan siyaset, toplumdaki çelişkileri çözenin de asıl merciidir.<sup>54</sup> Bu çerçevede insanların haklarının güvence altına alınması gerektiği çıkarımı yapılabilir. Geçmişte kanunların güvencesi altında yaşamış olanların haklarını ve menfaatlerini bir çırpıda ortadan kaldırmak aşırıdır. Bununla birlikte zayıfları ezen ve belirli bir sınıfı koruyan ve kollayan kanunları ve kurumları muhafaza etmek de isabetli olmaz.<sup>55</sup> Bu hususu Server Cemal, siyasetin bir problemi olarak görmekte ve bu problemin çözümünü ise siyasi ahlakta bulmaktadır. Zira mutlakiyet altında bireyler, her şeyi yapabilme iktidarına sahip olduğuna inandıkları reislerinden zulüm görmedikleri sürece yüzyıllarca sabredebilirler. Her ne kadar bireylere telkin edilenler çerçevesinde yüceliği ve ayrıcalıklı konumları söz konusu olsa da bireylerin sorgulama fikri sonrası oluşan şüphe, devrim yapmakla neticele-nerek herkesi olması gerektiği konuma koyuverir. Devrim korkusu ister mutlakiyet ister görevini layıkıyla yerine getiremeyen meşrutî idare bakımından olsun, aynıyla

<sup>51</sup> Osmanlı'da din temelli ahlak anlayışını savunanlar da istişare kavramı çerçevesinde meşrutî fikirlere sıcak bakmışlardır. Bkz. Erdem (n 34) 267-268. Geniş anlamda cumhuriyet kavramı, demokrasi kavramı ile eş anlamlı olarak ele alınır. Bu yaklaşımda cumhuriyet sadece monarşinin tersi olarak görülmez. Cumhuriyet, demokratik düzenin temel prensiplerini içinde barındıran geniş bir kavram olarak düşünülmektedir. Bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukuku Genel Esasları Ders Kitabı* (Ekin Yayınları 2021) 181.

<sup>52</sup> Server Cemal (n 47) 178; Meşrutî hükümette görülen bu mevcut kargaşa hali düzen isteyenleri korkutmamalıdır. Mutlakî hükümetin ortadan kalkması, düzen arayışında olanlar için iyidir. Zayıfların üzerinde hakimiyet icra eden bir güç tasvip edilebilir mi? Tüm kuvveti kendisinde toplamış bir hükümdar, kendi gözüyle hiçbir şey görmez. Basın serbest olmadığı için dünyadaki gelişmelerden sadece yakınları veya danışmanları kendisini haberdar eder. Server Cemal bu tasvirinden sonra ülkenin bunu acı bir şekilde tecrübe ettiğini belirterek rahat nefes almaya daha birkaç aydır yeni başladığını söylemiştir. Bkz. Server Cemal (n 47) 186.

<sup>53</sup> Server Cemal (n 47) 177.

<sup>54</sup> Alkan (n 35) 109.

<sup>55</sup> Server Cemal (n 47) 179-180.

geçerlidir.<sup>56</sup> Bu nedenle çıkarların devlet tarafından herkes için korunması gerekmektedir. Devlet, bir zümre veya sınıfı önceliklemez.

Özgürlüklerin ve hakların güvence altına alındığı bir ortamda vatandaş olduğunu hisseden halk, siyasi haklarının elinde olduğunu bilir. Halk, kazandığı bu siyasi bilinçle sorumluluğunu taşıyan yönetenlere karşı daha zor beğenir hale gelecektir.<sup>57</sup> O halde menfaat dengesinin temeli olan ve eşit haklar anlayışının emrettiği şekilde kanuna uygun olarak kolayca yapılabilecek reformlar vakitlice yapılmaz ise aslında kolayca düzeltilebilecek bir durumun belki de ümitlerin tükendiği, ısrıpların çoğaldığı, suiistimallerin arttığı, kin ve intikam duygularının ortaya çıktığı bir vakitte şiddetle veya vahşetle düzeltilmesi kaçınılmaz bir hale gelecektir.<sup>58</sup> İşte bu nedenle “toplumsal yaşamın olanaklı, uyumlu, olumlu, verimli süresini sağlayacağı düşünülen normlar”ın<sup>59</sup> tesis edilmesi gereklidir. Yani Server Cemal’e göre de yüksek ahlaki ilkeler gecikmeksizin koyulmalıdır. Zaten adil bir meşruti hükümetin tek yüksek amacı vardır: Bir zümrenin veya sınıfın değil tümüyle millet fertlerinin menfaatleri için çalışmak, yani siyasi ahlaka uygun davranmak.<sup>60</sup>

Bireylerin siyasi ahlaka yönelik kendilerine düşen vazifeleri yerine getirmelerinde siyaset müessesesine düşen yükümlülükler<sup>61</sup> de vardır, bununla birlikte ahlaki çözümler ve bozulmanın çaresi bireyin kendisinde aranabilir. Bu nedenle siyasi ahlak bağlamında bireylere düşen vazifelerin ifasında siyaset müessesesinin taşıdığı sorumluluklar da irdelenmelidir.<sup>62</sup> Nitekim Server Cemal, meşruti bir hükümetin taşıması gereken vazifelerin yanında bireylerin de siyasi ahlaka uygun davranmalarını gerektiğinden bahseder. Bu, bireylerde olması gereken ahlaki vasıflar ve kanuna uyma anlayışına sahip olma üzerinden anlatılır. Bireyler, ilkel yanlarını kontrol ederek nefsinin terbiye etmeli, kibir, şiddet ve tembellikten uzak durarak kararlı ve ilkeli, kısaca karakter sahibi olmalıdırlar. Ayrıca onlar, toplumsal hayatı idare edecek olan hukuk düzenine yani kanuna isteyerek uyma davranışını sergilemelidirler. Bu, milli asayişin sağlanmasına katkı sunduğu gibi bireylerin ilkel yanlarına da set çeker. Aksi halde medeniyet ortadan kalkar. Bu nedenle kanuna uymak vatanperverliktir, özgür bir yönetimde kanuna uymamak vatan hainliğidir, zira vahşet ve cehalet dönemine dönmek, anarşiye yol açmak demektir.<sup>63</sup>

<sup>56</sup> Server Cemal (n 47) 178-179.

<sup>57</sup> Server Cemal (n 47) 179.

<sup>58</sup> Server Cemal (n 47) 180.

<sup>59</sup> Şenel'in siyasi ahlak tanımı için bkz. Şenel (n 37) 258.

<sup>60</sup> Server Cemal (n 47) 178-179.

<sup>61</sup> Alkan (n 35) 110.

<sup>62</sup> Siyasetin işlevi gereği toplumda ne kadar işlev varsa siyaset bunlarla ilgili olduğu ayrıca bunlardan sorumludur. Bkz. Alkan (n 35) 110.

<sup>63</sup> Server Cemal (n 47) 180-181.



Kanuna saygı, düşünme ve ifade özgürlüğünün de zorunlu bir sonucu olarak görülür. Yapılan kanunlar düzeltilmeye muhtaç olsa dahi kamuoyunu etkilemeye ve kanunların değiştirilmesini sağlamaya yönelik hukuki yollar eksik değildir. Bu nedenle Server Cemal hukuk dışı yolları uygun görmez. Mutlakiyet ve meşrutiyet yönetimleri altında kanuna uymak ve kanun gücüne yardım etmek hususlarını karşılaştırarak bireylerin vatandaşlık görevlerini açıklamaya çalışır. Mutlak ve zorba yönetimler altında keyfi kanunlara hizmet ve yardım ne kadar büyük bir kusur ise meşruti yönetimler altında kanunlara hizmet bir şan ve şeref olup toplumsal bir görevdir. Bununla birlikte Server Cemal, bu yardımın ne dereceye kadar olacağı sorusunu sorarak, bunun iyi açıklanması gerektiğine dikkat çeker ve bireylerin muhbirliği üzerinden bunu izah etmeye çalışır. İhbar kötüdür ve toplumsal güveni yok eder, kanun gücünü çoğu zaman halkın kötülüğüne ve kendi çıkarına kullanan baskıcı yönetimler altında ihbar, bir ihanettir. Diğer taraftan ihbar etmek, kimi zaman bir borç ve toplumsal bir görevdir. Zira göz önünde suç işleyen kimseye hareketsiz kalmak o kişinin gelecekte yapacağı kötülüklerin sorumluluğunu üstlenmektir. İhbar ancak şiddetli bir adalet duygusundan ve toplumsal görevin bir görünümünden doğmuş ise kabul edilebilir. Vatandaşlar; haksızlıklara, hırsızlıklara, yolsuzluklara ve cinayetlere kanun çerçevesinde dikkat kesilmelidir. Diğer yandan kanuna uymak, toplumsal bir görev olup, kötüye kullanılmamalıdır.<sup>64</sup>

Server Cemal, basın özgürlüğüne de değinir. Emile Zola'ya atıfla yüzyılın en etkili, en şifa veren ve en etkin düşünce açıklama araçlarından birinin basın olduğunu belirtir. Basın ve yayın faaliyetleri, toplum tarafından hissedilen bir ihtiyaçtır. Ancak Server Cemal, diğer taraftan toplumu basına karşı uyardıktan da geri durmaz. Aslında basının ekseriyetle boş ve yalancı olduğunu, gazetelerde yer alan haber yığınları içinde birkaç hakikat keşfedilirse bunun büyük bir kıvanç olduğunu belirtir. Gazetecilik kesinlikle bilimsel düşünceye uygun değildir. Zira gazeteciler temelde kamuoyunu etkilemeyi ve okuyucularına onların hoşuna gidecek şekilde olağanüstü ve heyecan verici olayları aktarmayı tercih ederler. Tarafgirlik, hırs, haksızlık, haset ve şiddet gibi hatalar, kusurlar ve zaafı gazetelerde de mevcuttur. Gazeteler, günübirlik olup gerçeklere ulaşmada sabır, metanet ve sükuta ihtiyaç vardır. Bu nedenle gazeteler eleştirel bir yaklaşımla okunmalı, hiçbir düşüncenin esiri olunmamalıdır.<sup>65</sup>

Server Cemal'in basına karşı bu gerçekçi yaklaşımından, ahlakın veya siyasi ahlakın tesis edilmesindeki zorluğun bir nedeni olarak basını gördüğü çıkarılabilir. Bu bağlamda ifade özgürlüğüne de değinilir, bu özgürlüğün iyi ve kötü yanlarının olduğu belirtilir. Bireyler, partizanca değil her şeye doğru ve eleştirel bir gözle bakmalı, seçme ve eleştirme özgürlüğüne sahip olmalıdır. Zeka gücü, yeteneği ve girişimci yönüyle öne çıkan birisinin manipülasyonuna karşı dikkatli olmak gerektiği gibi diğer taraftan bu nitelikleri taşıyan çalışkan insanlara da haset edilmesine ve bunların iftira

<sup>64</sup> Server Cemal (n 47) 181-182. Osmanlı ahlakçıları, devlet ve kanuna itaat hususunda büyük ölçüde ittifak halindedir. Bkz. Erdem (n 34) 278.

<sup>65</sup> Server Cemal (n 47) 182-183.



gibi silahlarla itibarsızlaştırılmasına müsaade edilmemelidir. Söylenen veya yazılan şeyler, bireyler tarafından bilinmeden, araştırılmadan ve körü körüne kabul edilirse özgürlük sözde kalır.<sup>66</sup> Server Cemal'in bu düşünceleri günümüzde "tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi" olan siyasi tartışma özgürlüğüne dönemi içinden bir bakıştır.<sup>67</sup> Bununla birlikte onun mutlak bir ifade özgürlüğünü kabul etmediği söylenebilir.

Server Cemal'in mutlakiyet rejimini eleştirdiğinden ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını, hükümetin görev ve yetkisinin belirlenmesi ve sınırlanmasını savunduğundan bahsedilmişti. Genel menfaate aykırı olmadığı sürece özgürlükler sınırlanmamalıdır. Bu minvalde, hükümet sistemleri bağlamında Fransa ve Amerika örnekleri gösterilir. Amerika'da temel hak ve özgürlüklerin anayasal düzeyde koruma altına alınması ve hürriyetlerin tam olarak tanınmasına karşılık Fransa'da 1870 felaketine<sup>68</sup> rağmen merkezîyet usulünü sağlama ve savunma gafletine<sup>69</sup> düşülmesi eleştirilir. İmparatorluğu yıkma götüren aynı mekanizmayı yani eski âdet ve kurumları korumada ısrar edilmiştir.<sup>70</sup>

Demokrasi; teknik, kurumsal ve hukuksal düzenlemelerinin yanı sıra, büyük ölçüde siyasal kültüre ve ahlaka dayanır.<sup>71</sup> Zira tarihsel olguların, kültürün, siyasi ve sosyolojik şartların ülkelerin hükümet sisteminin belirlenmesine ve sağlıklı işleyişine etki ettiği bilinmektedir. Bu çerçevede tek bir boyuttan meselenin çözümlenmesi ve çözülmesi mümkün değildir. Nitekim mutlakiyet rejiminden kalan siyasi ahlak norm ve alışkanlıkları meşrutiyet uygulamasında aynen devam ettirilemez.<sup>72</sup> Zira Server Cemal'e göre ilerleme ve insan mutluluğunun düşmanı atalarımızdan kalma âdetler ve kökten gelen hatalardır, kamu vicdanına aykırı olan duygulardır.<sup>73</sup> Bu itibarla genel ahlak anlayışı ile bütünleşmiş bir siyasi ahlak düzeni tasavvuru görülmektedir. Bunun çözümü milli birliğin sağlanabilmesinde görülür. Amerika ve Fransa karşılaştırmasını milli birlik olma ile ilişkilendirerek milli birliğin sağlam ve kuvvetli olduğu ülkeler bakımından memnuniyet doğuracak sonuçlar çıkacağı ifade edilirken bazı milletlerin farklı unsurlardan oluşması halinde ufak bir problem ile bu milli birliğin dağılacağı vurgulanır. Bu nedenle Amerika'da uygulanagelen sistem Fransa'ya, Fransa'da uygulanan sistem Türkiye'ye uygun düşmeyebilir.<sup>74</sup> Bu anlatılarda, siyasi ahlakın evrensel olmayıp topluma göre değişen göreceli yanının vurgulandığını görmekteyiz.

<sup>66</sup> Server Cemal (n 47) 183.

<sup>67</sup> Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü* (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2 Avrupa Konseyi 2018) 8.

<sup>68</sup> 4 Eylül 1870 tarihinde III. Napolyon'un Prusya İmparatorluğuna karşı almış olduğu "sedan" yenilgisiyle II. Fransız İmparatorluğu yıkılmıştır. Bu "felaket"in bağlamı için bkz. Mehmet Rifat Tunç, *Fransız Anayasa Hukuku (Tarihçe & Kurumlar)* (Legal Yayınları 2020) 115 vd.

<sup>69</sup> İmparatorluk yıkıldıktan sonra yapılan seçimlerde Monarşistler Cumhuriyetçilere karşı seçimi kazanmışlardır. Bkz. Tunç (n 68) 119.

<sup>70</sup> Server Cemal (n 47) 184.

<sup>71</sup> Alkan (n 35) 32.

<sup>72</sup> Alkan (n 35) 32 vd.

<sup>73</sup> Server Cemal (n 47) 188.

<sup>74</sup> Server Cemal (n 47) 184-185.

Server Cemal'e göre esasında sorumluluk hem hükümette hem de bireylerdedir. Sorumluluğun çoğu hükümete düşer, zira eğitim, ziraat, ticaret ve sağlık gibi hususları dikkate alarak dürüst ve girişimci nesiller yetiştirmek hükümetin vazifesidir. Zola'dan<sup>75</sup>, John Ruskin'den<sup>76</sup> örnekler verilerek en önemli noktanın eğitim olduğu ve en önemli sermayenin olması gerektiği şekliyle iyi yetiştirilmiş insanlar olduğu vurgulanır. Çocuklarımızın ve gençlerimizin eğitimi ve kazandıkları bilinç burada önem arz eder. Bu çerçevede gençlerin, en önemli ve kutsal vazifelerinden biri yerel yönetimlerde alacakları görevlerdir. Bu kişiler, yeniden ve sıfırdan inşa edilecek şehirlerde ve köylerde oranın yöneticisi konumunda olan büyük adamlardan daha fazla hizmet edebilirler. Ancak, yükselme hissi ve makam hırsı arkada bırakılarak görünüşte küçük ama hakikatte pek büyük olan bu göreve, büyük bir önem ile başlayarak çalışılmalıdır. Bu itibarla toplumun geleceği, yerel adımlarla başlayacak bir siyasi ahlaka bağlıdır.<sup>77</sup>

Devletin karşısında bireylerin sorumlulukları da siyasi ahlak kavramının diğer bir boyutunu oluşturur. Birçok şeyi hükümetten isteyerek ona bel bağlamak beyhude bir çabadır. Ayrıca ilerlemeyi sağlamak için siyasi güce ihtiyaç hissetmek lüzumsuzdur. Nitekim insanlığın bütün düşünsel açılımları mucit, filozof ve bilim insanı gibi girişimciler tarafından yapılmıştır. İnsanların pek çok girişiminin esasında devlet erkleri tarafından engellendiği görüldüğü için bireysel teşebbüsün öne çıkarılması gerekir.<sup>78</sup> Bununla birlikte Server Cemal, bireyleri üzerine düşen bu vazifeyi yerine getirmekten alıkoyan bazı hususlara dikkat çeker. Bireylerin girişimci ruhunu, gülünç olmak korkusu ve “acaba ne derler” anlayışı sekteye uğratmaktadır. Halbuki özgür ve aydın bir adamın ilk cesareti ve ilk görevi, kemale ermiş vicdanının her sesini dinleyerek hareket etmesidir. Toplumun hedefi, insanların bebekliklerinden olgunluk yaşlarına kadar bütün zaafalarını azaltmaya çalışmak, zayıfların yükselmesine hizmet etmektir. Bunun aksine bireylerin önüne set çeken anlayışlar ancak siyasi ahlaka tam olarak uymakla ortadan kaldırılabilir.<sup>79</sup>

## Sonuç

Son dönem Osmanlı düşüncesinde ahlak ve siyaset felsefesi bağlamında ele alınan kavramlardan biri de siyasi ahlaktır. Server Cemal de döneminin bir şahidi olarak ahlak ve siyasi ahlak kavramları üzerinde durmuştur. O, ahlak anlayışı itibariyle “toplumsal yapı değiştikçe ahlak da değişir” teorisini benimsemiş, ahiret azabı üzerine

<sup>75</sup> “Her fazla adam, bir fazla kuvvettir.”

<sup>76</sup> “Meşhur İngiliz ulemasından Ruskin gibi, “bir memleketin en büyük, en mahsuldâr sanatı, sanat-ı terbiyedir” diyerek buna inanmalı. Bu büyük adam der ki: “Bir gün hakiki servet damarlarının taş, toprak altında olmayıp vücut-ı beşerde olduğunu keşfedecekler. Anlayacaklar ki servetin en büyük vasıtası ve gayesi; kavi göğüslü, parlak nazarlı, mesrur kalpli mevcudât-ı insaniye yetiştirmektedir. Acaba sanayi-i millîye içinde iyi cinsten ruhlar yetiştirmenin en nâfi' sanayiden ma'dud olacağı iddia olunamaz mı?” Ne büyük bir hakikat!”

<sup>77</sup> Server Cemal (n 47) 187-188.

<sup>78</sup> Server Cemal (n 47) 186-187.

<sup>79</sup> Server Cemal (n 47) 188.

kurulu ahlak anlayışının çöktüğünü, artık ahlakın var olması için metafizik bir temele gerek olmadığını savunmuştur. Onun siyasi ahlak anlayışını ise dönemin siyasi şartlarının şekillendirdiği görülmektedir. Bu konunun Osmanlı elitlerinin bir kısmınca bir gelecek projesi kapsamında ele alındığı söylenebilir.

Server Cemal, haklar ve vazifeleri, yöneten ve yönetilen bakımından ayrı ayrı incelemekle birlikte her ikisinin de görev ve sorumlulukları olduğunu vurgular. II. Meşrutiyet sonrası kargaşa ve karmaşanın çözümü anayasal bir düzende yatmaktadır. O, siyasi ahlakı iktidarın sınırlanmasında, temel hak ve özgürlüklerin tanınarak insan haklarının güvence altına alınmasında görmektedir. Özgürlükler tanınmalı ve böylece uyulması gereken kurallar, ilkeler ve yöntemler tebarüz etmelidir. Bunların düzenlenmesi ve düzeltilmesinde sorumluluk hem bireylerde hem de hükümettedir. Sorun bir ahlak sorunudur. Toplumun genel faydası için yapılması gerekenler vardır. Bu çerçevede siyasi ahlak, devlet ve bireylerin karşılıklı hakları ve vazifeleri arasındaki ahlaki dengeyi tutturmaktadır.

Devlet bakımından ahlaka uygun olan milli güvenliğin ve genel asayişin sağlanması, adil bir demokratik hükümetin kurulması, bir zümrenin veya sınıfın değil tümüyle milletin menfaati için çalışılması, siyasi bilince sahip bireylerin yetiştirilmesi, eğitim, sağlık, ticaret, ziraat gibi hususlarda uygun koşulların sağlanarak dürtüst ve girişimci nesillerin yetiştirilmesidir. Birey bakımından siyasi ahlaka uygun olan, anayasal düzen içinde hak ve görevlerini yerine getirmektir. Örneğin milli güvenlik ve genel asayişin sağlanması amacıyla özgürlüklere getirilen sınırlamalara tahammül edilmeli ve buna saygı duyulmalıdır. Askerlik hizmeti yapmak da bu kapsamda değerlendirilir. Sözün özü Server Cemal'in siyasi ahlaktan toplum menfaatini yani toplumun genel faydasını anladığı görülmektedir. Genel faydanın gerçekleştirilmesi için herkes üzerine düşeni yapmalıdır. Siyasetçiler halka karşı sorumludur, onların yüce ve ayrıcalıklı konumları her zaman halkın gözlemi ve denetimi altında bulunmalıdır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Yazar Katkıları:** Çalışma Konsepti/Tasarım- Y.Y., M.K.; Veri Toplama- Y.Y., M.K.; Veri Analizi/Yorumlama- Y.Y., M.K.; Yazı Taslağı- Y.Y., M.K.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi- Y.Y., M.K.; Son Onay ve Sorumluluk- Y.Y., M.K.; Malzeme ve Teknik Destek- Y.Y., M.K.; Süpervizyon- Y.Y., M.K.

**Çıkar Çatışması:** Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Author Contributions:** Conception/Design of Study- Y.Y., M.K.; Data Acquisition- Y.Y., M.K.; Data Analysis/Interpretation- Y.Y., M.K.; Drafting Manuscript- Y.Y., M.K.; Critical Revision of Manuscript- Y.Y., M.K.; Final Approval and Accountability- Y.Y., M.K.; Material and Technical Support- Y.Y., M.K.; Supervision- Y.Y., M.K.

**Conflict of Interest:** The authors have no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The authors declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

### Arşivler

- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA.)  
Bab-ı Ali Evrak Odası (BEO), Nu. 43/322499.  
Dahiliye (DH.), DH.HMŞ., Nu. 4/1, DH.EUM.SSM., Nu. 58/28, Nu. 20/19, DH.HMŞ., Nu. 6/12.  
Hariciye Nezareti (HR.), HR.SYS., Nu. 2459/31, HR.SYS., Nu. 2727/7, HR.SFR.04..., Nu. 927/51,  
HR.İM., Nu. 63/70, Nu. 13/106, HR.İM., Nu. 23/7, HR.SFR.04..., Nu. 927/41, HR.İM., Nu.  
144/72, HR.İM., Nu. 144/5, HR.İM., Nu. 198/85.

### Kitap ve Makaleler

- Alkan, T, *Siyasal Ahlak ve Siyasal Ahlaksızlık* (Bilgi Yayınevi 1993).  
Bostancı, K, 'Servet-i Fünun Duyarlılığını Yansıtan Bir Mecmua: Aşiyân ve Dizini' (2010) 4 Yeni  
Türk Edebiyatı Araştırmaları 2.  
Duman, H, *Osmanlı-Türk Süreli Yayınları ve Gazeteleri (1828-1928)* (Enformasyon ve  
Dokümantasyon Hizmetleri Vakfı 2000).  
Erdem, H, *Son Devir Osmanlı Düşüncesinde Ahlak* (Dem Yayınları 2006).  
Gövsâ, İ. A, *Türk Meşhurları* (Yedigün Neşriyatı 1946).  
Göze, A, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (Beta Basım Yayım Dağıtım 2017).  
Gözler, K, *Anayasa Hukuku Genel Esasları Ders Kitabı* (Ekin Yayınları 2021).  
Hakyemez, Y. Ş, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı* (Seçkin Yayıncılık 2004).  
Karan, U, *İfade Özgürlüğü* (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2, Avrupa  
Konseyi 2018).  
Karaşahin, H, 'Osmanlı İmparatorluğunda Ordu, İhtilal ve Din' (2019) 9 Mizanü'l-Hak: İslami  
İlimler Dergisi 2 51-70.  
Karayalçın, Y & A Mumcu, *Türk Hukuk Bibliyografyası* (Sevinç Matbaası 1972).  
Koçak, M, *Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski  
Kavramlar – Yeni Anlamlar)* (Seçkin Yayınları 2006).  
Özcan, A, "Masonluk" md. 28 TDV İslam Ansiklopedisi (2003).  
Server Cemal, *Ahlakiyatın Suret-i Cedide-i Telakkisi* (1917).  
Server Cemal, 'Ahlak-ı Siyasiye: Hükümet ve Efradın Hukuk ve Zeaif-i Mütakabilesi' (1324/1909)  
2 Aşiyân 18, 19.  
Server Cemal, 'Küçük Hikaye ve Âtisi', (1324/1909) 1 Musavver Muhit 14.  
Server Cemal, 'Nâdîde', (1334/1918) 14 Türk Yurdu 5.  
Server Cemal. 'Tedrisat-ı Hukukiye' (1325/1909) 2 İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası.  
[Çeviriyazısı: 'Server Cemal'in Tedrisat-ı Hukukiye Başlıklı Mekteb-i Hukuk Eleştirisi' (2017)  
haz. Rıdvan Abdurrahman Demirtaş, 24 Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları 2].  
Şenel, A, 'Siyasal Ahlak: Kapsamı, Açmazları, Tipolojisi' in Türker Alkan (ed), *Siyasal Ahlak ve  
Siyasal Ahlaksızlık* (Bilgi Yayınevi 1993).  
Şimşir, B. N, 'Cumhuriyetin İlk Çeyrek Yüzyılında Türk Diplomatik Temsilcilikleri Ve Temsilcileri  
(1920-1950)' (2006) 22 Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 2.

Tunç, M. R, *Fransız Anayasa Hukuku (Tarihçe & Kurumlar)* (Legal Yayınları 2020).

Turan, Ş, “Tarih Boyunca Siyasal Ahlak” in Türker Alkan (ed), *Siyasal Ahlak ve Siyasal Ahlaksızlık* (Bilgi Yayınevi 1993).

Uygun, O, *Demokrasi (Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar)* (On İki Levha Yayınları 2020).

Yılmaz, Y, *Son Dönem Osmanlı Hukuk Düşüncesi* (Bir Yayınları 2018).

## İnternet Kaynakları

Türkiye Cumhuriyeti Atina-Pire Başkonsolosluğu (<http://atinapire.bk.mfa.gov.tr/Mission/MissionChiefHistory>).

Türkiye Cumhuriyeti Atina-Pire Başkonsolosluğu (<http://marsilya.bk.mfa.gov.tr/Mission/MissionChiefHistory>).

İstanbul Üniversitesi Gazeteden Tarihe Bakış Projesi (<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/GAZETE>).

## EK (Ahlak-ı Siyasiye: Hükümet ve Efradın Hukuk ve Vezaif-i Mütakabilesi)

Edvârın tekamülüyle beşeriyet-i hâzırayı vücuda getiren ezmine-i kable't-tarihiyedeki o ilk vahşi insanlar arasında revâbit ve münâsebâtın ne derecelerde bulunduğuna dair bir fikr-i sahih ve kat'î edinmek kâbil değildir. Fakat şimdi dünyada mevcut olan aşâir-i vahşiyeye bakarak tekamül-i beşeriyetin bu ilk kademelerine ait hakikat doğruca bir takım faraziyât ile meydana çıkabilir. Önümüzde misal olmasa bile muhakemât-ı mantıkiye ile aynı netâyice destres oluruz. İlk insanlar, müdhiş canavarlar arasına mübareze-i hayat için alet-i müdafaa olarak taş ve değnek gibi şeylerden başka bir şey bilmedikleri zamanlarda pek sefilâne bir ömür geçirmişler ve açlık tehlikelerine, âkilü'l-lahm hayvanât-ı cesimenin muhâcemâtına maruz kalmışlardır. Artık bu şerâit dairesinde yaşayan insanların, hodbinliği vahşet derecesine kadar ilerletecekleri aşikâr idi. Cemiyet üzere yaşamak hiss-i tabiisinin mefkud denemek kadar az bir derecede görüldüğü bu zamanlarda birisinin avladığı şikar için diğerin[e] hiçbir hak tanımayacağı tabii idi. İşte bir çok zamanlar, eslâfımızın en büyük meşgalesi, hayvanât ve hemcinsleriyle muharebe etmek olmuştur. Nihayet bir lem'a-i zeka, daha doğrusu bir hiss-i teşkil-i aile onları heyet-i müctemia tarzında yaşamak fikirlerine doğru sevk etmiştir ki terakkiyât-ı beşeriyenin mehd-i manevisi bu fikir olmuştur.

Bu vakitten itibaren vaziyet-i ahlakiye değişmeye ve hissiyat-ı cedide nümâyân olmaya başlamıştır. Ve yine bu vakit, menâfi-i mütezâdde-i hodbinâne, cemiyetin menafi-i müşterekesiyle tahdid olunarak idare olunmaya başlanmıştır. Maamafih teşekkül eden cemiyetler, kabileler, yine birbirlerine karşı adâvât beslerler, muharebe ederlerdi. Fakat yavaş yavaş, bir kabile arasındaki efrad -kendi menfaatleri iktizası-diğerrinin şikârını kapmaya gayret etmişlerdir. Şüphesiz bu gayret-i tevakki, tekrar infirad-ı ibtidaiyenin mezahimine düşmemek içindi. Daima birtakım mehâlîke maruz olan şerait-i ibtidaiye-i hiyaniyenin serbestî-i garibi onları, aralarında mukavelât-ı zımniye akdine mecbur kılmıştır. Çünkü bunlar olmadan ittihad gayr-ı kabildi. Her fert kendi kabilesinin himayesine mazhar olmak için daima onun hukukunu muhafazaya âmâde bulunmalı idi. Ve böyle cemiyât ve kabâil teşekkül edince mesai-i müctemiayı sevk ve idare etmek, bir yere toplanmak için tabii silsile-i meratib vücuda geldi. Bu halde ya en kuvvetli, ya en şeci veya en zeki olan malum ve muayyen bir nüfuza mutavaat mecburi oldu. Bu tahakküm, yalnız muharebe işlerine münhasır kalmadı. Kabileler, nüfusca kabardıkça birinin menâfi'ini, hayatını, diğerrininin şiddetlerine, hodbinliklerine karşı muhafaza etmek maksadıyla günden güne daha müsbet nizamât ve şeraite lüzum hissedildi. Cemiyet bir kere teşekkül edince tabii dahil ve hariçten gelecek mehâlîke karşı efradını muhafaza etmek için birtakım kavanin ve müessesât vücuda getirildi.

İnsanlar, daima kendilerini uzun bir müddet ağuşunda saklayan muhitâna rapt-ı kalb ederler. Böyle cemiyet üzere yaşamak adet hükmüne girince, bu tarz-ı maişetin iyilikleri anlaşılmaya başlanınca, bu his eski hale avdet korkuları arasında tekamül etti. Huzur ve rahatlarını temin eden, onlara yaşamak için av kuşları, meyve veren yerlere bir muhabbet-i mahsusâ hissetmeye başladılar. Hiss-i vatanperverî, uhuvvet ve teavün, beldeyi vücuda getirdi. Ve işte tekemmül eden bu haymelerden, bu kabilerden, fikr-i beşerin tekamül-i tabii ve mantıkisi sayesinde bütün sanâyi', bütün tasavvurât ve idrakâtıyla medeniyet doğdu.

Görülüyor ki ilk hey'ât-ı beşeriyeyi vücuda getiren ve makul ve makbul esbaba müstenid olan saik, fikr-i menfaatir. Daha sonraları bundan tevellüd eden hissîyât, fezâil-i ictimaiyeyi vücuda getirdi. Fakat asıl cemiyetlerin katiiyen teşekkül ve idamesine hadim olan en büyük kuvvet ihtiyac-ı himaye olmuştur. Fikr-i müşâreket ile fikr-i mukabele tev'em oldukları gibi ahlak-ı siyasiyenin düstur-ı hareketi de hariç ve dahilden gelecek tehlikelere karşı efrad-ı şirketten herbirini kuvve-i müştereke ile müdafaa etmek, onun himayesini herkese temin etmektir. Ve yine bu silsile-i muhakemeyi takip ederek ahval-i mümâsele karşısında her ferd kuvvetini cemiyetin emrine amade olarak saklamalıdır. İşte bütün efkar-ı cemiyetperverânenin aslı, ruhu, nahmı [?] budur.

Şiddet ve vahşetin hükümfermâ olduğu zamanlarda insanlar en ziyade hariçten gelebilmesi ihtimali olan mehalike hasr-ı dikkat etmişlerdir. Ve işte o zaman medeniyet-i askeriyenin esasları kurulmuştur. Cemiyet, harici düşmanlarının mehâcemâtına mukavemet edecek derecede kuvvetli ise başka bir şey istemezdi. Bu zamanlar kabileler, cemiyetler başlarında mutlak ve mütehakkim reislerle her noktalarına varıncaya kadar müsellah olarak duruyorlar ve tabii bu reisler efrad tarafından kendisine verilmiş olan hak ve payeyi suistimal etmeye başlıyorlardı. Mehalik ve meşâğil-i hariciyenin az bulunduğu yerlerde kuvve-i fevkalâde birtakım kuva-yı semaviye suretinde temsil olunurdu. Birbirinden farklı olan bu tahakküm suretlerinin ikisi de aynı suistimalâta sapıyorlardı. Zahirde daha az kavi ve daha az vahşi görünen nüfuz-ı manevi hem ruhlar hem vücudlar üzerine diğerinden ziyade icra-yı tesir ediyor, mevcudiyetleri mahdud daireler altına almaya çalışıyordu. Fakat tekamül-i fikrî, inkiyad-ı ahlakîyi hissölunacak bir dereceye henüz is'ad edememişti, aynı şerâit dairesinde metbu' ve makhur olan birçok cemiyetler boyunduruğa velvelesiz, isyansız tahammül ediyorlardı. Onlar, dünyada insanların bir reis-i mutlaka inkiyaddan başka emelleri, arzuları olabileceğinden şüphe bile etmiyorlardı. Fikr-i tecessüs uyanmaya, reislerin bu hüküm ve nüfuzu, bu unvanı nasıl ve ne vasıta ile istihsal ettikleri tetkik edilmeye başlayınca işler değişti. Birbirlerinin hukukunu muhafaza ve asayişini temin maksad-ı hayr[ıy]la teşekkül etmiş olan cemiyetlerin bu vazife-i hayriye[leri]nde muvafak olamadıkları ve rüesânın makasid-ı hodbinâne takibiyle cemiyetin temettüâtını kendilerine celbe tevessül ettikleri görüldü. Sonra anlaşıldı ki; ihtiyac-ı himayeden

maksad, bir adamın veya bir zümre-i kalilenin diğerlerinin hayatı, emvali, serbestîsi üzerine vaz'-ı yed etmesi demek değildir. Bir kere bu suretle fikr-i tahlil ve tecessüs başlayınca istibdadın bütün ruhu meydana çıkıyordu. Teşekkül-i ictimâiden maksad, asıl himaye-i müteakabile olup her ferdin tamamıyla şahıs ve hüviyetini feda etmesi lazım olmadığı anlaşıldı. Ve hergün daha ziyade terakki edilerek hal-i ictimâinin şahsiyetlerin tevessü ve terakkisiyle mümteni'l-ı-ımtizac olmayıp belki en müsait bir zemin olduğu neticesine destres olundu. İnsanı bütün tehlikelere, bütün derecât-ı acze düşürerek mahkum ve zayıf yapan sebep, infirâd-ı daimî korkusudur.

Yalnız yaşayan insan, yalnız cemiyet üzere yaşamadan mütevellid terbiye-i fikriye ve ahlakiyenin semerât-ı faidebahşâsından mehur değil, fakat soğuğa ve açlığa tahammül için bütün kuvâ-yı vücudiyesini bir noktaya hasra mecbur olur: Beka ve idamesi esbâbının ihzârı, cemiyete ilk dahil olduğu gün onu terakki-i hakikiye doğru götürecektir yola ayak basmış olur. Hayat-ı maneviyesine sahip olurlar. Asayiş-i umumiye[yi] temin için serbestîsine ârız olacak tahdidât ona infirâdın tahmil ettiği yüklerden pek hafiftir.

Bu hakikat ayân olunca, emn u asayiş-i millîyi temin edecek, efrad-ı milletin saadetine bâis olacak havassın sürat-ı inkişafına çalışılır. Bunların kuvvetlenmesine sebep olacak faaliyet ve hareket vasıtaları aranır, bunlar düşünölmeye başlanır. Bu saadet behemehal iki şartın vücud ve ittihadına vâbestedir: Huzuzât-ı cismaniye, huzuzât-ı fikriye ve ahlakiye. Asayiş-i millîyi temin için herkesin muharebe edecek bir halde bulunması lazımdır. Mükelleffiyet-i askeriye herkes için mecburi olmalıdır. Bir milletten bir kısm-ı mahdudun diğerleri için muharebe etmesi caiz olamaz. Böyle olur ise, diğerleri için didinen bu kısım, bir zümre-i istisnaiye teşkil eder ki memlekette kuvvetin yegane hakimi olur. Ve günün birinde bu kuvveti suistimal etmekten çekinmez. Eğer kuvve-i müselleha ücretli askerden mürekkep olursa onlar için muharebe yalnız bir ticaret demektir ki bu da bir gün haris-i câh bir adam elinde bir alet-i meş'ume olabilir. Fakat mükelleffiyet-i askeriyenin müddeti, efrâd-ı milleti müdafaa-i vatana salih bir hale getirmeye kâfi bir zaman için olmalıdır. Maamafih çok da sürmemelidir. Harp, gayr-ı ictimâî olduğu için efradı, onun talimat ve temrinâtı elinde fazla da bulundurmamalıdır. Şiddet, terbiye-i askeriye, itaat-i amiyâne efrad-ı milleti canlandıran istiklal-i efkâr ve riayet-i hukuk nazariyeleriyle katiyyen kâbil-i tevfiğ değildir.

Asker, daima fikr-i medeni ve siyasisini muhafaza etmelidir. Vazifesini itmam ettikten sonra hayat-ı medeniyesine avdetle sulh ve müsâlemeti arzu eden bir vatanperver hissiyatına malik olmalı; fakat düşman, vatani tehdit ettiği zaman bütün vazifesini bi-hakkın ifaya amâde olmalıdır. Ordu saflarından dışarıya çıktığı vakit, ahlak-ı siyasiyeden yani menfaat-i umumiyeden anlayacağı derecede hissesini almalıdır. İşte en ziyade buralarda ahlak ile tenemmüv-i fikrînin revâbit-ı samimiyesi görünür.



Bu tenemmüv-i fikrîye her millet, pek ziyade muhtaçtır. Bugün idare-i mutlaka ile idare-i meşruta arasındaki fark-ı azîmi, o tezad-ı hayretbahşâyı iyice anlamak için siyasiyât işlerine iyice vâkıf olmak veyahut gayet metin bir kuvve-i müfekkireye malik bulunmak lazımdır. Bu maatteessüf daha insanların ekserîsinde olmayan bir şeydir. Ve bu fıkdan-ı elîmin neticesidir ki idare-i meşrutanın levazım-ı zarurîyesinden olan intihâbât vesaire gibi işlerde bir millet arasında bir takım efkar-ı mütezâdde vücuda geliyor ve ıslahata sed çekiyor.

Fakat bunu tasdikten daha sade ne olabilir: Bir millet, hürriyete, müsavâta, uhuvete, ittifak ve ittihadı doğru vuku bulacak âvân-ı sa'y u tekamülü arasında güçlük görmemeli, sıkleti çekmemelidir. Bütün cehdlerin, kuvvetlerin, zekaların ittihadına malik olmak kadar menfaat-i umumiyyeye hâdim bir şey tasavvur olunamaz. Meşrutiyet-i idarenin tesisinden derhal ekânim-i ulviye-i ahlakiyenin vaz'ı vücut-ı kat'î tahtındadır. Böyle olmaz ise fena yollara sapılabilir.

Bir hükümet tebaası, reislerinden büyük bir şey beklemedikleri için asırlarla sabredebilirler. Zaten inkar olunamaz hakayıktandır ki kuvve-i mutlakının menfaati daima tebaasını hukukundan bî-haber ve kralların, imparatorların diğer insanlardan daha âlî ve daha müstesna bir mevkiye buldukları hissini vermektedir. Tebaa, daima kendilerine icra edilmesi melhuz olan ve icra edilmeyen mezalimden müteşekkir kalırlar. Çünkü o pek âlî ve müstesna adamlar her şeyi yapabilirler. Bütün bu telkin olunan efkara rağmen bir gün o kütle, birden bu ulviyetten, bu müstesnalıktan bir şey anlayamayarak şüpheye düşüyorlar ve inkılab zuhura gelerek her şeyi, her adamı yerli yerine koyuveri[yo]r.

Bir hükümet-i mutlakada inkılabât ve feverân-ı hissiyât nâ-kâbil-i ictinab bir korku olduğu gibi bu korku, vazife-i mukaddesesini iyice ifa edemeyen, kendisini iyice tanıtamayan hükümet-i meşrutada da aynıyle vardır. Taşdıkları vatandaş lakabı, hakk-ı intihabın istimali, harekât ve icraat-ı umumiyyeyi daima tenkid ve teftiş eden gazetelerin mütalaası, herkesin söz söylemeye hakkı olan umumi ictimalar, işte bütün bunlar efrad-ı millete bir terbiye-i siyasiye dairesinde hâkim olduklarını, siyasiyâtın idaresi yedlerine mevdu' olduğunu hissettirmişlerdir. Kendilerine verilen malumât onları haklarına her gün daha ziyade sahip, mesuliyet-i hükümeti deruhte edenlere karşı daha ziyade müşkülpesent eder. İnsanlar ne kadar zeki ve malumatlı olurlar ise adalet ve teavün-i ictimai hisleri de onlarda o derece mütezayid ve müterakki olur. Bidayet-i alemde beri kavîlerin, hâkimlerin hırsları, arzuları, tama'ları ile idare olunup bir türlü sırasına konulamayan işlerin düzelmesinde tereddüt edilirse işte o zaman birbirlerine asırlardan beri biçarelerin bekledikleri hakk-ı tammın, müsavât-ı ictimaiye devrinin ne vakit hulül edeceğini sormaya başlarlar.

Şüphesiz bir dereceye kadar riayet olunması lazım gelen bazı hukuk-ı müktesebe vardır. Adalet-i mutlaka icabı değilse de birçok zamanlar kavaninin damân ve kefaleti

altında yaşamış olan bazı menafî'î hemen hakk-ı tâmmı tevfiik hareket etmek için kesr ve imha edivermek ifrattır. Bunları yapmak doğru değildir. Fakat artık âyânen zayıfları kuvvetlilere ezdirmek, bir sınıfın âmâl-i harisânesini temin için diğer sınıfın sefaletinin artırmaktan başka bir faydası görünmeyen müessesât ve kavanini muhafazada ne gibi bir ihâta-i garibe-i hukukiye bulunabilir.

Ahenk-i menafî'in esas-ı metini olan ve müsavat-ı hukukiyenin emrettiği ve kolayca kanuna, şer'â tevfiikan yapılabilecek bir zamanda yapılmayan bu ıslahat yine mutlak bir gün, sabrın tükendiği, intizar-ı adaletten bîzar kalındığı, fart-ı ızdırıp ve suistimalâtın vereceği kin ve garezden ihtirasâtın derece-i teheyüce geldiği, tutuştuğu bir zamanda yine yapılacaktır. Fakat o vakit şiddetle, belki vahşetle galeyana gelmiş adamların elleriyle doğruca maksada giden kaba bir mantık namına, vaktiyle idare etmesi pek kolay olan şerâit-i edep ve terbiyeyi katiiyen düşünmeden icra olunacaktır. İşte o vakit kendilerini muhafazakar farzedenlerin anûd hodbinlikleri itham edilecek yerde yine avâmın galeyan ve haşiyânesine kabahat bulunur. Bir hükümet-i adile-i meşrutanın maksad-ı yegane-i ulvisi, ahlaka en mutabık olanı, bir zümrenin, bir sınıfın taharri-i menfaatine değil efrad-ı milletin heyet-i umumiyesinin taharri-i menfaatine çalışmaktır. Tabii efradın da buna karşı bir takım vazifeleri vardır. Hükümetin sıfat-ı ahlakiyesi metin ve mükemmel olunca ahali de ahlak-ı siyasiye[ye] riayet etmelidir. Bunun için insanların henüz örtülemeyen birçok yaralarını kendilerine göstermeli, onlara merhem-sâz olmalıdır: Azamet, şiddet, atalet, henüz birçok felakatlere mehd-i huzur olmaktadır. Hayvaniyetini kırarak nefsinin güzelce terbiye ederek azim ve sebatlarını takdir edenler iyi bir adam olabilirler. Hayat-ı ictimaiyeyi idare edecek uknum "intizam" yani "kanuna mutavaat-ı ihtiyariye" olmalıdır. Kavanin-i umumiyeye itaat asayiş-i müstakbeleyi temin eder. Kanuna itaat, tevarüs ettiğimiz ve içimizde uyuyan eslâfımızın vahşetine karşı bir sedd-i ahenin olacaktır. Galeyan zamanlarında bu zail olursa medeniyetten eser kalmaz. Cehalet, kin u garaz, haset baş gösterir.

Kanuna elden geldiği kadar itaat etmeli; ona küçük bir rahne bile açtırmamalıdır. Kanuna tecavüz pek büyük bir şeydir. Ona efrad-ı millet bütün kuvvetleriyle mukabele etmelidir. Kanuna hürmet, hürriyet-i tahrir ve tefekkürün bir netice-i zaruriyesidir. Hür bir idarede kanundan sıyrılıp kaçmaya uğraşmak; vatanın, heyet-i ictimaiyenin düşmanı olmak demektir. Vahşet ve cehalet devrine avdet etmektir. Kanuna karşı şiddetle muhalefette bulunanlar maatteessüf görülüyor. Bu, anarşiye avdet için bir vasıta ki mühliktir.

Kanun ne kadar muhtac-ı ıslah olursa olsun ona itaat mecburidir. Çünkü eftar-ı umumiyeyi onun tebdiline sevk etmek için elde vasıtalar eksik değildir. Kanun ne kadar nâkıs olsa yine her insanın ruhunda uyuyan hiss-i şiddet ve menfaate set çeker. Hâlâ her memlekette hürriyetten korkanlar vardır: Kanuna riayet etmeyen onlardır.

Kuvve-i kanuniyeye yardım etmek de büyük bir vazifedir. Hükümât-ı mutlaka ve müstebiddede kavanin-i keyfiyenin kuvvetine hizmet ve muavenet pek büyük kusur ise de hükümât-ı meşrutada bir şan, bir şeref, bir vazifedir. Ve vazife-i ictimaiyeyi ifâ için yapılacak her şey şâyân-ı tebcildir. Fakat bu muavenet ne dereceye kadar olmalıdır; bunun su'-i tefehhüme meydan vermeyecek kadar iyice tavzih etmelidir. Kanuna riayet etmeyenleri haber vermek meşru bir hareket midir? Bunu tayin etmek oldukça güç bir meseledir. İhbar ekseriyâ ta'yib edilir. Fakat bunun bazı esbab-ı mu-teberesi vardır. Hükümet-i müstebidde kuvve-i kanuniyeyi birçok zamanlar tebaası-nın fenalığına ve kendi menfaatine olarak istimal etmiştir. O her doğru ve serbestâne düşünen adamı daima ezmiştir. Tabii böyle bir zamanda polise muavenet, arkadaşla karşı bir ihanet olurdu. Diğer cihetten bir bî-günahı ihbar etmek, onu kanunun eli-ne teslim edivermek, çekeceği ızdırabın, âlâmın mesuliyetini almak demektir. Tabii bu, mütehasis ruhların kabul edemeyeceği bir şeydir. Muhibir, zaten ekseriyâ fiil-i ihbarı, âmâl ve menafi-i hasisesini gözeterek icra eder. İnsanlar onda daima kirli bir ruh görmeye alışmışlardır. Muhibirlik sanatı, en ziyade mektepliler arasında nefretle yad edilir. Arkadaşlarından birinin kusurunu, kabahatini haber verenin vicdanı pâk, emin addolunmaz. Bunun ittihadı, uhuvveti iyi hissedip anlayamamış olmasından ileri geldiği söylenir.

Bütün bu telakkiler pek doğru olabilir. Fiil-i ihbarı bir menfaat mukabilinde kin ve hasede tebe'an yapanlar tabii şâyân-ı ta'yibdirler. Hiçbir menfaat-i hasise gözetil-meddiği halde bile dostunun, hatta hem-cinsinin kusurunu itiyâden haber vermek iyi telakki olunamaz. Çünkü münasebât-ı meveddetkârânede birçok menâfi-i ictimaiye mevcuttur.

Maamafih ihbar hakkındaki bütün bu fikirlerin sıhhatiyle beraber bazı kere bu bir borç, bir vazife olur. Göz önünde irtikab-ı cürüm eden birisine: "haydi git, gözden nihân ol" demek doğru olamaz. Filhakika bu en basit, en emniyetli bir çaredir. Fakat bazen sadelik ve usululuk, alçaklığın nazik ve süslü isimleri değil midir? Bir kaba-hatlinin, bir mücrimin kaçmasına mani olmamak onun âtîde yapacağı fenalıkların mesuliyetini deruhte etmek demektir.

Vahşete karşı bizi müdafaa eden kanuna muavenet daima bir vazife-i mühimmedir. Memleketimizde görülecek haksızlıklara, hırsızlıklara, cinayetlere daima kanun ile beraber dikkat ve nezaretle mükellefiz. İhbar, şiddetli bir hiss-i adaletten, vazife-i ictimaiyenin ulvi bir ihâtasından münbais ise şâyân-ı kabul görülmelidir. Kanuna da-ima riayet lazımdır. Fakat onu fena istimal ettirmemeli, daima dikkat etmelidir. Me-sela hürriyet-i efkara taarruz hiçbir vakit kanunî olamaz. Yevmî gazetelerin havadis yığınları içinde birkaç hakikat keşfolunabilirse büyük bahtıyarlıktır. Siyasiyât gü-rültülerinden uzak bir halde bulunup kendisine ilmî bir program çizmiş olan resâil-i mevkutede daha ziyade doğruluk görülebilir.

Gazeteler insanlar tarafından tertip ve tahrir olunduğu için onlarda mevcut olan hataları, kusurları, zaafı bunlarda da aramalıdır: tarafgirlik, hırs, haksızlık, haset, şiddet.

Muharrirler, fevkalade şeylerden, müheyyic havadisden hoşlanırlar. Koca bir beyin gibi olan efkar-ı umumiye de bunlara rağbetle muharrirlerin bu meyil ve muhabbetlerini takviye eder. Gazetecilik fikr-i fennîye katıyyen gayr-ı muvafıktır. Hakikat istihsal edilebilmek için sabır ve metânete ve sükûta ihtiyaç vardır. İnsaniyete halaskâr hediyeler takdim eden Büyük Pastör enstitüsünde koşmalar, patırtılar, telefon sesleri içinde çalışmıyor! Bütün bunlarla beraber Zola'nın dediği gibi: "Matbuatta hayat, hareket vardır. İnsanları sermest eden ve daima muzaffer olan odur. O terkeleydiği zaman kendisine bir daha avdet edilmemek üzere yemin edilemez. Çünkü o, vüs'at ve kuvveti ölçtüktan sonra daima hissedilen bir ihtiyaçtır. O bizi fena yollara sevkeder, ekseriyâ boş ve yalancı olabilir. Fakat yine asrın en müessir, en şâfi, en faal vesait-i fikriyesinden biri bulunmak meziyetini kaybetmez. Ve bu asrın ihtiyacâtını derk eden her şahıs ona garazkâr olmak şöyle dursun, lüzum-ı cidâli her hissedişte ondan silah almaya koşar."

Gazeteleri daima bir fikr-i münekkîdâne ile okumalıdır. Hiçbir fikrin esiri olmamalıdır. Hiçbir muharririn fikr-i mahsusuna kapılmaya gelmez. Çünkü bugün okuduğumuz şeyler yarın bizde başka bir şekilde nümâyân olurlar ve bazen yanlış hareketlere de sevkedebilirler.

Serbestî-i kelama gelince: Atina'dan doğan bu nimetin de efrad-ı millet üzerine birçok iyilikleri olduğu gibi bazı fenalıkları da melhuzdur. Mümkün olduğu kadar fırka kinlerine, fırka fikirlerine kapılmamalı; her şeyi doğru ve münekkîd bir nazarla görmelidir. Her yerde az çok olduğu gibi bizde de halkın en büyük kusurlarından birisi bir adam kuvvet-i zekası, istidâdı, fikr-i teşebbüskârânesiyle ortaya çıktı, biraz yükseldi mi hemen onu düşürmeye gayret etmek, ona haset etmektir. Bu gibilere karşı daima silah olarak iftira istimal olunur.

Fakat dikkat lazımdır ki dünyada en hasûd olanlar en tembel olanlardır. Bir çalışkan adamın kuvvet ve teşebbüsü muvaffak olamayanlara daima bir zemin-i itiraz hazırlar. Fakat böyle olmakla körü körüne de koltuk vermek lazım değildir. Bir millet efradı söylenen, yazılan sözleri bilmeyerek, anlamayarak ale'l-'amyâ kabul ederse, intihabâta dikkat etmezse onların hürriyeti, meşrutiyeti sözde kalır. Cehl ve lâkaydî sıhhat-i meşrutiyeti ihlal eder. Herkes de her vakit için serbesti-i temyiz ve tenkit olmalıdır. Sonra vartalara düşülür, isim değışmekle bir şey olmaz.

Bunun için umumun serbestisi katıyyen taht-ı temine alınmalı. Serbesti-i hareket menfaat-i umumiyeye mugayir olmayınca hiçbir vakit ta'tile uğratılmamalıdır. Heyet-i mutlaka-i ictimaiyede hükümet, bütün ruhların müdürü, nâzımı vazifesini deruhte eder. İtikadât ve efkar vadilerine kadar milletin işine nezâret etmeyi kendisinin hakkı ve vazifesi bilir. Bir hükümet-i mutlakada kral veya imparatorun memuriyeti

herkes için düşünüp hareket etmektir. Fakat idaresi yed-i ahaliye mevdu‘ heyet-i ic-timaiyede en büyük vazife, efradın umumuna taalluk eder. Kuvvetli bir hükümetin vazifesi tayin, tahdid olunmalıdır. Hükümet gizli bir şey yapamaz.

Fransa, ikinci imparatorluğu müteakip girdiği devrenin ilk senelerinde tezebzüb içinde idi. Eski âdât ve müessesât, mümkün mertebe bu ma[kam-ı] re’s-i kârda bulunanların en mühim meselesi olmuştu. 1870 felaketi bunların gözünü açmamıştı. Kendi işlerinin cahili olan bir milletin uğradığı felaketleri gördükleri halde yine birçok zamanlar ahval-i memleketi birkaç adamın eline bırakıp milletin diğer büyük bir kısmını bihaber bırakan merkeziyet usulünün takviye ve müdafaada ısrar etmişlerdir. Azim bir vukufsuzlukla veya perverde edilen birtakım âmâl saikasıyla kuvve-i hâkimenin hiçbir cüz’ünü feda etmeyerek yeni idareye, imparatorluğu harabîye götüren aynı mekanizmayı tatbik etmek istemişlerdir. Riyaset nam ve perdesi altına krallığın birçok seyyiâtını gizlemişlerdir.

Bunlardan bahsederken ekseriyet-i ahalinin havsala-i idrakinden hariç şeyleri düşünmenin hükümete düşen bir vazife olduğunu söylemeli. Milletın efkâr-ı umumiyesine bazı şeylerin mazarratını büyük adamların berâhin-i katıyye ile ispat etmeleri lazımdır. Fakat birkaç kelime ile değil. Riyazi usullerle göstermelidir. Her memleketin ihtiyacâtı, hal ve mevkiî mütehaliftir. Bugün Amerika’da tatbik olunmuş veya olunagelen tarz-ı idare Fransa’ya, Fransa’da tatbik edilen usuller de Türkiye’ye muvafık gelmeyebilir.

Amerika’da efrad-ı milletin hukuk-ı asliyesi diğer kavaninin bile fevkine is’âd edilmiştir. Orada herşeyin hürriyet-i tâmmesi vardır. Adem-i merkeziyet-i siyasiye denilebilecek kadar vâsi bir adem-i merkeziyet-i idare, orada bütün eşkaliyle nümâyândır. Fransa’da o zamanlar hiç bu tarafa meyledilmiyordu. Re’s-i kârda bulunanlar -fırsat bulunca hemen vaz’-ı yed etmek için gibi- merkezi ellerine almışlar, sıkıca tutmuşlardı. Bu usul bazı memleketler için iyi olabileceği halde o vakitler ve hâlâ şimdi bile Fransa için fena olduğu söyleniyor.

Vahdet-i milliyenin muhkem ve kavi olduğu memleketlerde Amerikalıların takip ettikleri usul pek ziyade mucib-i memnuniyet neticeler tevlid eder. Fakat bazı milletler anâsır-ı muhtelifesinin vahdeti ufak bir tazyik ile buhara münkalib oluverir. Bu gibi milletlerde bu gibi usullerden tevakkı etmelidir. Evvelki surette neden korkmalı? denir. Vahdet-i milliye hakikaten mevcut ise nasıl çabukça buhara münkalib oluyor? Yoksa bütün dünyada vahdet-i milliye nazariyesi bir hayalden mi ibaret kalacak! İhtirâsât-ı siyasiyenin sernâmesinde daima “milliyet ve kavmiyet” kelimeleri mi yazılı bulunacak! Herhalde buna dair olan kat’i hükmü bir memleketteki anâsır-ı muhtelifeyi pek iyi, pek derin, pek mükemmel tetkik ederek, onların bütün ruhlarını pek emniyetli vasıtalarla tahlil ederek vermelidir. Pek doğru ve kat’i düşünmelidir. Bu gibi şeylerdeki hatalar tamir olunur cinsten değildir.

Ahlak-ı siyasiyenin hutut-ı esasiyesini çizerken, hükümât-ı meşrutada muhtelif fikirlerden, yukarıda bahsettiğimiz müteferrik usullerden ziyade, daha doğrusu serbesti-i cevelan bulan ve terakkiyi temin eden hayat ve hareketten bahsetmelidir.

Hükümet-i meşrutada görülen bu gürültülerden, adem-i intizamdan hemen çabukça korkup ürkmemelidir. Arzu ve merâmı zayıf olanlara hükümet-i mutlakanın süku-tu, intizam-ı ısrar-alüdu iyi gelir. Onlar gürbüz vatan evladının yaptıkları gürültülere, patırtılara tahammül edemezler. Ve eser-i mevcudiyet ve hamiyet olan bu canlı manzaraya, çok uslu ve kansızlıktan solgun benizli çocukların sakin teneffüslerini tercih ederler. Mübahasât-ı şedide onları pek sıkır: Hemen sukût ve sukûtu tavsiye ederler, onu davet edecek bir büyük kuvvet ararlar.

Bir büyük kuvvet! Bu nedir? Mübahasât-ı umumiye-yi çekemeyen, karanlığa ihtiyacı olan bir kuvvet nasıl büyük olur? Zayıfların üzerine icra-yı hüküm eden kuvvete büyük denebilir mi? Böyle bir kuvvetin elinde inleyen bir memlekete bakmalı. Orada hükümdar, kendi gözüyle hiçbir şey görmez. Matbuatın serbest olamamasından dolayı kendisini, bütün vukuat-ı alemde mukarrebini haberdar ederler. Böyle bir hükümette ne derecelerde suistimalât vukua geleceği tabii muhtac-ı izah değildir. Zavallı memleketimiz bunu acı bir misal ile anlamış ve geniş nefes alalı daha birkaç ay olmuştur. Hükümetin suret-i muntazamada asayiş temin etmesi lazım olduğunu, efrad-ı milletin hukukunu daima muhafaza etmesi en başlı vazifelerinden bulunduğunu anlatmış idik. Fakat hükümetten çok şey isteyerek ona pek ziyade bağlanmak iyi değildir. Temin-i terakki için kuvve-i siyasiyeye ihtiyaç hissetmek boştur.

Hep biliriz ki insaniyetin bütün fütühât-ı fikriyesi müteşebbis adamlar tarafından yapılmıştır: Muhteri, feylesof, alim... bunlardan yetişiyor. “Büyük Kuvvetler” denilen kuva-yı hükümet daima en zayıflardan, en kıskançlardan tereküp ederek nice teşebbüsât-ı insaniyeye engel olmuşlardır! O halde bunlara neden ihtiyaç hissetmeli?

Bir de halihazırda, bizim gibi hükümeti yeni de[ğiş] milletlerde bir itikad, bir efsane var: O da her fenalığın hükümetten geldiği, bütün kuvvetin onda bulunduğu fikridir. Onlar, büyük bir hatve-i terakkinin hemen bir dakikada atılacağına kâildir. Sanki onlarca yeni hükümet dünyadan hastalığı, sefaleti, ihtiyarlığı, ölümü, ızdırâbâtı, kuva-yı maneviyenin adem-i müsavatını kaldıracaktır. Bu, bir tebliğ-i resmî ile bütün aptalların zeki olacağına inanmak gibidir. Sanki hükümet, insaniyetin bütün ahlakî zaafalarını bir kuvvet-i fevkalde ile takviye edecektir. Sanki insanlarda uyuyan canavar birden mahvolacaktır. Heyhat! Ne olursa olsun insanların bütün kusurları her vakit nümâyân olacak: Belki asırlar, tedricî ve sabırlı çalışmalar bunları sürükleyip götürebilecektir! Bir memuru, bir nâzırı tebdil ettirmekten ziyade yapılacak büyük işler vardır: Kuvvetli ve müttehid cemiyât-ı fikriye teşkil etmek, müteşebbis, nâmuskar çocuklar yetiştirerek büyütme, vatana adam hazırlamak için işe koyulmak lazım. Ziraate, ticarete başlayarak efrada geçinecek ekmek bulmak ve hıfz-ı sıhhate dikkat ederek şimdiye

kadar efkar-ı atıka kurbanı olagelen çocukları helakten halâs ile memlekete adam kazandırmalı. Çünkü büyük Zola'nın dediği gibi: "Her fazla adam, bir fazla kuvvettir." Ve istikbal, teşebbüste ve kuvvettedir. Meşhur İngiliz ulemasından Ruskin gibi, "bir memleketin en büyük, en mahsuldâr sanatı, sanat-ı terbiyedir" diyerek buna inanmalı. Bu büyük adam der ki: "Bir gün hakiki servet damarlarının taş, toprak altında olmayıp vücut-ı beşerde olduğunu keşfedecekler. Anlayacaklar ki servetin en büyük vasıtası ve gayesi; kavi göğüslü, parlak nazarlı, mesrur kalpli mevcudât-ı insaniye yetiştirmektedir. Acaba sanayi-i milliye içinde iyi cinsten ruhlar yetiştirmenin en nâfi sanayiden ma'dud olacağı iddia olunamaz mı?" Ne büyük bir hakikat!

Mevcut bir dehanın istikbale ne derecelerde ehemmiyetli bir hizmeti olacağını anlatmak için Avrupa'yı bir müddet kanlara bulayan Napolyon'un harekâtıyla buhari keşfeden sessiz biçare Papin'in hizmetini mukayese kâfidir. İngiltere, azamet ve kuvvetinin bir kısmını büyük mürebbi Arnold'a medyundur diyorlar.

O halde çocuklarımızın terbiyesine dikkat edelim. Müteşebbis, ğayur adamlar yetiştirerek bunları her türlü kuyûddan azade bırakmaya çalışmalıdır.

Bir vatan adamının vezaif-i belediyesi de en mühim ve mukaddes vazifelerinden biridir. Bizde olduğu gibi yeniden, kökünden yapılacak şehirlerde, köylerde, harabelerde belediye reisi, azası en büyük adamlardan daha ziyade hizmet edebilirler. Yalnız hiss-i teali ve hırs-ı câhı bırakarak zahirde küçük, fakat hakikatte pek büyük olan bu vazifeye, büyük bir ihtimam ile başlayarak çalışmalıdır.

İstikbal-i ictimai, bir mesele-i ahlakiyedir. Terakki ve saadet-i beşeriyenin düşmanı eslafımızdan kalma adetler, menşe'den gelen hatalardır. Efkar-ı ictimaiyeye muhalif olan hislerimizdir. En büyük zehrimiz hindi ve maymun gibi hayvanlarla birçok insanlarda mevcut olan kibir ve azamettir. Gülünç olmak korkusu, "acaba ne derler" nazariyesi zamanımızın en saf birçok teşebbüsâtını akîm bırakıyor. Halbuki bir hür ve münevver adamın ilk cesareti, ilk vazifesi tekemmül etmiş vicdanının her sadâsını dinleyerek hareket etmesidir.

Cem'iyâtı beşiklerinden sinn-i rüşdlerine kadar getirerek ve bütün zaafalarını azıcık göstererek zayıfların tealisine hizmet etmek, ahlak-ı siyasiyeye temâmî-i riayetle izale olunabileceğini tekrara hacet yoktur sanırız.

Gelecek makalede hükümet nazariyesinden ve bunun netayic-i ahlakiyesinden, vezaif-i belediyeden, intihabata müteallik esas-ı ictimaiyeden bahsetmeye çalışacağız.<sup>80</sup>

<sup>80</sup> Devam etmeyen bu yazı dizisinin sonunda "Çengelköy, 24 Teşrinievvel 1[3]24 [6 Kasım 1908], Server Cemal" imzası bulunmaktadır.







# İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 20.05.2024  
Revizyon Talebi: 15.11.2024  
Son Revizyon: 17.11.2024  
Kabul: 20.11.2024  
Online Yayın: 25.11.2024

## Hizmet Kusurunu Siber Alana Uyarılama Çabasına Bir Öneri Olarak: Dijital Hizmet Kusuru

As a Proposal for the Effort to Harmonize the Service Fault to Cyberspace:  
Digital Service Fault

Egemen Karaca<sup>\*</sup>

### Öz

Bu çalışma, Türk İdare Hukuku'nda mündemiç, idarenin kusura dayanan sorumluluğunu ifade etmek için kullanılan hizmet kusuru teorisinin, günden güne gelişen ve hızlı bir şekilde değişen dijital dünyaya uyum sağlayamaması nedeniyle mevcut sorumluluk şartlarının dijital ortamın kendine özgü özelliklerini dikkate alarak idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinden kaynaklanan kusurlu sorumluluğuna uyarlanmasını önermektedir. Bunu yaparken de mevcut teori olan hizmet kusuru kavramı ile karışmaması ve faaliyetin görüldüğü ortamın özelliklerinin vurgulanması için dijital hizmet kusuru kavramı kullanılmaktadır. Bu kapsamda dijital hizmet kusuru kavramı, idarenin dijital ortamdaki kamu hizmeti ve kolluk faaliyetlerinden kaynaklanan kusurlu davranışlarının tazmininde kullanılabilir bir sorumluluk kavramı olarak önerilmektedir. Dijital hizmet kusuru kavramı lex lata içerisinde yer almamaktadır. Bu nedenle çalışma kapsamında, lex ferenda açısından idarenin dijital dünyadaki kusurlu davranışlarından kaynaklanan zararlara yönelik sorumluluğunun, hizmet kusurundan belirli yönlerden farklılaşmasına ve bunun da ayrı bir kavramla nitelendirilmesine yönelik gerekliliği açıklamak amaçlanmaktadır. Kavramın ileri sürülmesine ilişkin temel dayanak noktası, klasik sorumluluk şartlarının mevcut haliyle dijital ortamdaki idarenin faaliyetlerinden kaynaklanan mali sorumluluk uyumsuzluklarına uygulanması halinde kuvvetle muhtemel zarara uğrayan taraf açısından hakkaniyetli sonuçlar veremeyecek olması düşüncesidir. Bu doğrultuda dijital hizmet kusuru, idarenin sorumluluk şartlarının dijital ortama özgü nitelikler dikkate alınarak güncellenmesi ihtiyacına bir öneri olarak sunulmaktadır. Dijital hizmet kusuru ve hizmet kusuru, sorumluluğun ilk şartı olan idari davranış unsuruna göre birbirinden ayrırt edilebilecektir. Bu çerçevede hizmet kusuru/dijital hizmet kusuru ayrımını ilk olarak, idari davranışın idarenin dijital kamu hizmeti yahut dijital ortamdaki kolluk faaliyeti kapsamında olup olmaması belirleyecektir. Bu nedenle dijital alandaki bir faaliyet unsuru, her iki teoriyi birbirinden ayıran bir özellik gösterecektir. Bununla birlikte eğer uyumsuzluk dijital hizmet kusuru kapsamında değerlendiriliyorsa yani idarenin dijital alandaki bir faaliyetinden kaynaklanıyorsa artık zarar, illiyet bağı ve kusur unsurları yönünden mevcut hizmet kusuru teorisinden ayrılan, farklı bir değerlendirme yapılması ihtiyacı ortaya çıkacaktır. Nitekim çalışma kapsamında da neden böyle bir ihtiyaç olduğu, sorumluluk şartları ele alınarak açıklanmaya çalışılmaktadır. Çalışma kapsamında ulaşılan sonuç ister dijital hizmet kusuru ister başka bir kavram ile nitelendirilsin, idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinden kaynaklanan kusurlu davranışlarında zararların giderilebilmesi için mevcut kavramların ve şartların bu ortama özgü özellikler dikkate alınarak geliştirilmesine ihtiyaç olduğudur.

### Anahtar Kelimeler

Siber güvenlik • Kişisel veriler • Dijital varlıklar • İdarenin mali sorumluluğu • Dijital kamusal alan

<sup>\*</sup> Sorumlu Yazar: Egemen Karaca (Arş. Gör.) Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: egemen.karaca@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3851-0092

Atf: Karaca, Egemen. "As a Proposal for the Effort to Harmonize the Service Fault to Cyberspace: Digital Service Fault" (2024) 23 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 179. <https://doi.org/10.26650/ihid.24.005>



### **Abstract**

This study proposes the adaptation of the current liability conditions to the unique characteristics of the digital environment, addressing the fault-based liability of the administration under Turkish Administrative Law. The theory of service fault, which is traditionally used to express the fault-based liability of the administration, has been unable to keep pace with the rapidly evolving and changing digital world. While doing so, the concept of “digital service fault” is used to avoid confusion with the existing theory of service fault and to emphasize the characteristics of the environment in which the activity occurs. In this context, the concept of digital service fault is proposed as a liability concept that can be used to compensate for the administration’s faulty actions arising from its public service and administrative law enforcement activities in the digital environment. The concept of digital service fault does not exist in Lex Lata. Therefore, this study aims to explain the necessity of differentiating the administration’s liability for damages caused by its faulty actions in the digital domain from service fault in certain respects and the need for this differentiation to be conceptualized separately from a Lex Ferenda perspective. The main rationale behind proposing this concept is the concern that applying the classical liability conditions as they currently stand to financial liability disputes arising from the administration’s activities in the digital environment would likely fail to yield fair results for the injured party. In this regard, the digital service fault is presented as a suggestion for updating the administration’s liability conditions by considering the specific characteristics of the digital environment. Digital service fault and service fault can be distinguished based on the element of administrative conduct, which constitutes the first condition of liability. Within this framework, the distinction between service fault and digital service fault will primarily be determined by whether the administrative conduct falls within the scope of the administration’s digital public service or its law enforcement activity in the digital environment. Therefore, an activity element in the digital realm can serve as a distinguishing characteristic between these two theories. However, if the dispute is evaluated within the scope of digital service fault—meaning it originates from an activity of the administration in the digital environment—a need arises for a different assessment that departs from the existing service fault theory in terms of the elements of damage, causation, and fault. Accordingly, this study aims to explain why such a need exists by analyzing the conditions of liability. The conclusion reached in this study, regardless of whether it is labelled digital service fault or another concept, is that to remedy damages arising from the administration’s faulty actions in the digital environment, there is a need to develop the existing concepts and conditions by considering the specific characteristics of this domain.

### **Keywords**

Cybersecurity • Personal data • Digital assets • Financial liability of administration • Digital public domain

## Giriş

Teknolojinin gün geçtikçe gelişmesi neticesinde, kamu hizmetlerinin yürütülmesine hâkim olan değişkenlik ve uyarılama ilkesi uyarınca teknolojik gelişmelerin kamu hizmetlerine entegre edilmesi bir ihtiyaç olup hizmetin gereği gibi işleyebilmesi için beraberinde bir çağa ayak uydurma zorunluluğu da getirmektedir. Bu kapsamda son yıllarda birçok kamu hizmeti dijital ortama aktarılmış ve kamu hizmetlerinde dijital dönüşüm süreci oldukça hızlanmıştır. Hizmetlerin dijitalleşmesinin sağladığı faydalar, dijital ortamın kendine özgü risklerini de beraberinde getirmektedir. Bu risklerden biri de idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinde yetersiz kalması durumunda mali açıdan sorumluluğunun doğması ihtimalidir. İdarenin mali açıdan sorumluluğu aslen kusura dayanmakla birlikte, bazı durumlarda kusuru bulunmasa bile sorumlu olduğu risk ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanan iki tür sorumluluk esası bulunmaktadır. İdarenin kusura dayanan sorumluluğunu ifade etmek için kullanılan hizmet kusuru kavramı bu çalışmanın yola çıkış noktasını oluşturmaktadır.

Hizmet kusurunun, idarenin kusura dayanan mali sorumluluğunu ifade etmek için kullanılan bir kavram olmasına karşın bazı yönlerden idarenin dijital alandaki faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluğunu karşılama konusunda yetersiz kaldığı düşüncesiyle mevcut çalışma hazırlanmaktadır. Nitekim dijital alandaki varlıkların kendine özgü özellikleri, kusurun yoğunluğu meselesi, kitlesel zarar görme potansiyeli, zararın tespit ve değerlendirilmesi, kusurun kime atfedileceği sorunu, dijital ortamdaki idari davranış ve zarar arasındaki illiyet bağı ilişkisi gibi birçok konu idarenin dijital alandaki faaliyetlerinden kaynaklanan zararlarındaki sorumluluğunu etkileyebilecek özelliğe sahiptir. Bu sayılanlar idarenin sorumluluk şartlarına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle idarenin dijital alandaki faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğunda, çalışma bakımından kusura dayanan sorumluluğunda, sorumluluk şartlarının belirli yönlerden geliştirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu gibi farklılaşan faktörler ve dijital ortamın kendine özgü özellikleri dikkate alınarak idarenin dijital alandaki faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğuna yönelik hizmet kusurunun özel bir alt türü olarak dijital hizmet kusuru kavramının kullanılması önerilmektedir.

Bu çalışma hizmet kusuru kavramının ve uygulamasının değişen ve gelişen teknolojik çağda belirli meseleler açısından yetersiz kaldığı düşüncesinden yola çıkarak lex ferenda açısından dijital hizmet kusuru gibi farklı bir kavrama gerek duyulduğuna dikkat çekmek amacıyla hazırlanmaktadır. Bu nedenle çalışmadan beklenen çıktı, daha sonradan bu konuda yapılacak çalışmalarda kümülatif düşünce temelinde mevcut çalışmanın eleştirilip değerlendirilerek idarenin dijital alandaki sorumluluk anlayışının oluşmasına ve gelişmesine katkı sunulabilmesidir.

## I. Dijital Hizmet Kusuru Kavramı

Dijital hizmet kusuru kavramını ortaya koyabilmek için bu kavramın neyi ifade ettiği, neyi ifade etmediği ve bu kavrama neden ihtiyaç duyulduğuna yönelik gerekçelerimiz üç başlıkta sorulan sorularla açıklanmaya çalışılacaktır. Böylelikle kavramın kapsamının ve sınırlarının daha rahat anlaşılabilceğini ve hizmet kusurundan ayrı olarak neden bir kavram önerilmesi amacı güttüğümüzü daha kolay izah edebileceğimizi düşünüyoruz. Ayrıca bu soruların, gelecekte ortaya çıkacak teknolojik ve hukuki gelişmelerin ilerleyen zamanlarda kavrama ve kavramın öneriliş amacına uyarlanabilmesini kolaylaştıracağına inanıyoruz.

### A. Dijital Hizmet Kusuru Kavramı Neyi İfade Etmektedir?

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125'inci maddesinin birinci fıkrası ve son fıkrası Türk İdare Hukuku öğretisinde idarenin mali sorumluluğunun temellerini oluşturmaktadır. Dijital hizmet kusuru, hizmet kusurunun özel bir alt türü olarak önerildiğinden öncelikle kısaca hizmet kusurundan bahsetmekte fayda bulunmaktadır. İdarenin sorumluluğunun şartlarından biri olan hizmet kusuru, özel hukuktaki haksız fiilden farklı olup<sup>1</sup> idare hukukuna özgü bir kavramdır.<sup>2</sup> Kusuru niteleyen hizmet kelimesi, kusurun idari faaliyet türleri olan<sup>3</sup> kamu hizmeti ve kolluktan kaynaklandığını ifade etmektedir. Bu çerçevede idarenin faaliyetleri dolayısıyla hizmet kusurunun meydana gelebileceği söylenebilir. İdare hukuku öğretisinde hizmet kusuru, idarenin hizmetlerinin kuruluş ve işleyişlerinde meydana gelen aksaklıklar olarak ifade edilmektedir. Hizmetin geç işlemesi, hizmetin kötü işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi görünümünde üç şekilde ortaya çıkabilmektedir.<sup>4</sup> Niteliği gereği anonimdir yani belirli bir kişi yahut gruba indirgenemez.<sup>5</sup> Diğer bir ifadeyle kusurun idarenin personelinin davranışına izafe edilmesine gerek olmayıp, idari faaliyetin kuruluş

<sup>1</sup> İdarenin sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğuna dayandıran aksi yöndeki görüş ve bu görüşe yönelik eleştiriler için bkz. Turgut Tan, *İdare Hukuku* (9th edn, Turhan 2020) 475.

<sup>2</sup> Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku* (Yetkin 2019) 560; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2* (3rd edn, Ekin 2019) 1084.

<sup>3</sup> Klasik ayırmada idarenin faaliyetleri kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti olarak sınıflandırılmaktadır. Ancak farklı görüşlerde kamu hizmeti ve kolluk faaliyetleri yanında idarenin özendirme ve destekleme, regüle etme gibi faaliyetlerinin de bulunduğu belirtilmekte ve kamu hizmeti faaliyetine ek olarak bu faaliyetler de ayrı başlıklarıyla yöntemle sayılmaktadır. Bu konuda bkz. Aydın Gülan, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) 133 <<https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=2015-2016-idare-hukuku-ders-notlari-teskilat-haric.pdf>> Erişim Tarihi 20 May 2024; özendirme ve destekleme faaliyeti hakkında bkz. Necip Taha Gür, *İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti* (On İki Levha 2019) 25; özendirme ve destekleme faaliyeti yanında öngörme ve alternatif belirleme, özyönetim işlerinin de ayrı bir faaliyet olarak değerlendirilmesine yönelik bkz. Ramazan Yıldırım and Serkan Çınarlı, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: II* (Astana 2019) 229, 238, 252. Biz çalışmamızda klasik ayırım olan kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti sınıflandırmasını esas alacağız. Klasik ayırma yönelik bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer and Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (17th edn, Seçkin 2023) 585,614.

<sup>4</sup> Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular* (TODAİE 1974) 28-30.

<sup>5</sup> Ragıp Sarıca, 'Hizmet Kusuru ve Karakterleri' (1949) 15(4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 858; Anonimlikten çıkarak belirli bir kişi ya da guruba indirgenebilen ve on(lar)ı atfedilebilen görev kusuru ise hizmet kusurunun bir parçası olmayıp hizmet içindeki kişisel kusurun bir türüdür bkz. Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önut, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan and Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (11th edn, Seçkin 2022) 855; Yasin Yerebasmaz, *Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012) 14-18.

veya görülüşünden kaynaklanması yeterlidir. Hizmet kusuru, öğretide bazı yazarlar tarafından sadece idarenin kusura dayanan sorumluluğunun bir şartı olan kusuru<sup>6</sup> ifade etmek için değil genel anlamda idarenin kusura dayanan sorumluluğunu ifade etmek için geniş anlamıyla kullanılmaktadır.<sup>7</sup> Nitekim bu çalışmada da hizmet kusuru ifadesi, geniş anlamıyla idarenin kusura dayanan sorumluluğunu ifade etmek için kullanılmaktadır.

Hizmet kusuru kavramının başına eklediğimiz dijital kelimesi ile sanal dünyada görülen idari faaliyetlerin kuruluş ve işleyişinde ortaya çıkan kusurlardan kaynaklanan, idarenin mali sorumluluk türü ifade edilmektedir. Hizmet kusuru ile özellikleri temel olarak aynı olan dijital hizmet kusuru kavramının ayırt edici noktası, kamu hizmeti ve kolluk faaliyetlerinin dijital ortamda görülmesi sırasında ortaya çıkan sorumluluğu ifade etmesidir. Siber alan veya aynı anlamı karşılayacak şekilde kullanılan dijital ortam kavramının neyi ifade ettiğini de açıklamak gerekmektedir. Siber alan veya siber uzay (cyberspace) tanımları farklılık gösterse de ülkemiz açısından 2020-2023 Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı kapsamında “*doğrudan ya da dolaylı olarak internete, elektronik haberleşme ve bilgisayar ağlarına bağlı olan tüm sistem ve hizmetler*” olarak ifade edilmiştir.<sup>8</sup> Bununla beraber Amerika Birleşik Devletleri Ticaret Bakanlığı Ulusal Standartlar ve Teknoloji Enstitüsü (NIST) ise siber alanı “*bilgi ortamı içinde, internet, telekomünikasyon ağları, bilgisayar sistemleri ve gömülü işlemciler ve denetleyiciler de dahil olmak üzere, bilgi teknolojisi altyapılarının ve bunlara bağlı verilerin birbirine bağımlı ağından oluşan küresel bir alan*” olarak tanımlamaktadır.<sup>9</sup>

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere siber alan veya buna tekabül edecek şekilde kullanılan dijital alan ifadeleri yalnızca internet ortamını değil bu ortama bağlantı sağlayan altyapı ve hizmetleri yani maddi dünyadaki varlıkları, fiziksel altyapıyı da içermektedir. Mevcut çalışma bakımından idarenin siber alan veya dijital ortamdaki faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluk ifadesiyle, idarenin dijital ortamdaki faaliyetleri olan dijital kamu hizmetleri ve internet-intranet ortamındaki dijital kolluk faaliyetlerinden<sup>10</sup> kaynaklanan sorumluluğu kastedilmektedir. Diğer bir ifadeyle idarenin internet veya kapalı ağ sistemlerinde yürüttüğü faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğu ifade edilmektedir. Belirtmek gerekir faaliyetin gerçekleşmesini temin

<sup>6</sup> Kusur yerine hizmet kusuru ifadesinin kullanılmasına yönelik eleştiri için bkz. Gözler (n 2) 1085-1087.

<sup>7</sup> Bu yönde kullanımlar için bkz. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları III. Cilt* (3rd edn, Hak 1966) 1694; İl Han Özyay, *Günışığında Yönetim II: Yargısal Korunma* (On İki Levha 2010) 207; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün and Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku* (7th edn, On İki Levha 2018) 840; Ulusoy (n 2) 560-563; Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan and Seyhan (n 5) 833.

<sup>8</sup> T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, *2020-2023 Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı* (Faaliyetler-Siber Güvenlik, 2020) 10 < <https://hgm.uab.gov.tr/uploads/pages/strateji-eylem-planlari/ulusal-siber-guvenlik-stratejisi-ve-eylem-planı-2020-2023.pdf> > Erişim Tarihi 29 May 2024

<sup>9</sup> National Institute of Standards and Technology, ‘Guide for Conducting Risk Assessments-Information Security’ (2012) Rev. 1 800-30 NIST Special Publication Appendix-B B-3 < <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-30r1.pdf> > Erişim Tarihi: 08.10.2024.

<sup>10</sup> Bu faaliyetler hakkındaki açıklamalar için bkz. ‘İdarenin Dijital Alandaki Bir Faaliyeti’ başlığı.

eden bilgisayarlar, sunucular, kablolar gibi fiziki varlıkların kuruluş ve işleyişinde bir kusur bulunması eğer ki idarenin dijital ortamdaki söz konusu faaliyetlerine etki ediyorsa bu eksiklikler de zararın ve kusurun tespitinde fayda sağlayacaksa dijital hizmet kusuru kapsamında değerlendirilebilecektir. Çalışmada, dijital kamu hizmeti veya idarenin dijital ortamdaki kolluk faaliyeti kapsamına giren bir idari davranıştan kaynaklanan tam yargı davasında, idarenin asli sorumluluk türü olan kusura dayanan sorumluluğu çerçevesinde evvelimde dijital hizmet kusurunun dikkate alınması önerilmektedir. İdarenin internette siber güvenliği sağlama yükümlülüğü bulunduğu alanlarda bunu temin ve tesis edememesi ve bundan kişilerin zarar görmesi, e-devlet ve buna bağlı olarak internet ortamında sunduğu kamu hizmetlerinde aksama ve bundan kaynaklanan bir zarar mevcudiyeti, idarenin internet ortamını düzenler ve denetlerken Anayasa'nın gereklerine aykırı olarak bu ortama müdahalede bulunması ve bundan dolayı zararın ortaya çıkması gibi hallerde dijital hizmet kusuru gündeme gelebilecektir. Nihayetinde dijital hizmet kusurunu, idarenin dijital kamu hizmetleri ve dijital ortamdaki idari kolluk faaliyetlerinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklıklardan kaynaklanan mali sorumluluğu olarak tanımlayabiliriz.

## **B. Dijital Hizmet Kusuru Kavramı Neyi İfade Etmemektedir?**

Dijital hizmet kusuru kavramının neyi ifade ettiğini ortaya koyabilmek için bu kavramın neyi ifade etmediğini de açıklamak gerektiği kanısındayız. Öncelikle dijital hizmet kusuru, özel hukuk sorumluluğunu yahut hâksiz fiil sorumluluğunu ifade etmemektedir. Özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda giderilmektedir. Bu kapsamda özel hukuk kişinin sorumluluğunda gerçekleşen dijital ortamdaki hizmetlerden kaynaklanan ya da özel hizmetlerin görüldüğü sistemlerin güvenlik eksikliğinden kaynaklanan zararlar dijital hizmet kusuru kapsamında yer almayacaktır. Diğer bir ifadeyle kamu hizmeti ve kolluk faaliyetleri dışında kalan ve özel hukuk kişilerinin faaliyetleri kapsamında bulunan dijital ortamdaki hizmetlerin kuruluş ve işleyişinden kaynaklanan sorunların dijital hizmet kusuru çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin, bir bankanın sitesine yapılan siber saldırılar, bir sosyal medya platformunda gerçekleştirilen kimlik hırsızlıkları ya da dijital alışveriş mecralarında gerçekleştirilen hack saldırıları dijital hizmet kusuru olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak elbette bu durumun istisnaları söz konusu olabilir. Özel hukuk kişilerinin dijital ortamdaki faaliyet alanlarına yapılan bu tür saldırıların internet hizmetinin kuruluş veya işletilişinden, örneğin ülke genelinde internet sunucularının çökmesi nedeniyle zafiyet oluşması gibi, kaynaklanması halinde bir illiyet bağı kurulabildiğinden idarenin de sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Diğer yandan dijital hizmet kusuru, idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamındaki sorumluluk türünü de ifade etmemektedir. Nitekim idarenin kusursuz sorumluluğu

temel itibarıyla risk ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinden oluşmakta olup<sup>11</sup> dijital hizmet kusuru bu kapsamda değerlendirilemeyecektir. Zira dijital hizmet kusuru; idarenin dijital alandaki kusura dayanan sorumluluğu olduğundan, idarenin kusursuz sorumluluğunun bu kapsamda ele alınabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle idarenin siber alandaki kusursuz sorumluluğuna ilişkin tartışmalar dijital hizmet kusuruna ilişkin çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.<sup>12</sup>

Genel çerçevesiyle dijital hizmet kusuru, hizmet kusurunun dijital ortamdaki görünüşü olduğundan hizmet kusuru kümesi dışında kalan kusurların dijital hizmet kusuru olarak değerlendirilmesi uygun olmayacaktır. Ancak hizmet kusuru içerisinde ve dijital hizmet kusuru dışında kalan kısım da dijital hizmet kusuru içerisinde değerlendirilemeyecektir. Bu çerçevede maddi dünyada gerçekleşen idarenin eylem ve işlemlerindeki kusurlar bu küme dışında kalacaktır. Dijital hizmet kusurunun, dijital dünyadaki idarenin faaliyetlerinden kaynaklanan kusur olarak düşünülmesi nedeniyle dijital dünya dışındaki idarenin faaliyetleri dijital hizmet kusuru olarak değerlendirilemeyecektir.

### C. Bu Kavrama Neden İhtiyaç Duyulmaktadır?

Dijital hizmet kusuru kavramını tamamlamak amacıyla bu kavrama neden ihtiyaç duyulduğunu ve hizmet kusuru değil de neden dijital hizmet kusuru ifadesinin tercih edildiğini gerekçelendirmek gerekmektedir. Aksi takdirde bir amaca hizmet etmeyen sınıflandırma ve kavramlaştırma çabası, hukuk literatürünü gereksiz olarak genişletmeye çalışmaktan başka bir sonuç doğurmayacaktır.

İdarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinin gün geçtikçe çoğalması karşısında, bu ortamdaki faaliyetlerden kaynaklanan zararların ortaya çıkma ihtimali çoğalmaktadır. İdarenin sorumluluk sahasının, dijital ortamda görülen kamu hizmetlerinin genişlemesiyle birlikte giderek artması bu alandaki sorumluluğun sınırlarını belirleme ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. Maddi dünyada gerçekleşen idarenin faaliyetlerinin tespiti, dijital alana göre oldukça kolaydır. Nitekim bu nedenle de maddi dünyada ortaya çıkan zararların tazmini taleplerinde, diğer şartların yanında zararın kesin ve belirlenebilir olması gerekmektedir. Ancak dijital ortamdaki faaliyetlerden kaynaklanan zararların kaynağını tespit edebilmek ve zarar ile faaliyet arasında nedensellik ilişkisi kurabilmek maddi dünyadaki kadar kolay olmamaktadır. Bunu biraz daha açmak gerekirse, idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluk uyuşmazlıklarında, sorumluluğun şartları olan *zarar*, zarar ile faaliyet arasındaki *illiyet bağı* ve *kusurun* daha farklı ele alınmayı gerektirdiği noktasından

<sup>11</sup> Gözler (n 2) 1188, 1261; Metin Günay, *İdare Hukuku* (11th edn, İmaj 2017) 379, 382; Cüneyt Ozansoy, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu* (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1989) 294; Ahmet Yayla, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu* (On İki Levha 2015) 30.

<sup>12</sup> Bununla birlikte dijital hizmet kusurunun, kusursuz sorumluluğa etki edebilmesi mümkün olabilir bks. "Dijital Hizmet Kusurunun İdarenin Kusursuz Sorumluluğuna Sirayet Etmesi" başlığı.



yola çıkmaktadır. Bununla birlikte *idari davranış* unsuru ise hizmet kusuru ve dijital hizmet kusuru arasında belirleme yani ayırım yapma fonksiyonu görecektir. Öncelikle uyumsuzluğa konu *idari davranış* ele alınacak ve idarenin dijital alandaki bir faaliyeti söz konusuysa dijital hizmet kusuru yönünden diğer şartlar incelenebilecektir. Akabinde *zarar* şartı açısından, bir siber saldırı nedeniyle ortaya çıkan zararı hesaplayabilmek farklı bir yaklaşım gerektirmektedir.<sup>13</sup> Diğer yandan özellikle verilerin korunamaması nedeniyle ortaya çıkan zararlarda, zararın henüz kesinleşmemiş ve hatta gerçekleşmemiş olması mevcut teoride benimsenen anlayıştan kopma ve ‘potansiyel’ nitelik taşıyan zararı kesinleştirme ihtiyacı doğurmaktadır.<sup>14</sup> *İllet bağ* şartı açısından dijital ortamda gerçekleşen zararlarda, faaliyet ile zararın ilişkisini ortaya koyabilmek çok kolay bir mesele değildir.<sup>15</sup> Örneğin bir doğal afet sırasında haberleşmenin bilerek ve isteyerek kesilmesi halinde meydana gelen ölüm olayının bu haberleşme kesintisinden kaynaklandığını ortaya koyabilmek; keza kişisel verilerin devlete ait bir sistemden çalınması ile spam arama ve mesajlara maruz kalmak ve kişinin manevi bütünlüğünün bundan etkilenmesi arasında bağlantı kurmak ve bunu yargı makamı önünde kanıtlayabilmek kolay olamayacak ve hatta sonuçsuz kalabilecektir. *Kusur* şartı açısından ise dijital ortamdaki faaliyetlerden kaynaklanan kusurun ispatı davacı açısından oldukça güçtür. Bu nedenle dijital hizmet kusuruna ilişkin uyumsuzluklarda, kusuru ispat faaliyetinin tersine çevrilmesi önerilmektedir.<sup>16</sup> Kusur ile ilgili olan bir diğer nokta ise bilişim sistemlerinin bünyesinde risk ihtiva etmesidir. Bu nedenle sistemsel ve hukuki risk değerlendirmesi ihtiyacının bir hizmet gereği olarak öngörülmesi ve uygulanmaması halinde kusurun varlığının kabulü önerilmektedir.<sup>17</sup>

Teorik açıklamaları örneklerle somutlaştırmak gerekirse, birçok kişinin kişisel verilerinin dark web olarak bilinen karanlık ağ üzerinden satışa çıkarıldığı iddia edilmektedir.<sup>18</sup> Hala satışta olduğu ileri sürülen bu veriler içerisinde Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası, ad soyad, adres, aile ilişkileri, medeni durum, cep telefonu gibi bilgiler de bulunmaktadır. Bu bilgilerin nereden ya da hangi dijital ortamdan ele geçirildiğine yönelik çeşitli iddialar ileri sürülmüştür. Bu iddialardan biri ise söz konusu verilerin e-devlet platformu üzerinden çalındığına yöneliktir.<sup>19</sup> Ancak söz konusu iddia Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi tarafından kabul edilmemiş ve

<sup>13</sup> Bu konudaki hesaplama metoduna yönelik açıklama için bkz. ‘Zarar’ başlığı.

<sup>14</sup> Bu konudaki ölçeklendirme (skala) sistemi önerisi için bkz. ‘Delil ve Zararın Tespiti’ başlığı.

<sup>15</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. ‘Faaliyet ile Zarar Arasında İllet Bağı’ başlığı.

<sup>16</sup> Bu konudaki öneri için bkz. ‘Delil ve Zararın Tespiti’ başlığı.

<sup>17</sup> Bu konudaki öneri için bkz. ‘Kusur’ başlığı.

<sup>18</sup> Mert Sarica, ‘Was Turkey’s e-Government Hacked?’ (Hack 4 Career, 21 June 2023) < <https://www.mertsarica.com/was-turkeys-e-government-hacked/> > Erişim Tarihi 27 May 2024.

<sup>19</sup> Konuya yönelik iddia X, eski adıyla Twitter, platformu üzerinden İbrahim Haskoğlu tarafından ileri sürülmüş olup ilgili iddia için bkz. Esen Dolma, ‘Uzmanlar yanıtladı: 10 soruda e-Devlet’ten veri sızıntısı’ (Oksijen, 18 June 2023) < <https://gazeteksijen.com/turkiye/uzmanlar-yanitladi-10-soruda-e-devletten-veri-sizintisi-181501> > Erişim Tarihi 27 May 2024.



söz konusu verilerin az sayıda kullanıcıya yönelik oltalama (phishing) yöntemi<sup>20</sup> ve zararlı yazılımlar ile elde edildiği ileri sürülmüştür.<sup>21</sup> Yine Yüksek Seçim Kurulu'nun verilerinin hacklendiğine yönelik haber yapılmıştır.<sup>22</sup> Günümüzde bu veriler casus yazılımlar aracılığıyla yayılmaya devam etmekte ve kişiler spam aramalara, kısa mesajlara, phishing saldırılarına maruz kalmakta ve hatta bazı uygulamalarda cep telefonu numarasıyla dahi kişilerin T.C. kimlik numarası ve adres bilgilerine ulaşılabilir.<sup>23</sup> Hatta bir varsayımda bulunursak, bu bilgiler ile kişiler aleyhine yargı organlarında husumet yöneltilebilmesi ve bazı durumlarda ilgililerin haberleri dahi olmadan yasal takip başlatılabilmesi ve yasal süresi içerisinde itiraz edilmeyen bu tabikin kesinleşmesi ihtimal dahilindedir. Keza cep telefonu aramaları ile yaş, cinsiyet, medeni ve aile durumu bilgileri kullanılarak dolandırıcılık gibi suçların da işlenmesi muhtemeldir.<sup>24</sup> Eğer bu örnekteki gibi milyonlarca kişiye ilişkin veriler e-Devlet üzerinden çalındıysa burada sistemsel zafiyet bulunduğu ileri sürülebilecektir. Ancak verilerin çalınması ve karanlık ağ üzerinde satışa çıkarılması halinde zarara uğranıldığından bahsedilebilir mi? Böyle bir durumda ilgililer tarafından tam yargı davası açılabilir klasik hizmet kusuru teorisi içerisinde zararın niteliği açısından kesin ve gerçekleşmiş olması gerektiğinden<sup>25</sup> açılan davanın reddedilmesi ihtimal dahilindedir.<sup>26</sup> Nitekim verilen örneğe dönüldüğünde, idarenin dijital ortamdaki mezkûr faaliyetinden kaynaklanan zararın potansiyel olma niteliği baskındır. Dijital hizmet kusuru ile esasında zararın mevcut teoride benimsenen potansiyel niteliğini değiştirerek bu belirsizliği belirli hale getirmek, üzerinde düşünülebilir bir husustur. Çalınan verilere önceden belirlenmiş genel, soyut ve objektif kurallar ile değer biçilerek (belki de bir skala-ölçek belirlenerek<sup>27</sup>), verilerin rıza dışında üçüncü kişilerin eline geçmesi

<sup>20</sup> Oltalama yani phishing sosyal mühendislik yöntemi olup kişinin güvenini kazanarak, elektronik iletişimde kullanılan kullanıcı adı, şifre ve kredi kartı bilgileri gibi çeşitli verileri çalmaya yönelik eylemleri ifade etmektedir. Hedeflere genellikle e-posta gönderilerek bu bilgiler elde edilmektedir ancak farklı phishing yöntemleri de bulunmaktadır bkz. Vaishnavi Bhavsar, Aditya Kadlak and Shabnam Sharma, 'Study on Phishing Attacks' (2018) 183(33) International Journal of Computer Applications < <https://www.ijcaonline.org/archives/volume182/number33/> > Erişim Tarihi 27 May 2024.

<sup>21</sup> Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, 'e-Devlet Kapısı Kullanıcı Hesaplarının Sızdırıldığı İddiaları Hakkında Basın Açıklaması' (CBDDO, 26 February 2023) < <https://cbddo.gov.tr/duyurular/6627/-e-devlet-kapisi-kullanici-hesaplarinin-sizdirildi-iddialari-hakkinda-basin-aciklamasi-> > Erişim Tarihi 27 May 2024; ayrıca güncel bir iddiayla ilgili bkz. British Broadcasting Corporation (BBC), '108 milyon kişinin verileri çalındı iddiası: Bakanlık ne açıkladı, tepkiler ne oldu?' (BBC, 12 September 2024) < <https://www.bbc.com/turkce/articles/cn8789ez2q7o> > Erişim Tarihi 02 October 2024.

<sup>22</sup> Zeki Seskir, 'Hacklenmemek Elimizde mi?' (Medium, 18 October 2017) < <https://medium.com/duzensiz/hacklenmemek-elimizde-mi-79bcefc08fbc> > Erişim Tarihi 25 May 2024.

<sup>23</sup> Webteknhaber, 'Sadece Telefon Numarasıyla Türkiye'deki Herkesin Tüm Kişisel Bilgilerini Gösteren Bir İnternet Sitesi Ortaya Çıktı' (WebTekno, 09 June 2023) < <https://www.webteknoloji.com/turkiye-herkesin-kisisel-bilgilerini-gosteren-internet-sitesi-h135098.html> > Erişim Tarihi 02 October 2024.

<sup>24</sup> Umur Yakar, 'Facebook, Yemeksepeti, LinkedIn ve Clubhouse'dan Çalınan Bilgileriniz ile Neler Yapılabilir?' (WebTekno, 17 April 2021) < <https://www.webteknoloji.com/facebook-calinan-bilgileriniz-ile-neler-yapilabilir-h108701.html> > Erişim Tarihi 02 October 2024.

<sup>25</sup> Danıştay 10 D, 2019/752-2023/2146, 25.04.2023: "idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle tam yargı davası açılabilmesi için; maddi olayın, zarara sebep olan eylemin idariliğinin ve yol açtığı zararın kesin olarak ortaya konulması zorunludur."; Danıştay 8 D, 2021/1776-2023/1839, 07.04.2023; Şenel Sarsıkoğlu, 'İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2412-2414.

<sup>26</sup> Dijital hizmet kusurunda henüz kesinleşmemiş ancak gelecekte kesin olmasa bile gerçekleşmesi ihtimal dahilinde olan ve bu nedenle duyulan korkudan kaynaklanan zararın tazmini hakkında bkz. "Zarar" başlığı.

<sup>27</sup> Bkz. "Delil ve Zararın Tespiti" başlığı.

halinde zararın meydana geldiğinin kabul edilmesi bir öneri olarak sunulabilir. Diğer yandan ise manevi zarar ileri sürülse bile Türk idari yargı rejiminde manevi zararın tazmininde genellikle düşük bedellere hükmedilmesi<sup>28</sup> nedeniyle giderim davacı yönünden tatmin edici bir miktar olarak nitelendirilmeyebilir.

Konuyu yalnızca kişisel verilerle sınırlamak doğru olmayacaktır. Yapay zekanın hızla gelişmesi nedeniyle yakın gelecekte yapay zekâ kamu hizmetlerinde de sıklıkla kullanılmaya başlanacak ve bu noktada yapay zeka sistemini kullanan idare konuşlandırıcı olarak nitelendirilecektir.<sup>29</sup> Avrupa Birliği (AB) Hukuku'nda yapay zeka sistemlerinin kabul edilemez riskler dışında kullanımına izin verilmesi nedeniyle yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin idareler tarafından kullanılması da mümkün hale gelecektir.<sup>30</sup> Nitekim Türk Hukuku'nda henüz regüle edilmeyen<sup>31</sup> yapay zeka sistemlerinin idarenin faaliyetlerinde kullanılması halinde idarenin sorumluluğuna yol açabilecek zararların ortaya çıkması muhtemeldir.<sup>32</sup> Örneğin, Çin'de olduğu gibi yapay zeka sistemleri kullanarak insanları sosyal puanlama sistemine veya ırkına göre tespit edip izlemeye almak<sup>33</sup> ve otomatik sistemlerle kamusal alanlarda bunu sürekli hale getirmek insan hakları açısından bir ihlal olduğu gibi kişilerin mesleki ve özel hayatını da gelecek yönünden etkileyecek potansiyele sahiptir. Yapay zekâ sistemlerinin kolluk faaliyetlerinde kulla-

<sup>28</sup> Gözler (n 2) 1309; Müzeyyen Eroğlu Durkal, 'Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat' (2017) 131 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 203-205.

<sup>29</sup> Nitekim Avrupa Birliği Hukuku'nda yakın zamanda yürürlüğe giren Artificial Intelligence Act (Yapay Zeka Tüzüğü) 3'üncü maddesinde yapay zeka sisteminin profesyonel olmayan kişisel bir faaliyet sırasında kullanıldığı durumlar haricinde, kendi yetkisi altında bir yapay zeka sistemi kullanan gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, ajans veya başka bir kurum konuşlandırıcı (deployer) olarak tanımlanmış (önceki taslak metinlerinde kullanıcı olarak kabul edilmekteydi) ve mezkur düzenlemenin 26'ncı maddesinde yüksek riskli yapay zeka sistemlerinde konuşlandırıcıların yükümlülükleri öngörülmüştür bkz. Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) [2024] COR 1 (AI Act Regulation).

<sup>30</sup> Anlı düzenlemenin 27'nci maddesinde ise kamu hukukuna tabi otoriteler ve kamu hizmeti gören özel hukuk kişilerinin, yüksek riskli yapay zekâ sistemleri konuşlandırılmadan önce sistemler temel haklar üzerinde yaratacağı etkiye ilişkin değerlendirme yapma yükümlülüğü bulunmaktadır bkz. AI Act Regulation, art. 27.

<sup>31</sup> Ancak belirtmek gerekir ki Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi tarafından, "Yapay Zeka ve İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğüne İlişkin Avrupa Konseyi Çerçeve Sözleşmesi (The Council of Europe Framework Convention on artificial intelligence and human rights, democracy, and the rule of law)" 17 Mayıs 2024 günü kabul edilmiş olup Sözleşme'nin 7'nci bölümünde yapay zekaya ilişkin etkili gözetim mekanizmaları kurulması, uluslararası işbirliği yapma ve belirli aralıklarla faaliyetlerini raporlama gibi üye devletlere yönelik yükümlülükler öngörülmektedir. Bu kapsamda yakın zamanda Türkiye'de de yapay zekayı regüle etmeye yönelik düzenlemeler yapılmasını beklemekteyiz. Bir piyasaya dönüşmesi ve kamu ve özel sektöre potansiyel etkileri nedeniyle yapay zekaya yönelik müstakil bir bağımsız idari otorite kurularak, alana ilişkin uzmanlık gerektiren gözetim ve denetim faaliyetinin bu kurum tarafından yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>32</sup> İdarenin yapay zekâ teknolojilerini faaliyetlerinde geniş anlamıyla kullanması durumunda ortaya çıkabilecek sorumluluğa yönelik inceleme için bkz. Serkan Seyhan, *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu* (On İki Levha 2023) 271-339; Ahmet Yayla, *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zeka* (Seçkin 2023) 153-175; Mutlu Kağıtçıoğlu, 'Yapay Zekâ ve İdare Hukuku (Bugünden Geleceğe Yönelik Bir Değerlendirme)' (2021) 11(1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-157.

<sup>33</sup> Çin bu uygulamayı büyük çoğunluğu Müslüman olan Uygur Türklerini izlemek ve tanımlamak için de kullanmakta olup uygulama çerçevesinde Uygur Türk'ü gibi gözükenlerin geliş-gidiş kayıtlarını tutmaktadır. Bu türdeki uygulamalar otomatikleşmiş ırkçılıkta yeni bir çağ başlatacak potansiyele sahiptir bkz. Paul Mozur, 'One Month, 500,000 Face Scans: How China Is Using A.I. to Profile a Minority' (New York Times, 14 April 2019) <<https://www.nytimes.com/2019/04/14/technology/china-surveillance-artificial-intelligence-racial-profiling.html>> Erişim Tarihi 23 May 2024; ayrıca Çin'de sosyal kredi sistemi açısından idarenin algoritmalara dayalı tespiti ve bu sistemin regülasyonuna yönelik inceleme için bkz. Ömer Faruk Erol, *Algoritmik Regülasyon: Yapay Zekâ ve İdarenin Regülasyon Faaliyeti* (On İki Levha 2023) 119-123.

nılması halinde meydana gelecek kusurlarda zararın belirlenmesi ve kesinleştirilmesi, sistemin kendisinden kaynaklanan özellikler nedeniyle yine çokça tartışma yaratacaktır. Nitekim bu sistemlerde sorumluluğun kime ait olduğunu tespit etmek de oldukça güçleşecektir. Keza yapay zekâ sistemlerini kullanan, konuşlandıran, sağlayan, ithal eden, dağıtan gruplardan hangisine sorumluluğun yöneltilebileceği hangi sektörlerde sorumluluğun ne şekilde paylaşılacağı ülkemizde netlik kazanmadığı gibi uluslararası alanda da tartışılmaya devam etmektedir.<sup>34</sup>

Siber saldırı sonucuna ilişkin başka bir örnek olarak, sistemin şifrenmesi, sisteme giriş yetkilerinin kaldırılması ve sistemin kullanılmaması gibi durumların da ortaya çıkması mümkündür. Saldırganlar tarafından fidye yazılımı olan ransomware aracılığıyla sisteme erişim için fidye istenmesi de bazı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda, zararı tamamen belirleyebilmek mümkün olmadığı gibi ileriye yönelik zararların ortaya çıkma ihtimali de bulunmaktadır. Gelecekteki muhtemel sorunları bunlarla sınırlayabilmek mümkün olmadığı gibi teknolojik gelişmelerin yönünü ve kullanım alanını öngörebilmek de pek mümkün görünmemektedir. Ancak maddî dünyada sıkça görünümü olan hizmet kusurunun dijital ortamın kendine özgü zaman-mekân-vasıta farklılıkları nedeniyle dijital ortamdaki vakalara uygulanabilmesi için sorumluluğun şartları, sorumluluğu etkileyen haller gibi bazı yönlerden farklılaşması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu farklılıkların mevcut hizmet kusuru kavramını etkilememesi ve maddî dünya ile dijital dünya arasında idarenin mali sorumluluğu açısından bir fark yaratılmasının gerekli olduğu düşünüldüğünden, hizmet kusurunun dijital ortamdaki görünüşünün farklı bir kavram ile nitelendirilmesine ihtiyaç vardır. Bu nedenle hizmet kusurunun dijital ortamdaki görünüşüne yönelik en azından bir başlangıç yapabilmek amacıyla dijital hizmet kusuru kavramının kullanılabileceği düşünülmektedir.

## II. Dijital Hizmet Kusurunun Sorumluluk Şartları Açısından İncelenmesi Ve Dijital Hizmet Kusurunun İdarenin Kusursuz Sorumluluğuna Sirayeti

Dijital hizmet kusurunu, idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinden kaynaklanan kusura dayanan sorumluluk türü olarak önermekteyiz. Nitekim bu özel görünüş sorumluluğunun uygulanabilmesinin mevcut hizmet kusuru teorisinin şartlarının dijital ortama özgü esaslar dikkate alınarak geliştirilebileceğini düşünmekteyiz. Esasen dijital hizmet kusurunun, mevcut hizmet kusurundan (idarenin kusura dayanan sorumluluk anlayışından) ayrılması gerektiğini savunduğumuz nokta, *sorumluluk şartlarının* dijital hizmet kusuru açısından daha farklı ele alınması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır.

<sup>34</sup> Örneğin sağlık hizmetlerinde yapay zekanın kullanımı ve hekimlerin sorumluluğu yönünden senaryolara dayalı bir öneri için bkz. W. Nicholson Prince II, Sara Gerke and I. Glenn Cohen, 'Potential Liability for Physicians Using Artificial Intelligence' (2019) 322(18) Journal of the American Medical Association 1766 <<https://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/2752750>> Erişim Tarihi: 15.10.2024.

İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için idari bir davranış, zarar, davranış ve zarara arasında illiyet bağı ve kusur şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir.<sup>35</sup> Buna karşılık kusursuz sorumluluk açısından ise kusur şartı dışında diğer şartların varlığı mevcut olmalıdır.<sup>36</sup> Esasen vurgulanması amaçlanan nokta, ayırım yapmanın yani dijital hizmet kusuru diye bir kavram ileri sürmenin temel amacı sorumluluk şartlarının idarenin dijital alandaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda daha farklı ele alınması gerektiği düşüncesidir. Kusur şartı, idarenin kusursuz sorumluluğu ve kusura dayalı sorumluluğu arasındaki belirleyici unsur ise de dijital hizmet kusuru tüm sorumluluk şartları bakımından farklı ele alınmayı gerektirmektedir. Her ne kadar idarenin dijital alandaki faaliyetlerinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğu farklı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek kapsam ve nitelikte ise de dijital hizmet kusuru iddiasıyla bir uyumsuzluğun gündeme gelmesi halinde kusur şartının bulunmaması durumunda kusursuz sorumluluk açısından da kısa bir değerlendirme yapmanın konuyu daha anlaşılabilir kılacağı düşünülmektedir.

Dijital hizmet kusuru açısından sorumluluk şartı olan idari bir davranış, hizmet kusuru ve dijital hizmet kusuru arasında ayırım yapmayı sağlayacak unsur olarak önerilmektedir. Bu nedenle çalışma kapsamında, idarenin dijital alandaki faaliyeti tasnif unsuru olarak kabul edilmektedir. Zarar, illiyet bağı ve kusur unsurlarının ise idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda daha farklı ele alınması gerektiği düşünülmektedir.

Bu başlık kapsamında idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda niçin sorumluluk şartlarının daha farklı ele alınması gerektiği açıklamaya çalışılacaktır. Ardından da idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinden kaynaklanan mali sorumluluk uyumsuzluklarında dijital hizmet kusurunun kusursuz sorumluluğa etkisi tartışılacaktır. Önemle vurgulamak gerekir ki burada öne sürülen gerekçeler, sorumluluk şartlarının bu alandaki faaliyetler açısından daha farklı ele alınması gerektiğini ispatlamak amacıyla kaleme alınmaktadır. Bunların ne şekilde geliştirilmesi gerektiği ise farklı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek kapsamdadır. Her ne kadar bu başlık kapsamında şartların nasıl ele alınabileceğine yönelik öneriler sunulsa da temel odak noktası farklı bir kavrama ihtiyaç duyulduğuna dikkat çekmektir.

## A. İdarenin Dijital Alandaki Bir Faaliyeti

Klasik sorumluluk şartları açısından idarenin mali sorumluluğunun doğabilmesi için idari bir davranışın bulunması gerekmektedir.<sup>37</sup> Bu davranış aktif yani yapma şeklinde olabileceği gibi pasif yani yapmama/eylemsizlik şeklinde de

<sup>35</sup> Onar (n 7) 1714-1725; Gözler (n 2) 1294-1347; Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku* (Seçkin 2021) 347-359; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (7th edn, Ekin 2020) 316-324.

<sup>36</sup> Özey (n 7) 207; Atay (n 35) 381; Kaplan (n 35) 316.

<sup>37</sup> Atay (n 35) 347; Yıldırım and Çınarlı, (n 3) 309.

gerçekleşebilecektir.<sup>38</sup> İdarenin dijital alanda sunduğu kamu hizmetleri<sup>39</sup> ve idarenin dijital kamu düzenini korumaya yönelik kolluk faaliyetleri, idarenin siber dünyadaki faaliyetleri olarak kabul edilecektir. Nitekim idarenin hizmet kusurunun ortaya çıkış nedenlerinden olan hizmetin hiç işlememesi yani eylemsizlik halinin dijital idari faaliyetler yönünden de ortaya çıkması mümkün olup sistemin şifrelenmesi sonucu işlevsiz hale gelmesi ve idarenin burada önlem almamış olması buna örnek verilebilir. Bu çerçevede dijital idari faaliyetler; dijital kamu hizmeti ve dijital kolluk faaliyetleri ayrımıyla sorumluluğun ilk şartını oluşturmaktadır. Nitekim bir uyumsuzluğun dijital hizmet kusuruna ilişkin olup olmadığı noktasında bu başlık kapsamındaki unsur yani idarenin faaliyeti belirleyici nitelik taşıyacaktır. Yani hizmet kusuru ile dijital hizmet kusuru arasında tasnif yapmayı sağlayacaktır. Bu noktada idarenin dijital alandaki bir faaliyeti yani dijital kamu hizmeti yahut dijital kolluk faaliyeti söz konusuysa dijital hizmet kusuru asli sorumluluk sebebi incelenebilecektir.

## 1. Dijital Kamu Hizmetleri

Kamu hizmetlerindeki dijital dönüşümlerin temelleri çok öncelerde atılmaya başlansa da Covid-19 pandemisi kamu hizmetlerindeki dijital dönüşümün küresel çapta hızlanmasına vesile olmuş ve dijital yönetim anlayışında yeni bir çağ başlatmıştır.<sup>40</sup> Ancak buna rağmen veri yönetiminde bir kereye mahsus olma ilkesine (the once-only principle)<sup>41</sup> yönelik uygulamalar ve idari prosedürlerin yaygınlaşarak otomasyona geçirilmesi gibi yeni zorlukların ortaya çıkması nedeniyle kamu hizmetlerinde dijital dönüşüm ve uyumlaştırma çalışmaları nispeten yavaş ilerleyebilmektedir.<sup>42</sup> Türkiye’de dijital kamu hizmetleri, esasında ilk aşamada e-Devlet ve UYAP sistemindeki gelişmelerle başlamış ve süreç içerisinde gelişerek Dijital Vergi Dairesi, üniversitelerin elektronik ortamdaki eğitim sistemleri, mahalli idarelerin e-hizmetleri, kamu kurum ve kuruluşlarının Elektronik Belge Yönetim Sistemleri (EBYS) gibi çok sayıda ve çeşitli hallere bürünmüştür. Dijital kamu hizmeti kavramının önceki tanımları e-Devlet sistemi<sup>43</sup> esas alınarak yapılmış ve “*dijital ortamda kamu hizmetlerinin*

<sup>38</sup> Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II* (6th edn, Seçkin 2024) 365; Atay (n 35) 347.

<sup>39</sup> Kamu hizmeti kavramı ve açıklaması için bkz. Aydın Gülan, ‘Kamu Hizmeti Kavramı’ (1988) 9(1-3) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 147-150.

<sup>40</sup> Michael E. Milakovich, *Digital Governance* (2nd edn, Routledge 2021) 150; Covid-19 salgınının Türkiye’deki dijital dönüşüme etkisine ilişkin bkz. Mehpere Çaptuğ, ‘Covid-19 Salgınının Kamu Hizmetlerinin Dijitalleşmesine Sürecine Etkisi ve Sonuçları’ (2021) 23(2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1317-1322.

<sup>41</sup> Bir defaya mahsus olma ilkesinin (The Once-Only Principle) tanımı AB’ye üye devletlere göre farklılaşmakta olup bazı durumlarda verinin tek bir veri tabanında depolanmasını bazen de verilerin sadece bir kez toplanıp birden fazla veri tabanında depolanabilmesini ifade eder bkz. Robert Krimmer, Tarmo Kalvet, Maarja Toots, Aleksandrs Cepilovs and Eftimios Tambouris, ‘Exploring and Demonstrating the Once-Only Principle: A European Perspective’ (2017) dg.o ‘17: 18th Annual International Conference on Digital Government Research 547 < <http://dx.doi.org/10.1145/3085228.3085235> > Erişim Tarihi 29 May 2024.

<sup>42</sup> The Federal Council of Switzerland, ‘Digital public services’ (*Federal Department of Finance-Digital Public Services Switzerland*, 26 February 2024) < <https://www.efd.admin.ch/efd/en/home/digitalisation/digital-public-services.html> > Erişim Tarihi 29 May 2024.

<sup>43</sup> Geçmişten yakın bir tarihe kadar yapılan e-Devlet tanımlarının derlemesi hakkında bkz. Mehmet Mecek, ‘E-Devlet ve E-Belediye: Kavramsal Çerçeve ve Türkiye’de Belediye Web Sitelerine Yönelik Yapılan Çalışmaların İncelenmesi’ (2017) 22(15) *SDÜİİBFD (Kayfor15 Özel Sayısı)* 1819-1823.

*açık internet ağı üzerinden veya belirli kullanıcıların erişebildiği kapalı ağ ortamında*<sup>44</sup> yazı ses ve görüntü gibi verilerin iletilebilmesi, işlenebilmesi ve depolanarak korunabilmesi uygulamalarına dayanılarak işleyen ve sonucunda da yeni bir katkı sağlamayı amaçlayan hizmetler” olarak tanımlanmıştır.<sup>45</sup> Ancak öğretilerde, bu tanım kapsamında form doldurma gibi kamu hizmetini hazırlayan ara işlemlerin kamu hizmeti olarak düşünülmemesi gerektiği vurgulanmıştır.<sup>46</sup> Gerçekten de işlemin tamamlayıcı niteliğinde olan ara işlemler ve süreçlerin müstakil bir kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi kamu hizmeti teorisinin temel mantığına da aykırı düşecektir. Ancak belirtmek gerekir ki güvenli işlem zincirindeki ara nitelik taşıyan bu tür muamelelerin nihai işlemi yahut hizmetin sunulmasını etkileyecek derecede aksaklığa yol açması halinde sorumluluğa da yol açabilmesi muhtemel hale gelecektir.

Dijital kamu hizmetinin mevzuatımızda tanımı henüz yapılmamış olsa da E-Devlet Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in<sup>47</sup> 4’üncü maddesinde e-Devlet Hizmeti “*hizmet süreçlerinin vatandaş odaklı olarak yeniden yapılandırılmasını da içerecek şekilde, kurumlar arası veri paylaşımı esasına dayalı olarak yürütülmesi için kurumlar tarafından, hızlı, güvenli, etkili, verimli, şeffaf ve hesap verebilir, temel hak ve özgürlüklere riayet edilerek ve mahremiyet gözetilecek şekilde elektronik ortama aktarılan her bir kamu hizmeti*” olarak tanımlanmıştır. Esasında bu tanım dijital kamu hizmetinin tanımı da olabilecek mahiyettedir.<sup>48</sup> Tanım kapsamında elektronik ortama aktarılan her bir kamu hizmeti e-Devlet hizmeti olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda e-Devlet üzerinden sağlanmasa bile e-Devlet entegrasyonu çerçevesinde son kullanıcı tarafından sistemine erişim sağlanan ve maddi dünyada kamu hizmeti mahiyeti taşıyan ancak bununla birlikte elektronik ortamda sunulan hizmetler de e-Devlet hizmeti olarak kabul edilecektir. Tanım çerçevesinde kanaatimizce UYAP, Dijital Vergi Dairesi, e-SGK gibi hizmetler e-Devlet Hizmetleri olarak kabul edilecektir. Bununla birlikte e-Devlet entegrasyonu sağlanmamış olsa bile bazı mahalli idarelerin kamu hizmetlerini internet üzerinden sunduğu hizmetler de dijital kamu hizmeti kapsamında değerlendirilecektir. Bunun yanında kapalı ağ sistemi olarak ifade edilen intranetteki belirli hizmetlerin de bir kamu hizmetinin görülmesi için araç olarak kullanılması halinde bu sistemlerin de dijital kamu hizmeti kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi uygun olacaktır. Böylelikle intranetteki sistem arızalarının kamu hizmetinin işleyişine etki etmesi hali yasal temele oturtulabilecektir.

<sup>44</sup> İtranet olarak ifade edilen kapalı ağ ortamına kolluk kuvvetleri tarafından kullanılan PolNet, istihbarat organizasyonları ve silahlı kuvvetler tarafından kullanılan çeşitli bilgi ve teknoloji sistemleri ve bazı kurum içi EBYS’ler örnek verilebilir.

<sup>45</sup> Yılmaz Karakoyunlu, ‘Türkiye’de e-Devlet Forumu Açılış Konuşması’ (Hürriyet, Bilişim Zirvesi 2001)’den aktaran Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda “e-Devlet” Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti* (On İki Levha 2010) 144.

<sup>46</sup> Oğurlu (n 45) 145.

<sup>47</sup> E-Devlet Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG 03.09.2016/29820.

<sup>48</sup> E-Devlet ve Bilgi Toplumu Kanunu Tasarısı Taslağında yer verilen “e-Devlet Hizmeti” ifadesi yerine “dijital kamu hizmeti” kavramı tercihine yönelik bkz. Oğurlu (n 45) 146.



Dijital kamu hizmetleri, geleneksel kamu hizmetlerinin aksine genellikle 7/24 kullanıma açıktır ve internetin açık kaynak yapısı ilgililerin bilgiye hızlı bir şekilde ve kendi amaçları doğrultusunda erişmelerine olanak tanımaktadır.<sup>49</sup> Bununla birlikte dijital kamu hizmetleri internet ortamında sunulurken ve yürütülürken, kamu hizmetlerinin yürütülmesine hakim olan ilkelere<sup>50</sup> ek olarak E-Devlet Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 5'inci maddesinde yer verilen ilkelere de riayet edilmesi gerekecektir. Bu madde kapsamında kullanıcı odaklı olma, siber güvenliğin temini, kesintisiz ve kaliteli hizmet temini, bilişim sistemlerinin güvenliğine yönelik ulusal ve uluslararası standartlara uyulması gibi önemli temel ilkeler benimsenmektedir. Ancak kamu hizmetlerinin kurulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasına yönelik esaslar çerçevesinde dijital kamu hizmetlerinin ve bu hizmetlerin yürütülmesine ilişkin temel ilkelerin kanun ile yasama organı tarafından yapılmasına ihtiyaç olduğu görüşünderiz.<sup>51</sup> 2009 döneminde Başbakanlık tarafından E-Devlet ve Bilgi Toplumu Kanun Tasarısı taslağı ile bir girişimde bulunulmuş olsa da bu süreç nihayete erdiril(e)memiştir.<sup>52</sup> Her ne kadar dijital kamu hizmetleri, maddi dünyadaki kamu hizmetlerinin elektronik ortamdaki birer uzantısı olsa da bu hizmetlerin görülmesine ilişkin usul ve esaslar dijital ortamın doğası gereği daha farklıdır. Nitekim bu konuda bir Yönetmelik çıkarılmış olması ve bu Yönetmelik kapsamında çeşitli ilkeler öngörülmesi de görüşümüzü destekler niteliktedir.

Dijital kamu hizmetlerinin sistemlerdeki geçici veya kalıcı arızalardan kaynaklanan zararlar halinde dijital hizmet kusuru gündeme gelebilecektir. Nitekim bu sistemlerin kurulması ve işletilmesi ilgili kamu tüzel kişinin sorumluluğunda olup bunların kurulması ve/veya işletilmesine ilişkin hizmet alımı usulü uygulanırsa bile hizmetin denetim ve gözetiminin nihai sorumluluğu kamu tüzel kişisindedir.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> Milakovich (n 40) 178.

<sup>50</sup> Dijital kamu hizmetlerinde ayrıca Türkiye'nin AB katılım sürecindeki mevzuat uyumlaştırma çalışmalarının sonucu olarak ortaya çıkan yeni ilkelere, aslında bu ilkeler evrensel kamu hizmeti ilkeleri olarak da değerlendirilebilir, yer verilmesine yönelik bir görüş için bkz. Simge Demir Bayram, *Kamu Hizmetinde Dijital Dönüşüm ve E-İhale Süreci* (On İki Levha 2023) 78.

<sup>51</sup> Öğretide kamu hizmetlerinin dijital ortama taşınması planlandığında öncelikle mevzuatın dijital ortama uyumlaştırılması ve içtihatların da bunlar doğrultusunda geliştirilmesi gerektiği, ayrıca klasik idari sorumlulukla birçok yönden ayrılan farklı sorumluluk türlerinin ortaya çıkabileceği de belirtilmektedir bkz. Oğurlu (n 45) 212.

<sup>52</sup> Türkiye Cumhuriyeti Kalkınma Bakanlığı, *On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023) e-Devlet Hizmetlerinin Geliştirilmesi Çalışma Grubu Raporu* (T.C. Kalkınma Bakanlığı 2018) 23 < <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/04/e-DevletCalismaGrubuRaporu.pdf> > Erişim Tarihi 02.10.2024: "Geçmişte e-Devlet konusuyula ilgili bir temel kanun çıkartmak amacıyla bazı çalışmalar yapılmıştır. Örneğin, 2009 yılı aralık ayında 'e-Devlet ve Bilgi Toplumu Kanun Tasarısı Taslağı' başlığı altında bir metin Başbakanlık tarafından kamuoyu ve kamu kurum ve kuruluşları ile paylaşılmış ama bu metnin TBMM'de tartışılıp yasalasama imkânı olmamıştır."

<sup>53</sup> Kamu hizmetinin özel kişilerce görülmesine ve sorumluluğun belirlenmesine yönelik ayrıca bkz. 'Sorumluluk Alanının ve Hasmin Belirlenmesi' başlığı.

## 2. Dijital Kolluk Faaliyetleri

Genel idari kolluk faaliyetlerinin temel amacı kamu düzenini tesis ve temin etmek olup kamu düzeninin unsurları olan genel güvenlik, toplumsal sağlık, dirlik ve esenlik ve genel ahlakın korunmasına yönelik faaliyetlerin sürdürülmesi ile kamu düzeninin sağlanacağı kabul edilmektedir.<sup>54</sup> Özel idari kolluk faaliyetleri açısından ise kendi kanunlarıyla öngörülmüş olan özel amacın gerçekleşmesi ile kamu düzeninin de tesis ve temin edileceği düşünülmektedir. Her ne kadar 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun<sup>55</sup> bulunsa ve bu Kanun kapsamında yürütülen faaliyetlerden bir kısmı, dezenformasyona yönelik filtrelemeler gibi, dijital kolluk faaliyeti olarak nitelendirilse bile dijital hizmetlere ve bundan kaynaklanan kamusal yetki ve yükümlülüklerle ilişkin müstakil bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır ve bu kurallar ülkemizde henüz tedvin edilmemiştir. Buna karşılık AB açısından baktığımızda Dijital Hizmetler Yasası (Digital Services Act – DSA)<sup>56</sup> olarak adlandırılan 2022/2065 sayılı Tüzük, aracılık hizmetleri (intermediary services) olarak adlandırılan yer sağlama (hosting), basit iletim (mere conduit) ve önbellek (cache) hizmetlerine yönelik müstakil bir düzenlemedir. Bu düzenleme dijital hizmetleri tek bir çatı altında önemli ölçüde toplamakta ve bunlara ilişkin kurallar öngörmektedir. Bu düzenleme ile mevzuatımız karşılaştırıldığında, örneğin sadece erişimin engellenmesi usulü bile çok farklı düzenlemelerde öngörülmektedir.<sup>57</sup> Bu mevzuat dağınıklığı hem yargı yerlerinde hem de idareler açısından hangi kuralın uygulanacağına yönelik karmaşıklığı beraberinde getirebilecek potansiyeldedir. Bu nedenle kuralları sistematik biçimde tedvin etmek faydalı olabilecektir. Başka bir örnek ise siber güvenlik açısından verilebilir. AB müktesebatında Birlik genelinde yüksek düzeyde siber güvenliğe yönelik ortak tedbirlerin alındığı ‘NIS 2’ olarak adlandırılan 2022/2555 sayılı Direktif yürürlüktedir.<sup>58</sup> Bu Direktif kapsamında genel çerçevesiyle üye Devletlerin siber güvenlik stratejileri benimsemeleri, siber kriz yönetim makamları oluşturmaları, kritiklik atfedilen kuruluşların siber güvenlik risk yönetimine ilişkin tedbirler alması

<sup>54</sup> Günday (n 8) 292; Akyılmaz, Sezginer and Kaya, *Türk İdare Hukuku* (n 3) 620.

<sup>55</sup> İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5651, Kabul Tarihi: 04.05.2007, RG 23.05.2007/26530.

<sup>56</sup> Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) [2016] OJ L 277.

<sup>57</sup> 5651 sayılı Kanun’un 8, 8/A maddeleri haricinde, 5809 sayılı Kanun’un 60’ncı maddesi, 1262 sayılı İşpençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu’nun 18’inci maddesi, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu’nun 46’ncı maddesi, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 41/G maddesi, 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 6’ncı maddesi, Telsiz Ekipmanlarının Piyasa Gözetimi ve Denetimine Dair Yönetmelik’in 19’uncu maddesi gibi çok farklı düzenlemelerde erişimin engellenmesi müessesine yer verilmektedir. Konu hakkında güncel, ayrıntılı ve sistematik bir sınıflandırma için bkz. Mehmet Bedii Kaya, ‘Türkiye’de İnternete Kim, Neden ve Nasıl Müdahale Ediyor?’ (İnternet-Hukuk-Yetki-Kontrol, 25 August 2024) < <https://mbkaya.com/internet-hukuk-yetki-kontrol/> > Erişim Tarihi: 08.10.2024; ayrıca bkz. Mehmet Bedii Kaya, *Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi* (On İki Levha, 2010) 85-120.

<sup>58</sup> Directive (EU) 2022/2555 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, amending Regulation (EU) No 910/2014 and Directive (EU) 2018/1972, and repealing Directive (EU) 2016/1148 (NIS 2 Directive) [2022] OJ L 333.



ve bunları raporlaması, siber güvenlik bilgi paylaşımına ilişkin kurallar ve yükümlülükler oluşturulması, kuralların uygulanmasına yönelik denetim mekanizmaları sağlanması öngörülmektedir. Bununla birlikte ülkemiz açısından Elektronik Haberleşme Sektöründe Şebeke ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği'nin 35'inci maddesi kapsamında siber saldırılara yönelik tedbirlerle ilgili yükümlülükler öngörülmektedir. Ancak bu düzenleme NIS 2 ile kıyaslandığında hem ikincil düzenleme niteliğindedir hem de onun kadar ayrıntılı ve sistematik değildir.

Ülkemiz siber güvenlik politikasıyla ilgili olan bir diğer husus ise Siber Güvenlik Kurulu, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu<sup>59</sup> Ek madde 1 kapsamında 2014 yılında kanuni temele oturtulmuştur.<sup>60</sup> Mezkûr maddenin ikinci fıkrası kapsamında Kurul'un siber güvenlik ile ilgili olarak politika, strateji ve eylem planlarını onaylamak, kritik altyapıların belirlenmesine ilişkin teklifleri onaylamak, siber güvenlikle ilgili düzenlemelerden kısmen veya tamamen muaf tutulacak kurum/kuruluşları belirleme gibi çeşitli görevler verilmiştir. Ancak 2018 yılında yayımlanan 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin<sup>61</sup> 205'inci maddesi ile siber güvenlik yönünden çeşitli icrai yetkilere sahip olan bu Kurul'un kuruluşuna ilişkin birinci fıkraya ve çalışma esaslarına ilişkin üçüncü fıkraya mülga edilerek Kurul mülga hale gelmiştir.<sup>62</sup> Geriye yalnızca görevleriyle ilgili olan ikinci fıkraya kalsa da bu görevleri yerine getirecek Kurul kaldırılmıştır. Bu kapsamda belirli aralıklarla Siber Güvenlik Kurulu tarafından hazırlanan Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planları, 2020-2023 dönemi için Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından hazırlanmış ve yayımlanmıştır.<sup>63</sup> Yayımlanan bu planlarda eylem maddeleri hizmete özel olarak nitelendirildiğinden yalnızca ilgili kurumlarla paylaşılmaktadır. Güncel durumda siber güvenlik ile ilgili çeşitli görevler 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca; Dijital Dönüşüm Ofisi bünyesindeki Siber Güvenlik Dairesi Başkanlığına (m. 527/B), Cumhurbaşkanlığı Güvenlik ve Dış Politikalar Kuruluna (m. 26), Dışişleri Bakanlığı bünyesinde İstihbarat ve Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğü (m. 140) ve Bilgi Teknolojileri Genel Müdürlüğüne (m. 143/Ç), Millî Savunma Bakanlığı bünyesinde Muhabere ve Bilgi Sistem Dairesi Başkanlığına (m. 343), Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı bünyesinde Millî Teknoloji Genel Müdürlüğüne (m. 388/A) verilmektedir. Ayrıca güncel bir gelişme olarak 2024-2028 yıllarına ilişkin Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem

<sup>59</sup> Elektronik Haberleşme Kanunu, Kanun Numarası: 5809, Kabul Tarihi: 05.11.2008, RG 10.11.2008/27050 (Mükerrer)

<sup>60</sup> Siber Güvenlik Kurulu kanuni temele oturtulmadan önce Bakanlar Kurulu'nun 11.06.2012 gün ve 2012/3842 sayılı Ulusal Siber Güvenlik Çalışmalarının Yürütülmesi, Yönetilmesi ve Koordinasyonuna İlişkin Karar'ın, (RG 20.10.2012/28447), 4'üncü maddesi ile kurulmuştur.

<sup>61</sup> Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Karar Numarası: 703, RG 09.07.2018/30473 (3. Mükerrer).

<sup>62</sup> İkinci fıkranın bırakılmasının Kurul'un mülga olmasını engellemediğine yönelik destekler nitelikte bkz. T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, *2020-2023 Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı* (n 8) içinde 'Kritik Altyapı Sektörleri' tanımı.

<sup>63</sup> ibid.

Planı da yakın zamanda yayınlanmıştır.<sup>64</sup> Bu kapsamda siber zafiyetlerin önüne geçilebilmesi amacıyla AB siber güvenlik düzenlemelerinde benimsenen siber dayanıklılık yani ex ante denetime dayalı siber güvenlik, tasarımdan itibaren güvenlik (security-by-design) hedeflerinin bu plan kapsamında da hedef olarak belirlendiği görülmektedir.<sup>65</sup> Bu da ülkemizin siber güvenlik anlayışının oluşması bakımından dikkat çekici ve önemli bir gelişmedir.

Dijital kolluk faaliyetlerinin temel amacını dijital kamu düzeninin korunması olarak belirtebiliriz. Ancak dijital alanda kamu düzeni arayışını, maddi dünyadaki ve devletin egemenlik sınırları içerisindeki kamu düzeni gibi algılamak çok mümkün değildir. Nitekim dijital dünyada, maddi dünyadaki gibi birbirini tellerle ve duvarlarla ayıran sınırlar olmadığından devletin internetteki egemenlik alanını belirleyebilmek, interneti düzenlemek ve kontrol altında tutmak kolay bir faaliyet olarak değerlendirilememektedir. Ayrıca maddi dünyadaki kamu düzeninin unsurları, dijital boyutta farklılaşmaktadır. Örneğin, kamu düzeninin unsuru olan genel güvenlik, dijital ortamda siber güvenlik kavramında vücut bulmaktadır. Esasında siber güvenlik, genel güvenliğin ve dolayısıyla kamu düzeninin sınırlarını aşarak bünyesinde milli güvenlik ile ilgili meseleleri de barındırmaktadır. Bu yönüyle dijital kamu düzeninin unsurlarını saptayabilmek zorlaşmaktadır. Ancak genel bir ifadeyle idarenin dijital ortamdaki önleyici kolluk faaliyetlerini, dijital kamu düzenini sağlamaya yönelik faaliyetler olarak belirtebiliriz. Dijital kolluk faaliyeti ile ilgili olan bir diğer zorluk ise suçun ortaya çıktığı anı belirlemedeki zorluk nedeniyle dijital ortamda adli ve idari ve hatta milli güvenlik nedeniyle siyasi kolluk<sup>66</sup> ayırımını yapabilmek de güçleşmektedir. Ayrıca yakın gelecekte blokzincir tabanlı ağ, semantik web teknolojilerinin gelişmesi ve kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte veri güvenliğinde artışlar olmasına karşın izleme faaliyetlerinin teknik açıdan zorlaşması muhtemeldir.<sup>67</sup>

Dijital kolluk faaliyetlerine, siber güvenliğin sağlanmasına yönelik aktiviteler, sanal devriyeler, erişimin engellenmesi ve bant genişliğinin daraltılması gibi uygulamalar örnek gösterilebilir. Dijital kolluk faaliyetlerinden kaynaklanabilecek zararlar çeşitli görünümde ortaya çıkabilir. Bunlardan bir kısmı veri güvenliğinin ihlalden, bir kısmı sisteme erişimin geçici veya kalıcı engellenmesinden, bir kısmı

<sup>64</sup> T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, *2024-2028 Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı* (UAB 2024) 27 <<https://www.uab.gov.tr/uploads/pages/siber-guvenligin-yol-haritasi-yerli-ve-milli-teknolojiler-ve-millilestirme-stratejisi-2024-2028.pdf>> Erişim Tarihi: 08.10.2024.

<sup>65</sup> T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, *2024-2028 Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı* (n 64) 25, 27.

<sup>66</sup> Siyasi kolluk için bkz. Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan and Seyhan (n 5) 760.

<sup>67</sup> Christian Wirth and Michael Kolain, 'Privacy by BlockChain Design: A BlockChain-enabled GDPR-compliant Approach for Handling Personal Data' (2018) Proceedings of 1st ERCIM Blockchain Workshop 2018 4-6 <[https://doi.org/10.18420/blockchain2018\\_03](https://doi.org/10.18420/blockchain2018_03)> Erişim Tarihi 30 May 2024; ancak blokzincir teknolojisinde verilerin silinmemesi ve yok edilememesi de ayrı bir sorun teşkil etmekte olup konuyla ilgili bir inceleme için bkz. Osman Gazi Güçlütürk, 'Blokzincir Üzerinde Depolanan Verilerin Kişisel Veri Niteliği ve Silinemezlik, Yok Edilemezlik Sorunu' (2019) 1(2) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 37; kişisel verilerin otomatik araçlarla analiz edilmesi ise işin farklı bir boyutunu oluşturmaktadır olup bkz. Atila Erkal, 'Kişisel Verilerin Önleyici ve Koruyucu Faaliyetler Kapsamında Otomatik Araçlarla Veri Analizi/Değerlendirilmesi Suretiyle İşlenmesi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı' Cemil Kaya (ed) *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Bilgi Edinme Hukuku: Çeşitli Açılardan Bakış* (On İki Levha 2023) 23-77.

iletişimin kesilmesinden kaynaklanabilir ki örnekler bunlarla sınırlandırılmayacak kadar fazladır. Bir diğer mesele ise dijital kolluk faaliyetlerinin yalnızca merkezi idarenin denetimi ve gözetiminde gerçekleşmesi beklenemez. Dijital ortamda bir alana (domaine) sahip olan kamu kurum ve kuruluşlarının tümünün en azından alanın güvenliğini sağlamak yönünden sorumlulukları kabul edilmelidir. Örneğin bir belediyenin internet sitesine siber saldırı yapılması ve bilgilerin çalınması durumunda burada ilgili belediyenin dijital kolluk faaliyetini yerine getirememesi sebebiyle sorumluluğu esas olmalıdır. Norveç'te bulunan Østre Toten Belediyesi'nin bilgi güvenliğiyle ilgili kusurlu kabul edildiği bir olayda Norveç Veri Koruma Kurumu (Datatilsynet) tarafından Belediye aleyhine 4 milyon Norveç kronu idari para cezası verilmiştir<sup>68</sup>. Yine bir başka örnek olarak, Norveç Parlamentosu'nun yetersiz güvenlik önlemlerinden dolayı birçok milletvekilinin ve idari personelin e-posta hesaplarına yetkisiz erişim yapılmıştır. Bu olay neticesinde yetersiz güvenlik önlemlerinin yetkisiz erişime yol açması ve erişimi kolaylaştırması nedeniyle ulusal veri koruma kurumu Datatilsynet tarafından Parlamento aleyhine idari para cezası verilmiştir<sup>69</sup>. Parlamento'ya para cezasının uygulanmasının ardından devlet kurumları ve hatta özel kuruluşlar iki aşamalı güvenlik yöntemine geçiş yapmaya başlamışlardır. Türkiye açısından bakıldığında ise Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun<sup>70</sup> 18'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kişisel verilerin ihlal edilmesi durumunda ilgili kamu tüzel kişisine idari para cezası uygulanamamaktadır.<sup>71</sup>

İdari para cezası uygulanması meselesi bir kenara bırakıldığında verilerin çalınması halinde zarar görenlere karşı idarenin mali sorumluluğu gündeme gelebilecektir<sup>72</sup>. Ancak burada sorumluluk şartları açısından zararın maddi olmasından ziyade manevi olma ihtimalinin daha yüksek olduğu görüşü bulunmaktadır.<sup>73</sup> Kişisel veri tartışmaları bir yana kişisel olmayan ancak maddi ve/veya manevi nitelikte değeri bulunan verilerin<sup>74</sup> çalınması, sisteme erişimin engellenmesi, bant genişliğinin daraltılarak iletişimin kesilmesi, sistemsel verilerin silinmesi, üst verinin (metadata) ele geçirilerek alt veya kişisel veri hakkında bilgi çıkarımı yapılması, hukuka aykırı siber gözetim yapılması gibi çok farklı biçimlerde ortaya çıkabilecek durumlardan kaynaklanan zararlarda ne olacağı hala belirsizliğini sürdürmektedir. Örneğin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), 6 Şubat 2023 depremi sırasında kurtarma

<sup>68</sup> Datatilsynet, 21/00480-14, 07.01.2022.

<sup>69</sup> Datatilsynet, 20/03500-10, 04.03.2022.

<sup>70</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.03.2016, RG: 07.04.2016/29677.

<sup>71</sup> Konuya ilişkin inceleme için bkz. Talha Erdoğan, 'Kişisel Verileri İhlal Eden İdareye Karşı İdari Para Cezası Uygulanmaması Sorunu', (2023) 10(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 165.

<sup>72</sup> Kişisel verilerin korunamamasından kaynaklanan sorumlulukla ilgili bkz. Damla Gürpınar, 'Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk' (2017) 18(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan) 69.

<sup>73</sup> Halil Altındağ, 'Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında İdarenin Sorumluluğu' (2019) 18(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 395-396; bu konu zarar başlığı altında ayrıca değerlendirilecektir.

<sup>74</sup> Örneğin non-fungible token (NFT), kripto varlıklar, şirket sırları gibi. Tüzel kişilere ait veriler de 6698 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesine istinaden kişisel veri niteliğinde olmadığından bu kapsamda değerlendirilebilir.

çalışmaları devam ederken sosyal medya platformlarında bant daraltma uygulamasına başvurmuş ve bu mesele kamuoyunda çokça tartışma yaratmıştır.<sup>75</sup> Zira enkaz altındaki insanların bu platformlar aracılığıyla sesini duyurabildiği ve bant daraltma sonucunda iletişimin kurulamadığı, bant daraltmanın yasal dayanağı bulunmadığı yönünden eleştiri getirilmiştir.<sup>76</sup> Ancak burada idarenin sorumluluğuna gidildiğinde zararın ispatı ve illiyet bağı meselesi nedeniyle idarenin kusura dayanan sorumluluğu yani hizmet kusurunu tespit etmek çok güç olacaktır. İşte idarenin dijital alandaki yetersizliklerinden yani kusurlarından kaynaklanan sorumluluk türünün yeni bir kavramla nitelendirilmesi ve bu alana ilişkin tazmin yöntemlerinin geliştirilmesi adil ve hakkaniyetli çözümlerin üretilebilmesini sağlayabilecektir.

## B. Zarar

Dijital hizmet kusurunun en temel sorunlarından biri zarar unsurunun tespit edilebilmesi meselesidir. İdarenin sorumluluğunun doğabilmesi için ortaya bir zarar çıkması gerekmektedir. Bu zarar maddi nitelikte olabileceği gibi manevi nitelikte de olabilecektir. Dijital dünyada kişilerin yakındıkları zararlar örneğin; kişisel bilgi veya fikri mülkiyet gibi bilgi varlıklarında bilginin kendisi kaybolmasa bile üzerindeki kontrolün kaybedilmesi, internet sitelerine yapılan ‘Denial-of-Service (DoS)’<sup>77</sup> atakları gibi saldırılarla faaliyetlerinin tamamen veya kısmen kesintiye uğraması veya güvenlik ihlalinin ya da botnet olarak kullanılmak suretiyle siber saldırının gerçekleştiği konum olarak gösterilmesinden dolayı kişinin itibarının ve/veya gizliliğinin zarar görmesi şeklinde ortaya çıkabilir.<sup>78</sup> Dijital varlıkların soyut doğası ve kayıpları, maddi varlıklar zarar gördüğünde ortaya çıkan kayıplardan farklı özellikler göstermektedir.<sup>79</sup> Zararın gerçekleşmiş olması ve kesin bir zarar bulunması nitelikleri gereği, maddi dünyadaki zarar anlayışını esas alarak sonuca varmak yetersiz kalacaktır. Çünkü maddi varlıklar ile dijital varlıkların özellikleri birbirinden farklılık arz etmektedir. Dijital varlıklardan kaynaklanan zararın hem dijital dünya açısından hem de maddi dünya açısından etkisi olabilir. Örnek vermek gerekirse bir video oyun

<sup>75</sup> Füsün Sarp Nebil, ‘Depremde bant daraltma yapan BTK nedenini açıklasın’ (T24, 21 March 2024) < [<sup>76</sup> Bant genişliğinin daraltılması uygulamasına sosyal medyada eleştiriler getirilmesi ve kamuoyunda büyük tepkiler gösterilmesi hakkında bkz. Türkiye Mimarlar Mühendisler Odası Birliği Bilgisayar Mühendisleri Odası, 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri Raporu \(BMO, 6 August 2023\) 4 < <https://www.bmo.org.tr/wp-content/uploads/2023/10/BMO-Deprem-Raporu.pdf> > Erişim Tarihi 02.10.2024; ayrıca Türkiye Barolar Birliği tarafından 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununa istinaden konuya ilişkin bilgi edinme başvurusu yapılmışsa da talep kurum içi düzenleme nedeniyle reddedilmiş, müteakiben Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kuruluna yapılan başvurunun da reddi üzerine açılan davada bilgi edinme talebinin reddi işleminin iptaline karar verilmiştir bkz. Ankara 6 İdare Mahkemesi, 2023/1222-2024/459, 29.03.2024 < <https://d.barobirlik.org.tr/2024/20240704karar.pdf> > Erişim Tarihi 31.05.2024.](https://t24.com.tr/yazarlar/fusun-sarp-nebil/depremde-bant-daraltma-yapan-btk-nedenini-aciklasin,44048#:~:text=%226.02.2023%20depreminin%20hemen%20sonras%C4%B1nda,tarihinde%20bant%20daraltma%20uygulamas%C4%B1na%20gidilmi%C5%9Ftir.> Erişim Tarihi 31 May 2024.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>77</sup> Mevzuatımızda Denial of Service (DoS), hizmet dışı bırakma; Distributed Denial-of-Service (DDoS) dağıtık hizmet dışı bırakma olarak tanımlanmaktadır bkz. Elektronik Haberleşme Sektöründe Şebeke ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği, RG: 13.07.204/29059.

<sup>78</sup> Ian Walden, *Computer Crimes and Digital Investigations* (2nd edn, Oxford 2016) 27,28.

<sup>79</sup> G. Stevenson Smith and Anthony J. Amoroso, ‘Using real options to value losses from cyber attacks’ (2006) 2(3-4) Journal of Digital Asset Management 151 < <https://doi.org/10.1057/palgrave.dam.3650033> > Erişim Tarihi 01.06.2024.

içerisindeki item (öğe) o oyun ile ilgilenenler açısından çok değerli kabul edilirken ve maddi dünyada da ticareti yapılırken o oyun ile ilgilenmeyenler açısından herhangi bir değere sahip olmayabilir. Bu nedenle itemin değerini tespit etmek de oldukça güçleşebilir. Aynı örnek non-fungible tokens (NFTs) ve kripto varlıklar açısından da verilebilir. Örnekler yazılımlar, sosyal medya hesapları, algoritmalar<sup>80</sup>, veri tabanları, web sayfaları, dijital ortamdaki şirket sırları, bulut bazlı hesaplar ve dijital fikri mülkiyet içeren diğer türdeki dijital varlıklar açısından da çoğaltılabilir.<sup>81</sup> Zira siber saldırılar açısından gizli ve kritik veri sızıntısı, fırsat kaybı, verilerin zarar görmesi, sistemin işler hale getirilmesindeki maliyetler zararın hesaplanması açısından özellik gösterecektir. Bir diğer örnek olarak sosyal medya platformlarına erişim engeli getirildiğinde yahut bant daraltma uygulamasına gidildiğinde ve bu idari tedbirin farzı misal hizmet kusuru teşkil etmesi halinde bu platformlar üzerinden gelir sağlayanların kayıplarını tespit etmek bir işletmenin maddi dünyadaki zararını tespit etmek kadar kolay olmayabilir. Bunun yanına bir de manevi zarar kalemi eklendiğinde dijital varlığa ilişkin kaybın manevi bütünlüğe etkisi de bir ihtimal dahilinde dikkate alınmayabilir. Özellikle siber saldırılarda zararın bir kısmının potansiyel nitelik taşıması halinde yapılacak hesaplama yönteminde belirsiz zararların da tahmin yöntemiyle hesaplanması ihtiyacıdır.<sup>82</sup>

Dijital alanda gerçekleşen kişisel verilerin çalınması konusu ele alındığında, idarenin sorumluluğuna yönelik olarak manevi zararın doğması mümkündür ve maddi zarara kıyasla manevi zararın ortaya çıkması daha muhtemeldir.<sup>83</sup> Bu kapsamda manevi zararın, Danıştay'ın genel kabulünün<sup>84</sup> aksine tatmin edici ve idareyi tekrar sorumluluk doğuracak eylemden uzaklaştırıcı nitelikte caydırıcı olması gerçekten de faydalı olabilir.<sup>85</sup> Nitekim kişisel veriler açısından manevi tazminat yaklaşımında farklılaşma olması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>86</sup> İdarenin, kişisel verileri gereği gibi muhafaza edememesi durumunda hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olacağına yönelik içtihat bulunmaktadır.<sup>87</sup> Nitekim siber saldırıdan kaynaklanan verilerin çalışması

<sup>80</sup> Erol (n 33) 25-29.

<sup>81</sup> Luke Lee, 'Examining the Legal Status of Digital Assets as Property: A Comparative Analysis of Jurisdictional Approaches' (2024) SSRN 2 < <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4807135> > Erişim Tarihi: 03.10.2024.

<sup>82</sup> Örneğin ransomware saldırılarında finansal kayıpların modellenmesine yönelik bkz. Chris Beck, Alexandre Boumezoued, Yousra Cherkaoui, Elliott Pradat and Blake Fleisher, 'Modelling Financial Losses From a Ransomware Attack Using a Casual Approach' (Milliman, 2023) < [https://www.milliman.com/-/media/milliman/pdfs/2023-articles/10-13-23\\_modeling-financial-losses-from-a-ransomware-attack.ashx](https://www.milliman.com/-/media/milliman/pdfs/2023-articles/10-13-23_modeling-financial-losses-from-a-ransomware-attack.ashx) > Erişim Tarihi: 15.10.2024.

<sup>83</sup> Cemal Başar, *Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha 2020) 323-325.

<sup>84</sup> Danıştay manevi zarar hesabında manevi tazminatın bir zenginleşme aracı olmadığını kabul etmektedir bkz. Danıştay 13 D, 700/2839, 01.06.2023; Danıştay 10 D, 2022/898-2023/1620, 29.03.2023.

<sup>85</sup> Bu kapsamda manevi zararın Danıştay'ın genel kabulünün aksine tatmin edici ve idareyi tekrar sorumluluk doğuracak eylemden uzaklaştırıcı nitelikte caydırıcı olması gerektiği ileri sürülmüştür bkz. Altındağ (n 73) 395.

<sup>86</sup> Altındağ (n 73) 395.

<sup>87</sup> Danıştay 15 D, 2015/10101-2016/664, 08.02.2016.

durumlarında idarenin, risk ilkesi gereği kusursuz sorumluluğuna gidilebileceği de ileri sürülmektedir.<sup>88</sup>

İdarenin sorumluluğunun doğabilmesi için zararın gerçekleşmiş ve kesinleşmiş olması aranan nitelikler arasındadır.<sup>89</sup> Zararın kesinliği, güncel yani mevcut zarar ile gelecekte gerçekleşmesi kesin olan zararları ifade etmektedir.<sup>90</sup> Gerçekleşmiş zarar ise zararın bilfiil ortaya çıktığını belirtmektedir.<sup>91</sup> Burada belirtmek gerekir ki gelecekte oluşacak zararın kesin olması hali bunun tek istisnasını teşkil etmektedir.<sup>92</sup> Bu kapsamda, tıbbi bir hata sonucu sakat doğan çocuğun gelecek hayatındaki performans düşüklüğü nedeniyle zararı, kesin bir nitelik arz ediyorsa mahrum kalınan kârın tazmini buna örnek verilmektedir.<sup>93</sup> Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta zararın gerçekleşmesinin kesin ve kaçınılmaz olmasıdır. Dijital hizmet kusuru açısından ise bu kriterler önem arz etmektedir. Bu noktada kanaatimizce ele alınması gereken soru, kişisel verilerin ele geçirilmesi ve ardından dark web gibi sistemler üzerinden satışa çıkarılması durumunda geleceğe yönelik korku duyulması halinde zararın gerçekleşmediğinden ve kesinleşmediğinden bahsedebilir miyiz? Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)’ın bu konuda önüne gelen bir olayı aktarmak yorum yapmak açısından yön gösterici olabilecektir. Bulgaristan Yüksek İdare Mahkemesi (Varhoven administrativen sad) ön karar talebi ile ABAD’dan talepte bulunduğu olayda<sup>94</sup>, Bulgaristan Maliye Bakanlığına bağlı bir idare olan Ulusal Gelir İdaresi’nin bilişim sistemine siber saldırı gerçekleşmiş, sistemde yer alan 6 milyondan fazla gerçek kişinin kişisel verileri internette yayınlanmış ve bu vakıa medya tarafından ortaya çıkarılmıştır. Mağdurlardan biri tarafından, rızası olmadan yayınlanan kişisel verilerinin gelecekte kötüye kullanılabilirliği veya kendisine şantaj yapılabilirliği, saldırıya uğrayabileceği ve hatta kaçırılabilirliği korkusuyla manevi zarara uğrandığı iddiası ile dava açılmıştır. Bu davada ilk derece mahkemesi, saldırının üçüncü kişiler tarafından ger-

<sup>88</sup> Altındağ (n 73) 396.

<sup>89</sup> Gözler (n 2) 1323-1328, Sarsıkoğlu (n 25) 2412; Danıştay 13 D, 2015/4515-2021/1150, 31.03.2021 sayılı temyizen inceleme yaptığı kararında ilk derece mahkemesinin “tazmini istenilen maddi zararın gerçekleştiğine ilişkin somut bir delil bulunmaması ve idare hukukuna hakim ilkelere olan idarenin mali sorumluluğunun koşullarından birisi olan zararın, gerçekleşmiş, kesin ve belirli bir zarar niteliğinde olması gerektiği, henüz doğmamış ve doğması muhtemel zararlar ile doğmuş olması kuvvetle muhtemel olmakla birlikte belli bir miktar olarak ispatlanamayan zararların idare tarafından tazminine karar verilemeyeceği ilkeleri uyarınca olayda bu şartların gerçekleşmediği açık olduğundan (...) tazminat isteminin reddine” karar verdiği kararı onamıştır; zarar açısından aranan diğer nitelikler için bkz. Gözler (n 2) 1320-1338, Sarsıkoğlu (n 25) 2411-2417.

<sup>90</sup> Gözler (n 2) 1324.

<sup>91</sup> ibid 1324.

<sup>92</sup> Ender Ethem Atay and Hasan Odabaşı, *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları* (2nd edn, Seçkin 2010) 183.

<sup>93</sup> Atay and Odabaşı (n 92) 183; ancak bununla beraber örneğin Danıştay “Davacıya ait arazinin yanından geçirilen kanalın iyi bir şekilde inşa edilmemesi sebebiyle araziye su sızdığı ve 1969 yaz mevsimi için ektiği çeltiğe %50 zarar vereceğinin mahkeme kararıyla tespit edildiğini belirtilerek, bu zararın tazmini istemiyle açılan davada Danıştay ihtimale dayalı olan tazmin isteminin daava konusu edilemeyeceği gerekçesiyle davayı reddetmiştir” karar için bkz. Danıştay 12 D, 1969/1774-1971/2479, 06.11.1971 aktaran ibid 183.

<sup>94</sup> Case C-340/21 *VB v Natsionalna agentsia za prihodite* [2023] OJ C2024/1065; Norveç’te gerçekleşen ve korkudan kaynaklanan zarara ilişkin başka bir örnek için ayrıca bakınız Mona Naomi Lintvedt, ‘Putting a price on data protection infringement’ (2022) 12(1) International Data Privacy Law 14 < <https://doi.org/10.1093/idpl/ipab024> > Erişim Tarihi 06.06.2024.



çekleşmesi, yani zarara yol açan eylemin üçüncü kişiden kaynaklanması ve Ulusal Gelir İdaresi'nin güvenlik tedbirleri almadığının kanıtlanamaması sebebiyle davayı reddetmiştir. Uyuşmazlık temyizen Bulgaristan Yüksek İdare Mahkemesi'nin önüne gelmiş, Mahkeme General Data Protection Regulation (GDPR)<sup>95</sup> 82'nci maddesinin birinci fıkrası kapsamında bir kişinin kişisel verilerinin gelecekte kötüye kullanılabilmesi korkusunun kendi başına manevi zarar teşkil edip etmeyeceğini, eğer ediyorsa tazminat talebinden önce üçüncü tarafın bu verileri kötüye kullanması gerekli olduğunu sorarak ön karar için ABAD'a başvurmuştur. ABAD, söz konusu düzenlemenin ihlal edilmesi sonucunda kişisel verilerinin üçüncü taraflarca kötüye kullanılması ihtimaline ilişkin olarak bir veri sahibinin yaşadığı korkunun, GDPR kapsamında 'maddi olmayan zarar' teşkil edebileceği yönünde karar vermiştir.<sup>96</sup> Bu da demek oluyor ki kişisel verilerin çalınması ancak henüz kötüye kullanılmaması halinde, yani verinin kötüye kullanımının potansiyel olması durumunda, veri sahibinin yaşadığı korkunun bir zarar oluşturması mümkündür. Ancak belirtilmelidir ki burada korku duygusu 'potansiyel' nitelikte değildir. İleride yaşanacak olan verilerin kötüye kullanılması potansiyel niteliktedir ve bu potansiyele bağlı yaşanan korku duygusu kesin ve gerçekleşmiş bir duygudur. ABAD da bu duygunun, bir zarar teşkil edebileceğini kabul etmektedir. Elbette bu zarar manevi zarar kapsamında değerlendirilecektir. Ancak manevi zararlardan kaynaklanan tazminat taleplerinde Türk idari yargı yerleri, tazminatı bir zenginleşme aracı olarak görmemektedir.<sup>97</sup> Ayrıca tam yargı davalarında hükmedilecek manevi tazminat tutarının zarara uğrayan tarafın beklentilerini karşılamaması da ihtimal dahilindedir.<sup>98</sup> Ancak dijital veriler konusunda özellikle idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak oranda<sup>99</sup> tazminat belirlenmesi yaklaşımının benimsenmesi idarenin ileriye yönelik olarak siber alanda güvenlik önlemlerini arttırmasını ve bu alanda uzman personel istihdamını genişletmesini sağlayabilecektir. Aksi durumda, kusurun karşılıksız kalması nedeniyle önlem alınmaması ve siber saldırıların yoğunlaşması gibi sonuçların doğması da muhtemeldir.

<sup>95</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L 119/1.

<sup>96</sup> Case C-340/21 VB v Natsionalna agentsia za prihodite [2023] OJ C2024/1065, paras 75-84, para 82: "Ana davadaki koşullara benzer durumlarda, kişisel verilerin kötüye kullanımı fiili değil, sadece potansiyel olması, GDPR'ın ihlali nedeniyle veri sahibinin manevi zarara uğramış olabileceği kabulü için yeterlidir. Ancak bu kabul, veri sahibinin, böyle bir kötüye kullanım korkusunun kendisinde gerçekten ve belirli bir şekilde fiili ve kesin duygusal zarara yol açtığını ispatlaması şartına bağlıdır."

<sup>97</sup> Danıştay 8 D, 2021/1834-2023/5043, 20.10.2023: "yaşanan olayın niteliği, davacılar üzerinde bıraktığı etki ile tedavi süreci, idarenin olay kapsamındaki sorumluluğu birlikte değerlendirilerek zenginleşmeye sebep olmayacak nitelikte ancak takdir edilecek miktarın aynı zamanda duyulan elem ve ızdırabı giderecek bir oranda manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerektiği"; aynı yönde bkz. Danıştay 5 D, 2017/15391-2020/3172, 07.07.2020.

<sup>98</sup> Ülkemizdeki manevi tazminat miktarlarının düşük olduğuna yönelik bkz. Eroğlu Durkal, (n 28) 203-205; ayrıca manevi tazminatın bir tazmin aracı değil tatmin aracı olarak öngörülmesi anlayışı nedeniyle hükmedilen tutarların sembolik olduğuna yönelik eleştiriler için bkz. Gözler (n 2) 1309; diğer yandan manen duyulan bu korkunun manevi bir zarar olarak nitelendirilmemesi ihtimali de bulunmakta olup bu durumda idare hukukuna özgü tazmin nedenleri bulunmaması gerekçesiyle idarenin tazmin yükümlülüğünün ortadan kalktığı ileri sürülebilecektir bkz. Danıştay 8 D, 2021/7933-2023/4151, 27.09.2023; ayrıca bkz. Oğuz Sancakdar, 'İdare Hukukuna Özgü Tazmin Nedenlerinin Bulunmaması Kavramı' (1999) Manisa Barosu Dergisi 20-31.

<sup>99</sup> Danıştay 10 D, 2001/323-2003/703, 25.02.2003.

Ayrıca değinmek gerekir ki mer’i hukukta benimsenen esas çerçevesinde hukuk kurallarının ihlali tek başına tazminat için yeterli olmamaktadır. Diğer bir ifadeyle ihlal ve zarar farklı kavramlardır ve farklı anlamlara sahiptirler. ABAD, ön karar talebi prosedürü kapsamında önüne gelen başka bir olayda kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemelerin ihlal edilmesinin GDPR 82’nci maddesi anlamında tazminat talepleri için yeterli olmayacağına ve ortaya bir zarar çıkmasının tazminat talepleri açısından bir şart olduğuna vurgu yapmıştır.<sup>100</sup> Bu karar esasında ABAD önünde GDPR 82’nci maddesi açısından ön karar için bekleyen birçok kararın ilki niteliğindedir. Karar kapsamında sadece 82’nci maddenin ihlalinin yeterli olmadığı belirtilmekle yetinilmemekte, tazminat hakkının söz konusu olabilmesi için; 1-GDPR’ye yönelik bir ihlalin varlığı, 2-Uğranılan bir zararın varlığı, 3-Zarar ile ihlal arasında illiyet bağı olması şartlarının sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır.<sup>101</sup> Mezkûr kararda ayrıca sorulan sorulardan biri zararın belirli bir ciddiyet eşliğine ulaşmış olmasının aranıp aranmayacağı meselesidir. Bu kapsamda ABAD, böyle bir kriter aranmasının uygulama birliğini sağlamayacağını ve AB yasama organının geniş kapsamlı zarar anlayışı tercihine ters düşeceğini belirterek ihlalin zarara yol açmış olmasının yeterli olacağını belirtmektedir.<sup>102</sup> Ayrıca bu karardan anlaşılabilceği üzere ABAD, GDPR 82’nci maddesinden kaynaklanan zararların tazmini için verilerin korunmasına yönelik bir ihlalin gerçekleşmesini aramaktadır.<sup>103</sup>

Tüm bu açıklamalarla birlikte gelecekte oluşması kesin olan zararlar dışında sorumluluk hukuku teorisinde potansiyel zararların tazmin edilebileceğine yönelik bir kabul bulunmamaktadır. Özellikle kişisel verilerin çalınması durumunda bu verilerin gelecekte ne şekilde kullanılabilceğine ilişkin bir belirleme yapabilmek çok mümkün değildir. Keza gelecekte kötüye kullanılsa bile bu verilerin nereden elde edildiğini tespit etmek, zarar ile davranış arasında illiyet bağı kurabilmek de çok mümkün değildir. Bununla birlikte mevcut sistemimizde, geleceğe yönelik bu zarar ihtimalinin gerçekleşmesini beklemek gerekecektir. Bir öneri olarak, potansiyel zarara bağlı ‘kesinleştirilebilen’ hususların tazmini mümkün kılınabilir. Yukarıda örnek verilen ABAD’ın C-340/21 sayılı kararında gelecekte olabileceklere ilişkin duyulan korku bunun bir örneğidir. Başka bir öneri ise genel, soyut, objektif ve kişilik dışı düzenlemelerle eğer verilere önceden bir fiyat biçilirse, örneğin emtialar sigortalanırken rayiç değerinin belirlendiği gibi kişisel verilere de bir maddi değer biçilirse, bu durumda verinin çalınması/sızması halinde zararın kesinleştiği ve gerçekleştiği, maddi bir zararın meydana geldiği ileri sürülebilecektir. Burada dikkat çekilmek istenen

<sup>100</sup> Case C-300/21 *UI v Österreichische Post AG* [2023] EU:C:2023:370, paras 33-42.

<sup>101</sup> Case C-300/21 *UI v Österreichische Post AG* [2023] EU:C:2023:370, paras 36.

<sup>102</sup> Case C-300/21 *UI v Österreichische Post AG* [2023] EU:C:2023:370, paras 43-51; zararın ciddiyet eşliğine ilişkin olarak kararın incelenmesine ilişkin bkz. Václav Janeček and Cristiana Teixeira Santos, ‘The autonomous concept of “damage” according to the GDPR and its unfortunate implications: Österreichische Post’ (2024) 61(2) *Common Market Law Review* 540-543 < <https://doi.org/10.54648/cola2024031> > Erişim Tarihi 17.06.2024; idarenin kusursuz sorumluluğunda ise zararın anormal olması gerekliliğine ilişkin bkz. Gözler (n 2) 1337.

<sup>103</sup> Ayrıca bkz. ‘Kusur’ başlığı.



nokta yukarıdaki örneklerde de belirtildiği üzere dijital alandaki zararların potansiyel zarar niteliğinde olması oldukça yaygın görülebilmektedir. Öneri ise potansiyel olma durumunu, veriye fiyat biçilmesi gibi çözümler üreterek önceden kesinleştirilmesidir.

Diğer yandan zararın hesaplanması da özellik arz edecektir. Denial-of-Service gibi siber saldırılar neticesinde sisteme erişimin kısmen veya tamamen kesilmesi durumunda faaliyetlerin aksaması zarara yol açabilecektir. Örneğin gelir kaybı, sözleşme ihlali, erişim sağlayıcısına yapılan ek giderler, dava giderleri, sistemin onarım giderleri, olaya müdahale için yapılan giderler somut zararlar; üçüncü tarafın zararı, manevi kayıplar, üretkenlik kaybı, marka zararı, güvenilirlik kayıpları soyut zararlar kapsamında değerlendirilebilecektir.<sup>104</sup> Mer'i hukuk kriterleri açısından idari bir faaliyet, faaliyetten kaynaklanan zarar ve kusurun bulunması durumunda zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. Ancak dijital ortamda gerçekleşen yahut dijital ortamda gerçekleşip maddi dünyaya yansıyan zararların tespiti o kadar da kolay görünmemektedir. Bu nedenle dijital varlıkların değerlemesine yönelik yöntemler geliştirilmesine ihtiyaç vardır. Dijital varlıklarda varlığın değerinin büyük bir kısmının maddi olmaması sebebiyle geleneksel zarar değerlemesinin zararı gerçek anlamıyla yansıtması mümkün olmadığından, siber saldırılar nedeniyle uğranılan zararlarda binom ağaçlarını kullanan reel opsiyon analizi yöntemi esas alınarak zararın hesaplanması önerilmiştir.<sup>105</sup> Böylelikle dijital varlıkların değerini ve potansiyel kaybını daha doğru bir şekilde ölçmek mümkün olabilecektir.<sup>106</sup> Türkiye uygulaması açısından da özellikle ticari işletmelere ve kamu iktisadi teşebbüslerine yönelik gerçekleşen siber saldırılara ilişkin uyuşmazlıklarda yapılacak bilirkişi hesaplamalarında gerçek zararın tespitine yaklaşan bu yöntemin kullanılması dijital varlıkların maddi olmayan değerini de hesaplayabilmek açısından hakkaniyetli bir yaklaşım olabilecektir. Vakıya uygun düşüğü ölçüde dijital hizmet kusurundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda da bu yöntemin benimsenmesi mümkün olmalıdır. Ancak buradaki temel sorun potansiyel kayba yargı yerinin yaklaşımının ne olacağı meselesidir. Özellikle dijital ortamdaki zararlarda potansiyel zarar meselesinin çok daha dikkatli ele alınması gerekmekte olup ileriye yönelik zararın kesinleşmesi açısından maddi dünyadaki gibi bir kesinliğin aranması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Ya da başka bir öneri olarak idari yargıda dijital hizmet kusuru açısından munzam zarar anlayışı kabul edilip potansiyel zarar gerçekleştiikten sonra ilgililerin kayıplarının ilk davayla birlikte yeniden ele alınarak hızlı bir şekilde giderilebilmesine yönelik hızlı tazmin imkânı öngören usuli yöntemler geliştirilebilir.

<sup>104</sup> Sharon Christensen, William J. Caelli, William D. Duncan and Eugenia Georgiades, 'An Achilles heel: denial of service attacks on Australian critical information infrastructures' (2010) 19(1) Information & Communications Technology Law 64 < <https://doi.org/10.1080/13600831003708059> > Erişim Tarihi 17.06.2024.

<sup>105</sup> Bu hesaplama teknik uzmanlık gerektirip genel kapsamıyla siber saldırılardan kaynaklanan kayıplar, 1. Reel opsiyon değerindeki azalma, 2. Saldırı nedeniyle kaçırılan fırsatların maliyeti, 3. Saldırı nedeniyle yeniden yapılandırma maliyeti unsurlarından oluştuğu belirtilmekte olup öneri ve teknik hesaplama metoduna yönelik bkz. Smith and Amoruso (n 79) 158-159;

<sup>106</sup> ibid 160.

## C. Faaliyet ve Zarar Arasında İlliyet Bağı

Dijital hizmet kusurunun meydana gelebilmesi için idarenin dijital alandaki faaliyeti ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunması gerekecektir. İlliyet bağı idarenin sorumluluğunun doğması için ortaya çıkan zararın, idarenin eylem ya da işleminin bir sonucu olmasını yani idarenin eylem ya da işlemi ile zarar arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunmasını ifade etmektedir.<sup>107</sup> Zarar görenin veya üçüncü kişinin eylemi, illiyet bağı ve dolayısıyla sorumluluğu etkileyen bir husus olup zarar tamamen zarar görenden veya üçüncü kişiden kaynaklanıyorsa illiyet bağı keşileceğinden idarenin sorumluluğu da normal şartlarda doğmayacaktır. İlliyet bağı konusu dijital hizmet kusurunda hassas meselelerden biridir. Nitekim dijital hizmet kusuru, zarar görenin veya üçüncü kişinin eyleminden kaynaklanabilecektir. Örneğin phishing gibi sosyal mühendislik yöntemlerinde zarar görenin; DoS, DDoS, trojan gibi siber saldırılarda üçüncü kişinin yani bilgisayar korsanının (hacker) eylemi söz konusudur. İlliyet bağının kesilip kesilmediğine ilişkin olarak bu noktada idarenin hizmetin yürütülmesi sürecinde hizmetle ilgili yükümlülüklerinin zararın ortaya çıkmasında etkili olup olmadığına<sup>108</sup> bakmak gerekecektir. Kural olarak üçüncü kişinin eyleminin ağırlığı idarenin kusurunu arka plana atacak yoğunlukta ise illiyet bağı kesilmektedir.<sup>109</sup> Ancak siber alandaki kusurlarda bu meseleyi maddi dünyadaki gibi ele almak doğru sonuçlar vermeyebilir. Zira aksi halde ilgililerin, tazminat taleplerini üçüncü kişi olan bilgisayar korsan(lar)ına yöneltmesi beklenecek<sup>110</sup> olup bunun da fiilen mümkün olmaması nedeniyle, zararlarını giderecek başkaca bir hukuki imkan kalmayacaktır. Nitekim idarenin, *dijital kamusal alana* yani yer sağlayıcı olduğu ve/veya kamu hizmetini gördüğü dijital alana yönelik olarak siber saldırıları önleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda gerekli teknolojik donanımı sağlamak, yeterli sayıda ve uzmanlığa sahip siber güvenlik personelini istihdam etmek, yeterli düzeyde güvenli sunucu sertifikasına sahip olmak, intranet sistemlerde dışsal müdahaleleri önleyecek yöntemler geliştirmek, sunucuların fiziki ve dijital ortamdaki güvenliği sağlamak gibi siber güvenliği temin etmeye yönelik önlemlerin idare tarafından alınması gerekmektedir.

Öte yandan zarar görenin davranışının ağır kusur teşkil etmesi halinde illiyet bağı kesildiği kabul edilmektedir.<sup>111</sup> Dijital alanda zarar görenin eyleminin zararın

<sup>107</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer and Cemil Kaya, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş 2019) 1281.

<sup>108</sup> Akyılmaz, Sezginer and Kaya *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (n 107) 1282.

<sup>109</sup> ibid 1294.

<sup>110</sup> Örneğin yapay zekâ sistemlerinin idare tarafından konuşlandırılması (kullanılması) ve sisteme siber saldırı düzenlenmesi durumunda üçüncü kişinin sorumlu olacağına yönelik bkz. Çolpan Mücahit Küçük, 'Yapay Zekâ Tarafından Gerçekleştirilen İdari İşlemlerde Sorumluluk' (2024) 10(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199.

<sup>111</sup> Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (10th edn, Seçkin 2018) 692; Kaplan (n 35) 325; Danıştay 10 D, 2021/6103-2022/774, 16.02.2022. "Zarar görenin kusurunun ağır kusur kapsamında olduğunun tespit edildiği durumlar ise illiyet bağı kesen sebepler kapsamında olduğundan illiyet unsuru gerçekleşmediği için sorumluluk da söz konusu olmayacaktır."

oluşmasına yol açtığı ileri sürülebilecek olan sosyal mühendislik<sup>112</sup> yöntemlerinin kullanılması durumunda illiyet bağının kesilip kesilmediği meselesi tartışılabilir. Nitekim sosyal mühendislik yöntemlerinde kişinin güveni kazanılarak sisteme erişim için gereken bilgiler elde edilmektedir. Elbette ilk bakışta burada idarenin sistem güvenliğini sağlaması yükümlülüğü ile zarar arasında illiyet bağı yokmuş gibi gözükmektedir. Ancak esasında idarenin sisteme giriş için iki aşamalı kimlik doğrulama sistemini zorunlu hale getirmesi gerekliliği de bu yükümlülük kapsamında değerlendirilebilir. Böylelikle sosyal mühendislik yöntemini kullanan kişinin, ikinci aşamadaki güvenlik sistemini de aşması gerekecektir. Bu yönüyle sistemin güvenliği daha sağlam temellerde temin edilmiş olacaktır. Örneğin Norveç'te, çeşitli güvenlik derecelendirmelerine sahip elektronik kimlik ve elektronik kimlik doğrulama sistemleri bulunmaktadır. Bu kapsamda en çok kullanılan dijital kimliklerden<sup>113</sup> MinID 3. derece, BankID ise 4. ve en üst derece güvenlik sistemine sahiptir. Sözleşmeler, bankacılık işlemleri, dijital kamu hizmetleri gibi birçok özel ve kamu hukuku muameleleri, işlemin güvenlik gereksinimine göre bu sistemler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. İkinci bir güvenlik katmanı niteliğinde olan bu sistemler sosyal mühendislik yöntemlerini oldukça zorlaştırmakta olup sistemin kullanıcılarına bu sistemlerin şifrelerinin kimseyle paylaşılması gerektiği en başından yazılı olarak bildirilmektedir. Nitekim bu bilgilere sahip olmayan bilgisayar korsanları, sisteme giriş için bilgileri elde etseler bile ikinci aşamada gereken sistem onayını uzaktan gerçekleştirebilmeleri mümkün olmamaktadır. Farklı ülkelerdeki çeşitli uygulamalar incelenerek güvenilirliği kanıtlanmış çift katmanlı güvenlik yöntemlerinin Türkiye'deki dijital kamu sistemleri açısından hayata geçirilmesinin idarenin dijital alandaki bir yükümlülüğü olduğu belirtilebilir. Nitekim zarar görenin zararının ortaya çıkmasını engelleyebilmesine rağmen böyle bir güvenlik önleminin alınmaması durumunda zarar ile faaliyet arasındaki illiyet bağının kesilmediği ileri sürülebilecektir.

## D. Kusur

Dijital hizmet kusuru, idarenin kusura dayanan sorumluluğunun bir türü olduğundan idarenin bu alandaki sorumluluğunun doğabilmesi için kusurun varlığı aranacaktır. Sorumluluk hukuku açısından özel hukuk boyutuyla kusur, kast ve ihmal olmak üzere iki türden ibarettir.<sup>114</sup> Buna karşılık idarenin sorumluluğunun bir şartı olarak kusur, özel hukuktan bağımsızlaşarak kendine özgü bir karaktere sahip olmuştur.<sup>115</sup>

<sup>112</sup> "Bir kişiyi kendi çıkarına olabilecek ya da olmayabilecek bir eylemde bulunması için etkileyen her türlü eylem" olarak tanımlanan sosyal mühendislik, kişinin güvenliğini kazanarak sisteme giriş bilgileri gibi verileri elde etmeyi sağlayan bir yöntemdir bkz. Christopher Hadnagy, *Social Engineering: The Science of Human Hacking* (2nd edn, Wiley 2018) 7.

<sup>113</sup> Bunlar dışında sunulduğu şirketler tarafından isimlendirilen Buypass ID 4. seviye, Commfides 4. seviye güvenlik katmanına sahip olup sisteme giriş yöntemleri tercih edilen cihazlara (usb, cep telefonu gibi) göre farklılık göstermektedir bkz. The Norwegian Digitalisation Agency (Digdir), "How to obtain an electronic ID", (ID-porten) < <https://eid.difi.no/en/id-porten/how-obtain-electronic-id> > Erişim Tarihi: 18.06.2024.

<sup>114</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25th edn, Yetkin 2020) 648.

<sup>115</sup> Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu* (n 4) 24; Onar (n 7) 1695; Sarıca (n 5) 859; Özey (n 7) 207; A. Şeref Gözübüyük and Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II: İdari Yargılama Hukuku* (8th edn, Turhan 2016) 636.

Bilgi ve iletişim teknolojileri sistemleri beraberinde getirdikleri yeniliklerle birlikte bünyesinde riskleri de ihtiva etmektedirler. Sorumluluk meselesi ise riskin yönetilemediği ve akabinde riskin gerçekleştiği andan itibaren gündeme gelmeye başlayacaktır. İdarenin öncelikle risk yönetimi meselesini tüm yönleriyle ele alması ve risk analizi yapması önem arz etmekte olup riskin gerçekleşmesi halinde buradaki ihmalinin boyutu hesaplanarak kusurunun bulunup bulunmadığı değerlendirilmesi yapılabilecektir. Nitekim bilgi güvenliğine ilişkin tehditlerin tanımlanması için yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketlerin Elektronik Haberleşme Sektöründe Şebeke ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesine istinaden yılda en az bir defa risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak risk yönetimi kavramı içerisinde yalnızca sistemsel riski değil hukuki riski de barındırdığından, riskin gerçekleşmesinin önlenmesine yönelik hukuki tedbirler öngörülmesi de gerekmektedir.<sup>116</sup> Bu nedenle hukuki risk yönetiminin de gereği gibi yahut hiç yapılmaması ya da geç yapılması kusurun varlığını gündeme getirebilecektir.

Dijital sistemler bünyesinde riski barındırdıklarından, kusur açısından belirli bir ağırlık aranıp aranmayacağı konusunun<sup>117</sup> ele alınması gerekmektedir. Nitekim kapalı ağ sistemleri dışındaki sistemler herkesin erişimine açık olduklarından sistemin her zaman saldırıya uğraması ihtimal dahilindedir. Bu nedenle hafif kusur derecesinden idarenin sorumluluğunun doğup doğmayacağı meselesi üzerinde durulmalıdır. Hafif kusur, ağır hizmet kusurundan daha hafif bir kusur derecesi olup iyi bir idarenin yapmayacağı kusuru ifade etmektedir.<sup>118</sup> Buna karşılık ağır kusur ise vasat veya kötü bir idarenin bile yapmayacağı bir kusur olarak tanımlanmaktadır.<sup>119</sup> Mevzuatımızda dijital ortamdaki kusurlar nedeniyle sorumluluk doğması için herhangi bir kusur derecesi öngörülmemiştir. Hatta idarenin sorumluluğunun Anayasal dayanağı olan Anayasa'nın 125'inci maddesinde basit kusurlardan dolayı idarenin sorumlu olmayacağı anlayışı da benimsenmediğinden basit kusurlarda dahi idarenin sorumlu olabileceği görüşü ileri sürülmektedir.<sup>120</sup> 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun<sup>121</sup> 14'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında da kişilik hakları ihlal edilenlerin genel hükümlere göre tazminat hakkının saklı olduğu ifade edilmekle yetinilmiştir. GDPR 82'nci maddesi bağlamında ise zararın tazmini noktasında

<sup>116</sup> Risk yönetimi kavramının hukuki yönden neyi ifade ettiğine ve hukuki risk yönetimi kavramına ilişkin bkz. Jon Bing and Tobias Mahler, 'Contractual Risk Management in an ICT Context - Searching for a Possible Interface between Legal Methods and Risk Analysis' (2006) 49(0) Scandinavian studies in law-A proactive approach 339-342; Tobias Mahler, 'Tool-Supported Legal Risk Management: A Roadmap' (2010) 2(3) European Journal of Legal Studies 147-158.

<sup>117</sup> Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu* (n 4) 34-37.

<sup>118</sup> Sancakdar, Önut, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan and Seyhan (n 5) 851.

<sup>119</sup> ibid 851.

<sup>120</sup> Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün and Okay Tekinsoy (n 7) 838; ancak eskiden idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusuru şartı arandığına yönelik bkz. Lütfi Duran, 'İdari İşlemler Sorumluluk: İptal – Tam Yargı Davası' (1967) 33(3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 9 < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96216> > Erişim Tarihi: 09.10.2024; Gözübüyük and Tan (n 115) 637.

<sup>121</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.03.2016, RG: 07.04.2016/29677.

veri sorumlusu ve veri işleyenler yönünden kusur şartı öngörülmemiştir.<sup>122</sup> Maddenin üye devletlerin iç hukuklarında doğrudan uygulanması halinde de sorumluluk değerlendirilmesi açısından kusur kriteri aranmayacaktır.<sup>123</sup> Ancak üye devletlerin iç hukuk sistemlerinde aksi öngörülmesi halinde kusur şartı aranabilecektir.<sup>124</sup> Yukarıda da belirttiğimiz üzere dijital hizmet kusuru yalnızca kişisel verilerin ihlalinden kaynaklanan zararlardan ibaret olmayıp idarenin dijital ortamdaki kusurlarını kapsayan bir anlama sahiptir. Bu nedenle konunun siber zafiyetleri de içine alacak şekilde geniş değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Bu çerçevede ilk olarak kusurun derecelendirmesinin esasen doğru olup olmadığını tartışmak gerekecektir. Özellikle siber saldırılar açısından yaklaşıldığında kolluk faaliyeti niteliğinde olan saldırıları önleme yükümlülüğü açısından basit-hafif kusur derecesinde idareyi sorumlu tutmanın hakkaniyetli olmayacağı düşünülebilir. Ancak anayasal olarak bir kusur yoğunluğu ayrımı benimsenmediğinden kusurun yoğunluğu meselesini sorumluluğu etkileyecek bir kriter olarak ele almak hukuki bir yaklaşım olmayacaktır. Belki pragmatik bir çözüm yolu olarak kusur yoğunluğu, kusuru değil ancak tazminat miktarını etkileyebilecek bir mesele olarak öne sürülebilir ancak bu da hukuki bir temele oturmadığından eleştirileri beraberinde getirebilecektir. Dikkat çekilmesi gereken bir nokta olarak teknolojinin her geçen an gelişmesi çerçevesinde idarenin sistemlerini buna uyarlaması aynı hızda gerçekleşemeyebilir. Ancak bunun önüne geçebilmek adına siber güvenlik yatırımlarına yönelik bürokratik muafiyetler tanınması vesilesiyle hızlı aksiyon alınması sağlanabilir. Böylelikle idarenin bu alana yönelik kusurunun ortaya çıkmasının önüne geçilebilir.

İdarelerin özellikle bilişim sistemlerine yönelik olarak siber güvenlik risk değerlendirmesi yapması, zafiyet bulunan noktalarda riskin ortaya çıkmasını önleyecek aşamalardan biri olduğundan risk değerlendirmesi yapılıp yapılmadığının, yapılmış ise önlem alınıp alınmadığının kusur değerlendirmesinde ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Bu noktada her somut olay özelinde konunun incelenmesi<sup>125</sup> ve siber güvenlik prosedürlerinin uygulanıp uygulanmadığının ele alınması gerekmektedir. Ülkemiz açısından konu ele alındığında Siber Olaylara Müdahale Ekiplerinin Kuruluş, Görev ve Çalışmalarına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ<sup>126</sup> yayımlanmış olup bu kapsamda idareler bünyesinde (m. 4) Siber Olaylara Müdahale Ekipleri (SOME) kurulması öngörülmektedir. Mezkûr düzenlemenin 5'inci maddesinde de SOME'lerin görev ve sorumluluklarına yer verilmiştir. Bununla beraber siber saldırı-

<sup>122</sup> Gabriela Zanfir-Fortuna, 'Article 82. Right to compensation and liability' in Christopher Kuner, Lee A. Bygrave and Christopher Docksey (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (Oxford 2020) 1176.

<sup>123</sup> Zanfir-Fortuna (n 122) 1176.

<sup>124</sup> ibid 1176.

<sup>125</sup> Hizmet kusuru olaylara göre farklı karakter arz ettiğinden her somut olay açısından risk meselesinin ayrıca değerlendirilerek kusurun yoğunluğunun ele alınması doğru bir yaklaşım olabilecektir. Ayrıca bkz. Onar (n 7) 1697, 1698.

<sup>126</sup> Siber Olaylara Müdahale Ekiplerinin Kuruluş, Görev ve Çalışmalarına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, RG: 11.11.2013/28818.

rlara yönelik tedbirlere mevzuatımızda Elektronik Haberleşme Sektöründe Şebeke ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği'nin 35'inci maddesi kapsamında yer verilmektedir. Ancak genel olarak baktığımızda mevzuatımızın siber güvenlik tedbirleri yönünden oldukça zayıf olduğu görülmektedir. Özellikle idarelerin bilişim sistemlerine yönelik olarak bir siber güvenlik düzenlemesi yapılması ve bu düzenlemede yükümlülüklerin ortaya konulması, bu alanda yaşanabilecek uyuşmazlıkların önüne geçilmesini sağlayabileceği gibi her somut olaydaki hatanın yargı yerleri tarafından kusur olarak nitelendirilmesinin de önüne geçebilecektir. Bir öneri olarak, bilgi güvenliği ve siber güvenlikten kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından ISO/IEC 27001:2022 standardı<sup>127</sup> kusur yönünden değerlendirmelerde olaya uygun düştüğü ölçüde dikkate alınabilir.<sup>128</sup>

Dijital kamu hizmetlerine yönelik faaliyetler açısından ise siber saldırılardan arı olarak sistemin kuruluş ve işleyişinin idare tarafından temin edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda dijital kamu hizmetlerine ilişkin sistemlerin özel hayatın gizliliği, kişisel veriler, kişi ve bilgi güvenliği gibi konular da göz önüne alınarak kurulması anayasal bir gerekliliktir. Bu kapsamdaki uyuşmazlıkların uluslararası işletim standartları ve mer'i mevzuattaki gereklilikler çerçevesinde ele alınması doğru bir yaklaşım olabilecektir.

Gelecek zaman diliminde 'siber güvenlik' anlayışındansa, 'siber dayanıklılık (cyber resilience)' anlayışının benimsenmesiyle birlikte siber tehditlerin bir istisna değil de kural olduğunun kabul edilmesi gündeme gelecek, idarenin de ilerleyen süreçte sorumluluk sahası genişleyecek ve faaliyetteki kusur anlayışı yerini kusursuz sorumluluğa bırakabilecektir<sup>129</sup>.

## E. Dijital Hizmet Kusurunun İdarenin Kusursuz Sorumluluğuna Sirayet Etmesi

İdarenin asli sorumluluk sebebi olarak kabul edilen kusur sorumluluğu, çalışmadaki kullanımıyla hizmet kusuru, idarenin mali sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklarında öncelikle incelenmektedir. Kusurun bulunmaması durumunda ise somut olayın kusursuz sorumluluk ilkeleriyle bağdaşır bağdaşmadığının yargı yerleri tarafından

<sup>127</sup> International Organization for Standardization (ISO), *Information security, cybersecurity and privacy protection — Information security management systems – Requirements* (ISO No. ISO/IEC 27001:2022) (2022) < <https://www.iso.org/standard/27001> > Erişim Tarihi 20.06.2024.

<sup>128</sup> Nitekim Türk Standardları Enstitüsü (TSE) de ISO/IEC 27001:2022 standardı yönünden TS EN ISO/IEC 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi belgelendirme hizmeti vermektedir bkz. Türk Standardları Enstitüsü, 'TS ISO/IEC 27001:2022 Standardı İçin Geçiş Şartları' (TSE, 16.02.2023) < [https://www.tse.org.tr/duyuru/ts-iso-iec-270012022-standardi-icin-gecis-sartlari/?asp\\_highlight=siber+g%C3%BCvenlik&p\\_asid=1](https://www.tse.org.tr/duyuru/ts-iso-iec-270012022-standardi-icin-gecis-sartlari/?asp_highlight=siber+g%C3%BCvenlik&p_asid=1) > Erişim Tarihi 10.10.2024. Bu nedenle ISO/IEC 27001:2022 standardı uluslararası bir standart olduğundan ve ülkemizde de esas alındığından, uyuşmazlıklarda kusur değerlendirmesi yönünden dikkate alınabilir.

<sup>129</sup> Siber güvenlik ve siber dayanıklılık arasında hukuki yönden farklılığa ilişkin bkz. Lee A. Bygrave, 'Cyber Resilience versus Cybersecurity as Legal Aspiration' in T. Jančárková, G. Visky, I. Winther (eds), *2022 14th International Conference on Cyber Conflict: Keep Moving! (CyCon)* (NATO CCDCOE 2022) 27; ayrıca bkz. 'Dijital Hizmet Kusurunun İdarenin Kusursuz Sorumluluğuna Sirayet Etmesi' başlığı.

değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.<sup>130</sup> Bundan dolayı dijital hizmet kusuruna ilişkin uyumsuzluklarda da kusur unsuru bulunmaması halinde kusursuz sorumluluk yönünden değerlendirme yapılması gerekecektir. Bu nedenle mevcut çalışma kapsamında, idarenin dijital alandaki bir faaliyetinden kaynaklanan zararlara ilişkin uyumsuzluklarda kusurun bulunmaması halinde kusursuz sorumluluk ilkeleri yönünden değerlendirme yapılıp yapılamayacağının da kısa da olsa ele alınması gerektiği düşünülmektedir.

İdarenin kusursuz sorumluluğu risk ve kamu külfetleri karşısında eşitlik olmak üzere iki temel ilkeye dayanmaktadır.<sup>131</sup> Dijital hizmet kusuruna ilişkin uyumsuzluklarda genellikle kitlesel etkilenme potansiyeli bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle sistemin bozulması veya sistemden dolayı bir aksama yaşanması halinde, bundan o sistemi kullanan birçok kişi etkilenebilecektir. Bu nedenle kitlesel uyumsuzluklar bakımından her bir davacıya kusuru ispat külfeti yüklemek yerine kusursuz sorumluluk esasının kabul edilmesi gerektiği bir öneri olarak sunulabilir. Ancak bununla beraber kitlesel zararın karşılanması noktasında, idareye kusuru bulunmasa dahi sorumluluk yüklemek devlete mali açıdan katlanılamaz yükler yüklemek anlamına da gelebilir. Bu noktada örneğin zarar görenin eylemine bağlanabilen, phishing yöntemiyle yapılan saldırılar gibi, zararlarda dahi idareyi kusuru olmasa da sorumlu tutmak makul bir yaklaşım olarak kabul görmeyebilir. Ancak bununla beraber dijital sistemlerin bünyesinde barındırdığı risk dolayısıyla, bu sistemlerde gerçekleşen zararların *risk sorumluluğu* kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de üzerinde düşünülebilir bir husustur. Nitekim dijital sistemlerin bünyesinde risk barındırması<sup>132</sup> risk sorumluluğu bağlamında konuyu kısa da olsa ele almayı gerektirmektedir. Esasında bilgi teknolojilerine ilişkin sistemlerde, sistem güvenliğine yönelik riskin değerlendirilerek buna ilişkin önlemler alınması beklenmektedir. Yani salt sistemin risk içermesi nedeniyle doğrudan idarenin kusursuz sorumluluğa gidilmesi mümkün

<sup>130</sup> Danıştay 10 D, 2020/809-2024/2348, 03.06.2024: “*Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.*”; benzer yönde bkz. Danıştay 8 D, 2015/14519-2019/167, 17.01.2019; Danıştay 15 D, 2016/8172-2017/7132, 30.11.2017; Danıştay 8 D, 2004/784-4445, 23.11.2004.

<sup>131</sup> Gözler (n 2) 1188, 1261; Günday (n 11) 379, 382; Ozansoy (n 11) 294; Yayla, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu* (n 11) 30.

<sup>132</sup> Dijital unsur içeren ürünlere ve dijital platformlara ilişkin risk konusu çok kapsamlı bir mesele olup monografik bir çalışmanın kapsamını oluşturabilecek boyuta sahiptir. Bu siber alandaki risk mühendislik, ekonomik ve sosyal bilimlere açısından da farklı anlamlara sahiptir bkz. Grzegorz Strupczewski, ‘Defining Cyber Risk’ (2021) 135 Safety Science 1-10 < <https://doi.org/10.1016/j.ssci.2020.105143> > Erişim Tarihi 15.10.2024; Örneğin AB’nin Digital Services Act (DSA) düzenlenmesinde çok büyük çevrimiçi platformlar ve çok büyük çevrimiçi arama motorları tarafından sistemik riskin değerlendirilmesine yönelik yükümlülükler öngörülmektedir bkz. DSA Recital 80; ayrıca DSA kapsamında platformlara ilişkin sistemik risk dört kategoriye ayrılmakta olup bunlar 1- Yasadışı içeriğin yayılması, 2- Temel hakların kullanılmasına yönelik olumsuz etkiler, 3- Sivil söylem ve seçim süreçleri ile kamu güvenliği üzerindeki olumsuz etkiler, 4- Cinsiyete dayalı şiddet, kamu sağlığının ve küçüklerin korunması ile ilgili olumsuz etkiler ve kişinin fiziksel ve ruhsal refahı üzerinde ciddi olumsuz sonuçlar olarak sınıflandırılmıştır bkz. Jason Peilemeier and David Sullivan, ‘Unpacking “Systemic Risk” Under the EU’s Digital Service Act’ (Tech Policy, 19 July 2023) < <https://www.techpolicy.press/unpacking-systemic-risk-under-the-eus-digital-service-act/> > Erişim Tarihi: 15.10.2024.



görünmemektedir.<sup>133</sup> Bununla birlikte sistemsel risk değerlendirmesi yapıp bu risk değerlendirmesi doğrultusunda somut adımlar atılmış ve sistem güvenliğinin sağlanmasına yönelik yükümlülükler gerçekleştirilmiş ise bu durumda kusurdan bahsedilemeyecektir ve idarenin kusursuz sorumluluğunun doğup doğmayacağı ele alınacaktır. Risk ilkesi açısından bakıldığında idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerini bir tehlikeli faaliyet olarak görmek çok mümkün görünmemektedir. Dijital unsur içeren araçları ise mevcut kusursuz sorumluluk teorisi açısından tehlikeli araç olarak kabul etmenin de doğru bir yaklaşım olmayacağı aksi takdirde bu alanda ortaya çıkan neredeyse her olay bakımından idareyi sorumlu tutmak yoluna gidilebileceği değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, siber güvenlik anlayışından siber dayanıklılık anlayışına<sup>134</sup> geçilmesi halinde dijital unsur içeren sistemlerin bünyesindeki risk dolayısıyla, risk ilkesi çerçevesinde kusursuz sorumluluğun gündeme gelmesi daha da tartışılabilir hale gelecektir. Nitekim mevcut mali sorumluluk şartları açısından idarenin dijital alandaki faaliyetlerinde kusurun ispatının oldukça zor olması nedeniyle bu çalışma kapsamında dijital hizmet kusurundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ispat külfetinin idareye yüklenmesi önerilmektedir.<sup>135</sup> Bu bir geçiş adımı olarak da değerlendirilebilir. Nitekim bundan sonraki aşamada idarenin dijital faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğu yönünden kusursuz sorumluluğa geçiş yapılabilir. Öncelikle kusurlu sorumluluğuna dayanılma sebebi ise idarenin asıl sorumluluğunun günümüzde kusura dayanıyor olmasıdır. Kusursuz sorumluluğun asıl olacağını ifade etmek hem günümüzde benimsenen idarenin kusura dayanan sorumluluğunun birincilliğiyle çelişecek hem de dijital ortamda doğan neredeyse hemen her zararı idareye atfetmeye yönlendirebilecektir. Bu nedenle dijital faaliyetlerden kaynaklanan zararların giderilmesi için öncelikle kusura dayanan sorumluluk anlayışının oluşturulması ve akabinde belirli durumlarda kusursuz sorumluluk anlayışının da geliştirilmesi önerilebilir.

Bir diğer mesele ise yine risk ilkesi bünyesinde, siber saldırılardan kaynaklanan zararların tıpkı terör eylemlerinden kaynaklanan zararlardaki gibi sosyal risk bağlamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesidir. Sosyal risk ilkesi açısından, illiyet bağının daha geniş ele alınması ve devletin egemenlik alanında zararın gerçekleşmesi sebebiyle idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi oldukça önemli bir noktadır. Dijital hizmet kusuruna ilişkin uyuşmazlıklarda da illiyet bağı unsuru yönünden özellikle dijital kamusal alan olarak nitelendirdiğimiz alanda meydana gelen zararların devletin egemenlik alanında meydana geldiği kabul edilerek kusurun varlığı halinde dijital hizmet kusurunun gündeme gelmesi önerilebilir. Keza kusursuz sorumluluk açısından da yine sosyal risk ilkesi bağlamında dijital kamusal alan değerlendirmesi

<sup>133</sup> Örneğin yapay zekaya ilişkin olarak da yapay zekâ sisteminin yazılımdan ibaret olması sebebiyle mevcut anlayış açısından bir tehlikeli araç vasfında değerlendirilemeyeceğine yönelik bkz. Yayla, *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zeka* (n 32) 170; ayrıca bkz. Seyhan (n 32) 311-335.

<sup>134</sup> Nitekim ex ante denetim mekanizması esas alınarak hazırlanan siber dayanıklılık anlayışına Türkiye'nin 2024-2028 siber güvenlik strateji planında da yer verilmekte ve siber dayanıklılık bir hedef olarak belirlenmektedir bkz. T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, *2024-2028 Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı* (n 64) 21.

<sup>135</sup> Bkz. 'Delil ve Zararın Tespiti' başlığı.



yapılarak burada gerçekleşen saldırılar nedeniyle meydana gelen zararlardan idarenin kusursuz da olsa sorumlu tutulması gerektiği yönünde bir öneride bulunulabilir. Bu tür eylemlerin terör eylemine benzerliği de oldukça dikkat çekicidir. Ayrıca konu açısından sosyal risk ilkesi ile bağlantı kurmayı da mümkün kılmaktadır.

Kamu külfetleri karşısında eşiklik ilkesi ise kusursuz sorumluluğun ana ilkesi olarak kabul edildiğinde risk ilkesini de kapsayacak<sup>136</sup> daha geniş bir kusursuz sorumluluk sebebi olarak idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinden kaynaklanan zararların karşılanmasında bir çözüm olarak gündeme gelebilecektir.

Tekrar belirtmek gerekir ki idarenin dijital alandaki faaliyetlerinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğu ve buna yönelik bir anlayışın geliştirilmesi farklı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek kapsama sahiptir. Bu nedenle bu başlık kapsamında sadece dijital hizmet kusurunun mevcut olmaması halinde kusursuz sorumluluk yönünden de yargı yerlerince değerlendirme yapılması gerektiğine dikkat çekilmektedir.

### III. İdarenin Dijital Alandaki Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Çeşitli Sorunlar Ve Öneriler

Dijital hizmet kusuru, idarenin dijital alandaki faaliyetlerinden kaynaklanan ve asli sorumluluk türü olan kusura dayanan sorumluluğu olarak önerilmektedir. Ancak bununla birlikte ilerleyen zamanlarda idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun kusursuz sorumluluğa dayanması ihtimali de gündeme gelebilir. Başlık kapsamında ileri sürülen bu sorunlar genel olarak yargılama aşamasında gündeme gelebilecek sorunlardır. Bu nedenle bu başlık kapsamında tespit edilen sorunlar ve bunlara ilişkin öneriler dijital hizmet kusurundan kaynaklanan uyumsuzluklar açısından geçerli olabileceği gibi bahsedilen kusursuz sorumluluk esasının gelişmesi halinde de ortaya çıkabilir. Bu nedenle bu bölümün başlığında, *idarenin dijital alandaki faaliyetleri* ifadesi tercih edilmiştir.

#### A. Sorumluluk Alanının ve Hasımın Belirlenmesi

Dijital mecrada idarenin sorumluluğunun hangi alanla sınırlı olduğunu tespit edebilmek oldukça güçtür. İdarenin, kamu hizmetini sunduğu yani yer<sup>137</sup> ve/veya aynı zamanda içerik sağlayıcısı<sup>138</sup> olduğu ve doğal olarak alan adı sahibi olduğu alanda (domain) bir zararın ortaya çıkması ve şartların gerçekleşmesi halinde sorumluluğunun doğacağı belirtilebilir. E-Devlet, Dijital Vergi Dairesi, UYAP, e-SGK, e-Belediye platformları gibi kamu hizmetlerinin dijital ortamda emanet usulü ile sunulduğu ve idarelerin içerik ve/veya yer sağlayıcısı olduğu ortamların “*dijital kamusal alan*” ola-

<sup>136</sup> Yayla, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu* (n 11) 61; Yayla, *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zeka* (n 32) 170.

<sup>137</sup> 5651 sayılı Kanun’un 2’nci maddesi kapsamında yer sağlayıcı “*Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmaktadır.

<sup>138</sup> 5651 sayılı Kanun’un 2’nci maddesi kapsamında içerik sağlayıcı “*İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmaktadır.

rak nitelendirilmesinin, sorumluluk alanı açısından daha belirleyici olacağı düşünceyle bu alanları dijital kamusal alan olarak adlandıracağız.<sup>139</sup> Bu alanları tanımlamak için mevzuatta henüz herhangi bir tanım bulunmaması nedeniyle bu tanımlama sorumluluk alanı açısından yol gösterici olabilecektir.

Alan adı sahipliği ve Top-Level Domain'ler (TLDs) baz alınarak uyumsuzluklardaki hasım tespitinin yapılabileceği ileri sürülebilir. Alan adında “.gov, .edu, .bel,...” gibi kamusal idarelere özgü sponsored-TLDs veya second-level domain kullanan kamu tüzel kişilerinin alan adı sahibi olduğu dijital alanda meydana gelen zarar nedeniyle husumetin kendisine yöneltilebilmesi mümkün diye düşünülebilir. Ancak bu yöntemi kullanmak her zaman doğru sonuç vermeyebilir. Türkiye’de birçok kamu idaresi ve kamu kurumunun hizmetleri, e-Devlet entegrasyonu çerçevesinde e-Devlet üzerinden sağlanıyormuş gibi görünse de sistem kapsamındaki içerik ilgili idare tarafından temin edilmektedir. Örneğin yükseköğretim belgelendirme hizmetleri açısından birçok içerik e-Devlet üzerinden ilgili yükseköğretim kurumu tarafından sağlanmaktadır. Bu kapsamda yalnızca TLDs ve alan adı sahibi esas alınarak sorumluluk açısından belirleme yapıldığında sanki husumetin “turkiye.gov.tr” alan adı esas alınarak tespit edilmesi gerektiği anlaşılacak ve bu anlayış doğrultusunda husumetin, alan adı sahibi olan ve müstakil bir kamu tüzel kişiliğini haiz Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisine yöneltmesi gerekecektir. Ancak esasında alan adıyla birlikte dijital kamu hizmetinin içeriğinin kimin tarafından sağlandığına da bakmak doğru sonuç verecektir. Yani alan adı sahipliği tek başına, sorumluluğun kime ait olduğunun bir belirleyicisi değil hizmetin kim tarafından yerine getirildiğiyle birlikte dikkate alınacak olan yardımcı bir unsur olacaktır.<sup>140</sup>

Böylelikle önce idarenin sorumluluk alanının belirlenmesi ve ardından idarenin sorumluluk alanında kaldığı düşünülen durumlarda husumetin hangi idareye yöneltileceği meselesinin ele alınması gerekecektir. Bu nedenle öncelikle idarenin sorumluluğunun şartları açısından ortada dijital bir idari faaliyet olup olmadığı konusu ele alınacaktır. Bu kapsamda dijital kamu hizmetinin sağlandığı ortam, ‘dijital kamusal alan’ olarak nitelendirilecek ve hizmeti sağlayan kamu tüzel kişisi tespit edilerek husumet yöneltilebilecektir. Böylelikle emanet usulü ile dijital ortamda yani dijital kamusal alanda sunulan kamu hizmetlerinden kaynaklanan zararlar husumetin yöneltileceği kamu tüzel kişisinin tespitinde çok zorluk yaşanmayacaktır.

İkinci bir soru olarak, kamu hizmetinin özel kişilerce dijital ortamda sunulması halinde nasıl bir belirleme yapılacaktır? Örneğin elektronik sertifikasyon hizmeti sağlayıcılarının sağladığı e-imza hizmetinde bir aksama ve dolayısıyla bir zarar meydana

<sup>139</sup> Dijital ortamdaki kamusal alan kavramının, idarenin otomatik karar alma sürecinin etik boyutu bakımından değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Dag Wiese Scharntum, ‘Law and algorithms in the public domain’ (2016) 1(0) Etik i praksis 15-26.

<sup>140</sup> Bu fikrin geliştirilmesine katkı sağlayan Prof. Lee Andrew Bygrave’e teşekkür ederim.

gelmesi halinde bu hizmet bir kamu hizmeti olarak mı değerlendirilecek, eğer öyle ise sorumluluk kime ait olacak, uyumsuzluk nedeniyle hangi yargı koluna gidilecek gibi sorular akıllara gelmektedir. Bir diğer örnek olarak 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanununa istinaden evrensel hizmet (m. 2) ve dolayısıyla kamu hizmeti (m. 1) olarak kabul edilen internet erişim hizmetindeki aksama nedeniyle, idarenin sorumluluğu doğacak mıdır? Bu noktada hizmet sağlayan ile hizmetten yararlananlar arasındaki ilişkinin ve sözleşmenin niteliğine bakmak gerekecektir. Özellikle internet erişimi hizmetinde, abonelik sözleşmesi ilişkisinden dolayı burada meydana gelen aksamlarda kişiler ile internet servis sağlayıcısı arasında sorumluluk ilişkisinin cereyan edeceği<sup>141</sup> ve bunun özel hukuk hükümleri çerçevesinde adli yargıda giderileceği belirtilebilir. Ancak abonelik sözleşmesi bulunsa bile ulusal yahut bölgesel çapta bir servis sunumundan kaynaklanabilecek aksamlarda idarenin de servis sağlama yönünden yükümlülükleri belirlenerek idarenin de sorumluluğunun gündeme gelebilmesinin ihtimal dahilinde olduğu belirtilmelidir. Nitekim hizmetin asli sahibi idaredir. Bunlar dışında kalan diğer durumlarda kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi rejimindeki esaslar dikkate alınacak, hizmetten yararlananlar ve üçüncü kişilerin gördükleri zararlar nedeniyle idarenin sözleşme dışı sorumluluğu gündeme gelecektir.<sup>142</sup>

Üçüncü soru ise dijital kamusal alan dışında kalan dijital idari kolluk faaliyetleri nedeniyle meydana gelen zararlarda idarenin sorumluluk alanı genişleyecek midir? Öncelikle dijital kamusal alan kapsamındaki kolluk faaliyetlerinden kaynaklanan zararlarda bir kusur bulunması ve faaliyetten kaynaklanan bir zararın meydana gelmesi halinde dijital hizmet kusurundan kaynaklanan zarar nedeniyle idareye husumet yöneltilebilecektir. Bu kapsamda kanımızca husumetin alan adı sahibi idareye yöneltilmesi daha doğru olacaktır. Nitekim aksi düşüncede siber güvenliği sağlama yönünden hizmet alımı usulü uygulanması halinde husumetin özel hukuk kişisine yöneltilmesi gerekeceği sonucu çıkabilir. Böyle bir karışıklığa mahal vermemek adına alanın korunmasına yönelik yükümlülüğü alan adı sahibine yüklemek suretiyle husumetin dijital kamusal alandaki alan adı sahibi idareye yöneltilmesinin daha doğru sonuç vereceği ileri sürülebilir. Ancak esas soru idarenin kamusal dijital alan dışında

<sup>141</sup> Aynı yönde bkz. Turgut Kaya, *İnternet Servis Sağlayıcısının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu* (Seçkin 2019) 104-107.

<sup>142</sup> Ezgi Palas Dağlı, *Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve İdarenin Sorumluluğu (Sağlık Hizmetlerinde)* (Seçkin 2024) 220.

yani özel platformlarda gerçekleştirdiği sanal devriye, erişimin engellenmesi<sup>143</sup>, bant genişliğinin daraltılması gibi önleme faaliyetlerinden kaynaklanan zararlarda ne olacaktır. Böyle bir durumda artık alan adı sahibinin yahut yer sağlayıcının değil, dijital idari kolluk faaliyeti yapan idarenin sorumluluğunun doğacağını belirtebiliriz. Bu noktada zararın ortaya çıkmasına neden olan idare olduğundan sorumluluğa yönelik talebin idareye yöneltilmesi gerekecektir. Özellikle tartışmalı nitelikte olan derin paket analizi, sanal devriye, erişimin engellenmesi, bant genişliğinin daraltılması gibi dijital idari kolluk faaliyetleri kamusal dijital alan dışında vücut bulduğundan, bu faaliyetlerin Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki sınırlama sebepleri de dikkate alınarak gerçekleştirilmesi gerektiği izahından varestedir. Bu nedenle anayasal ölçütlere uymayan kolluk işlemlerinden kaynaklanan zararlarda, idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

## B. Tespitinin Uzmanlık Gerektirmesi

Dijital alandaki olaylara ilişkin tespitler, teknik bir konu olduğundan dolayı uzmanlık gerektirmektedir. Bilgi ve iletişim teknolojilerine ilişkin çeşitli uzmanlık konuları olduğundan her somut olay bağlamında özel değerlendirme yapılmasına yönelik konuyla ilgili uzman kişilerin desteğini almak doğru sonuçlar verebilecektir. Bu husus davanın açılmasından sonuçlanmasına kadar birçok aşamayı içermektedir. Dava dilekçesinin hazırlığı aşamasında davacının, savunma aşamasında idarenin ve yargılama aşamasında mahkemenin konuyla ilgili uzman kişilerden destek alması hukuki savlarını ve gerekçelerini oluşturabilmesi açısından önem arz edecektir.

Yargılama aşamasına geçilmeden önce siber zafiyetleri önlemek adına “bu konuyla ilgili bir regülasyon faaliyeti, sertifikasyonu ve uzman bir kurum üzerine düşünülebilir mi?” sorusunu değerlendirmek gerekmektedir. Avrupa Birliği açısından konu ele alındığında, European Union Agency for Cybersecurity-Avrupa Ağ ve Bilgi Güvenliği Ajansı (ENISA) bu konuda uzman bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>143</sup> Erişimin engellenmesinin tazminat boyutu ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek nitelikte geniş olduğundan çalışmanın bütünlüğünü bozmamak adına burada yalnızca ilgili görüşleri paylaşacağız. Erişimin engellenmesi kararının uygulandığı maddeye göre değişen hem bir koruma tedbiri hem de bir idari tedbir niteliği olduğundan konunun iki yönü bulunmaktadır. Koruma tedbiri açısından; bir görüşe göre koruma tedbiri niteliğinde verilen erişimin engellenmesi kararı, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) 141'inci maddesi kapsamında sayılmadığından tazminat istenemeyeceği ileri sürülmektedir (bkz. İsmail Çınar, ‘5651 sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarla İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi’ (2021) 8(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 85). Ancak diğer görüş uyarınca CMK'nın 141'inci maddesinin üçüncü fıkrasına istinaden sayılanlar dışındaki koruma tedbirlerinden kaynaklanan zararlarda da ağır ceza mahkemelerinde CMK hükümlerine istinaden tazminat davası açılabilir ve nitelik Yargıtay da bu görüşü benimsemektedir (bkz. Yargıtay 12 CD, 13049/17584, 11.11.2015; Uğur Demiral, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyum Tayini* (CMK m. 133) (Seçkin 2021) 158, Mehmet Taştan, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları* (Adalet 2019) 116). Diğer yandan 5651 sayılı Kanun 8/A maddesi ile 9/A maddeleri kapsamında öngörülen ve idari tedbir niteliğinde olan erişimin engellenmesi kararından kaynaklanan uyumsuzluklarda bir idari kolluk faaliyeti söz konusu olduğundan bu karar nedeniyle bir zararın ortaya çıkması ve idarenin kusurunun bulunması halinde idarenin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.

2004 yılında kurulan<sup>144</sup> ENISA'nın, 2019 yılında yayımlanan Cybersecurity Act<sup>145</sup> ile yetkilerinde önemli değişikliklere gidilmiş ve Kurum'a siber güvenlik ile ilgili konularda önemli yetkiler verilmiştir. Günümüz itibarıyla ENISA, siber güvenlik konusunda uzman bir merkez olup (Cybersecurity Act m. 4), dijital unsur içeren ürünlerin siber güvenlik yönünden sertifikasyonuna (Cybersecurity Act m. 8) yönelik çeşitli görevleri bulunmaktadır. Ülkemizdeki uygulama açısından bakıldığında konunun BTK yönünden yürütülmesi ilk aşamada akla gelebilir. Ancak BTK'nın artan iş yükü ve uğraş alanına gün geçtikçe birçok bilgi ve iletişim teknolojisi meselesi girmesi nedeniyle siber güvenlik alanında uzman müstakil bir regülasyon ve ürün sertifikasyon kurumu öngörülmesi amaca uygun bir yaklaşım olabilecektir. Nitekim bilgi ve iletişim teknolojileri alanına ilişkin olarak tüm iş yükünü tek bir kuruma bırakmak hizmette aksamaya yola açma potansiyeline sahip olduğu gibi bu alana ilişkin tek bir kurum öngörmek yapay zekâ, siber güvenlik, iletişim teknolojileri, bilgi teknolojileri gibi çok farklı ve sürekli gelişen alanlarda ve uzmanlık isteyen konularda uzmanlaşmayı da engelleyebilecektir. ENISA gibi yalnızca siber güvenlik tedbirleri ve ürünlerin siber güvenlik yönünden sertifikalandırılması konularıyla ilgilenen bağımsız ve tarafsız nitelikleri haiz milli siber güvenlik kurumunun kurulması uzmanlaşma konusunda oldukça büyük destek sağlayacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki siber güvenlik konusunda özel sektörün de işin içine dahil edilmesi daha hızlı ve efektif davranmayı sağlayabilecektir. Nitekim ENISA'da siber tehditlere karşı kamu-özel iş birliği modelinin oluşturulmasına yönelik çalışmalar yürütmektedir.<sup>146</sup> Bu konuya ilişkin bir ek olarak, bilgi ve iletişim teknolojileri alanlarında AB regülasyonlarıyla uyum sağlayacak düzenlemeler yapılması, bu alanda üretim ve AB'ye ihracat yapanlar açısından da kolaylaştırıcı olacak, mevzuatlar arasındaki uyumsuzluk nedeniyle ilgililerin üretimlerinde iç pazar ve dış pazar arasında kalmasının önüne geçilebilecektir.

Yargılama aşamasında ise kusurun tespiti özellikle zorluk gösterebilecek konulardan biridir. Kusurun kime atfedileceği konusu, kusurun yoğunluğu meselesi gibi konular sübjektif olduğundan bu noktada objektif bir değerlendirme yapabilmek çok da kolay görünmemektedir. Bu nedenle uzman bilirkişilerden destek alınmak suretiyle muhakeme yapılması ilk aşamada hakkaniyetli sonuçlar ortaya çıkmasını destekleyebilecektir. İlerleyen süreçte, teknolojinin hayatımızdan ayrı olarak düşünülmemeyeceği, yapay zekanın her alana yayılacağı ve hukuki uyumsuzlukların teknolojilerden ayrışamayacağı noktaya gelindiğinde, belki de uzman bilişim mahkemelerinin kurulması gündeme gelecektir.

<sup>144</sup> Regulation (EC) No 460/2004 of the European Parliament and of the Council of 10 March 2004 establishing the European Network and Information Security Agency [2004] OJ L 77.

<sup>145</sup> Regulation (EU) 2019/881 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on ENISA (the European Union Agency for Cybersecurity) and on information and communications technology cybersecurity certification and repealing Regulation (EU) No 526/2013 (Cybersecurity Act) [2019] OJ L 151.

<sup>146</sup> ENISA, *Public Private Partnerships (PPP): Cooperative models* (ENISA 2017) 7.

### C. Hak Arama Yolu

Özellikle dijital idari sistemlere yapılan saldırılarda birçok kişinin zarar görmesi ihtimal dahilindedir. Örneğin, e-Devlet gibi bir sistem tüm vatandaşların verilerini içerdiğinden sistemin tamamında gerçekleşecek bir hatada milyonlarca kişinin zarar görmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda her bir kişinin tek tek dava açma yoluna gitmesi halinde milyonlarca davanın açılması gündeme gelecektir. Bu durum, usul ekonomisiyle bağdaşmayacağı gibi yargının iş yükünü de olağanüstü derecede arttıracak ve adaletin tecellisinde gecikmeler yaşanabilecektir. Bu nedenle dijital hizmet kusurundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda grup dava uygulamalarının kabul edilmesi öngörülebilirliği sağlayacak ve aynı konuda farklı kararlar verilmesinin de önüne geçebilecektir.<sup>147</sup> Grup dava uygulamalarından, yargısal görüş, grup başvurular ve topluluk davası imkanlarının<sup>148</sup> dijital hizmet kusuruna yönelik uyuşmazlıklarda yargılama usulü yönünden uygulanabilmesi kanaatimizce mümkündür. Bu kapsamda hak arama yollarına ilişkin sorun oluşturabilecek hususlar bertaraf edilmiş olacaktır. Elbette bu husus yargılama usulüne ilişkin bir mesele olduğundan öncelikle grup dava uygulamalarının kanuni temele oturtulması gerekecektir.

### D. Delil ve Zararın Tespiti

Maddi dünyada cereyan eden idari ilişkilerde işlemler bir yazıya bağlandığından, eylemler de bir iz bıraktığından bu eylem ve işlemler esas alınarak yargılama yapılması nispeten daha kolay yürümektedir. Bu işleme yahut eyleme dayanak teşkil eden belgelerin idareden celbi talep edilerek yargılama safhasında muhakeme yapılmaktadır. Ancak dijital deliller nasıl elde edilecek ve idari yargıda nasıl değerlendirilecektir? Mahkemenin, Devletin ve idarenin sunucularına inceleme yaptırması belirli noktalarda milli güvenlik menfaatlerinin bulunması da göz önüne alındığında nasıl gerçekleşecektir? İşte bu gibi sorunlar delil elde edilebilmesinin ve nihayetinde kusurun idare atfedilebilmesinin önünde engeller oluşturacaktır. Nitekim dijital deliller iz bıraksa da isteyerek veya yanlışlıkla bu izler üzerinde oynama yapılabilmesi, delillerin bozulabilmesi ihtimal dahilindedir. Bu konuda yargı yerlerinin konusunda uzman adli bilişim alanında (digital and cyber forensics) çalışanlardan destek alması daha doğru sonuçlar verecektir. Ayrıca idarenin dijital delilleri sunmamasına yönelik yaklaşımını benimsemesinin de önüne geçici hukuki araçlar öngörülmesi uygun olabilecektir. Bu kapsamda ispat yükünün idareye çevrilmesi ihtimal dahilinde düşünülebilecek konulardandır. Zira dijital hizmet kusurunda davacı taraf, hangi delile dayanacağını da bilemiyor pozisyonda olabilir. Bilişim sisteminin işleyişini bilmeyen ve oldukça teknik nitelikte olan dijital hizmet kusuruna ilişkin uyuşmazlıklarda davacıya ispat külfetini yüklemek hakkaniyete aykırı sonuçlar meydana getirebilecek

<sup>147</sup> Lale Burcu Önüt, *İdari Yargılama Hukukunda Adil Yargılanma İlkesi Çerçevesinde Grup Dava Uygulaması* (Seçkin 2018) 86.

<sup>148</sup> Önüt (n 147) 87-136.

potansiyelindedir. Bu nedenle özellikle re'sen araştırma ilkesi gözetilerek gerektiği noktalarda delillerin re'sen ve bizzat yargı yerince araştırılması bu riski gidebilecektir. Yahut dijital hizmet kusuruna ilişkin uyuşmazlıklarda ispat külfetinin tersine çevrilerek idareye yükletilmesi ikinci bir öneri olarak sunulabilir.

Dijital hizmet kusurunda meydana gelen zararın tespiti, maddi dünyada meydana gelen zararın tespitine kıyasla daha zordur.<sup>149</sup> Nitekim dijital dünyadaki zararın hem dijital varlıklara etkisi söz konusu olabilecek hem de burada meydana gelen zarar maddi dünyaya da sirayet edebilecektir.<sup>150</sup> Dijital hizmet kusurunda özellikle manevi nitelikteki zararlar açısından belirleme yapmak oldukça güçtür. Nitekim veri kaybı, siber saldırı nedeniyle gelecekte olabileceklere yönelik korku yaşanması, özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle üzüntü duyulması gibi sübjektif, kişiden kişiye değişebilen duygular üzerinden bir zarar değerlendirmesi yapılması oldukça güçtür. Nitekim maddi nitelikteki dijital varlıklar açısından da durum bazen zorlaşabilmektedir. Örneğin, günümüzde maddi açıdan değersiz görülebilen bir alan adı, NFT veya kripto para birimleri gibi dijital varlıklar ileride çok büyük değerlere ulaşabilmektedir. Varlığın günümüz açısından maddi değerlemesinin yapılması halinde geleceğe yönelik çok büyük kayıplar yaşanması ihtimal dahilinde olabilecektir. Özellikle yapay zekâ sistemlerinin devreye girmesiyle birlikte bu tartışmalarda artış yaşanacaktır. Aynı özellikleri göstermese de destekten yoksun kalma tazminatında olduğu gibi bir ölçeklendirme metodu geliştirilmesi üzerinde düşünülebilir. Örneğin kimlik numarası, ad-soyad, adres, aile bilgileri gibi verilerin herkes açısından benzer derecede öneme sahip olması nedeniyle bu gibi verilere önceden bir değer biçilerek zararın değerlemesinin bu ölçeklendirmeye göre hesaplanması bir öneri olarak ileri sürülebilir. Elbette kamuoyunu ilgilendiren kişilerin bu gibi verileri daha önemli olarak düşünülecek ve uğradığı zararın tespiti yapılırken bu etken de göz önünde bulundurulacaktır. Bu gibi ölçeklendirme metodunun tüm veriler yahut dijital varlıklar açısından yapılması mümkün olmadığından herkesin sahip olduğu temel kişisel veriler yönünden ele alınması daha doğru bir yaklaşım olabilecektir. Nitekim böyle bir yöntem başlı başına maddi zararı tespit etmeyi sağlayacaktır. Bununla birlikte manevi zararın da şartlarının oluşması halinde talep edilmesi mümkün olacaktır. Ayrıca ABAD'ın, kişisel verilerin çalınmasından ve bu nedenle gelecekte kötüye kullanılması ihtimalinden dolayı ilgilinin yaşadığı korkuyu bir manevi zarar olarak kabul etmesi de oldukça önemlidir.<sup>151</sup> Öğretide, kişisel veriler nedeniyle idareye idari para cezası uygulandığında, elde edilen gelirin mağdurlara tazminat olarak dağıtılabileceğine yönelik önemli bir görüş de ileri sürülmüştür.<sup>152</sup> Nitekim bu görüş idareye uygulanan para cezasının diğer yandan yine idareye dönmesine yönelik anlayışı da bertaraf edebilecek

<sup>149</sup> Zarar ile ilgili olarak 'Zarar' başlığında açıklamalarda bulunulmuş olup ayrıca o başlığa da bakılması önerilmektedir.

<sup>150</sup> Sasha Romanosky and Zachary Goldman, 'Understanding Cyber Collateral Damage' (2017) 9(2) Journal of National Security Law&Policy 238.

<sup>151</sup> Bkz. 'Zarar' başlığı.

<sup>152</sup> Lintvedt (n 94) 15.



niteliktedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere<sup>153</sup> mevzuatımız kapsamında kişisel verilerin ihlali nedeniyle idareye para cezası uygulanmasına cevaz verilmediğinden bu imkânın öngörülebilmesi için öncelikle mevcut düzenlemenin değiştirilmesi gerekmektedir. Farklı bir görüş tarafından ise veri ihlallerine ilişkin olarak zorunlu mali sorumluluk sigortası öngörülmesi önerilmiştir.<sup>154</sup> Özel hukuk ilişkileri bağlamında böyle bir sigorta sözleşmesi ilişkisi kurulabilse bile idarenin sorumluluğu açısından konu ele alındığında büyük çaplı sistemlerde gerçekleşen zararlarda, sigorta şirketlerinin milyonlarca insanın verisine ilişkin zararı karşılayabilmesi fiilen mümkün olamayabilir. Bunun yerine özellikle kişisel verilerin ihlalden kaynaklanan dijital hizmet kusurlarında; zararlara ilişkin Devlet bünyesinde bir zarar fonu kurulması, idarelere verileri koruyamama nedeniyle para cezası uygulanabilmesinin mevzuat kapsamında mümkün kılınması, idarelere uygulanan cezaların bu zarar fonunda biriktirilmesi ve ilgililerin zararının bu fondan karşılanması önerilebilir.<sup>155</sup>

## Sonuç

Teknolojik gelişmelerin ilerlemesi ile birlikte mevcut hukuki düzenlemelerin bunlara uygulanmakta yetersiz kalması aslında hukuk dilinin kullanımına da sirayet etmekte ve genel dil olarak ifade edilen ayrı bir otomasyon dili oluşturmaktadır.<sup>156</sup> Bu genel dil kamu hukuku ve özel hukuk fark etmeksizin her iki alana da uygulanmakta ve hukuk dilini zenginleştirmektedir.<sup>157</sup> Ancak mevzuatın bulunmaması ve dolayısıyla somut olaylara uygulanabilecek herhangi bir kavramın bulunmaması durumunda ne gibi bir yorum yapılabileceği ise belirsizliğini sürdürmektedir. İdare Hukuku'nun kendine özgü özelliklerinden esnek ve içtihadî bir hukuk dalı olması nedeniyle mevcut kavramların özelleştirilerek farklı durum ve olaylara uygulanması imkânı bulunmaktadır. Ancak mevcut kavramlardan ayrılan bu uygulamaların yine kendine özgü kelimelerle ifade edilmesi hem mevcut kavramın içeriğini değiştirmeyecek hem de bu kavramla bağını korumayı sürdürebilecektir. Bu doğrultuda hizmet kusuru teorisinden tamamıyla kopmadan, alanın kendine özgü özelliklerini de gözeterek idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinden meydana gelen kusurlu sorumluluğunu dijital hizmet kusuru olarak adlandırmayı önermekte ve bu alana özgülenmesini arzulamaktayız.

Elbette dijital hizmet kusurunun, hizmet kusurundan ayrı olarak isimlendirilmesinin bir sebebi olmalıdır. Aksi takdirde aynı kavramı farklı terimlerle ifade etmek hukuk dilini zenginleştiremeyeceği gibi kavram kargaşasına da yol açabilecektir. Bu

<sup>153</sup> Bkz. 'Dijital Kolluk Faaliyeti' başlığı.

<sup>154</sup> Gürpınar (n 72) 693.

<sup>155</sup> Benzer yönde ancak fon kurulması önerisi hariç, idareye uygulanan cezaların doğrudan mağdurlara tazminat olarak dağıtılmasına ilişkin bkz. Lintvedt (n 94) 15.

<sup>156</sup> Ida Koivisto, Riika Koulu and Stefan Larsson, 'User accounts: How technological concepts permeate public law through the EU's AI Act' (2024) 0(0) Maastricht Journal of European and Comparative Law 18 < <https://doi.org/10.1177/1023263X241248469> > Erişim Tarihi 30 May 2024.

<sup>157</sup> Koivisto, Koulu and Larsson (n 156) 18.



noktada çalışma kapsamında ortaya konulan temel gerekçe; dijital hizmet kusuru, idarenin mali sorumluluğunun şartları olan *idari bir davranış, zarar, zarar ile davranış* arasındaki *illiyet bağı ve kusurun* ele alınması açısından hizmet kusurundan farklılaşmalıdır.

Öncelikle *idari davranış*, hizmet kusuru ile dijital hizmet kusuru arasında ‘ayrım yapmayı’ sağlayacak ve bir belirleyici olarak rol alacaktır. Dijital hizmet kusurundan bahsedebilmek için idarenin dijital alanda gördüğü bir faaliyet olmalıdır. Çalışmamız kapsamında bu faaliyetler dijital kamu hizmetleri ve dijital kolluk faaliyetleri olarak belirtilmektedir.

Akabinde ise zarar, illiyet bağı ve kusur şartları, uyuşmazlıklarda yargı yerleri tarafından mevcut hizmet kusurundan ayrışarak farklı bir yöntemle değerlendirilmelidir.

*Zarar*, dijital varlıkların özelliklerine göre ele alınmalıdır. Özellikle kişisel veriler yönünden geleceğe yönelik tehlikeden kaynaklanan korku yargı yerleri tarafından manevi bir zarar olarak nitelendirilmelidir. Her ne kadar ilk bakışta bu korkunun kaynağı gelecekte yaşanacak bir olaya dayansa da yani ‘potansiyel/muhtemel’ nitelik arz etse de korku yaşanmaya başladığı için bu korku kesin ve gerçekleşmiş zarar kapsamında ele alınabilir ve dijital hizmet kusuru çerçevesinde tazmini mümkün kılınabilir. Ayrıca dijital ortamda gerçekleşen zararlar hesaplama yönünden de özellik arz edecektir. Bu nedenle örneğin siber saldırılardan kaynaklanan zararlarda, zararın hesaplanmasında belirsizlik yaratan durumların da tahmin yöntemiyle hesaplanabilmesine yarayan bilimsel hesaplama yöntemlerinden yararlanılabilir. Böylelikle sorumluluk şartı olan zararın, ‘kesin ve gerçekleşmiş’ olma niteliği dijital hizmet kusuru yönünden daha esnek ele alınmayı, yeri geldiğinde ‘potansiyel/muhtemel’ zarar da zarar olarak kabul etmeyi sağlayacaktır. Buna ek olarak dijital varlıkların gerçek değerinin belirlenmesinde rayiç belirleme modelinin kullanılması, kişisel verilere önceden belirlenmiş somut ve objektif düzenlemelerle fiyat biçilmesi veya buna yönelik ölçeklendirme metodu geliştirilmesi maddi yönden zararın belirlenmesine katkı sağlaması için önerilebilir.

*İllyet bağı* açısından ise özellikle idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinden kaynaklanan zararlarda, bu zararın gerçekten de idarenin faaliyetinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını kanıtlayabilmek davacı yönünden çok kolay sayılabilecek bir mesele değildir. Bu nedenle dijital hizmet kusurundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, özellikle dijital kamusal alanda gerçekleşen uyuşmazlıklarda, bu alanı sosyal risk ilkesinde olduğu gibi devletin egemenlik alanı kabul etmek suretiyle illiyet bağının daha esnek yorumlanması önerilebilir. İllyet bağı ile ilgili bir diğer mesele ise özellikle siber saldırılarda üçüncü kişinin eylemi nedeniyle illiyet bağının kesildiğinin ileri sürülmesine imkân verilmemesi veya oldukça ihtiyatlı ele alınması önerilebilir.

*Kusur* açısından ise idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda kusurun idarenin sisteminden kaynaklandığını ispat etmek davacı açısından oldukça güçtür. Özellikle dijital delillerin değişebilme, silinebilme özellikleri dikkate alındığında dijital hizmet kusuruna ilişkin uyuşmazlıklarda kusuru ispat külfeti tersine çevrilerek, idarenin ortaya çıkan zararın dijital ortamda görülen faaliyetin kuruluş ve işleyişinden kaynaklanmadığını kanıtlaması bir öneri olarak sunulabilir. Nitekim ilk bakışta bu menfi bir durumun ispatı gibi görünse de idare, sistem kayıtları ile bunun kendinden kaynaklanmadığını davacıya kıyasla çok daha kolay ispat edebilecektir.

Yeni bir kavram önerebilmek ve bunu temellendirebilmek kolay bir iş olmadığı gibi uygulama açısından benimsenmesini görebilmek de kolay beklenen bir sonuç değildir. Esasında bu çalışma idarenin sorumluluğuna yönelik özel ve farklı bir ‘teori’ geliştirmek amacıyla hazırlanmamıştır. Giriş bölümünde de belirtildiği üzere bu çalışma *lex ferenda* açısından dijital hizmet kusuru gibi idarenin dijital alandaki sorumluluğunu tanımlayacak ayrı bir kavrama ihtiyaç duyulduğuna ve mevcut sorumluluk şartlarının idarenin dijital ortamdaki faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından yetersiz kaldığına dikkat çekmek için kaleme alınmıştır. Ancak bu çalışmanın bir karşılık bularak sonraki çalışmalarda eleştirilmesi ve kavramın zamanla gelişmesi neticesinde, dijital hizmet kusuru yahut bunun ötesinde idarenin dijital alandaki sorumluluğuna yönelik farklı ve yeni bir teori geliştirilmesi potansiyel dahilindedir. Çalışmada, mevcut hukuki temel olan hizmet kusurundan çok kopmadan ancak alanın kendine özgü niteliklerini de dikkate alarak idarenin dijital alandaki kusurlu davranışlarından kaynaklanan sorumluluğunun, sorumluluk şartları açısından daha farklı bir şekilde alınması gerekliliği ispatlanmaya çalışılmış ve buna istinaden bu sorumluluğun yeni bir kavramla ifade edilmesi ihtiyacına dikkat çekmek amaçlanmıştır. Ama bu önerideki gibi ama farklı bir şekilde olsun mevcut sistemin dijital ortama uygulanmasında yetersiz kalması, yakın bir gelecekte idarenin sanal ortamdaki faaliyetlerinden kaynaklanan zararlarda mevcut sorumluluk şartlarının bu ortamın özellikleri dikkate alınarak uyarlanması gerektirecektir.

---

**Teşekkür:** TÜBİTAK’a, University of Oslo ve NRCCCL’e çalışma için sağladıkları imkanlardan dolayı teşekkür ederim. Çalışma hakkındaki görüşleriyle çalışmanın gelişmesine destek olan Mona Naomi Lintvedt, Lee Andrew Bygrave, Tobias Mahler, Dag Wiese Schartum’a ayrı ayrı teşekkür ederim.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Çalışma, TÜBİTAK 2214-A Yurtdışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı çerçevesinde University of Oslo, Faculty of Law, Norwegian Research Center Computers and Law (NRCCCL) bünyesinde yürütülen araştırma esnasında toplanan kaynaklar ve sağlanan imkanlar ile desteklenmiştir.

**Acknowledgments:** I would like to thank TUBITAK, University of Oslo and NRCCCL for the facilities provided for the study. I would like to thank Mona Naomi Lintvedt, Lee Andrew Bygrave, Tobias Mahler, Dag Wiese Schartum, Lee Andrew Bygrave, Tobias Mahler and Dag Wiese Schartum for their comments on the study.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The study was supported by the resources collected and facilities provided during the research conducted at the University of Oslo, Faculty of Law, Norwegian Research Center Computers and Law (NRCL) within the framework of TUBITAK 2214-A Research Fellowship Programme.

---

## Bibliyografya/Bibliography

- Akyılmaz B, Sezginer M and Kaya C, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş 2019).
- Akyılmaz B, Sezginer M and Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (17th edn, Seçkin 2023).
- Altındağ H, ‘Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında İdarenin Sorumluluğu’ (2019) 18(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 387-401.
- Atay EE, *İdari Yargılama Hukuku* (Seçkin 2021).
- Atay EE and Odabaşı H, *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları* (2nd edn, Seçkin 2010).
- Başar C, *Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha 2020).
- Beck C, Boumezoued A, Cherkaoui Y, Pradat E and Fleisher B, ‘Modelling Financial Losses From a Ransomware Attack Using a Casual Approach’ (Milliman, 2023) < [https://www.milliman.com/-/media/milliman/pdfs/2023-articles/10-13-23\\_modeling-financial-losses-from-a-ransomware-attack.ashx](https://www.milliman.com/-/media/milliman/pdfs/2023-articles/10-13-23_modeling-financial-losses-from-a-ransomware-attack.ashx) > Erişim Tarihi: 15.10.2024.
- British Broadcasting Corporation (BBC), ‘108 milyon kişinin verileri çalındı iddiası: Bakanlık ne açıkladı, tepkiler ne oldu?’ (BBC, 12 September 2024) < <https://www.bbc.com/turkce/articles/cn8789ez2q7o> > Erişim Tarihi 02 October 2024.
- Bhavsar V, Kadlak A and Sharma S, ‘Study on Phishing Attacks’ (2018) 183(33) International Journal of Computer Applications < <https://www.ijcaonline.org/archives/volume182/number33/> > Erişim Tarihi 27 May 2024.
- Bing J and Mahler T, ‘Contractual Risk Management in an ICT Context - Searching for a Possible Interface between Legal Methods and Risk Analysis’ (2006) 49 Scandinavian studies in law 339-358.
- Bygrave LA, ‘Cyber Resilience versus Cybersecurity as Legal Aspiration’ in T. Jančárková, G. Visky, I. Winther (eds), *2022 14th International Conferance on Cyber Conflict: Keep Moving! (CyCon)* (NATO CCDCOE 2022) 27-43.
- Christensen S, Caelli WJ, Duncan WD and Georgiades E, ‘An Achilles heel: denial of service attacks on Australian critical information infrastructures’ (2010) 19(1) Information & Communications Technology Law 64 < <https://doi.org/10.1080/13600831003708059> > Erişim Tarihi 17.06.2024.
- Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, ‘e-Devlet Kapısı Kullanıcı Hesaplarının Sızdırıldığı İddiaları Hakkında Basın Açıklaması’ (CBDDO, 26 February 2023) < <https://cbddo.gov.tr/duyurular/6627/-e-devlet-kapisi-kullanici-hesaplarinin-sizdirildigi-iddialari-hakkinda-basin-aciklamasi-> > Erişim Tarihi 27 May 2024.
- Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku* (10th edn, Seçkin 2018).
- Çaptuğ M, ‘Covid-19 Salgınının Kamu Hizmetlerinin Dijitalleşmesi Sürecine Etkisi ve Sonuçları’ (2021) 23(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1309-1327.

- Çınar İ, ‘5651 sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarda İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi’ (2021) 8(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63-95.
- Demir Bayram S, *Kamu Hizmetinde Dijital Dönüşüm ve E-İhale Süreci* (On İki Levha 2023).
- Demiral U, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m. 133)* (Seçkin 2021).
- Dolma E, ‘Uzmanlar yanıtladı: 10 soruda e-Devlet’ten veri sızıntısı’ (Oksijen, 18 June 2023) < <https://gazeteoksijen.com/turkiye/uzmanlar-yanitladi-10-soruda-e-devletten-veri-sizintisi-181501> > Erişim Tarihi 27 May 2024.
- Duran L, ‘İdari İşlemden Sorumluluk: İptal – Tam Yargı Davası’ (1967) 33(3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 3-26 < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96216> > Erişim Tarihi: 09.10.2024.
- Duran L, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular* (TODAİE 1974).
- ENISA, *Public Private Partnerships (PPP): Cooperative models* (ENISA 2017).
- Erdogmuş T, ‘Kişisel Verileri İhlal Eden İdareye Karşı İdari Para Cezası Uygulanamaması Sorunu’, (2023) 10(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137-168.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25th edn, Yetkin 2020).
- Erkal A, ‘Kişisel Verilerin Önleyici ve Koruyucu Faaliyetler Kapsamında Otomatik Araçlarla Veri Analizi/Değerlendirilmesi Suretiyle İşlenmesi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı’ Cemil Kaya (ed) *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Bilgi Edinme Hukuku: Çeşitli Açılardan Bakış* (On İki Levha 2023) 23-77.
- Eroğlu Durkal M, ‘Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat’ (2017) 131 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 179-210.
- Erol ÖF, *Algoritmik Regülasyon: Yapay Zekâ ve İdarenin Regülasyon Faaliyeti* (On İki Levha 2023).
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt 2* (3rd edn, Ekin 2019).
- Gözübüyük AŞ and Tan T, *İdare Hukuku Cilt II: İdari Yargılama Hukuku* (8th edn, Turhan 2016).
- Güçlütürk OG, ‘Blokzincir Üzerinde Depolanan Verilerin Kişisel Veri Niteliği ve Silinemezlik, Yok Edilemezlik Sorunu’ (2019) 1(2) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 30-40.
- Gülen A, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) < <https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=2015-2016-idare-hukuku-ders-notlari-teskilat-haric.pdf> > Erişim Tarihi 20 May 2024.
- Gülen A, ‘Kamu Hizmeti Kavramı’ (1988) 9(1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 147-159.
- Günday M, *İdare Hukuku* (11th edn, İmaj 2017).
- Gür NT, *İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti* (On İki Levha 2019).
- Gürpınar D, ‘Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk’ (2017) 18(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan) 679-694.
- Janeček V and Teixeira Santos C, ‘The autonomous concept of “damage” according to the GDPR and its unfortunate implications: Österreichische Post’ (2024) 61(2) Common Market Law Review 531-543 < <https://doi.org/10.54648/cola2024031> > Erişim Tarihi 17.06.2024.
- Kağıtçıoğlu M, ‘Yapay Zekâ ve İdare Hukuku (Bugünden Geleceğe Yönelik Bir Değerlendirme)’ (2021) 11(1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 118-168.
- Kalabalık H, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II* (6th edn, Seçkin 2024).

- Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku* (7th edn, Ekin 2020).
- Karakoyunlu Y, 'Türkiye'de e-Devlet Forumu Açılış Konuşması' (Hürriyet, Bilişim Zirvesi 2001).
- Kaya MB, *Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi* (On İki Levha 2010).
- Kaya MB, 'Türkiye'de İnternete Kim, Neden ve Nasıl Müdahale Ediyor?' (İnternet-Hukuk-Yetki-Kontrol, 25 August 2024) < <https://mbkaya.com/internet-hukuk-yetki-kontrol/> > Erişim Tarihi: 08.10.2024.
- Kaya T, *İnternet Servis Sağlayıcısının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu* (Seçkin 2019)
- Koivisto I, Koulu R and Larsson S, 'User accounts: How technological concepts permeate public law through the EU's AI Act' (2024) 0(0) Maastricht Journal of European and Comparative Law 1-21 < <https://doi.org/10.1177/1023263X241248469> > Erişim Tarihi 30.05.2024.
- Krimmer R, Kalvet T, Toots M, Cepilovs A and Tambouris E, 'Exploring and Demonstrating the Once-Only Principle: A European Perspective' (2017) dg.o '17: 18th Annual International Conference on Digital Government Research 546-551 < <http://dx.doi.org/10.1145/3085228.3085235> > Erişim Tarihi 29 May 2024.
- Küçük ÇM, 'Yapay Zekâ Tarafından Gerçekleştirilen İdari İşlemlerde Sorumluluk' (2024) 10(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169-215.
- Lee L, 'Examining the Legal Status of Digital Assets as Property: A Comparative Analysis of Jurisdictional Approaches' (2024) SSRN 1-16 < <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4807135> > Erişim Tarihi: 03.10.2024.
- Lintvedt MN, 'Putting a price on data protection infringement' (2022) 12(1) International Data Privacy Law 1-15.
- Mahler T, 'Tool-Supported Legal Risk Management: A Roadmap' (2010) 2(3) European Journal of Legal Studies 146-167.
- Mecek M, 'E-Devlet ve E-Belediye: Kavramsal Çerçeve ve Türkiye'de Belediye Web Sitelerine Yönelik Yapılan Çalışmaların İncelenmesi' (2017) 22(15) SDÜİİBFD (Kayfor15 Özel Sayısı) 1815-1851.
- Milakovich ME, *Digital Governance* (2nd edn, Routledge 2021).
- Mozur P, 'One Month, 500,000 Face Scans: How China Is Using A.I. to Profile a Minority' (New York Times, 14 April 2019) <<https://www.nytimes.com/2019/04/14/technology/china-surveillance-artificial-intelligence-racial-profiling.html>> Erişim Tarihi 23 May 2024.
- National Institute of Standards and Technology, 'Guide for Conducting Risk Assessments-Information Security' (2012) Rev. 1 800-30 NIST Special Publication Appendix-B < <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-30r1.pdf> > Erişim Tarihi: 08.10.2024.
- Nebil FS, 'Depremde bant daraltma yapan BTK nedenini açıklasın' (T24, 21 March 2024) <<https://t24.com.tr/yazarlar/fusun-sarp-nebil/depremde-bant-daraltma-yapan-btk-nedenini-aciklasin,44048#:~:text=%226.02.2023%20depreminin%20hemen%20sonras%C4%B1nda,tarihinde%20bant%20daraltma%20uygulamas%C4%B1na%20gidilmi%C5%9Ftir.>> Erişim Tarihi 31 May 2024.
- International Organization for Standardization (ISO), *Information security, cybersecurity and privacy protection — Information security management systems – Requirements* (ISO No. ISO/IEC 27001:2022) (2022) < <https://www.iso.org/standard/27001> > Erişim Tarihi 20.06.2024.
- Oğurlu Y, *İdare Hukukunda "e-Devlet" Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti* (On İki Levha 2010).
- Onar SS, *İdare Hukukunun Umumi Esasları III. Cilt* (3rd edn, Hak 1966).

- Ozansoy C, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu* (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1989).
- Önüt LB, *İdari Yargılama Hukukunda Adil Yargılanma İlkesi Çerçevesinde Grup Dava Uygulaması* (Seçkin 2018).
- Özay İH, *Günışığında Yönetim II: Yargısal Korunma* (On İki Levha 2010).
- Palas Dağlı E, *Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve İdarenin Sorumluluğu (Sağlık Hizmetlerinde)* (Seçkin 2024).
- Peilemeier J and Sullivan D, 'Unpacking "Systemic Risk" Under the EU's Digital Service Act' (Tech Policy, 19 July 2023) < <https://www.techpolicy.press/unpacking-systemic-risk-under-the-eus-digital-service-act/> > Erişim Tarihi: 15.10.2024.
- Prince II WN, Gerke S and Cohen IG, 'Potential Liability for Physicians Using Artificial Intelligence' (2019) 322(18) Journal of the American Medical Association 1765-1766 < <https://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/2752750> > Erişim Tarihi: 15.10.2024.
- Romanosky S and Goldman Z, 'Understanding Cyber Collateral Damage' (2017) 9(2) Journal of National Security Law&Policy 233-257.
- Sancakdar O, 'İdare Hukukuna Özgü Tazmin Nedenlerinin Bulunmaması Kavramı' (1999) Manisa Barosu Dergisi 20-31.
- Sancakdar O, Önüt LB, Us Doğan E, Kasapoğlu Turhan M and Seyhan S, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (11th edn, Seçkin 2022).
- Sarıca M, 'Was Turkey's e-Government Hacked?' (Hack 4 Career, 21 June 2023) < <https://www.mertsarica.com/was-turkeys-e-government-hacked/> > Erişim Tarihi 27 May 2024.
- Sarıca R, 'Hizmet Kusuru ve Karakterleri' (1949) 15(4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 858-895.
- Sarsıkoğlu Ş, 'İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2389-2422.
- Schartum DW, 'Law and algorithms in the public domain' (2016) 1(0) Etik i praksis 15-26.
- Seskir Z, 'Hacklenmemek Elimizde mi?' (Medium, 18 October 2017) < <https://medium.com/duzensiz/hacklenmemek-elimizde-mi-79bcefc08fbc> > Erişim Tarihi 25 May 2024.
- Seyhan S, *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu* (On İki Levha 2023).
- Smith GS and Amoruso AJ, 'Using real options to value losses from cyber attacks' (2006) 2(3-4) Journal of Digital Asset Management 151 < <https://doi.org/10.1057/palgrave.dam.3650033> > Erişim Tarihi 01.06.2024.
- Strupczewski G, 'Defining Cyber Risk' (2021) 135 Safety Science 1-10 < <https://doi.org/10.1016/j.ssci.2020.105143> > Erişim Tarihi 15.10.2024.
- Tan T, *İdare Hukuku* (9th edn, Turhan 2020).
- Taştan M, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları* (Adalet 2019).
- T.C. Kalkınma Bakanlığı, *On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023) e-Devlet Hizmetlerinin Geliştirilmesi Çalışma Grubu Raporu* (T.C. Kalkınma Bakanlığı 2018) 23 < <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/04/e-DevletCalismaGrubuRaporu.pdf> > Erişim Tarihi 02.10.2024.
- T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, *2020-2023 Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı (Faaliyetler-Siber Güvenlik, 2020)* < <https://hgm.uab.gov.tr/uploads/pages/strateji-eylem-planlari/ulusal-siber-guvenlik-stratejisi-ve-eylem-planlari-2020-2023.pdf> > Erişim Tarihi 29 May 2024.

- T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, *2024-2028 Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı* (UAB 2024) 27 < <https://www.uab.gov.tr/uploads/pages/siber-guvenligin-yol-haritasi-yerli-ve-milli-teknolojiler-ve-ulusal-siber-guvenlik-stratejisi-2024-2028.pdf> > Erişim Tarihi: 08.10.2024.
- The Federal Council of Switzerland, ‘Digital public services’ (*Federal Department of Finance-Digital Public Services Switzerland*, 26 February 2024) < <https://www.efd.admin.ch/efd/en/home/digitalisation/digital-public-services.html> > Erişim Tarihi 29 May 2024.
- The Norwegian Digitalisation Agency (Digdir), ‘How to obtain an electronic ID’, (ID-porten) < <https://eid.difi.no/en/id-porten/how-obtain-electronic-id> > Erişim Tarihi: 18.06.2024.
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Bilgisayar Mühendisleri Odası, *6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri Raporu* (BMO, 6 August 2023) 4 < <https://www.bmo.org.tr/wp-content/uploads/2023/10/BMO-Deprem-Raporu.pdf> > Erişim Tarihi 02.10.2024.
- Türk Standardları Enstitüsü, ‘TS ISO/IEC 27001:2022 Standardı İçin Geçiş Şartları’ (TSE, 16.02.2023) < [https://www.tse.org.tr/duyuru/ts-iso-iec-270012022-standardi-icin-gecissartlari/?asp\\_highlight=siber+g%C3%BCvenlik&p\\_asid=1](https://www.tse.org.tr/duyuru/ts-iso-iec-270012022-standardi-icin-gecissartlari/?asp_highlight=siber+g%C3%BCvenlik&p_asid=1) > Erişim Tarihi 10.10.2024.
- Ulusoy A, *Yeni Türk İdare Hukuku* (Yetkin 2019).
- Walden I, *Computer Crimes and Digital Investigations* (2nd edn, Oxford 2016).
- Webteknohaber, ‘Sadece Telefon Numarasıyla Türkiye’deki Herkesin Tüm Kişisel Bilgilerini Gösteren Bir İnternet Sitesi Ortaya Çıktı’ (WebTekno, 09 June 2023) < <https://www.webtekno.com/turkiye-herkesin-kisisel-bilgilerini-gosteren-internet-sitesi-h135098.html> > Erişim Tarihi 02 October 2024.
- Wirth C and Kolain M, ‘Privacy by BlockChain Design: A BlockChain-enabled GDPR-compliant Approach for Handling Personal Data’ (2018) Proceedings of 1st ERCIM Blockchain Workshop 2018 < [https://doi.org/10.18420/blockchain2018\\_03](https://doi.org/10.18420/blockchain2018_03) > Erişim Tarihi 30 May 2024.
- Yakar U, ‘Facebook, Yemeksepeti, LinkedIn ve Clubhouse’dan Çalınan Bilgileriniz ile Neler Yapılabilir?’ (WebTekno, 17 April 2021) < <https://www.webtekno.com/facebook-calinan-bilgileriniz-ile-neler-yapilabilir-h108701.html> > Erişim Tarihi 02 October 2024.
- Yayla A, *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zeka* (Seçkin 2023).
- Yayla A, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu* (On İki Levha 2015).
- Yerebasmaz Y, *Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012).
- Yıldırım R and Çınarlı S, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: II* (Astana 2019).
- Yıldırım T, Yasin M, Kaman N, Özdemir HE, Üstün G and Okay Tekinsoy Ö, *İdare Hukuku* (7th edn, On İki Levha 2018).
- Zanfır-Fortuna G, ‘Article 82. Right to compensation and liability’ in Christopher Kuner, Lee A. Bygrave and Christopher Docksey (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (Oxford 2020) 1160-1179.







# İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

CONFERENCE PROCEEDINGS / KONFERANS BİLDİRİSİ

## Singularité et Mutations du Droit Public en Droit Français: Le Point de Vue du Constitutionnaliste\*

Bertrand Mathieu\*\* 

L'existence d'un droit public renvoie à une longue histoire. Ainsi, c'est à Rome que l'on doit à distinction entre le droit public et le droit privé qui ouvre la grande compilation des lois romaines qu'est le *digest*, élaboré sur les ordres de l'empereur Justinien en 533 après Jésus-Christ.

En réalité, dans tous les Etats, il existe bien des droits publics relatif à l'exécution par les branches législatives ou exécutives de leurs fonctions constitutionnelles.

Cependant dans certains cas ces règles et ces institutions sont regardées comme ne pouvant être soustraites à la connaissance des juges de droit commun. Parfois au contraire, la distinction entre droit privé et droit public structure le droit et lui donne sa colonne vertébrale<sup>1</sup>.

Le modèle français est celui d'un Etat fort d'un Etat qui s'affirme comme puissance.

A cette notion de droit public se rattachent des concepts comme ceux de l'intérêt général qui en est la raison d'être, ou de la puissance publique qui a vocation à le satisfaire.

La puissance publique et le terme par lequel on définit le pouvoir administratif dont la fonction n'est rien d'autre que l'application de la loi à tous.

<sup>1</sup> E. Zöller, *Introduction au droit public* (Dalloz 2006) 1.

\* Ce texte est une version révisée de la conférence du même titre que l'auteur a donnée à la Faculté de droit de l'Université d'Istanbul, Ord. Siddik Sami Onar Centre de recherche et d'application du droit administratif, le jeudi 5 septembre 2024.  
This text is a revised version of the conference of the same title given by the author at Istanbul University Faculty of Law, Ord. Siddik Sami Onar Centre for Research and Application of Administrative Law, on Thursday 5 September 2024.

\*\* **Correspondence to:** Bertrand Mathieu Ancien conseiller d'Etat (S.E.), Professeur émérite de l'Université Paris1 Panthéon-Sorbonne, Paris, France, E-mail : Bertrand.Mathieu@univ-paris1.fr, ORCID : 0000-0003-4020-3761

**To cite this article:** Mathieu, Bertrand. "Singularité et mutations du droit public en droit français: Le point de Vue du constitutionnaliste" (2023) 23 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 227. <https://doi.org/10.26650/ihid.23.007>



En droit français le pouvoir administratif est une puissance parce qu'il est soustrait au contrôle du pouvoir judiciaire à l'inverse des systèmes de *common law* dans lequel il est toujours possible à l'individu d'en appeler au pouvoir d'équité des cours de justice.

En France, le juge administratif a tout naturellement appliqué à l'administration un droit adapté aux finalités qui sont les siennes. La notion de prérogative de puissance publique joue un rôle central en droit public français la prérogative de puissance publique est le critère qui permet d'identifier la compétence des juridictions administratives celles-ci ont en principe vocation à ne s'intéresser aux seules affaires qui mettent en jeu des prérogatives de puissance publique, les autres relèvent des juridictions de droit commun

Ainsi, la dualité des juridictions de droit public et des juridictions de droit privé n'a pas d'autre justification que la conviction que les affaires qui regardent la source publique ne sont pas de même nature que celles qui intéressent la multitude des causes privées<sup>2</sup>.

## **I. Remarques préliminaires sur l'évolution du droit public**

Cependant l'évolution du droit est marquée par une hybridation du droit public et du droit privé. Plusieurs facteurs en sont la cause. J'en citerai quelques-uns.

D'une part, le 20<sup>e</sup> siècle a vu un prodigieux développement des services publics et la constitution d'un secteur public. La frontière entre les activités des autorités publiques et celles des particuliers s'est déplacée et l'autonomie de la sphère privée a été envahie par des règles de droit public. C'est l'une des conséquences du développement de ce que l'on a appelé l'Etat-providence.

D'un autre point de vue, l'Union européenne, comme le Conseil de l'Europe, participent à une forme de dépassement et de brouillage de la frontière entre la sphère du public et la sphère du privé. C'est toute l'ambiguïté de l'Union européenne qui est construite comme un système politique mais qui fonctionne essentiellement avec des instruments de droit privé. En ce sens, les administrations, et les juridictions administratives, lorsqu'elles existent, sont amenées à appliquer des règles qui traditionnellement relèvent du droit privé. Ainsi, La Cour de justice de l'Union européenne, comme la Cour européenne des droits de l'homme, jouent un rôle central dans la limitation de la capacité des États membres à imposer leurs propres règles à des acteurs privés issus d'autres États membres.

Par ailleurs, les droits fondamentaux, issus du droit public, international, supranational ou constitutionnel, s'immiscent dans l'ensemble des rapports relevant du droit privé.

---

<sup>2</sup> Zöller (n 1) 218.

Enfin dans un contexte d'insécurité, sanitaire, géopolitique, environnemental, publique, les citoyens ont tendance à faire de plus en plus appel au parapluie étatique pour les protéger, engendrant ainsi le développement de règles qui relèvent du droit public.

Le succès du principe de sécurité juridique et la constitutionnalisation des exigences qui en relèvent est de ce point de vue révélateur<sup>3</sup>.

Le risque est un phénomène qui occupe dans les sociétés contemporaines une place à la fois considérable et paradoxale. Ce paradoxe réside dans la conjonction de deux phénomènes, l'augmentation des risques dus à l'activité humaine et le refus de l'acceptation du risque. Le premier de ces éléments doit être relativisé, ou plus exactement l'appréciation dont il fait l'objet doit être pondérée. Les risques naturels n'ont pas augmenté. En revanche, la volonté de l'homme de maîtriser, la nature, la vie végétale et animale et son propre développement, génère des risques nouveaux caractérisés par leur enjeu qui devient global, susceptible d'affecter la planète, les espèces animales et végétales et l'espèce humaine elle-même. L'homme a toujours sélectionné les espèces végétales ou animales, à son propre profit, la tentation eugénique a été particulièrement forte alors que la médecine connaissait de grands progrès, notamment au début du XX<sup>e</sup> siècle. Il n'en reste pas moins que la main de l'homme était légère, au diapason de la faiblesse de ses moyens techniques. L'homme sait mieux qu'hier se protéger des risques naturels, il sait aussi en générer de nouveaux, dont les potentialités sont ignorées ou fantasmées, mais non maîtrisées. La sécurité, juridique, scientifique, ménagère, sanitaire, alimentaire devient le but ultime de la régulation sociale. Face à un individu dont l'irresponsabilité a été largement développée par la culture des droits subjectifs et de l'Etat providence, les politiques tentent de conjurer le risque par l'incantation législative et le développement d'interdits qui protègent du choc des idées, du choc des carrosseries automobiles, des chutes dans les piscines, des méfaits du tabac

Le recours à la sécurité juridique manifeste de ce point de vue le rôle de l'Etat dans la sécurisation des relations économiques alors que, comme le relève Jean-François Auby<sup>4</sup>, le droit de la globalisation encourage la compétition entre les systèmes juridiques.

Dans un autre sens le développement, tout du moins en Occident, d'un individualisme, souvent lié à des formes de communautarisme tend à affaiblir la portée du concept d'intérêt général qui constitue, comme on l'a dit, la raison d'être du droit public et de la puissance publique.

<sup>3</sup> Cf. A. N. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français* (LGDJ 2005).

<sup>4</sup> J. F. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat* (Montchrestien 2003).

La création et le développement des autorités administratives indépendantes témoigne également d'une certaine forme d'hybridation. Depuis la fin des années 1970, en France, le Gouvernement et le législateur ont développé une tendance à se défaire de leur responsabilité sur des organes indépendants concernant la régulation de secteurs sensibles comme celui de la communication, de l'information ou de la Bourse. D'autres organes qui n'ont pas le statut d'autorité administrative indépendante, en ce qu'ils ne prennent pas véritablement des décisions, obéissent d'une certaine manière à la même logique, c'est-à-dire substituer à la légitimité démocratique une légitimité des sages et des experts. Il en est ainsi, par exemple, du Comité consultatif national d'éthique. Ce développement s'inscrit dans un contexte dans lequel les autorités de l'État n'ont plus le monopole de la régulation, comme en témoigne, dans d'autres domaines, le rôle joué par les grandes entreprises, les organisations internationales, gouvernementales ou non, les institutions financières

De ce survol, il est difficile de conclure soit en faveur d'un affaiblissement du droit public, soit en faveur de son renforcement. Ce sont en tous cas de nouveaux équilibres qui se construisent par une mutation de l'ordre juridique.

C'est au travers d'une analyse rapide de l'évolution du droit constitutionnel que je voudrais essayer de tracer quelques pistes.

Analyser l'évolution du droit constitutionnel depuis vingt ans, c'est s'inscrire dans un mouvement de conquête, de colonisation diront certains, qui s'est opéré dès l'après guerre dans nombre d'États de l'Europe occidentale. Ce retour du droit constitutionnel, jusqu'alors cantonné aux questions d'organisation politique et de répartition du pouvoir et des compétences au sein de l'État, s'est manifesté par une juridictionnalisation accrue, traduisant d'ailleurs plus généralement l'envahissement du champ social par le juridictionnel.

Le droit constitutionnel est d'abord affecté par la transformation même de l'idée de Constitution. La France de ce point de vue est une illustration emblématique d'une évolution sur les vingt ans qui nous précèdent, c'est alors que l'on prend à la fois conscience et acte du fait qu'une Constitution ne contient pas seulement des règles relatives à l'organisation des pouvoirs mais aussi constitue un système de valeurs qui s'incarnent dans ce que l'on appellera à l'instar de la terminologie allemande les droits fondamentaux et de ce que l'on appelait en France les droits de l'homme.

Cette évolution modifie considérablement le champ constitutionnel. Régulatrice de la vie politique, la Constitution contient dorénavant des règles qui ont vocation à s'appliquer dans l'ensemble du champ social et juridique. D'abord dans les relations entre les pouvoirs publics et les citoyens, puis dans les relations entre les individus, les personnes physiques puis les personnes morales. Ainsi c'est l'ensemble du droit qui est régi par des règles constitutionnelles.

Cette conquête du droit constitutionnel est cependant concurrencée par la montée en puissance d'autres systèmes juridiques, notamment au niveau européen, qui tendent à contester l'hégémonie, voir la primauté, constitutionnelle, tant en ce qui concerne l'exercice de certaines compétences ou pouvoirs que dans la détermination du système de valeurs. Ces systèmes juridiques tentent même de s'imposer en revêtant, ou en usurpant, selon le point de vue de l'observateur, la dignité constitutionnelle. Le droit constitutionnel se trouve alors confronté à un double mouvement. Le premier c'est celui qui le conduit à subir à son tour la soumission à d'autres normes, cette fois externes, de la même manière que le droit administratif ou le droit civil ont été conduits à subir une certaine forme de soumission aux exigences constitutionnelles. Mais d'un autre point de vue, le droit constitutionnel va en quelque sorte tenter de « reprendre la main » en s'appropriant pour une part la régulation entre les systèmes juridiques. C'est à dire que les rapports de systèmes deviennent une question constitutionnelle. Plus encore, s'écartant du carcan étatique qui est à la fois son berceau et son domaine naturel, le droit constitutionnel va s'intéresser, au fonctionnement de ces systèmes juridiques qui ne sont pas étatiques, pas constitutionnels, mais qui aspirent à cette dernière condition.

Ainsi le droit constitutionnel a opéré un double mouvement de régulation de l'ensemble du champ juridique national et d'intérêt pour les systèmes juridiques supranationaux, essentiellement européens, qui induisent en retour une réflexion sur les notions qui traditionnellement le structurait, à savoir la souveraineté, la démocratie et la séparation des pouvoirs. Les nouveaux champs du droit constitutionnel invitent à revisiter les champs traditionnels du droit constitutionnel.

## **II. Le droit constitutionnel dans un contexte mouvant**

Ce mouvement peut être appréhendé de bien des manières.

J'en citerai trois : l'expansion des droits fondamentaux, la multiplication des ordres juridiques et les questions financières.

### ***A. L'expansion du système des droits fondamentaux et la constitutionnalisation des branches du droit***

Ainsi le droit constitutionnel a essentiellement investi le champ des droits fondamentaux. Il a été de ce fait conduit à pénétrer, et d'une certaine manière à investir, l'ensemble des disciplines juridiques. Mais, sur ce terrain, le droit constitutionnel se trouve concurrencé par le droit issu d'autres systèmes juridiques. Ainsi les rapports entre les ordres juridiques sont également devenus un nouveau champ du droit constitutionnel. Enfin, les considérations économiques pénètrent le champ du droit constitutionnel en forçant en quelque sorte le passage.

L'émergence d'un nouveau système juridique fondé essentiellement sur les droits fondamentaux est l'une des caractéristiques essentielles de l'évolution du droit.

La notion de « droits fondamentaux » peut se définir de manière formelle ou de manière matérielle ou fonctionnelle. Sur le plan formel, les droits fondamentaux sont ceux qui sont inscrits dans un texte constitutionnel ou un texte international dont l'objet est de dresser la liste de ces droits. Ces principes sont ainsi protégés en vertu d'une norme juridique supérieure, en fonction de la place qu'occupe cette norme dans la hiérarchie des normes juridiques et des instruments de protection, notamment juridictionnels, dont est assortie cette norme.

Cette évolution engendre un affaiblissement des exigences relevant de l'intérêt général face à la prévalence des droits individuels.

Le droit international des droits de l'homme, qu'il soit universel ou régional, apparaît comme spécifique puisque fondé sur la prééminence de l'intérêt de l'individu. Renvoyant à une conception universaliste de la personne humaine et au principe d'égalité entre tous les êtres humains, les droits de l'homme sont, dans ce cadre, conçus comme présentant un caractère objectif, en ce qu'ils ne sont pas attribués aux êtres humains par la volonté des Etats et en vertu d'un statut juridique particulier et révocable, mais attachés par principe à la seule qualité de la personne humaine, pour tout dire, à la condition humaine ou à l'humanité.

Cette objectivité des droits emporte deux conséquences essentielles et parfaitement déroatoires aux principes du droit international général : la non-applicabilité du principe de réciprocité et la reconnaissance d'un droit de l'individu à exiger le respect de ses droits par l'Etat. Seconde spécificité du droit international des droits de l'homme, l'individu étant le titulaire de droits - alors qu'en principe, en droit international, la qualité de sujet est réservée à l'Etat - il doit pouvoir engager une action juridique, notamment juridictionnelle, aux fins de les faire respecter par l'Etat.

Le débat entre l'intérêt général et le respect des droits individuels prend aujourd'hui la forme de questions sur l'existence d'un ordre public objectif qui renvoie en fait à des valeurs qui s'imposent aux individus.

Aujourd'hui ce débat est essentiel, il porte essentiellement deux questions :

- le législateur peut-il interdire des pratiques au nom de valeurs communes, à l'encontre de la volonté personnelle des individus ?

- le législateur doit-il admettre, ou tolérer, des pratiques contraires aux valeurs communes, alors qu'elles sont conformes aux exigences posées par un système de valeurs propres à une communauté ?<sup>5</sup>

On retrouve ici une question qui est au cœur du droit public et selon laquelle l'ordre public, dont il a été rappelé qu'il est intrinsèquement lié à l'Etat, n'englobe pas seulement la sécurité matérielle, mais aussi le respect de valeurs communes essentielles.

Cette expansion du système des droits fondamentaux individuels engendre un phénomène de constitutionnalisation de l'ensemble du champ juridique.

La constitutionnalisation des branches du droit tient essentiellement au développement de la jurisprudence du juge constitutionnel. Ainsi se développent un droit constitutionnel civil, un droit constitutionnel administratif, un droit constitutionnel pénal, un droit constitutionnel économique, un droit constitutionnel de l'environnement...<sup>6</sup> la liste pouvant être allongée à l'infini.

En fait, si l'on veut exposer très sommairement les choses, il convient d'abord de considérer que le développement des normes constitutionnelles et de leurs effets conduit à soumettre, en principe, l'ensemble des lois, des règlements et des jurisprudences à ces règles constitutionnelles. Ainsi une loi relative au droit des conventions devra respecter la liberté contractuelle ou le principe de non-rétroactivité ; une loi relative au droit hospitalier, l'exigence constitutionnelle du droit à la protection de la santé... inutile de développer les exemples. Cette soumission des branches du droit aux exigences et aux principes constitutionnels ne constitue cependant que l'un des faces de la réalité. L'autre traduit une imprégnation du droit constitutionnel par des principes issus des différentes branches du droit. Il existe par exemple une « civilisation » du droit constitutionnel autant qu'une constitutionnalisation du droit civil. Les principes du respect de la vie privée, de la liberté contractuelles... sont essentiellement forgés par le droit civil et le droit constitutionnel les appréhende et les applique en tenant compte tant de leur signification dans le champ du droit dont il s'agit que des évolutions que ce même droit leur fait subir.

La constitutionnalisation des différentes branches du droit s'opère ainsi du fait que ces droits ne s'appliquent pas seulement dans les relations entre les personnes publiques et les individus, c'est à dire de manière verticale, mais aussi de manière horizontale s'agissant des relations interpersonnelles ou interindividuelles. C'est ainsi qu'une convention collective ou un contrat de travail individuel devront respecter

---

<sup>5</sup> Cf. les analyses de M. Rosenfeld, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence » *Constitutions* (avril-juin 2010 n° 2) 177.

<sup>6</sup> Cf. en droit français les articles sur ce sujet, in AFDC, B. Mathieu, *Le cinquantième anniversaire de la Constitution : 1958-2008* (Daloz 2008).

les exigences constitutionnelles relatives non seulement à l'exercice du droit de grève ou de la liberté syndicale, mais aussi au respect de la liberté personnelle. En France, la Question prioritaire de constitutionnalité, accélère ce phénomène en permettant à tout justiciable d'utiliser la norme constitutionnelle dans tout litige, quelle que soit la branche du droit concernée. Elle a conduit l'ensemble des juridictions à développer une jurisprudence constitutionnelle portant sur l'ensemble des branches du droit.

### ***B. L'ordre juridique constitutionnel face à la multiplication des ordres juridiques***

Le développement d'ordres juridiques non hiérarchisés, ou ce qui revient au même obéissant à des hiérarchies différentes, conduit le juge et notamment le juge constitutionnel à réguler ces rapports entre les ordres juridiques, international, supranational et national.

Cette multiplication des ordres juridiques engendre également une mutation des concepts qui structurent l'ordre juridique constitutionnel. Notamment, on y reviendra, les principes de souveraineté et de démocratie.

### ***C. Ordre constitutionnel et contraintes économiques***

L'économie occupe traditionnellement une place importante en droit constitutionnel au travers des finances publiques. Ces liens, ces relations, ne sont donc pas nouvelles : le consentement à l'impôt est à l'origine des parlements.

Mais d'un autre point de vue l'existence d'une dette importante menace la souveraineté des Etats, l'exemple le plus topique est celui de la crise grecque de 2018 et sa résolution par des instances financières internationales qui ont été conduites à prendre des décisions dans des domaines relevant de la souveraineté de l'Etat et de la conduite de sa politique intérieure, à l'encontre même de la volonté du peuple grecque exprimée par la voie référendaire.

## **III. La transformation des concepts du droit constitutionnel<sup>7</sup>**

Ce sont ainsi les trois piliers du droit constitutionnel classique qui sont affectés par des transformation profonde qui en modifient non seulement la portée mais la nature même : la souveraineté, la démocratie et la séparation des pouvoirs.

### ***A. La souveraineté***

Le principe de souveraineté présente l'aspect d'un Janus biface. Sur le plan externe, il traduit l'affirmation selon laquelle l'autonomie de l'Etat national n'est bornée que par le respect de la souveraineté des autres Etats. En la matière, la construction

---

<sup>7</sup> B. Mathieu, *Constitution : tout bouge et rien ne change* (Lextenso 2013).



d'institutions *supranationales*, notamment au plan européen, et le développement de l'idée selon laquelle les Etats sont soumis au respect des droits fondamentaux, conduisent à un dépérissement progressif du principe de souveraineté entendu dans cette seconde acception. Sur le plan interne, il exprime l'idée selon laquelle, dans une démocratie, mais d'autres légitimités donc d'autres souverainetés peuvent être reconnues, le Peuple est titulaire du pouvoir souverain au sein de l'Etat.

Historiquement, il y a identification entre l'Etat et la souveraineté.

La souveraineté de l'Etat exprime essentiellement la place de l'Etat dans l'ordre juridique international. Dans cet ordre juridique, l'Etat est un sujet de droit, en ce qu'il participe à la formation du droit et en ce qu'il lui est soumis. Mais cette soumission résulte d'un libre engagement de volonté.

Or les évolutions de l'ordre juridique, déjà relevées, s'accompagnent de la diversification du système normatif (par exemple le rôle joué par la *soft law* et les O.N.G.), de la mondialisation ou de la globalisation de l'économie et de la culture. La notion d'ordres juridiques superposés, proposée par Mireille Delmas Marty<sup>8</sup> répond assez bien à cet état du droit. Or dans cette structure la souveraineté n'a plus vraiment sa place.

Par ailleurs, en dehors même du cadre juridique, la souveraineté des Etats est liée à l'indépendance économique. Un Etat endetté garde en théorie son autonomie constitutionnelle. Il est en réalité soumis aux exigences de ses créanciers ou des organes prêteurs. Cette soumission s'opère non seulement vis à vis d'organes politiques *supranationaux* comme l'UE, mais aussi vis à vis d'organes financiers (FMI, BCE) ou même des acteurs du marché et des agences de notation privées.

Cependant cette évolution doit être relativisée. En dehors de l'Europe, et même d'une certaine manière en Europe, les conflits géopolitiques font renaître des exigences et des conflits dans lesquels l'exigence de souveraineté nationale connaît une forte résurgence, s'accompagnant parfois d'une logique de nature impériale (tentatives à partir d'un fort sentiment national de reconstituer un passé impérial).

## **B. La démocratie<sup>9</sup>**

Sous le terme de démocratie se dessinent de nouvelles formes de légitimité et d'exercice du pouvoir. Le terme de démocratie est souvent accompagné d'un adjectif qui en limite, plus qu'il n'en précise, la portée. Au sens propre du terme, la démocratie s'incarne dans la souveraineté du Peuple.

<sup>8</sup> Cf. M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial* (Le Seuil 1998).

<sup>9</sup> Cf. B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie* (Lextenso 2017), traduit en anglais, *European Public Law Series*, éditions de l'EPLD 2023.

Or ce que l'on appelle démocratie aujourd'hui correspond à l'agrégat de certains concepts dont on peut évaluer la réalité mais qui ne parvient pas véritablement à fonder un ordre juridique. Il s'agit d'un schéma occidental incluant division des pouvoirs, libertés individuelles, juridicisation des relations politiques et administratives, responsabilité des décideurs publics (J.-M. Auby). Le concept « valise » d'Etat de droit tend en fait en tant qu'agrégat de toutes ces exigences à se substituer à celui de démocratie. L'utilisation du terme démocratique dans sa forme adjectivale, manque parfois de rigueur. La confusion opérée par la Cour européenne des droits de l'homme entre un système de valeurs, les droits fondamentaux, et un système de légitimation et d'exercice du pouvoir en témoigne.

Dans ce nouveau système la tentation est de considérer que la légitimité n'est plus celle tirée de l'expression majoritaire du Peuple, c'est celle de l'impartialité, de la réflexivité, de la proximité<sup>10</sup>, de l'expertise, de l'efficacité

La démocratie majoritaire est aujourd'hui remise en cause dans ses fondements mêmes. Plusieurs phénomènes traduisent cette crise.

D'abord la légitimité des décisions prises ne s'impose plus du seul fait qu'elles émanent, directement ou indirectement, des représentants du Peuple. Il existe d'autres légitimités dans la production des normes que la légitimité majoritaire incarnée par le Parlement. Le rôle joué par les ONG dans la constitution de la *soft law*, sur le plan international relève de cette logique, ainsi que la reconnaissance de droits appartenant à des minorités. Sur le plan national, la place des commissions de sages, d'experts, d'éthique, dans la préparation de la loi, voire dans sa légitimation, participe de ce mouvement.

La crise de la démocratie majoritaire se traduit également, on l'a vu, par le fait que le droit des droits fondamentaux tend à s'imposer au Peuple souverain lui-même. En effet, le droit n'est plus seulement légitime parce qu'il exprime la volonté du peuple qui s'est majoritairement exprimé, mais aussi parce qu'il est conforme aux buts et aux principes fixés dans la Constitution.

La notion de démocratie majoritaire est contestée en ce qu'elle implique par elle-même la détermination des règles de comportement par une majorité censée incarner la volonté générale, l'intérêt général. Ainsi la reconnaissance de droits propres à des catégories particulières constituées en fonction de leur sexe, de leur âge, de leur langue ou de leur comportement sexuel fait éclater l'unité reconnue au groupe social et la notion même d'intérêt commun, d'intérêt partagé, d'intérêt général.

La démocratie semi-directe qui s'exprime notamment par le mécanisme référendaire est écarté par la Constitution en Allemagne. En France, il n'y a été recouru pour

---

<sup>10</sup> Mathieu (n 9)

réviser la Constitution que trois fois. Les Peuples des Etats européens qui s'expriment contre l'adhésion à l'Union sont appelés à revoter jusqu'à l'obtention d'une réponse positive. A défaut, le Parlement supplée la « défaillance » du Peuple, comme ce fut le cas en France pour adopter le Traité de Lisbonne, à la suite du rejet par référendum du Traité portant constitution pour l'Europe. Il ne s'agit pas ici, de se prononcer sur ces textes, ou sur cette procédure, mais de relever que si la voix du Peuple est jugée inopportune, sa volonté est contournée.

Cette démarche participe, avec la promotion du rôle du sage et de l'expert, à l'exercice d'un pouvoir dont la légitimité est plus oligarchique que démocratique.

Certains tentent de trouver dans la notion de démocratie participative un substitut à la démocratie représentative ou semi-directe.

La notion de démocratie participative s'écarte sensiblement de la notion traditionnelle de la démocratie, à tel point que l'on peut s'interroger sur le point de savoir s'il ne s'agit pas d'une légitimité nouvelle, une sorte d'oligarchie, qui se substituerait à celle de la démocratie représentative<sup>11</sup>.

Cette démocratie participative renvoie en fait à la question de la participation des destinataires de la norme à son élaboration.

Elle traduit le passage d'une conception universaliste de la norme légitimée à la fois par le fait qu'elle est l'émanation de la majorité et qu'elle tend à la réalisation de l'intérêt général, à une conception plus catégorielle qui prend en compte la diversité des destinataires de la norme, leurs attentes, leur réceptivité. Elle suppose l'acceptation de la norme, accorde une importance centrale à sa procédure d'élaboration et met en valeur le consensus, plus que la formation d'une majorité.

Il n'en reste pas moins que si cette forme de « démocratie » présente bien des vertus, notamment en donnant plus de transparence à l'exercice du pouvoir de décision, elle présente aussi bien des défauts. D'abord la démocratie de l'internet, pour prendre en compte cet outil majeur de participation, n'est pas celle du Peuple réel, elle le sera peut-être un jour tel n'est pas le cas aujourd'hui. Ainsi, le Peuple qui a fait la révolution en Tunisie ou en Égypte n'est pas le même que le Peuple qui a participé aux élections subséquentes. Par ailleurs cette procéduralisation qui vise à la transparence peut conduire paradoxalement à bien des manipulations. Qui est qui ? qui représente quoi ? telles sont les questions, souvent sans réponses, que pose la démarche participative qui n'est pas exclusive de pratiques sophistiquées de manipulation de l'opinion<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Cf. in AFDC, A. Delcamp, A. Le Pourhiet, B. Mathieu; D. Rousseau, *Nouvelles questions sur la démocratie, Thèmes et Commentaires* (Daloz 2010).

<sup>12</sup> Cf. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité* (Éditions du Seuil septembre 2008).

Cette question n'est d'ailleurs pas nouvelle. La démocratie et le libéralisme politique constituent, probablement, historiquement deux idéologies différentes dont nos systèmes politiques sont les héritiers.

### **C. L'organisation des pouvoirs**

Il est nécessaire de réfléchir sur l'évolution de la structure même du système de la séparation des pouvoirs. En ce sens semble se dessiner une *summa divisio* entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir politique. J'y reviendrai dans une autre conférence. D'autre part les termes de pouvoir législatif ou pouvoir exécutif qui n'ont pas changé depuis les débuts du constitutionnalisme libéral (XVIII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup>) ne constituent aujourd'hui pas des outils conceptuels et théoriques adéquats<sup>13</sup>.

La séparation des pouvoirs repose, en fait et de manière concrète, sur la volonté de diviser le pouvoir pour l'affaiblir. C'est l'incarnation de la forme libérale du pouvoir, son mode d'exercice, visant à contrebalancer, le principe de légitimation du pouvoir, à savoir la démocratie.

La recherche de freins renvoie à une conception libérale du pouvoir. Elle sous-entend la dangerosité du pouvoir dans la logique exprimée par Montesquieu selon laquelle qui a du pouvoir a tendance à en abuser et seul le pouvoir arrête le pouvoir.

Cette analyse fondamentale a conduit les constitutions occidentales depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, puis la plupart des Constitutions des Etats se concevant comme des Etats de droit à rechercher des systèmes d'équilibre entre les pouvoirs.

La raison commande de garder présentes à l'esprit ces deux nécessités que sont l'efficacité du pouvoir et la limitation du pouvoir, la première garantissant les intérêts de la Nation, c'est à dire de la collectivité, la seconde la protection des droits fondamentaux individuels. L'une et l'autre participant à l'équilibre entre ces deux exigences qui conditionnent aujourd'hui le développement de la société politique que la Constitution a pour objet de régir.

Comme le relève F. Fukuyama, « Une société qui connaît le succès à une période historique donnée ne connaîtra pas forcément toujours le succès. Le déclin politique est un phénomène bien réel. Si la démocratie libérale peut être considérée aujourd'hui comme la forme de gouvernement la plus légitime qui soit, cette légitimité est cependant conditionnée par les performances de la démocratie. Ces performances dépendent à leur tour de la capacité de maintenir un équilibre entre les exigences d'une action étatique forte et celles des libertés individuelles les échecs des démocraties

---

<sup>13</sup> Sur cette dernière observation, cf. A. Le Delvellec, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États européens » *Jus politicum* (n°1 Dalloz 2009) 187.

modernes sont de toute sorte, mais l'échec le plus courant en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle est lié à la faiblesse de l'Etat »<sup>14</sup>.

La question de l'affirmation et de la limitation du pouvoir est aujourd'hui renouvelée par le fait qu'elle ne se joue plus exclusivement entre le pouvoir dit exécutif et le pouvoir législatif.

Il y a de ce point de vue une évolution qui tend à considérer que la démocratie ne se détermine pas seulement par la recherche du meilleur aménagement possible du pouvoir politique, c'est à dire des autorités légitimées par le suffrage universel, mais par une limitation du pouvoir politique lui-même. C'est alors la question de savoir si la démocratie évolue ou si plutôt un nouveau système se dessine qui répond à une autre logique que la logique démocratique ? je me bornerai à quelques observations générales.

D'une part, la justice s'affirme de plus en plus nettement comme un contre-pouvoir au pouvoir politique. D'autre part se développent d'autres pouvoirs qui entrent en concurrence avec les pouvoirs organisés par la Constitution : pouvoir économique et financier, structures internationales, interétatiques ou non, gouvernementales ou non, groupe de pression représentant des intérêts matériels ou communautaires, c'est à dire identitaires (religion, m'urs, langue, origine régionale). Il ne faut donc pas oublier que la limitation du pouvoir se joue aussi en dehors du cadre constitutionnel et que cet élément doit être présent à l'esprit lorsque l'on organise le pouvoir dans le cadre constitutionnel.

De ce point de vue, il existe une volonté de limiter le pouvoir politique par des mécanismes qui lui sont extérieurs, c'est à dire de créer une légitimation du pouvoir, pour partie en en dehors du politique. Elle se traduit notamment par une hypertrophie des droits individuels et/ou communautaires, dans les sociétés européennes. Il existe également une limitation imposée qui résulte essentiellement, dans la plupart des sociétés, des impératifs financiers et économiques. Ces limitations peuvent conduire à étouffer le pouvoir politique et donc la démocratie dans sa conception traditionnelle.

La tentation se manifeste alors de recréer une démocratie fondée sur l'opinion publique forme assez primaire et rudimentaire de démocratie, malgré des tentatives de perfectionnement comme celles exprimées par les théories relatives à la démocratie participative.

Se crée alors une sorte de trou noir du pouvoir. Le pouvoir s'atomise sous la forme et sous la pression de deux mouvements différents. D'une part, la volonté, largement théorique, de refonder le pouvoir sur une légitimité à la fois procédurale et inscrite dans la recherche du consensus. Elle manifeste une grande méfiance envers

---

<sup>14</sup> F. Fukuyama, *Les débuts de l'histoire* (Saint Simon 2012) 436.

le Peuple et engendre un pouvoir diffus et assez peu transparent, finalement de nature oligarchique. D'autre part, la réalité qui conduit au retour, favorisé par des nouveaux moyens de communication, forme de démocratie primitive, qui marque l'irruption du Peuple sous des formes plus ou moins spontanées dans le jeu politique, comme en témoignent les révolutions dans le monde arabo-maghrébin.

S'agissant des rapports entre l'exécutif et le Parlement, Il convient de considérer que le pouvoir exécutif est en réalité un pouvoir gouvernemental. Dire que le président de la République ou le premier ministre, selon les régimes politiques, assument la charge des intérêts fondamentaux de la Nation ou qu'ils assurent plus directement la détermination de la politique de la Nation, ne renvoie en aucun cas à l'exercice d'une fonction d'exécution. L'idée selon laquelle le Parlement vote la loi que l'exécutif applique et met en 'uvre renvoie très largement à une fiction.

En France, mais aussi dans la plupart des démocraties parlementaires, en réalité, le gouvernement, ou le cas échéant le Chef de l'Etat, détermine la politique de l'Etat en s'appuyant sur une légitimité populaire. En effet le fait majoritaire implique que, quel que soit le système institutionnel, le Peuple désigne le titulaire de la fonction gouvernementale. Indirectement par l'élection des députés, directement par l'élection du président de la République au suffrage universel direct.

Ce titulaire de la fonction gouvernementale doit s'appuyer sur une majorité pour conduire sa politique, le Parlement a pour mission de le soutenir, d'amender ses projets, de contrôler son action et de faire des propositions. Il n'a pas, s'agissant des choix politiques majeurs, un rôle de décision, rarement d'impulsion.

## **Conclusion**

Après ce tour d'horizon, revenons sur les questions abordées :

- une expansion du droit des droits fondamentaux individuels susceptible de paralyser les exigences liées à l'intérêt commun ou intérêt général ;
- la substitution à un ordre juridique hiérarchisé d'ordres juridiques à la fois superposés et imbriqués les uns dans les autres ;
- l'obsolescence programmée du principe de souveraineté ouvrant la porte à d'autres formes de légitimité et d'exercice du pouvoir ;
- la mutation corrélative d'un ordre juridique démocratique vers la cristallisation hésitante d'un nouvel ordre fondé sur la sagesse, l'expertise et le respect des procédures ;

- la promotion du pouvoir du juge, pouvoir diffus, construit en réseau et qui s'impose face à un pouvoir politique contesté

La liste pourrait être longue encore des phénomènes qui traduisent une force de désordre, un phénomène d'entropie.

Il est peu probable que cette situation manifeste un aboutissement. Il s'agit plus certainement d'une transition vers un nouvel ordre social et politique, ou d'un long désordre, dont nous avons beaucoup de mal à dessiner la figure, tant les événements susceptibles de contrarier ou d'orienter le cours du monde sont nombreux (guerres, poids des fondamentalismes religieux, crises économiques et social, catastrophes naturelles).

Les mutations ne sont pas propres au droit constitutionnel. Par exemple, le développement des pratiques biomédicales préfigure un monde nouveau où l'homme sélectionne (tests génétiques) répare (thérapie génique), fabrique (clonage) l'homme<sup>15</sup>. Il ne s'agit pas de porter un jugement global sur ces pratiques, mais simplement de constater que la vision ontologique de l'homme se transforme en même temps que progresse la science.

L'une des questions fondamentales est alors de savoir si nous avons encore prise sur ces évolutions ou si, finalement, la société ne fait que s'adapter aux transformations de l'espèce humaine. Dans le premier cas, il convient d'encadrer de manière volontariste certaines pratiques, dans le second de prendre acte de ces évolutions et de remettre en question certains principes structurants du droit constitutionnel comme le principe de dignité de l'être humain.

Ces questions relèvent du droit constitutionnel. Mais la vérité consiste à dire que personne n'en décide vraiment. À une vision d'ensemble se substituent des microdécisions.

Le droit constitutionnel dans le domaine qui est le sien, et dans les limites de son efficience, doit à la fois accompagner et encadrer le mouvement des sociétés. Or, comme l'on vient d'en rendre compte et si l'on adhère à certaines des analyses qui viennent d'être faites : à l'expansion du droit constitutionnel correspond l'obsolescence de certains de ses concepts les plus structurants. Or le droit et tout particulièrement le droit constitutionnel se doivent d'utiliser des concepts opératoires.

La multiplication des normes juridiques<sup>16</sup>, la volonté de régir de plus en plus précisément la vie sociale, mais aussi la vie privée, constituent une façon de répondre à un effacement des valeurs traditionnelles et à une hyper valorisation des droits de

---

<sup>15</sup> Sur ces questions, cf. not. B. Mathieu, *La bioéthique* (2 éd., Dalloz 2024).

<sup>16</sup> Cf. B. Mathieu, *La loi* (Dalloz 2010).

l'individu. De ce point de vue, alors même que la liberté de l'individu est affirmée comme une valeur essentielle, de manière paradoxale le droit peut s'avérer liberticide, de plus en plus liberticide.

Mais ce constat rend compte d'une analyse factuelle. Dénoncer l'obsolescence des concepts traditionnels ne peut suffire, il convient de dégager de nouveaux concepts qui permettent à la fois de rendre compte de ces transformations et de les expliquer. L'un des obstacles à la réflexion et à la reconstruction qui en découle, tient probablement au poids des contraintes et préjugés idéologiques. Peut-on aujourd'hui admettre de renoncer à la démocratie, dénoncer l'hypertrophie des droits fondamentaux sans contrepoids, et leur incapacité à fonder à eux seuls un nouvel ordre juridique ? Comment sortir de la contradiction entre le relativisme fondamental et l'affirmation militante de l'universalisme des droits fondamentaux ? Comment ne pas voir que la conception idéalisée d'une humanité régénérée est démentie par le développement des inégalités et des conflits ?

Il ne s'agit pas de se perdre dans la nostalgie d'un ordre disparu, ni de se rassurer par la vision utopiste d'un monde apaisé.

Si l'on reprend les objets du droit constitutionnel, à savoir l'organisation des pouvoirs et la détermination des valeurs, certaines lignes se dégagent cependant.

Par exemple dans la rivalité entre une vision démocratique de la société politique, incarnée par Rousseau, et la vision libérale, exposée par Montesquieu, il convient de relever que la seconde est aujourd'hui plus efficiente. Plus apte à affronter les problèmes complexes auxquels sont affrontés nos sociétés. Il convient alors de rechercher un équilibre perpétuellement en mouvement. Ainsi la puissance du juge tempère la puissance du politique. Mais il conviendra probablement un jour de tempérer également le pouvoir du juge, sauf à instaurer de nouveaux déséquilibres. La marche qui associe pouvoir et contrepuissance doit conduire à éviter que le contrepuissance ne devienne pas lui-même trop puissant. D'autre part, le principe d'efficacité, surtout dans le contexte qui est le nôtre, ne doit pas conduire à affaiblir excessivement les conditions d'exercice du pouvoir.

Mais surtout, c'est dans la recherche de ce que sont vraiment les valeurs communes, au niveau national, européen et international, avec des différences évidentes et des identités qui ne le sont pas moins, que réside la survie de cette communauté politique. L'équilibre entre ces identités est probablement l'une des questions les plus difficiles et dont l'appréhension est des plus nécessaires.

Qui sommes-nous et que voulons-nous ? Tant sur le plan du droit international que du droit national il devient difficile de répondre à ces questions fondamentales. Elles impliquent des réponses différentes, mais elles relèvent à d'un intérêt général et



impliquent que la régulation ne puisse relever exclusivement de considérations et de solutions, tant nationales qu'internationales, relevant du droit privé.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliographie / Bibliography

- Auby J. F, *La globalisation, le droit et l'Etat* (Paris Montchrestien 2003).
- Delcamp A. Le Pourhiet A. Mathieu B. Rousseau D, *Nouvelles questions sur la démocratie, Thèmes et Commentaires* (Daloz 2010).
- Delmas-Marty M, , *Trois défis pour un droit mondial* (Le Seuil 1998).
- Fukuyama F, *Les débuts de l'histoire* (Saint Simon 2012).
- Le Divellec A, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États européens » *Jus politicum* (n°1 Daloz 2009).
- Mathieu B, *Le cinquantième anniversaire de la Constitution : 1958-2008* (Daloz 2008).
- Mathieu B, *La loi* (Daloz 2010).
- Mathieu B, *Constitution : tout bouge et rien ne change* (Lextenso 2013).
- Mathieu B, *Le droit contre la démocratie* (Lextenso 2017); traduit en anglais, European Public Law Series, éditions de l'EPLD 2023.
- Mathieu B, *La bioéthique* (2 éd., Daloz, 2024).
- Rosanvallon P, *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité* (Éditions du Seuil septembre 2008).
- Rosenfeld M, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence » *Constitutions*, (avril-juin 2010 n° 2) 177.
- Valembois A.L, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, (LGDJ 2005).
- Zöller E, *Introduction au droit public* (Daloz 2006).

