

İDARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE YARGILAMA DIŞI USULLER (II)

Dr. Mustafa ÖZBEK^{*,**}

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA KONSEYİ'NE ÜYE OLAN ÜLKELERDE İDARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE YARGILAMA DIŞI USULLER

§ 5. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümüyle İlgili Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin ceza hukukunda ve aile hukukunda arabuluculuğu ve ADR'yi tavsiye eden kararlarına ek olarak, Yasal İş Birliği Hakkında Avrupa Komitesi'nce (European Committee on Legal Co-operation, CDCJ) 2001 yılında hazırlanan "İdari Merciler ve Özel Kişiler Arasındaki Davalara Alternatifler Hakkındaki Düzeltilmiş Taslak Tavsiye Kararı",¹ idari uyuşmazlıkların çözümünde ADR'yi düzenlemekte ve bu konuda yapılacak yasal düzenlemelere ilişkin hükümler içermektedir. Bu taslak, 5 Eylül 2001'de Bakan vekillerinin 762. toplantısında Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilerek (2001) 9 sayılı tavsiye kararı haline getirilmiştir. Bu tavsiye kararı şu şekildedir:²

"1. Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Yasası'nın 15b. maddesi uyarınca,

2. Avrupa Konseyi'nin amacının, üyeleri arasında daha iyi bir bütünlük ortaya çıkarmak olduğunu dikkate alarak;

* Ankara Barosu avukatlarından.

** Bu makalenin I. Bölümü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin 56. sayısında yayımlanmıştır.

¹ European Committee on Legal Cooperation, 75th meeting, *Revised Draft Recommendation Rec (2001) XX on Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties and Explanatory Memorandum*, Strasbourg 2001, s. 2-3.

² Council of Europe, *Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties*, Recommendation Rec (2001) 9 and explanatory memorandum, Council of Europe 2002, s. 5-6.

3. Ekinde, uzlaştırma ve arabuluculuğun kullanımını teşvik edici tedbirleri gerekli olarak gösteren, adalete ulaşmayı kolaylaştırıcı tedbirler hakkındaki R (81) 7 sayılı tavsiye kararını hatırlayarak;

4. Uygun olan davalarda, ya yargı sisteminin tamamen dışında ya da yargı sürecinin öncesinde veya devamı esnasında, uyuşmazlıkların dostane çözümünün kullanılmasını gerekli kılan, mahkemelerdeki aşırı iş yükünün azaltılması ve önlenmesiyle ilgili tedbirler hakkındaki R (86) 12 sayılı tavsiye kararını hatırlayarak;

5. Bir taraftan, büyük miktardaki dava sayısının, belirli devletlerde dava sayısındaki sürekli artışın, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6.1 maddesi anlamında mahkemelerin idari davaları makul bir süre içinde görebilme yeteneğine zarar verebileceğini göz önünde bulundurarak;

6. Diğer taraftan, uygulamada mahkemelerin yargılama usullerinin idari uyuşmazlıkların çözülmesinde her zaman çok uygun olamayabileceğini dikkate alarak;

7. İdari uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların yaygın bir şekilde kullanılmasının, bu sorunların giderilmesine imkan tanıyacağını ve idari mercileri kamuya yakınlaştıracağını göz önünde bulundurarak;

8. İdari uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların başlıca faydalarının, davaya bağlı olarak, daha basit ve daha esnek usuller, daha hızlı ve daha az masraflı çözümlere izin verme, dostane çözüm, uzman kişiler eliyle uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlıkların hakkaniyet ilkelerine göre, sadece şekli yasa kurallarıyla bağlı kalmadan ve daha geniş takdir yetkisi kullanılarak çözümü olabileceğini dikkate alarak;

9. Bu nedenle, uygun olan davalarda, idari uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla çözülmesinin mümkün olması gerektiğini göz önünde bulundurarak;³

10. Alternatif yolların kullanılmasının, idari mercilerin veya özel kişilerin, yükümlülüklerinden veya hukuk kurallarının gereklerinden kaçınma vasıtası olarak kullanılamayacağını dikkate alarak;

11. Bütün davalarda, alternatif yolların yargısal incelemeye izin vereceği, bunun hem kullanıcıların, hem idarenin haklarını korumada en güçlü garantiyi sağlayacağını göz önünde bulundurarak;

³ Tavsiye kararının taslak metninde 9. madde şu şekildedir: "Bu nedenle, kullanıcıların idari uyuşmazlıkları mahkemelerin dışındaki yollarla çezebilecekleri göz önünde bulundurularak; Alternatif yolların kullanılmasının kamu düzenini bozmayacağı düşünülmektedir".

12. Davaya alternatif yolların, eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine ve tarafların haklarına saygılı olması gerektiğini dikkate alarak,⁴

13. Üye ülkelerin hükümetlerine, idari merciler ve özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların kullanılmasını, yasalarında ve uygulamalarında, bu tavsiye kararının ekinde yer alan doğru uygulama ilkeleri doğrultusunda geliştirmeleri tavsiye edilir".⁵

A. Genel Hükümler

I. Tavsiye Kararının Konusu

Tavsiye kararının ekinde, idare hukukunda ADR'nin uygulanışı hakkında bilgi verilmiş ve ADR ile ilgili genel tanımlar yapılmıştır.

Bu tavsiye kararının konusu, idari mercilerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözülmesidir. Tavsiye kararında ele alınan ADR yolları özellikle, dahili inceleme uzlaştırma, arabuluculuk, müzakereye dayalı anlaşma ve tahkimden oluşmaktadır. Buna karşılık, bu tavsiye kararı diğer tavsiye kararlarının konusunu oluşturan ombudsman kurumunu içermemektedir. Tavsiye kararında kullanılan kavramlar, bu tavsiye kararının amaçları doğrultusunda taslak metinde şu şekilde tanımlanmıştır.⁶

İdari İşlem (Act): Hükümet kararları hariç olmak üzere, idari merciler tarafından yapılan sözleşmeleri de kapsayacak şekilde, idari merci tarafından gerçekleştiren ve özel kişileri etkileyici nitelikte olan herhangi bir işlem.

Dahili İncelemeler (Internal reviews): Yetkili bir merci önündeki başvurma süreci.

⁴ Tavsiye kararının taslak metninde 12. madde şu şekildedir: "Davaya alternatif yolların, taraflar arasında eşitlik ilkesine, tarafların savunma hakkına ve tarafsızlık ilkesine saygılı olması gerektiği ve özellikle süreci yürütmekle görevlendirilen kuruluşun idarenin bir parçası olmaması halinde, onun bağımsızlık ilkesine saygılı olması gerektiği dikkate alınarak; Davaya alternatif yolların adil bir usul sağlaması ve yürürlükte olan kanunlara uygunluk (due process) ilkesine saygılı olması gerektiği dikkate alınarak".

⁵ Tavsiye kararının taslak metninde 13. madde şu şekildedir: "31 Mayıs -2 Haziran 1999'da Lizbon' da Avrupa Konseyi'nin Portekiz Adalet Bakanlığı'nın iş birliğiyle düzenlediği, idari merciler ve özel kişiler arasında dava yoluna alternatifler hakkındaki çok taraflı konferansın sonuçları hatırlatılarak".

⁶ European Committee on Legal Cooperation, s. 4.

Uzlaştırma (Conciliation): Tarafları, karşılıklı olarak kabul edilebilecek bir çözüm üzerinde buluşturmayı amaçlayan üçüncü bir kişinin karıştığı yargı dışı bir usul.

Arbuluculuk (Mediation): Uyuşmazlığa bir çözüm olarak, bağlayıcı olmayan bir görüş öneren veya tavsiyede bulunan tarafsız bir üçüncü kişinin karıştığı yargı dışı bir usul.

Müzakereye Dayalı Anlaşma (Negotiated Settlement): Yukarıda sayılan usullerden herhangi birinin neticesinde veya tarafların karşılıklı olarak kabul ederek anlaşmak suretiyle aralarındaki uyuşmazlığı bitirdikleri diğer bir usulün sonucunda yapılan bir anlaşma.

Tahkim (Arbitration): Özel olarak atanan bir ya da birkaç kişiye, bir karar vererek uyuşmazlığı çözme sorumluluğunun yüklendiği yargı dışı usul.

Tavsiye kararı, idari mercilerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü ilgili olsa da, bazı ADR yolları, uyuşmazlık çıkmasını önlemek için de kullanılabilir. Bu yollar özellikle uzlaştırma, arbuluculuk ve müzakereye dayalı anlaşma olabilir.

II. ADR Usullerinin Uygulanma Alanı

Dava yoluna alternatif olarak kullanılacak usullere ya genel olarak ya da belirli türdeki uyuşmazlıklarda izin verilir. Özellikle, bireysel idari işlemlerle, idari sözleşmelerle, idarenin özel hukuk sorumluluğunu doğuran hallerle ve daha genel olarak bir miktar para ödenmesini konu alan taleplerle ilgi olarak ADR usulleri kullanılmalıdır.

ADR usullerinin uygunluğu mevcut uyuşmazlığın çeşidine göre değişecektir.

III. ADR Usullerinin Düzenlenişi

ADR usullerinin yasal olarak düzenlenişi, ADR usullerini kurumsal olarak düzenleyebileceği gibi, ihtilaflı tarafların kararına bağlı olarak ADR usullerinin uyuşmazlıktan uyuşmazlığa uygulanması esasına da dayanabilir. Ancak her halükarda, ADR hakkındaki düzenlemelerde şu hususlara dikkat edilmelidir:

a. Tarafların ADR usullerinin kullanılma olasılığı ve şekli hakkında gerekli bilgiyi alması sağlanmalıdır.

b. Uyuşmazlığı ADR usullerini kullanarak çözecek kişilerin (yani uzlaştırıcıların, arabulucuların ve hakemlerin) tarafsızlığı ve bağımsızlığı sağlanmalıdır. Uyuşmazlığın konusuyla veya taraflarıyla çatışan menfaatlere sahip olan bir kişinin uzlaştırıcı, arabulucu veya hakem olarak görev yapması kabul edilemez.

c. Özellikle tarafların haklarına ve eşitlik ilkesine riayet eden adil bir süreç temin edilmelidir. Taraflardan birinin (bu daima idari merci olacaktır) uyuşmazlık çözüm sürecinde diğer tarafa karşı kuvvetli ve üstün bir konumda olmasının önlenerek, taraflar arasında eşitliğin güvenceye alınması gereklidir.

d. Tarafların savunma hakkı korunmalıdır.⁷

e. ADR usullerinin kullanılmasında mümkün olduğu ölçüde şeffaflık sağlanmalı ve belirli ölçüde takdir hakkı tanınmalıdır.

f. ADR usulleri kullanılarak ulaşılan çözümlerin icra edilebilirliği sağlanmalıdır.⁸

ADR'ye ilişkin düzenlemeler, uyuşmazlığın çözülmesinde gereksiz gecikmeleri önlemek amacıyla, ADR usulünün sonuçlanması hakkında makul ve uyulması zorunlu süre sınırları öngörmelidir. Bu düzenleme süreye ilişkin genel bir kural koymak şeklinde olabileceği gibi, özel bir zaman sınırı belirlemek şeklinde de olabilir.

Nihayet, ADR hakkındaki düzenlemelerle, ADR usullerinin uygulanmasının, belirli uyuşmazlıklarda kendiliğinden ya da yetkili merci tarafından verilen bir kararı müteakiben idari işlemin yürütmesini durduracağı öngörülmelidir.

B. Mahkemelerle Olan İlişkiler

Dahili inceleme, uzlaştırma, arabuluculuk ve müzakereye dayalı anlaşma gibi bazı ADR usulleri, yargı süreci başlamadan önce kullanılabilir. Bu usullerin kullanılması, yargı sürecinin başlatılması için bir ön adım olarak zorunlu kılınabilir. Benzer şekilde, ADR usulleri, yargı sürecinin devamı esnasında, muhtemelen hakim tarafından yapılan bir tavsiye üzerine de

⁷ European Committee on Legal Cooperation, s. 5.

⁸ Council of Europe, s. 7.

başlatılabilir. Ancak, tahkimin kullanılması, kural olarak yargı sürecinin dışında tutulmalıdır.

Bütün idari uyuşmazlıklarda, ADR usullerinin kullanılması, hem kullanıcıların haklarının hem de idarenin haklarının korunması için tam güvence teşkil edecek uygun bir yargısal incelemeye tabi olmalıdır. Bu yargısal inceleme, seçilen ADR usulüne bağlı olacaktır. Ayrıca, davanın niteliğine bağlı olarak, yapılacak incelemenin çeşidi ve kapsamı uyuşmazlık çözüm sürecine şamil olacak, özellikle yukarıda sayılan ilkelere (tarafalara bilgi verilmesi, arabulucuların tarafsızlığı ve bağımsızlığı, taraflar arasında eşitliğin korunması, savunma hakkı ve şeffaflık gibi) ve davanın esasına riayet edilmesini gözetecektir.

ADR usullerine başvurulması, uyuşmazlıkla ilgili zamanaşımı ve hak düşümü sürelerinin işlemesine engel olmalıdır.

C. ADR Usulleriyle İlgili Özellikler

I. Dahili İncelemeler

1. Dahili incelemeler, kural olarak her türlü idari işlem hakkında yapılabilir. Bu inceleme hem hukuka uygunluk, hem de yerindelik yönünden olabilir.

2. Dahili incelemeler, bazı uyuşmazlıklarda, yargı sürecinden önce başvurulması zorunlu bir ön aşama olarak tayin edilebilir.

3. Dahili incelemeler, yetkili idari merciler tarafından yapılmalı ve karara bağlanmalıdır.

II. Uzlaştırma ve Arabuluculuk

1. Uzlaştırma ve arabuluculuk, ilgili taraflarca, hakim tarafından veya yasal olarak zorunlu kılınarak işlemeye başlatılabilir.

2. Uzlaştırıcılar ve arabulucular, bir çözüme ulaşmak için taraflarla ayrı ayrı veya bir arada toplantılar yapmalıdırlar.

3. Uzlaştırıcılar ve arabulucular, yerindelik ve hukuka uygunluk nedenlerine dayanarak bir idari merciyi, yapmış olduğu idari işlemi kaldırmaya, geri almaya veya değiştirmeye davet edebilirler.

III. Müzakereye Dayalı Anlaşma

1. Kanunen aksi öngörülmedikçe, idari merciler, yükümlülüklerini yerine getirmeyecekleri konusunda bir anlaşmayı kabul edemezler.

2. Kanuna uygun olarak, ADR usulüne katılarak bir çözüme ulaşmayı amaçlayan kamu görevlileri uzlaşma için yeterli yetkiye sahip kılınmalıdır.

IV. Tahkim

I. Taraflar, kanunen izin verilen sınırlar içinde, tahkime yönelik hukuk kurallarını ve yargılama usulünü seçebilirler. Hukuk kurallarına ve tarafların isteklerine göre hakemlerin kararları hak ve nasafete dayanabilir.

II. Hakemler, davanın esası hakkında bir karara varmak amacıyla, öncelikle idari işlemin hukuka uygunluğunu inceleyebilirler ve bunun için hakemlerin, hukuka uygunluğa dayanarak bir idari işlemi iptal etme yetkisine sahip olmaları dahi gerekmez.⁹

§ 6. Tavsiye Kararının İncelenmesi

İdare hukuku kamu kurumlarının örgütlenmesiyle ilgili olduğu kadar, idari mercilerle özel kişiler arasındaki ilişkilerin yönetilmesiyle de ilgilidir. İdare ile kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için, çeşitli ülkelerin hukuk sistemlerinde özel yargı mercileri oluşturulmuştur. Günümüzde idari yargı alanında çeşitli sorunlar görülmektedir. Genel olarak, mahkemeler taşıyabileceklerinden daha fazla iş yükü altında kalmakta ve özellikle, idari uyuşmazlıkları çözmekle görevli olan mahkemeler, bu durumdan olumsuz etkilenmektedirler. Bunun yanı sıra, belirli türdeki uyuşmazlıkların çözümünde yargısal usuller uygun olmamaktadır. Bu sorun bütün Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin ortak sorunu haline gelmiştir. Böylece, idari uyuşmazlıkların daha etkili çözülebilmesi için ADR'ye olan ihtiyaç açıkça görülmüştür.

ADR, Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerde değişik ölçülerde uygulanmaktadır. ADR'nin en iyi bilinen örnekleri, ceza hukukunda ve aile hukukunda arabuluculuktur. ADR usulleri idare hukuku alanında ise bu denli geniş bir uygulama kazanabilmiş değildir.

⁹ Council of Europe, s. 9.

İdare ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ADR'nin gelişmesi çeşitli etkenlere bağlıdır. Öncelikle, bazı ülkeler gerekli verimliliğe sahip ve idari uyuşmazlıkları çözmekle görevli olan mahkeme teşkilatlarını henüz oluşturamamış ve kamu yöntemiyle yargı arasındaki dengenin yeniden düzenlenmesini sağlayarak, ADR'nin kullanılmasını kolaylaştıracak bir sistem kuramamışlardır. Bunun gibi, bazı ülkelerde mahkemelerin kaynakları hem nitelik hem de nicelik yönünden yetersizdir. Bu ortamda, idari uyuşmazlıkların çözümünde alternatif usullere yönelmek, mahkemeler düzeline kadar kullanılacak geçici bir çare olacaktır. Uygun mahkemelerin olmadığı ülkelerde, yargı dışı çözüm yollarına başvurulabilir. Ayrıca, mahkemelerdeki tikanıklık da ADR usullerinin kullanılmasını destekleyen diğer bir etkidir.

ADR'nin gelişmesinde katkısı olan çeşitli yapısal etkenler de bulunmaktadır. Günümüzde vatandaşlar haklarını ve neler talep edebileceklerini daha iyi bilmekte, geleneksel yargısal usuller, vatandaşların adalet ihtiyaçlarını karşılamakta artık yetersiz kalmaktadır. Buna ek olarak, yargısal usuller aşırı şekilci olup, genel olarak esneklikten yoksun bulunmaktadır. Yargı sisteminin şekli yapısını yumuşatmak ve bu şekliliğin bünyesinde barındırdığı tehlikelere karşı güvence oluşturmak amacıyla daha esnek usullerin arayışına girilmiş; böylece, uyuşmazlıkları hakkaniyete uygun olarak çözebilen ve sadece katı yasa kurallarıyla bağlı olmayan alternatif usulleri bulma çabaları destek kazanmıştır.

Yukarıdaki nedenlerle, Avrupa Konseyi çeşitli üye ülkelerde bu alternatif usullerin kabul edilmesi ve yayılması için birkaç yıldır çalışmaktadır. Ancak, Avrupa Konseyi bunu yaparken, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne göre vatandaşların ve idarenin haklarının kesin bir güvencesi olan idari yargının önemini göz ardı etmemektedir.¹⁰

A. ADR'nin Avrupa Konseyindeki Geçmişi

Bakanlar Komitesi'nin bu tavsiye kararı, Yasal İş Birliği Hakkında Avrupa Komitesi'nin gözetimi altında, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu (Project Group on Administrative Law, CJ-DA) tarafından 1999 yılında başlatılan çalışmanın sonucudur. Bu Proje Grubu, Avrupa Konseyi üyesi olan ülkelerde uyuşmazlıkların ADR yollarıyla çözülmesini sağlayabilmek amacıyla, *"İdari merciler ile özel kişiler arasında dava yoluna alternatifler"* hakkında bir çalışma yapmak için Bakanlar Komitesi'nden görev almıştır.

¹⁰ Council of Europe, s. 12.

Bu amaç doğrultusunda Avrupa Konseyi, Portekiz Adalet Bakanlığı'yla ortak çalışma yaparak, 31 Mayıs-2 Haziran 1999 tarihleri arasında Lizbon'da *"idari merciler ile özel kişiler arasında dava yoluna alternatifler, uzlaştırma, arabuluculuk ve tahkim"* konulu çok taraflı bir konferans düzenlemiştir. Bu konferans, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu'nun aracılığıyla ve demokratik istikrarın geliştirilmesi ve sağlamlaştırılması göz önünde tutularak hükümetler arası faaliyetlerle gerçekleştirilmiştir. Konferansın bitiminde katılımcılar, hükümetler arası düzeyde bu konu üzerindeki çalışmaların devam etmesi yönünde anlaşmışlardır.¹¹

Lizbon konferansını takiben, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, uluslararası uzmanlardan ve hükümet uzmanlarından oluşan bir çalışma topluluğunun da yardımıyla, idari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların tanıtılması ve uygulanmasında, üye devletlere rehber teşkil edebilecek ortak ilkeleri tanımlamayı amaçlayan bir çalışma başlatmıştır. Aynı zamanda sekreterlikten, idari yargı yoluna alternatiflerin kullanılması konusunda, Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerle gözlemci devletlerden bilgi toplaması istenmiştir. Daha sonra 1999 ve 2000 yılında çalışma topluluğunca üç kez, Proje Grubu'nca iki kez yapılan toplantılarda Bakanlar Komitesi'nin konuyla ilgili taslak tavsiye kararı hazırlanmıştır. Ayrıca Proje Grubu, üye devletler ile gözlemci devletlerde, idari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde dava yoluna alternatif olarak kullanılan usuller hakkında özet bir rapor da yazmıştır.¹²

B. Tavsiye Kararı Üzerindeki Görüşler

Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararı, idare mahkemelerini de kapsayan bir sorun olarak, mahkemelerin taşıyabileceklerinden daha fazla iş yüküyle yüklenmiş olduklarına dikkat çekmiştir. Bakanlar Komitesi, bu durum, makul bir sürede yargılanma hakkını güvenceye alan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6.1. maddesi anlamında davanın taraflarının haklarına zarar vereceği sonucuna varmıştır.

Tavsiye kararında, bu soruna karşı kullanılacak çarelere değinilmiş ve bu konuda ADR yollarının önemli bir çare olacağı vurgulanmıştır. İhtilaflı taraflar arasındaki düşmanlığın giderilmesi sayesinde, idare vatan-

¹¹ Council of Europe, *Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings, Multilateral Conference, Lisbon (Portugal), 31 May-2 June 1999, Germany 2000*, s. 6.

¹² Council of Europe, s. 13.

daşlara daha yakın hale gelecek ve böylece belirli türdeki uyuşmazlıklara daha uygun çözümler bulunabilecektir.

Tavsiye kararında ADR'nin diğer faydalarına da işaret edilmiştir. Buna göre, İdari uyuşmazlıkların çözümünde ADR'nin kullanılmasının sağlayacağı başlıca faydalar, çözüme hızlı bir şekilde ulaşılması, şekliliğin asgari düzeyde olması, uyuşmazlık çözüm sürecinde tarafların birbirlerine karşı daha ılımlı ve ihtiyatlı davranması, uyuşmazlık çözüm sürecinin daha dostane bir ortamda işlemesi, uzman kişilere başvurulması, hakkaniyet ilkelerine dayalı bir çözüme ulaşılması olasılığının varlığı ve usul ekonomisi olarak sıralanmıştır. Ancak unutmamak gerekir ki, ADR'nin bu faydaları, kullanılan ADR usulüne göre farklı derecelerde gerçekleşebilir. Örneğin; devlet ile büyük şirketler arasındaki bazı tahkim yargılamaları oldukça masraflı olabilmektedir.

Yargısal usullerin öne çıkan özelliklerinden birisi, onların resmi ve şekli yapısıdır. Yargısal usullerin resmiliği yargı yolunun doğasında var olan bir güvence olmakla beraber, usuli esnekliği engellemektedir. Bu nedenle, mahkemeye başvurmak, özellikle başvuru sahibinin idare tarafından yapılan bir işleme itiraz ettiği idari yargıda, hukuki bir savaşa benzemektedir. Bu savaş, idare mahkeme önünde davalı konumunda bulunduğu, idarenin hem mahkeme hem de vatandaşlar nezdinde haksız ve hatalı olarak görünmeyi istememesi nedeniyle daha sert bir şekle bürünebilir. İdare hatalı olduğunu kabul etse bile, tarafların anlaşmaları usuli etkenler (uyulması gereken süre sınırlamaları, karşı tarafa sunulması gereken yazılı belgeler, temsil edilme zorunluluğu gibi) ve daha da önemlisi yargı organının bizzat kendisi yüzünden mümkün olamamaktadır. Yargılama sürecinin herhangi bir aşamasında tarafların birbirlerine gerekli belgeleri ve dilekçeleri vermesi, tarafları bir anlaşmaya ikna etmeyi amaçlamamakta, fakat; taraflardan her birinin, diğer tarafın dava ile ilgili olarak mahkemeye yaptığı beyanları öğrenmesini sağlamaktadır. Bu da tarafları birbirlerine yaklaştırmak yerine birbirlerinden daha da uzaklaştırmaktır.

Dava süreci, uyuşmazlığı çözen bir mahkeme hükmüyle sona ermekte ve bu durum, verilen hükmün zorlayıcı etkisiyle kuvvetlendirilmektedir. Bu, hem hükmün bağlayıcı etkisiyle hem de maddi vakıaları kesin olarak çözmesiyle sağlanmaktadır. İdare mahkemeleri de davayı çözerken bu şekilde davranmakta, hakkaniyeti veya takdiri kuralları esas almamaktadır. Buna karşılık, pek çok davada vatandaşların şikayetleri, yargının resmiliğine veya katılığına uyum sağlayamamaktadır.

İdari işlemlerin ilgilileri, bir idari işlemin ilkelerine itiraz etmemek; sadece, uygulanmasının somut koşullara daha uyumlu olmasını arzu

etmektedirler. İdarenin katı olması yerine uyum sağlamakta daha ılımlı olması gerekir.

Uyuşmazlıklara çözüm bulmak için yasal usuller yerine daha esnek usuller kullanılmalıdır. Örneğin uzlaştırma, ilgili tarafları birbirine yakınlaştırabilir veya arabuluculuk bir uzlaşma zemini yaratabilir. Böylece, bu usullerin sahip olduğu esnek ve ılımlı yapı, yargı yolunun resmiliğini hafifleterek içinde barındırdığı tehlikeleri ortadan kaldırabilir.

Tahkim, işleyişi itibariyle yargısal bir niteliğe sahip olduğu için resmiliyetten ve çatışma anlayışından uzak kalmaz. Oysa resmiliyet, uyuşmazlık çözümünde uygun olamayabilmektedir. Tarafların tahkime başvurma konusunda anlaşmasıyla, tahkimden kaynaklanan çatışma ve anlaşmazlık bir ölçüde hafifletebilmekte; tahkim anlaşmasıyla, uyuşmazlığın mahkemede muhatap olacağı mücadelecilik süreci ortadan kaldırılmaktadır.

Tahkim ve diğer ADR usullerinin faydalarından biri de, uyuşmazlığın çözülmesinde bilirkişilerin yardımını alabilme imkanının bulunmasıdır. Bilindiği gibi mahkemeler, davalardaki uyuşmazlıklara neden olan vakıaların aydınlatılması için özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulduğu takdirde, görüşlerini almak üzere bilirkişinin yardımına başvurabilirler, fakat; bilirkişinin görevi, hükmü verecek olan hakime bilgi sunmakla sınırlandırılmıştır.¹³ Bunun anlamı, uyuşmazlık hakkında uzman olması gerekli olmayan hakimin, bilirkişinin mütalaası ile hüküm arasında yer alması demektir. Ancak bu durum, özellikle vergi davalarında olduğu gibi, karmaşık ve teknik uyuşmazlıkların konu olduğu davalarda çeşitli sakıncalar doğurabilir. ADR usulleri, uyuşmazlığın çözülmesi görevini doğrudan bilirkişiye tevdi ederek bu sakıncaları giderebilir.

ADR usullerinin çok önemli bir faydası da, uyuşmazlığın hakkaniyet ve nasafet esaslarına göre çözülebilmek imkanının bulunmasıdır. İlk bakışta bu durumun, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda egemen olan kanuna uygunluk (legality) ilkesiyle bağdaşmasının zor olacağı sanılsa da, bazı ülkelerdeki tecrübeler, hakkaniyet ilkesinin, idari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda da kullanılabileceğini göstermiştir.

Tavsiye kararı hazırlanırken, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, dar anlamda veya geniş anlamda anlaşılabilir olan hakkaniyet (equity) kavramı üzerinde tartışmıştır. Geniş anlamda hakkaniyet ilkesi (the principle of equity), hukuk kurallarına dayanan adalet yerine somut olayların özel-

¹³ Bilirkişilik uygulaması hakkında geniş bilgi için bkz. Arslan, Ramazan, "Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtayın Etkisi" (*Yargıtay Dergisi*, 1989/1-4, s. 156-183).

liklerine dayanan adalet fikrini ifade eder.¹⁴ Bu durum hakkaniyetin, örf adet gibi pozitif hukukun bir parçası olmamasının nedenidir. Hakkaniyet, pozitif hukukun hem üzerinde hem de dışında olan ve bu nedenle de onu etkileyen tabii hukukun (natural law) temel bir parçasıdır.¹⁵ Dar anlamda hakkaniyet, yazılı hukuk kurallarının aynen uygulanmasının uygunsuz sonuçlar doğuracak olması halinde kullanılabilir bir çareyi gösterir.¹⁶ Ayrıca hakkaniyet, somut bir davada uygulanacak kanun hükümlerinde boşluk olması halinde, kanun boşluklarının (kural içi boşlukların)¹⁷ doldurulmasında da kullanılır.¹⁸

Roma-Germen hukuk sisteminde hakkaniyet anayasalarda yer alan “*genel hukuk prensipleri*” gibi başlıca hukuki kurumların temelini oluşturur ve özel bir kanun hükmü açıkça öngörmedikçe bu sıfatla uygulanabilir. Ortak hukuk (Common Law) sisteminde ise hakkaniyet, mahkemeler tarafından kullanılan, hukukun ayrılmaz bir parçasını ifade eder. Nihayet, adaletin kamusal niteliği, belirli davalarda adaleti zedeleyebilir. Duruşmaların aleni yapılması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. maddesinin gerektirdiği bir ilke olmasına rağmen, ihtilaflı tarafların, özellikle ticari işletmelerin ihtiyaç duyduğu gizlilik, kamusal bir adalet mekanizmasıyla değil, özel adalet mekanizması vasıtasıyla karşılanabilir. Bu durum tahkimin başarılı olmasının nedenlerinden biridir ve tahkimin, gizlilik ilkesinin şeffaflıkla yumuşatıldığı idare hukuku alanında etkili olmasını haklı çıkarabilir.

Tavsiye kararında, idari uyuşmazlıkların çözümünde ADR usullerinin faydaları sıralandıktan sonra, mahkemelerin kullanılmasının idari uyuşmazlıkların çözümünde her zaman en uygun yol olmamasına rağmen gerekli olduğu vurgulanmıştır. ADR, mahkemelere ikame edilecek

¹⁴ Doktrinde adalet ve hakkaniyet kavramları birbirinden ayrılmakta, her iki kavram arasında belirsiz de olsa fark bulunduğu belirtilmektedir. Adalet, “doğrudan doğruya kurallara, ilkelere hâkim olması gereken en yüksek temel ve moral düşünce” olarak nitelendirilirken; hakkaniyet, “somut olayların özelliklerine uyan çözüm biçimlerine ilişkin en yüksek moral temel” olarak tanımlanmaktadır. Bununla beraber, adalet ve hakkaniyet birbirlerinden tamamen bağımsız olmayıp, hakkaniyet adalete sıkı sıkıya bağlıdır. Bu konuda geniş bilgi için bkz., Edis, Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara 1997, s. 217-218.

¹⁵ Hakkaniyet düşüncesi hâkimi, belirli somut bir olayda, tabii hukuk görüşünün getirdiği ideal adalet düşüncesine yönelir (Edis, s. 218).

¹⁶ Council of Europe, s. 15.

¹⁷ Kural içi (intra legem) boşluklar, kanun koyucun tarafından istenmiş ve bilinçli olarak bırakılmış boşluklardır (Edis, s. 132). Bu tür boşlukları hâkim, takdir yetkisine dayanarak doldurur (Edis, s. 200).

¹⁸ “Yargıç kararını verirken hakkaniyet kurallarıyla çelişmeyen bir çözüm bulmak zorundadır. Bu bakımdan hakkaniyet kuralları, yargıcın takdir yetkisinin kullanılmasını sınırlamaktadır” (Edis, s. 218).

bir kurum olmamalı; fakat, mahkemeleri tamamlamalıdır. Bu görüş, doktrinde savunulan görüşlerle uyumludur. Doktrinde ADR usullerinin dava yolunun yerine geçmeyeceği, bu usullerin dava yoluna ek veya dava yolunu tamamlayıcı çareler olarak mütalaa edilmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. ADR usulleri, mahkemeler tarafından sunulan yargı hizmetine “*alternatif*” olan usuller olmayıp, yargı sistemiyle bir rekabet içinde değildir.¹⁹

Aynı şekilde tavsiye kararında, idari mercilerin ADR usullerini kullanırken hukuka uygunluk ilkesine saygılı olmaları gerektiği ve idari mercilerle vatandaşların, ADR usullerini, yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmalarına yol açacak bir neden olarak görmemeleri gerektiği belirtilmiştir.

Tavsiye kararında, ADR usullerinin faydalı olabilmesi için üye ülkelerin, başvuru ADR usulünü uygulamakla görevlendirilen merciin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamak yanında, taraflar arasında eşitlik ilkesine ve tarafların savunma hakkına saygı duyulması ilkelerine de riayet etmeleri gerektiği vurgulanmıştır. Bu ilkelere uyulması, vatandaşların ve idarenin haklarını korumada tam bir güvence teşkil eden mahkemeler tarafından, ADR sürecinin işleyişinin incelenmesi suretiyle teminat altına alınmalıdır.

Tavsiye kararının ayrı bir bölümünde üye ülkelere, tavsiye kararının ekinde yer olan doğru uygulama ilkelerini dikkate alarak, idari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ADR usullerinin kullanılmasını teşvik etmeleri önerilmiştir.²⁰

C. Tavsiye Kararının Ekinde Yer Alan İlkeler

Tavsiye kararına yapılan bir ekle üye ülkelerin, tavsiye kararına uygulamalarını sağlayacak ilkelere değiştirilmiştir.

¹⁹ Street, Laurence, “The language of alternative dispute resolution” (*The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, 1992/September, Vol. 1, s. 144-148); Street, Laurence, “Mediation and the judicial institution” (*The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, 1997, Vol. 6, s. 88-90).

²⁰ Council of Europe, s. 16.

I. Genel Hükümler

1. Tavsiye Kararının Konusu

Tavsiye kararının eki, bu tavsiye kararında sözü edilen, dahili incelemeler, uzlaştırma, arabuluculuk ve tahkimden müteşekkil ADR usullerinin sıralamasıyla başlamaktadır. Bu sıralamada belirtilen ADR usulleri sınırlı sayıda (numerus clauses) olmamakla beraber, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, çeşitli hukuk sistemlerinin ve idari geleneklerin ışığında bu usulleri mümkün olduğu ölçüde ayrıntılı düzenlemeye çalışmıştır.

Proje Grubu, tavsiye kararının konusunu tanımlamakta önemli bir sorunla karşılaşmıştır. Zira, bu konudaki kavramlar, üye ülkelerde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Üstelik, üye ülkelerin iç hukuklarında bu ADR usullerinin tümü tanımlanmış değildir. Bazı ülkelerde bu terimlerden bazıları (örneğin uzlaştırma ve arabuluculuk) aynı anlamada kullanılmaktadır. Bu nedenle Proje Grubu başlangıçta, tavsiye kararının konusu ADR'nin özelliklerine uygun olacak şekilde tanımlamaya gayret etmiştir. Buna göre, tavsiye kararının amacı dikkate alınarak kararda kullanılan terimler şu şekilde tanımlanmıştır:

İdari İşlem: Bir idari merci tarafından yapılan sözleşmeleri de kapsayacak şekilde, bir idari merci tarafından gerçekleştirirler ve özel kişileri etkileyici nitelikte olan herhangi bir işlem.

"İşlem" kavramının tanımı, bu kavramın Kıta Avrupası hukukunda ve Ortak Hukuk ülkelerinde aynı anlamda kullanılmadığını göstermiştir. Önceleri idari işlemle hükümet kararları da kastedilirken, sonradan bunlar tanımdan çıkarılmıştır.

Proje Grubu, ADR usullerinin uygulanma alanını mümkün olduğu kadar geniş tutmak için, bu kelimeyi alabildiğince kapsamlı bir şekilde tanımlamayı amaçlamıştır. Bu nedenle, bu tanımlama sadece bireysel ve genel alanda yapılan dar anlamdaki (sitriectio sensu) idari işlemleri kapsamaz, fakat; kamu idaresi tarafından yapılan, kamu yetkisinin uygulanmasını gerektirmeyen bir işlem veya hareketsizlik olarak anlaşılan herhangi bir davranışa ilaveten, idari kararlar ve idari mercilerce yapılan sözleşmeleri de içerir.

Bu noktada genel idari işlemler üzerinde durulmalıdır. Avrupa Birliği'ne üye olan bütün ülkelerin ulusal hukuk sistemlerinde, bu işlemlerden kaynaklanan davaların ADR usulleriyle çözülmesi imkanı bulunmamaktadır. Bununla beraber Proje Grubu, özel durumlardaki genel işlemlerde bile ADR usullerinin faydalı olabileceğine inanmaktadır. Caddelerde park etme

kurallarını düzenleyen polis düzenlemeleri buna örnek olarak gösterilebilir. Belli bir bölgede ikamet eden kişiler, bu tür bir düzenlemenin kendilerinin haklarını ve menfaatlerini ihlal ettiğini düşünüyorlarsa ADR usullerinin kullanılmasıyla uyuşmazlığı mahkemelere nazaran daha hızlı ve daha az masrafla çözebilirler.²¹

Dahili İncelemeler: Yetkili bir merciden resmi bir talepte bulunulması.

Tanımda zikredilen yetkili mercii, ihtilaf konusu olan idari işlemi yapan mercii olabileceği gibi, idari hiyerarşi içindeki daha üst bir mercii veya bu amaçla oluşturulmuş özel bir mercii de olabilir.

Uzlaştırma: Tarafları, karşılıklı olarak kabul edilebilecek bir çözüm şekli üzerinde buluşturmayı amaçlayan üçüncü bir kişinin varlığını gerektiren yargı dışı bir usul.

Davanın mahiyetine bağlı olarak uzlaştırma, taraflar arasında yapılan bir anlaşmayla veya idari mercii tarafından gerçekleştirilen tek taraflı bir işlemle (itiraz edilen işlemin geri alınması gibi) sonuçlanabilir.

Arbuluculuk: Uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla, bağlayıcı olmayan bir görüş öneren veya bir tavsiyede bulunan üçüncü kişinin dahil olduğu yargı dışı bir usul.

Uzlaştırma gibi arbuluculuk da, taraflar arasında yapılan bir anlaşmayla veya idari mercii tarafından gerçekleştirilen tek taraflı bir işlemle sonuçlandırılabilir. Bazı ülkelerde uzlaştırma ve arbuluculuk arasında bir fark bulunmazken,²² üye ülkelerin bazılarında bu kavramlar farklı ADR usullerini ifade etmektedir. Tavsiye kararında bu durum dikkate alınarak iki kavram farklı şekillerde tanımlanmıştır.

Müzakereye Dayalı Anlaşma: Yukarıda sözü edilen usullerden herhangi birinin sonucunda veya tarafların karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle aralarındaki uyuşmazlığı bitirdikleri herhangi bir usulün sonunda yapılan bir anlaşma.

²¹ European Committee on Legal Cooperation s. 12.

²² Doktrinde uzlaştırma ve arbuluculuğun aynı anlamlara sahip olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere göre, bu usullerden birinde (genelde uzlaştırmada) tarafsız üçüncü kişi sadece bir kolaylaştırıcı olarak hareket ederek çözüm müzakerelerine katılırken; diğer usulde (genelde arbuluculukta) üçüncü kişi, taraflara çözüm önerilerinde bulunulmasında ve bu önerilerin kabul edilmesi için tarafların ikna edilmesinde daha aktif bir konumdadır (Bühning-Uhle, Christian, *Arbitration and Mediation in International Business*, The Hague 1996, s. 273; Street, s. 145).

Müzakereye dayalı anlaşma, bu tavsiye kararında sayılan diğer ADR usullerinden farklı olarak, doğal yapısı itibariyle bir işlemdir. Bununla birlikte, müzakereye dayalı anlaşma her zaman uzlaştırma, arabuluculuk veya taraflar arasında gerçekleştirilen diğer bir müzakere çeşidi gibi herhangi bir ADR usulünün sonucu olarak ortaya çıkacağından, ADR usulleri arasında da yer alabilir.

Tahkim: Bir karar vererek mevcut uyuşmazlığı çözme sorumluluğuna sahip kılınmak suretiyle özel olarak atanan bir veya birkaç kişinin oluşturduğu, devlet yargısı dışında kalan yargısal bir usul.

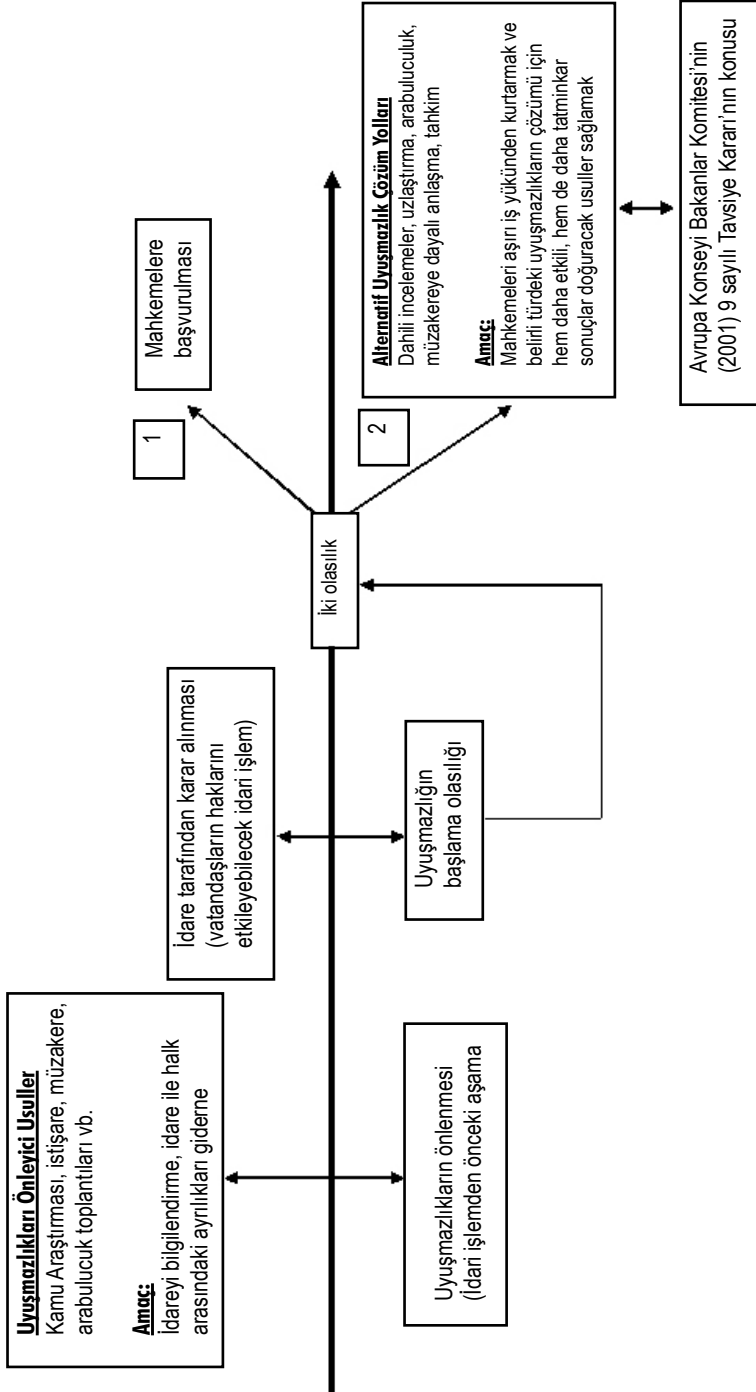
ADR usulleri birbirlerinden çok farklı olsalar da, devlet yargısı dışında kalmaları yönünden ortak bir özelliğe sahiptirler. Diğer taraftan, ADR usulleri işleyiş şekillerine göre ya yargısal olmayan (non-judicial) -arabuluculuk ve uzlaştırma gibi- usuller olabilirler ya da yargısal (judicial) -tahkim gibi- usuller olabilirler.²³

ADR usullerinin başlıca sükreleri, bir tarafta idari merciler ve diğer tarafta kişilerdir. Uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kuralları ülkeden ülkeye değişebilir. Bazı davalara idare hukuku hükümleri uygulanırken, diğer davalara özel hukuk hükümleri uygulanabilir.

Tavsiye kararının hazırlık çalışmaları sırasında Proje Grubu ve onun çalışma bölümü, uyuşmazlıkların kaynağında önlemesi konusunda yoğun bir çalışma yapmışlardır. Buna göre, uyuşmazlıkları önleyen usullerle uyuşmazlıkları çözen usuller arasında bir ayırım yapılmalıdır. Zaman sıralaması itibariyle bu usuller idare ile özel kişiler arasındaki ilişkilerde farklı dönemlerde kullanılırlar. Aşağıdaki şekil bu usuller arasındaki farklılığı açıkça göstermektedir.²⁴

²³ Council of Europe, s. 18.

²⁴ Council of Europe, s. 20.



Uyuşmazlıkları Önleyici Usullerle Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri Arasındaki Ayırım

Kamu araştırması, istişare ve müzakere gibi uyuşmazlıkların doğmasını önleyici usuller, vatandaşlar ile idari merciler arasındaki görüşme biçimleri olup, her zaman idari işlemin hazırlık sürecine dahildirler. Proje Grubu bu usullerden istişare (consultation) ve müzakereye (negotiation) özel önem vermiştir.

İstişare usulü veya vatandaşın şikayetlerinin görüşülmesi için toplantı yapılması, hakları idari işleminden etkilenecek olan tarafların görüş ve düşüncelerinin önceden alınmasını amaçlar. İdari işlemin tarafı olan özel kişiler bu yolla, idarenin neden söz konusu idari işlemi yapmak istediği konusunda bilgilendirilir. Bu sayede vatandaşlara görüşlerini bildirme ve muhtemelen idari işlemin hazırlık sürecinde söz sahibi olma fırsatı sunulur. Bu usul çoğunlukla mali ve toplumsal konularda uygulanır. Şehir planlaması alanında da istişareye benzer olan kamu araştırması usulü kullanılır.

Müzakere usulü idare ile vatandaşlar tarafından gerçekleştirilen ortak bir çalışma olup, tarafların birbirlerine yakınlaşması veya zıt menfaatlere sahip olsalar bile birbirleriyle uyumlu hale gelmelerini sağlayacak bir anlaşma yapılması, için birlikte çaba göstermelerini gerektirir. Böylece müzakere, idari mercilerle özel kişiler arasındaki çeşitli görüşme şekillerini kapsar ve müzakerenin asıl amacının uyuşmazlık doğmasını önlemek olmasına rağmen, bazı durumlarda mevcut uyuşmazlığın çözülmesine yardım eder. Müzakere usulü özellikle bir uyuşmazlığı önlemek yerine çözmek için kullanıldığında, çoğunlukla bir sözleşme yapılmasıyla sonuçlanır.

Uyuşmazlıkları önleyici nitelikteki bu usuller, vatandaşları idarenin eylem ve işlemlerine katılmaya özendirdikleri gibi, vatandaşların idarenin faaliyetleri hakkında daha çok bilgi sahibi olmasını da sağlamaktadırlar. Bu yolla idare, vatandaşlar açısından hem daha kolay erişilebilir hale gelmekte hem de planlanan programlar hakkında halkın düşüncelerini daha iyi öğrenmektedir. Uyuşmazlıkları önleyici usullerin amacı, idari işlemin yukarıda açıklanan hazırlık süreci tamamlandığında, idarenin yaptığı işleminden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların önüne geçmektir.

Vatandaşlar ile idari merciler arasında bir müzakere ortamı yaratmayı amaçlayan bu çabalara rağmen, sonuçta idare tarafından yapılan idari eylem ve işlemler vatandaşın kişisel haklarını olumsuz biçimde etkileyebilir. Bu halde vatandaşlar, kullanılması kendi tasarruflarında olan bir takım hukuki çarelere sahiptirler. Bu çarelerden geleneksel olanı mahkemelere başvurulmasıdır. İşte bu noktada, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararının da amacı olan dahili incelemeler, arabuluculuk, uzlaştırma, müzakereye dayalı anlaşma ve tahkim gibi ADR usullerinin teşvik edilmesi devreye girmektedir. Bunlar, mahkemelerce gerçekleştirilen yargılamaya

alternatif teşkil edecek usullerdir. Bu usullerden, özellikle mevcut usul hukuku kurallarının katılığını aşmak için yararlanılacaktır.

Söz konusu tavsiye kararı sadece idari mercilerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların ADR ile çözülmesiyle ilgili olup, ceza hukukunda²⁵ veya aile hukukunda²⁶ arabuluculuk gibi konuları kapsamamaktadır. Bu konular Bakanlar Komitesi'nce ayrı kararlarla işlenmiştir.

Nihayet, pek çok ülkede idari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde veya bu uyuşmazlıkların önlenmesinde önemli bir araç olarak kullanılan ombudsman, bu tavsiye kararının konusuna dahil değildir.^{27,28}

2. ADR Usullerinin Uygulanma Alanı

İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu ve onun çalışma bölümü, taslak tavsiye kararının hazırlık çalışmaları sırasında, ADR'nin idare ile özel kişiler arasındaki her türlü uyuşmazlığa uygun olup olmadığı ve belirli türdeki uyuşmazlıkların sadece mahkemelerde görülmesinin gerekli olup olmadığı üzerinde tartışmıştır.

²⁵ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin ceza hukukunda arabuluculukla ilgili tavsiye kararı için bkz., Committee of Experts on Mediation in Penal Matters, *Mediation in Penal Matters, Recommendation N R (99) 19 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 15 September 1999 and explanatory memorandum*.

²⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin aile hukukunda arabuluculukla ilgili tavsiye kararı için bkz., Council of Europe, *Family Mediation, Recommendation No. R (98) 1, and explanatory memorandum*, Strasbourg 1998.

²⁷ Council of Europe, s. 21.

²⁸ Yasal İş Birliği Hakkında Avrupa Komitesi'nin çalışma bürosu, 2 Nisan 2001'de yaptığı toplantısında, idare hukuku alanında ombudsmanın önemli bir rol oynaması sebebiyle, taslak tavsiye kararında ombudsmanın bu işlevinden bahsedilmesi gerektiğini önermiştir. Buna karşılık İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, bu kurumun, Avrupa Konseyi'nin diğer komitelerinin yetki alanına girdiği için taslak tavsiye kararının kapsamının dışında tutulmasına karar vermiştir. İnsan Hakları Yönetim Komitesi (Steering Committee for Human Rights) bu alanda çeşitli anlaşmalar yaparak Bakanlar Komitesi'nin ombudsman ile ilgili diğer tavsiye kararlarını hazırlamıştır.

Bakanlar Komitesi'nin ombudsman kurumu hakkındaki R (85) 13 sayılı tavsiye kararının önsözünde, ombudsmanın işlevinin, "kişilerin idarî mercilere karşı daha iyi korunmasını sağlamak amacıyla, idarî merciler tarafından yapılan hatalı veya kusurlu işlemlerle ilgili bireysel şikâyetlerin incelenmesi" olduğu ifade edilmiştir. Bu konuda zikredilmesi gereken diğer tavsiye kararları, üye ülkelerin ombudsmanları ve onlarla Avrupa Konseyi arasındaki iş birliği hakkındaki R (85) 8 sayılı tavsiye kararı ile, üye ülkelere, etkili olabilecek ulusal insan hakları kurumları ve özellikle ombudsman veya onun yerine ikame edilebilecek bir kurum oluşturmalarını öneren R (97) 14 sayılı tavsiye kararıdır.

Bu soruya cevap vermek için, kanuna uygunluğuna itiraz edilmiş olan bir idari işlemi konu alan, herkese karşı ileri sürülebilen (in rem) usullerle, başvuruda bulunan kişilerin kendileri için özel olarak hukuka aykırılık oluşturan ve kişisel hakların ihlal edildiği iddiasına dayanan, belirli bir şahsa karşı ileri sürülebilen usuller (in personam) birbirinden ayrılmalıdır.

Kişilerin sahip olduğu haklarla, özellikle yapmış oldukları sözleşmelerle, hukuki sorumluluklarıyla ve bir miktar tazminat ödenmesini konu alan talepleriyle ilgili uyuşmazlıklar, ADR için uygun alanlar olarak kabul edilmektedir. İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, üye ülkelerin farklı hukuk sistemlerine ve geleneklerine sahip olduğunu dikkate alarak üye ülkeleri, ADR usullerini genel olarak bütün uyuşmazlıklarda kullanılabilir şekilde düzenleme veya her bir ADR usulü hakkında özel sınırlamalar öngörüp, ADR usullerini sadece belirli türdeki uyuşmazlıklarda geçerli kılma seçenekleri arasında bir karar vermeleri için serbest bırakmıştır.

Tahkim bu duruma özellikle uygundur ve bu nedenle, sözleşmeler yapılırken taraflarca sözleşmelere koyulan tahkim şartlarında görüldüğü üzere, sözleşmeler alanında çok gelişmiştir. İdarenin yaptığı sözleşmeler çoğunlukla bu gibi tahkim şartlarını içerebilmektedir; fakat, bazı ülkelerin yasama organları veya mahkemeleri bu uyuşmazlık çözüm yöntemine tereddütte yaklaşmaktadırlar.²⁹

Her şeye rağmen, idari mercilerce yapılan belirli türdeki sözleşmelerde tahkimin önem kazandığı söylenebilir. Örneğin; devletin ihtiyacı olan malzemelerin alınması için yapılan sözleşmelerde, üzerinde anlaşmaya varılan fiyatla işin yönetimi için veya alınacak malzeme ve hizmetin koşulları üzerinde tayin edilen firmalarla ilgili olarak ve idarenin temel yükümlülüklerini doğrudan etkilemeyen konularda tahkim sözleşmesi yapılmaktadır. Aynı şekilde, bir idari merciinin kendisine ait bir kamu hizmetini yürütmesi

Proje Grubu, ombudsmanın genel olarak bir uzlaştırma veya arabuluculuk kurumu olmadığını, fakat; ombudsmanın görevinin vatandaşları korumak ve idari mercilerin faaliyetlerini denetlemek olması nedeniyle, ombudsmanın idare ile bireyler arasındaki uyuşmazlıkların önlenmesinde veya mahkemeye başvurulmasına gerek kalmadan çözülmesinde bir arabulucu olarak davranabileceğini belirtmiştir. Bu konudaki açıklamalar için bkz., European Committee on Legal Co-operation/Project Group on Administrative Law, *Draft Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Alternative Means of Settling Disputes between Administrative Authorities and Private Parties, Think Paper Regarding The Possible Inclusion of Ombudsmen in the Draft Recommendation*, Strasbourg 2001, s. 2-3.

²⁹ Örneğin; Fransız idare hukukunda ADR'ye olan ihtiyaç kabul edilmekle beraber, tahkimin gelişmesine karşı bir direniş bulunmaktadır (Laidie, Yan, "Kamu Hizmetlerindeki İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000*, 12-16 Ocak 2000, Ankara 2000, C. 1 s. 482-490, s. 483).

maksadıyla bir özel hukuk tüzel kişisiyle yaptığı kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde³⁰ veya kamu kurumlarının yabancı şirketlerle yaptıkları sözleşmelerde tahkim yolu oldukça sık kullanılmaktadır.³¹ Özellikle, sözleşmenin tarafı olan şirketin yabancı olması halinde tahkim, bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesinde, sözleşmenin tarafı olan kamu kurumunun tabiyetinde olduğu ülkenin mahkemelerine başvurulmasından daha fazla güvence sağlayabilecektir.

Tahkim böylece, sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde son derece yaygın bir ADR usulü olarak karşımıza çıkarken, diğer ADR usullerinin uygulanmasını da engellenmez. Uzlaştırma ve arabuluculuk, sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde yardımcı olabilir. Uzlaştırma ve arabuluculuk bazı davalarda tahkimden daha fazla uygulama kazanabilir ve hatta tahkimin kullanılmasından önce bir çözüme ulaşılmasını sağlayabilir.

Bununla beraber, sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları konu almayan davalarda uzlaştırma ve arabuluculuk tahkimden daha çok uygulama kazanabilir. Bu durum, özellikle mevcut bir zararın tazminiyle ilgili ufak uyuşmazlıklarda veya diğer hukuka aykırı fiillerden kaynaklanan kişisel taleplerde daha açık bir şekilde ortaya çıkacaktır. Zira, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde tahkim çok masraflı ve ağır işleyen bir süreç olacağından, uzlaştırma ve arabuluculuk daha uygun görülecektir.

Bir idari işlemin hukuka uygunluğunun ihtilaflı olduğu, herkese karşı ileri sürülebilen (in rem) usuller hususunda mahkemeler söz konusu idari işlemin iptaline hükmedilebilecek ve mevcut uyuşmazlık hakkında karar verebilecek öncelikli (a priori) mercilerdir. Bu durumda bile bireysel idari işlemlerle genel olarak etkili olan idari işlemler arasında ve idari işlemin geçerliliğine ilişkin olarak yapılan doğrudan itirazlarla dolaylı itirazlar arasında bir ayırım yapılmalıdır. Genel olarak etkili olan bir idari işleme, idari işlemin iptali istemini içeren bir taleple doğrudan itiraz edilmesi durumunda veya diğer bir işlemle değiştirilse de bazı olaylarda ADR usullerinin kullanılması mümkün olmayıp, bu konuda sadece mahkemeler yetkili olmalıdır.

Bunun tam tersine, bireysel bir idari işleme itiraz edilmesi durumunda, uzlaştırma ve arabuluculuğun, belli bir çözüm şekline uyulmasını zorlamaması ve sadece bir öneride bulunmak suretiyle tarafların uzlaşmasını amaçlaması nedeniyle başarılı olarak uygulanması mümkündür. Uzlaştırıcı

³⁰ Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri hakkında bkz., Odyakmaz, Zehra, "İdarenin Sözleşmeleri" (GÜHFD 1998/1-2, s. 141-196).

³¹ Bu konuda bilgi için bkz., Tanrıver, s. 1080.

ve arabulucu, tarafları ikna etmek için ne kadar çok çaba gösterirse gösterebilir, bu usuller tek başına son sözü söyleme yetkisine sahip olan idarenin kararını gereksiz kılmayacak veya idarenin kararı yerine ikame olamayacaktır.³²

Sonuç olarak, bireysel bir idari işleme karşı yapılan itirazın uzlaştırma veya arabuluculuk usulüne sunulması kabul edilebilir ve belirli hallerde mahkeme önünde yargılama yapılmasından daha uygun olabilir. İnşaat ruhsatları buna bir örnek olarak gösterilebilir. Bir inşaat ruhsatı verildiğinde komşu arazi sahipleri inşaat projesine veya planlanan binanın büyüklüğüne itiraz edebilir. Bu kişiler, inşaat ruhsatının iptali amacıyla idare mahkemesinde dava açarlarsa, bu iznin kanuna aykırı olduğunun kanıtlanması üzerine tamamen iptal edilmesi gerekir. Buna karşılık, uzlaştırma veya arabuluculuk usulüyle talep sahibi, hem ilgili idari merciyle hem de ruhsatı alan kişiyle temas kurabilir ve taraflar arasında yapılacak olan bir arabuluculuk toplantısı, her iki tarafın da kabul edeceği bir anlaşmayla sonuçlanabilir. İnşaat ruhsatı, ruhsatı veren idari merci tarafından, taraflar arasında yapılan anlaşmaya uygun olarak değiştirilebilir ve bu sayede taraflar hem dava yoluna gitmekten hem de ruhsatın iptal edilmesi tehlikesinden kurtulmuş olurlar.³³

ADR usulleri -özellikle uzlaştırma, arabuluculuk ve tahkim-, bir idari işlemin hukuka aykırılığının dolaylı olarak iddia edildiği durumlarda da kullanılabilirler.

Bir idari işleme dolaylı olarak itiraz edilmesinin anlamı, idari işlemin iptali veya değiştirilmesi için değil; fakat, işlemin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle farklı bir sonuç doğurması için işleme karşı itiraz edilmesi demektir. Bunun en basit örneği, talep sahibine göre hukuka aykırı bir işlemin sebep olduğu haksızlığın giderilmesi için tazminat talep edilmesidir. Bu talep, idari işlemin iptal edilmesini amaçlamaz; fakat, sadece idareyi vermiş olduğu zararı tazmin etmeye zorlayacak bir karar almayı amaçlar. Mağdurun tazminat istemeye hakkı olup olmadığını belirlemek için, öncelikle mağdura zarar veren işlemin hukuka aykırı olup olmadığı araştırılmalıdır. Ancak, işlemin hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi halinde, işlemin iptal edilmesi gerekir. Bu nedenledir ki, idari işlemin hukuka aykırılığına dair yapılan bir itirazın, söz konusu talebin, hakların ihlaliyle ilgili dava tanımının içinde kalması şartıyla, yalnız uzlaştırma veya arabuluculuk usulüne değil, fakat; tahkim usulüne de tabi olması mümkündür.

³² Delvolvé, Pierre, "General Report", (*Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 13-33), s. 24.

³³ Council of Europe, s. 23.

3. ADR Usullerinin Düzenlenişi

Bu konu, idari mercilerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların ADR usulleriyle çözülmesine ilişkin yapılacak herhangi bir düzenlemede dikkate alınacak noktaları ve bu düzenlemenin ihtiva edeceği hususları gösterir. Bu hususlar bir taraftan, tavsiye kararında ortaya koyulan uyulması gerekli ilkeleri içerir. Bu ilkelerin başlıcaları, taraflar arasında eşitliğin korunması, savunma hakkına saygı gösterilmesi ve ADR sürecinin yönetiminden sorumlu olan kurumun bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasıdır. Bu noktada vurgulanması gereken konu, bir uzlaştırıcının, arabulucunun veya hakemin idari bir kurum tarafından istihdam edilmesi, bu kişilerin uygulamada bağımsız ve tarafsız hareket etmeleri şartıyla, onların taraflarla menfaat çatışmasına sahip olduklarını göstermez. Diğer taraftan, ADR usulleriyle ilgili düzenlemelerde dikkate alınacak hususlar, üye ülkelerin özel ihtimam göstermesi gereken konuları kapsamaktadır. Bu konulara, tarafların (ilgililerin) ADR usullerinin varlığı konusunda bilgilendirilmesi, ADR usullerinin kullanılmasında şeffaflık ve uzlaştırmada belli ölçüde takdir hakkının bulunması gerekliliği, hukuka uygunluğu şüpheli olan idari işlemin yürütmesinin durdurulması ve sonuçta ulaşılan çözümün yerine getirilmesinin temin edilmesi örnek olarak gösterilebilir. Bu konuların tamamı, ADR ile ilgili yapılacak olan bütün düzenlemelerde yer almalıdır.

İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, hazırlık çalışmaları sırasında bir süre ADR sürecinin gizliliği konusunun üzerinde durmuştur. Yukarı da belirtildiği gibi³⁴ gizlilik, ADR' nin sunduğu faydalar arasında yer alır³⁵ ve hatta bazı durumlarda ADR' nin tercih edilme nedenidir.³⁶ Bununla beraber

³⁴ Bkz., yuk. § 6. B.

³⁵ ADR' nin en önemli faydalarından biri olan gizlilik, bazı gizli bilgi ve belgelerin açığa çıkmasından kaynaklanabilecek sorunları önler, ticarî işletmeye ait bilgilerin ve ticarî sırların öğrenilmesine engel olur, uyuşmazlık çözüm müzakereleri esnasında yapılan ikrarların sonradan yapılacak savunmaları sınırlamasını ve bu ikrar ve beyanların diğer bir yargılama sürecinde kullanılmasını engeller, tanıklar ve taraflar arasındaki müzakerelerin mahkeme salonunda yapılan alenî bir yargılamaya oranla daha doğrudan ve dürüstçe olmasını sağlar (Wilkinson, John H., "Advantages and Obstacles to ADR" (*Donovan Leisure, Newton & Irvine ADR Practice Book*, New York 1990, s. 11-29, s. 16). Gizlilik sayesinde taraflar uyuşmazlık hakkında kimin bilgi sahibi olacağını, uyuşmazlığın nasıl çözüleceğini ve müzakereler sırasında açıklanması zorunlu olan ticarî sırlara kimin ulaşacağını belirleme imkânını elde ettiklerinden, uyuşmazlık çözüm süreci üstünde daha çok kontrole sahip olurlar (Bühning-Uhle, s. 272; Brown, Henry J.-Marriott, Arthur L., *ADR Principles and Practice*, London 1999, s. 488).

³⁶ ADR usullerinde gizliliğin önemi hakkında bilgi için bkz., Goldberg, Stephen B.-Sander, Frank E. A.-Rogers, Nancy H., *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York 1999, s. 419; Rosenberg, Joshua P., "Keeping the Lid on Conflict, Mediation Privilege and Conflicts of Laws" (*Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1994/1, Vol. 10, s. 157-182); Freedman, Lawrence R.-Prigoff, Michael L., "Confidentiality in Mediation:

gizlilik, taraflara uygun olmayan bazı avantajlar verilmesine yol açabilir. Bu nedenle gizlilik, özellikle sürecin işleyişinde gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılmalı ve idari belgelere hiçbir kısıtlama olmadan ulaşılabilmesi ilkesiyle uyumlu hale getirilmelidir.

İhtilaflı idari işlemin yürütmesinin durdurulması, buna kimin karar vereceği meselesi de Proje Grubu tarafından tartışılmıştır. Bu konuda üç olasılığa değinilmiştir. Bunlar;

a. İdari işlemin yürütmesinin durdurulması kanuni bir düzenlemeyle kendiliğinden gerçekleşebilir.

b. Mahkemelere, mevcut uyuşmazlığın niteliğine göre, her bir ihtilaflı idari işlem hakkında ayrı karar vermek üzere, yürütmenin durdurulmasına karar verme yetkisi verilebilir. Bakanlar Komitesi, bir mahkemenin ADR'ye havale edilen uyuşmazlığa doğrudan el atmamış olması halinde bile, üye ülkelerin yasama organlarının bu olasılığı benimsemesini tavsiye etmiştir.³⁷

c. İdari işlemin yürütmesinin durdurulmasına, o işlemi yapan merci tarafından karar verilebilir. Bu son olasılık, bütün üye ülkelerde bulunmamaktadır. Zira, bazı ülkelerin mevzuatları idari mercilere sadece, ihtilaflı işlemin kaldırılması veya geri alınması yetkisini vermiştir.³⁸

II. Mahkemelerle Olan İlişkiler

ADR usulleriyle yargı süreci arasındaki ilişkinin durumu oldukça önemli bir konudur.

The Need for Protection" (Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1986/1, Vol. 2, s. 37-45); Gray, Owen V., "Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation" (Osgoode Hall Law Journal, 1998, Vol. 36, s. 667-702); Lee, Jaime Alison-Giester, Carl, "Confidentiality in Mediation" (Harvard Negotiation Law Review, 1998, Vol. 3, s. 285-297).

³⁷ Hukukumuzda, İdari Usul Yasası Taslağı'na ADR'ye ilişkin hükümlerin alınması ve bir idari işlemten kaynaklanan uyuşmazlığın herhangi bir ADR usulüne havale edilmesi halinde, mahkemece bu idari işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilebileceğinin kabul edilmesi durumunda, yürütmenin durdurulması konusunda bir yenilik gerçekleştirilmiş olacaktır. Zira, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesine göre, dava açılmadan önce yürütmenin durdurulması istenemez. Yürütmenin durdurulması için idare mahkemelerinde veya Danıştay'da dava açılması zorunlu olup, bu cihet yürütmenin durdurulmasının ihtiyati tedbir müessesesinden ayrıldığı yönlerden birini oluşturur. ADR sürecine havale edilen ihtilaflı bir idari işlem hakkında yürütmenin durdurulmasına karar verme imkânının tanınmasıyla, artık dava açmadan önce de idari işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilebilecektir.

³⁸ Council of Europe, s. 25.

ADR usulleri her zaman mahkemelere başvurmada önce, dava yolundan sakınmak amacıyla kullanılmaktadır. Dahili incelemeler, uzlaştırma, arabuluculuk ve müzakereye dayalı anlaşma bu amaçla kullanılabilir ve böylece, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesine yardımcı olabilirler. ADR usullerinin kullanılması, yargı sürecinin başlatılabilmesi için tamamlanması gereken bir ön aşama olarak düzenlenebilir.

Bununla birlikte, uzlaştırma, arabuluculuk ve müzakereye dayalı anlaşma gibi bazı ADR usullerinin, görülmekte olan bir davada da kullanılması yararlı olabilir. Zira ADR usulleri, uyuşmazlığın geleneksel dava yolundan daha hızlı bir şekilde çözülmesine katkıda bulunabilir. Bu nedenle mahkemenin kendisi, ADR usullerini yargılama sürecine dahil ederek, ADR usullerinin kullanılmasını tavsiye edebilir.

Bunun tersine olarak tahkim, mahkemelerle olan ilişkisi yönünden özel bir konumdadır. Zira, tahkim ve dava yolu karşılıklı olarak birbiriyle çelişen usuller olup bir arada bulunmazlar. Hem dava yolu hem de tahkim süreci, uyuşmazlığın esası hakkında bağlayıcı bir karar verecek olan üçüncü bir kişinin varlığını gerektirir ve bu konuda sadece tek bir hüküm verilebilir. Taraflar tahkime başvurmayı kararlaştırırlarsa, tahkim sözleşmesi tarafların aynı uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak dava açmasını önler. Bu niteliği itibarıyla tahkim ve dava yolu aynı anda bir arada bulunamazlar.

ADR usullerinin mahkemelerle olan bu ilişkisine değinilen tavsiye kararında bundan sonra, mahkemelerin belli ölçüde, uygulanan ADR usullerinin incelenmesi yetkisine sahip olmaları gerektiği belirtilmiştir. Zira ADR usulleri, yukarıda da belirtildiği gibi taraflar arasında eşitlik ilkesine, savunma hakkına ve ADR sürecini yönetmekle görevli kuruluşun bağımsızlığının ve tarafsızlığının korunmasına saygı göstermelidirler. Bu nedenle, kapsamı ne olursa olsun, ADR usullerinin yargısal denetiminde, en azından bu ilkelere uyulduğu tespit edilmelidir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde belirtildiği gibi, mahkemelere ulaşma hakkı ve adil yargılanma hakkı demokratik bir toplumun temel özelliklerindendir. Bu nedenle, hem dava açan kişilerle hem de dava konusu olan idari işlemlerle ilgili olarak, idari işlemlerin incelenmesi için mahkemelere başvurma imkanı geniş ölçüde mümkün olmalıdır. İdari işlemler, toplumun bütün bireylerini her gün etkilemekte ve özellikle, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde tanınan bireysel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkili olmaktadır.³⁹

Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararının ekinde, dikkate alınan ADR usullerine ve ulusal mevzuatlara bağlı olarak, yargısal incelemenin, söz

³⁹ Council of Europe, s. 26.

konusu ADR usulünün uygun bir şekilde uygulanmış olduğunun ve kanuni güvencelerin yerine getirilmiş bulunduğunun kontrol edilmesiyle sınırlı tutulması gerektiği kesin olarak belirtilmiştir. Örneğin; yargı sürecine gerçek anlamda bir alternatif olan tahkim konusunda bu şekilde bir yargısal inceleme yapılabilir veya mahkeme uyuşmazlığın esası hakkında karar verebilir ve bu nedenle taraflar arasındaki anlaşmanın muhtevasını inceleyebilir. İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu tarafından hazırlanan “İdare ve Sen” adlı rehberde, bu durumda yargısal incelemenin en azından idari işlemin hukuka uygunluğuyla ilgili olması gerektiği, bunun yanında, incelemenin vakiaları da kapsayabileceği belirtilmiştir. Buna ek olarak, idari merciler tarafından kullanılan takdir yetkisinin uygulanmasını içeren idari işlemlerin yargısal denetimi, bu işlemlerin, idari merciler için yapılması zorunlu olan eylemleri kapsamı halinde kaçınılmaz olarak daha dar ve sınırlı olacaktır. Böylece bu durum, idari bir merciin, tamamen takdire bağlı olan bir yetkinin kullanılması için yargısal olarak zorlanamayacağına dair genel ilkenin kabul edildiğini gösterir. Bununla beraber, takdir yetkisinin kullanılması üzerinde yargı denetimi yapılması, bir idari merciin takdir yetkisini kanunun çizdiği sınırlar içinde kalarak ve amacına⁴⁰ -kamu yararına- uygun bir şekilde kullanmasını sağlar.⁴¹

ADR usullerinin kullanılması, dava açılması için gerekli olan zamanaşımı sürelerini durdurmalıdır. Bu durum, kişilerin uyuşmazlıklarını çözmek için dava açma veya ADR usullerini kullanma seçenekleri arasında bir tercih yapmak zorunda kalmalarını önler. Günümüzde Avrupa Birliği üyesi olan ülkelerin bazılarında bu durum gözlenmektedir. Çünkü; mahkemeye başvurma süresi çok kısa tutulmuş ve bu yüzden de ADR usullerinin kullanılması olanaksız hale gelmiştir. Proje Grubu, mahkemede dava sürecinin başlatılması için öngörülen zamanaşımı süresinin, durdurulması konusunda üye ülkelerin yasal düzenlemeleriyle en geniş olanakların sağlanması gerektiğine inanmaktadır.

⁴⁰ Gözübüyük, A. Şeref - Tan, Turgut, *İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku*, Ankara 1999, s. 513. “İdareye tanınan takdir yetkisi mutlak olmayıp, hukukî esaslar içerisinde kamu yararı ve kamu görevinin gerekliliği ile sınırlandırılmış bulunmaktadır” (5. D. 24.9.1974 5839/6813; *Amme İdaresi Dergisi* 1975/2, s. 219) “.....idarelere hukuk esasları içinde tanınan bu yetkinin kullanılması keyfi ve mutlak olmayıp, kamu yararı ve kamu görevinin gerekleri ile sınırlıdır. Her idarî işlemin bir maksadı vardır ve bu da kamu yararadır. Buradaki maksat unsurundan idareden beklenen son amaç ifade edilmek istenmiştir. Bu nedenle idarî makamlar, kendilerine tanınan yetkileri, yalnız kamu yararı için kullanabilirler. Bunun dışında kullanma, işlemi maksat yönünden sakatlar” (5. D. 21.5.1975, 7154/2997; *Amme İdaresi Dergisi*, 1975/2, s. 217-218).

⁴¹ Council of Europe, *The Administration and you, Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons, A handbook*, Germany 1996, s. 38.

Dava açmayla ADR usullerine başvurma arasında seçim yapılması belli bir dengeye oturtulmalıdır. Bu konuda pozitif hukukta yapılacak düzenlemelerle, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ışığında mahkemelere ulaşılmasını azami ölçüde mümkün kılmak için ADR usullerinin kesin ve makul süreler içinde sonuçlandırılması öngörülmelidir.⁴²

III. ADR Usullerinin Kendilerine Has Özellikleri

1. Dahili İncelemeler

Dahili incelemeler, bir idari işlemin düzeltilmesini veya belli bir miktar tazminat ödenmesi için idareye karşı yapılan bir talebin incelenmesini sağlar. Dahili incelemeler için idari mercilerin bizzat kendilerine başvuruda bulunulur. Üye ülkelerde kullanılan sistemlere bağlı olarak bu başvuru, ihtilaflı işlemi yapan merciye veya idari hiyerarşi içinde yer alan daha üst bir merciye ya da bu amaçla özel olarak oluşturulmuş diğer bir merciye yapılır.

Dahili incelemeler, idari mercilerin yapmış oldukları işlemleri hukuka uygunluk ve yerindelik yönünden yeniden inceleyebilmelerini mümkün kılmayı amaçlar. Dahili incelemeler her türlü idari işlem için kullanılabilir ve bazı idari işlemler hakkında dava açılabilmesi için önceden başvurulması gereken zorunlu bir ön aşama haline getirilmelidir.

Proje Grubu, dahili incelemelerin başlatılmasının, o işlemle ilgili dava açmak için öngörülen zamanaşımı süresini durdurması gerektiğini ve söz konusu işlemin yürütmesinin durdurulması gerektiğini kabul etmiştir.

Dahili incelemeler sonucunda bu incelemeler haklı görülürse, itiraz edilen idari işlem düzeltilebilir, kaldırılabilir veya talep edilen tazminatın ödenmesine karar verilebilir.⁴³

2. Uzlaştırma ve Arabuluculuk

Uzlaştırma ve arabuluculuk doktrinde farklı şekillerde tanımlanabilirse de, birbirlerine çok yakın usullerdir. Uzlaştırma ve arabuluculuk ılımlı usuller olup, tarafların güvendikleri üçüncü bir kişinin mevcut uyuşmazlığı çözmek amacıyla tarafları ikna etmeye çalışmasını gerektirir. Bu usuller, fiilen bir mahkeme hükmünün verilmesiyle sonuçlanan yargılama usulleri

⁴² Council of Europe, s. 27.

⁴³ Council of Europe, s. 28.

olmadıkları gibi, her zaman için taraflar arasında yapılan bir anlaşmaya dayanan sözleşmesel usuller de değildirler. Belli bir sözleşme olmadan da başlatabilen bu usuller sonunda, uyuşmazlığın taraflarını bağlayıcı nitelikte bir karar verilemez. Uzlaştırma ve arabuluculuk tamamen, taraflara yükümlülük yüklemekten uyuşmazlığı sona erdirecek bir çözüm bulmayı amaçlamaktadır.

Bununla beraber, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu her iki usulü de birbirinden ayırmıştır. Buna göre uzlaştırma, tarafları bir araya getirmeyi amaçlayan, onları uzlaşmaya teşvik eden ve onlara, aralarındaki ortak noktaları görmeleri için rehberlik eden bir usuldür. Arabuluculuk ise, tarafların içinde bulundukları konumlarını esas alarak bir çözüm önerisinde bulunmak suretiyle uyuşmazlığı bitirmeyi amaçlayan bir arabulucunun atanmasını öngörür.

Böylece uzlaştırma ve arabuluculuk, arabulucu olarak hareket eden kuruluşun uyuşmazlığı çözmek için yeni bir girişimde bulunmasına ve çözüm yolları aramasına izin vererek, taraflar arasında bir yakınlaşmayı gerektirmesi sebebiyle, yapı itibarıyla değil, fakat derece itibarıyla birbirinden ayrılmaktadır. Bununla beraber uzlaştırmada, uzlaştırıcının uygun gördüğü çözümü yazılı hale getirmek suretiyle taraflara herhangi bir belge vermesi söz konusu değildir. Oysa arabuluculuk, arabulucunun uyuşmazlığın çözümü hakkında taraflara yaptığı tavsiyelerin yazılı olarak bildirilmesiyle sonuçlanır. Bu nedenle, her iki usul arasındaki farklılık, usullerin işleyişinde değil sonucunda bulunmaktadır. Her iki ADR usulünün de işleyişi sırasında uzlaştırıcı ve arabulucu, tarafları bir araya getirerek onların uyuşmazlığa ilişkin görüşlerini ve bakış açılarını birbirine yaklaştırmaya çalışır. Usulün kapanışında uzlaştırıcı, taraflar bir anlaşmaya varmışsa sadece bu anlaşmayı; taraflar anlaşmamışlarsa, tarafların anlaşmazlık üzerindeki ısrarlarını tespit edebilir. Arabulucu ise böyle bir tespitle yetinemez ve taraflarca kabul edilmesi gereken çözüm şeklini belirtir. Bir hakem kararından farklı olarak, arabulucunun tavsiyesi taraflar üzerinde bağlayıcı etkiye sahip değildir. Bunun yerine arabulucunun tavsiyesi, yasal bir yetki taşımadan resmi bir durum oluşturarak, fiilen tarafları bu öneriyi kabul etmeye zorlayıcı bir etkiye sahiptir.

Uzlaştırma ve arabuluculuğun sonucu tarafların tepkilerine bağlı olacaktır. Tarafların iradeleri, bu usuller sonunda ortaya çıkacak olan çözümün kabul edilip edilmeyeceğini gösterecektir.

Tavsiye kararında, idari yargıda uzlaştırma ve arabuluculuğun uygulanabilirliği açıklanmıştır. Her iki ADR usulü de idarenin takdir yetkisiyle ilgili bulunan meselelerde etkilidir ve mahkemelerin uğraş alanına giren bir

konu olan idari işlemlerin hukuka uygunluğunu karara bağlamayı amaçlamazlar. Bununla beraber, arabulucu veya uzlaştırıcının verilmiş olan idari işlemin hukuka uygunluğunu incelemesi de fazladan talep edilebilir. Uzlaştırma ve arabuluculuğun kullanılması, takdir yetkisi olmadan hukuk kurallarının uygulanmasına ilişkin idarenin yükümlülükleriyle ilgili olarak da mümkün olabilir. Buna örnek olarak, göstericiler tarafından idareye ait kamu mallarının işgal edilmesi gösterilebilir. Böyle bir olayda uzlaştırma usulü sayesinde göstericiler, kamu binasını ve eklentilerini terk etmeleri konusunda ikna edilebilirler. Benzer şekilde, idari mercilerin takdir yetkisine sahip olmadan kanunları uygulamak zorunda oldukları diğer bir alan olan vergi uyuşmazlıklarında da uzlaştırmadan yararlanılabilir.⁴⁴

Uzlaştırıcılar ve arabulucular tek bir kişi olarak faaliyet gösterebilecekleri gibi birden fazla kişi olarak da -heyet halinde- çalışabilirler; ama mutlaka tarafsız, bağımsız, işleri üzerinde yoğunlaşan, insan ilişkilerinde uzman olan ve müzakere hünerlerine hakim olarak ikna yeteneğine sahip bulunan kişiler olmalıdırlar. Buna ek olarak uzlaştırıcılar ve arabulucular, idare hukuku ve usul hukukuyla ilgili hukuk kuralları ve müzakere yöntemleri ve uygulamaları gibi belirli uzmanlıklara da sahip olmalıdırlar. Son olarak bu kişiler, ADR hakkında uygun bir eğitim görmelidirler.

Tavsiye kararında bundan başka, bir uzlaştırma veya arabuluculuk sürecinin, genellikle görüldüğü üzere ihtilaflı tarafların talebiyle veya hakim tarafından önerilmesiyle ya da kanunun emriyle başlatılabileceğine işaret edilmiştir. Uyuşmazlığın havale edildiği merci, fiilen görev yapan bir uzlaştırıcı veya arabulucu, bir arabulucu kurulu ya da ihtilaflı konuyla ilgili bir idari merci olabilir.

İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, tavsiye kararının hazırlık çalışmaları sırasında uzlaştırma ve arabuluculukla aynı anda işleyen dava süreci arasındaki muhtemel ilişkiyi de dikkate almıştır. Sonuçta, derdest olan bir dava sırasında mahkemenin isteğiyle bir ADR sürecinin işletilmeye başlatılmasının Proje Grubu'nun çalışma konusuna girmedığı ve bu konunun usul kanunu tarafından düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Uzlaştırıcı veya arabulucu, taraflardan uyumazlık hakkında gerekli bilgileri aldıktan sonra, taraflarla birlikte veya her bir tarafla ayrı ayrı görüşmeler yapar. Taraflarla yapılan bu toplantılar, tarafların, uzlaştırıcının veya arabulucunun yönetiminde ılımlı bir ortamda müzakerede bulunmalarını sağlar. Üstelik, taraflarla ayrı yapılan görüşmelerde verilen bilgilerin gizli tutulması da mümkün olur.

⁴⁴ Council of Europe, s. 29.

Buna göre, bir idari uyuşmazlıkta uzlaştırıcının görevi, taraflar arasındaki görüş ayrılıklarını azaltarak tarafların bir anlaşma yapabilmelerine yardımcı olmaktır. Uzlaştırıcı, uyuşmazlığı açık hale getirir, tarafları anlaşma noktalarını araştırılıp bulmaları için teşvik eder ve taraflar bir anlaşmaya varamazlarsa onlara önerilerde bulunur. Uzlaştırma usulünün sonunda uzlaştırıcı tarafından tarafların aralarında yapacakları anlaşmayı şekillendirmelerine yardımcı olmak maksadıyla bir sözleşme biçiminde olmak üzere nihai bir rapor düzenlenir.⁴⁵

Diğer taraftan, bir arabuluculuk sürecinde arabulucudan uyuşmazlığın çözümü için çeşitli önerilerde bulunması beklenir. Arabuluculuk normalde, arabulucu tarafından taraflara yapılan tavsiyelerle veya uyuşmazlığın çözülmesi için düşünülmüş makul önerilerle yürütülür. Arabuluculukta taraflara belli bir çözüm tarzının dikte edilmesi mümkün olmadığı için, arabuluculuk genellikle bir uzlaşmayla veya anlaşmayla bitirilir.

Tavsiye kararına göre, uzlaştırıcılar veya arabulucular bir idari işlemi iptal edemezler. Uzlaştırıcılar veya arabulucular bir idari işlemin hukuka aykırı ya da yerinde olmadığına kanaat getirirlerse, idari mercileri bu işlemi geri almaları için ikna etmeye çalışmalıdırlar. Hazırlık çalışmaları sırasında Proje Grubu, başarılı bir uzlaştırma veya arabuluculuk sürecinin ihtilaflı idari işlemin dayanağı olan sebep üzerinde etkili olabilmesi ve özellikle, bu yolla ortaya çıkarılan çözümün idarece kabul edilmesinin, bu işlem için sebep gösterme yükümlülüğünü yerine getirmekte yeterli olup olmayacağı konusunu görüşmüştür. Sonuçta, Proje Grubu uzlaştırma veya arabuluculuk usulünün üçüncü kişiler hakkında bağlayıcı sonuçlar doğurmaması nedeniyle bu olasılıktan söz etmemeyi tercih etmiştir.⁴⁶

3. Müzakereye Dayalı Anlaşma

Bu usul, ihtilaflı tarafların aralarındaki uyuşmazlığı karşılıklı anlaşmaya varmak suretiyle, dostane bir şekilde bitirerek bir sözleşme yapmalarını

⁴⁵ Arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmalar, tarafların karşılıklı rızalarına dayandığından ve bu nedenle de taraflarda, yapılan anlaşmanın adil olduğuna dair bir inanç mevcut olduğundan, genellikle taraflarca gönüllü olarak yerine getirilirler. Buna karşılık, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmalar taraflardan birince ihlâl edilirse, bu anlaşmaların bağlayıcılığı sorunu ortaya çıkar. Bazı hukuk sistemlerine göre, mahkeme tarafından onaylanan arabuluculuk anlaşmaları icra edilebilirken, diğer bazı hukuk sistemlerinde bu durum tartışmalıdır. Doktrinde, bu durumda taraflardan birinin mevcut arabuluculuk sözleşmesini, genel bir sözleşmenin yerine getirilmesinde dikkate alınan hukuk kurallarını kullanarak icra ettirebileceği savunulmaktadır (Payne, Cathleen C., "Enforceability of Mediated Agreements", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1986, Vol. 1, s. 385-405, s. 388).

⁴⁶ Council of Europe, s. 30.

ifade eder. Müzakereye Dayalı Anlaşma, her zaman olmamakla birlikte, çoğunlukla taraflar arasındaki müzakerenin veya bir uzlaştırma ya da arabuluculuk sürecinin sonucudur ve idari uyuşmazlıkları önleyen ve bu uyuşmazlıkların çözülmesini sağlayan bir araç olarak kullanılır.

Müzakereye Dayalı Anlaşma'nın temel özelliği, taraflarca yapılan ve taraflar üzerinde bağlayıcı olan bir sözleşme olmasıdır. Müzakereye Dayalı Anlaşma, tarafların bir anlaşma yapmasını gerektirdiğinden kapsamı yönünden tahkime benzemektedir; fakat bu anlaşma, uyuşmazlık çözüm usulünü açmayıp sınırlandırdığı ve uyuşmazlığın esası hakkında önem taşıyan fiili meselelerle ilgili olduğu için tahkimden ayrılmaktadır. Ayrıca Müzakereye Dayalı Anlaşma, kendisini imzalayan tarafları bağlaması sebebiyle de tahkime benzemektedir.

Müzakereye Dayalı Anlaşma, genellikle uzlaştırma ve arabuluculuk usullerinin sonucunda görüle de bu usullerin bir parçası değildir. Aslında bu usuller başarılı dahi olsalar, müzakereye dayalı anlaşmanın yapılması için mutlaka geçilmesi gereken bir aşama değildirler. Taraflar, önceden bir uzlaştırma veya arabuluculuk sürecine katılmadan da anlaşmaya varabilirler.

İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, müzakereye dayalı anlaşmanın idari uyuşmazlıkların çözümünde yararlı bir ADR usulü olduğunu kabul etmiş ve bu usulün Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerde gerektiği ölçüde kullanılmadığını belirtmiştir.

Uyuşmazlık konusu olan bir idari işlemde müzakereye dayalı anlaşma yapılabilmesi için uyulması gereken bazı ilkeler bulunmaktadır. Her şeyden önce kendilerine uzlaşma yetkisi verilen kamusal merciler, bu amaç için gerekli olan yetkilerle donatılmalıdırlar. Ancak, bu merciler kendilerine ait görevleri yerine getirmemelerine yol açacak ve kamu düzenine ilişkin yükümlülüklerine aykırı olacak bir anlaşma yapamazlar.

Proje Grubu, bir idari merciin borçlu olmadığı bir parayı ödeme konusunda taahhütte bulunamayacağı meselesine, tavsiye kararının ekinde özel olarak değinilip değinilmemesi gerektiğini ayrıca tartışmıştır. Ortak hukuk sistemine dahil olan ülkelerde lütuf olarak (ex gratia) ödemede bulunulması mümkündür. Buna göre ombudsman, kusurlu bir fiil nedeniyle belli bir miktar ödenmesi gerekli olmasa da, idari merciyi ikna ederek ödeme yapılmasını sağlayabilir. Buna karşılık diğer ülkelerde, idari bir merciin belli bir miktar para ödenmesi için yaptığı anlaşmalar hükümsüzdür ve bu durumda idari merciin sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle tavsiye kararında, ülkelerin ulusal mevzuatlarında, idari mercilerin müzakereye

dayalı anlaşma konusundaki yetkileri üzerinde bu gibi bir sınırlandırma yapılmasına izin verilmiş ve bu konuda bir zorlama yapılmamıştır.⁴⁷

4. Tahkim

Tahkim terimi çeşitli anlamlarda kullanılabilir. Bazı resmi metinlerde tahkim, ihtilaflı taraflar arasındaki bir uyuşmazlığı çözmek üzere idari bir merci tarafından alınan yargı dışı kararı içeren bir usulü ifade etmektedir. Ancak bu tanım, verilen karar kesin hüküm (res judicata) etkisine sahip olmadığı için dar anlamda tahkimi kapsamamaktadır.

Dar anlamda tahkim kavramı tartışılabilir olmakla beraber, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, tavsiye kararının amaçlarını da göz önünde tutarak şu tanıma kabul etmiştir: *“Tahkim, bir karar vermek suretiyle belli bir uyuşmazlığı çözmek üzere özel olarak atanan bir veya birkaç kişinin yönetiminde yürütülen, devlet yargısı dışında işleyen yargısal bir usuldür”*.

Tahkim, herhangi bir uyuşmazlığı çözmek amacıyla sözleşmeye konulmuş bir tahkim şartıyla kullanılabileceği gibi, sonradan çıkmış bir uyuşmazlığı çözmek için özel olarak yapılan bir anlaşmayla da kullanılabilir.

Böylece tahkimin iki temel özelliği karşımıza çıkmaktadır. Bunlar, tahkimin sözleşmeye dayanması ve işleyiş şekli itibarıyla yargısal bir usul olmasıdır. Tahkim sözleşmeye dayanan bir usuldür; çünkü, tarafların arasındaki uyuşmazlığı bu yolla çözmelerini öngören hususi bir sözleşme yapmaları sonucunda veya bir sözleşmenin tatbikinden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların hakemlere sunulmasını öngören bir sözleşme şartının sonucunda ortaya çıkar. Bu noktada, bazı ülkelerin yasal düzenlemelerinin, belli türdeki uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin kullanılmasını zorunlu kıldığını belirtmek gerekir.

Tahkim yargısal bir usuldür, çünkü; hakemler, hakim olmasalar bile genel olarak yargısal ilkeleri uygulayarak ve kesin hüküm (res judicata) etkisiyle uyuşmazlığı gerçek bir yargısal hüküm gibi çözen bir karar (arbitral award) verirler. Hakemler, hakimler gibi yargılama yetkisine sahip olsalar da hakimlerden farklı olarak, devlet iktidarını kullanabilme yetkisinden (imperium) mahrumdurlar, yani verdikleri kararın icrasını kendileri sağlayamazlar. Hakem kararı kesin hüküm (res judicata) etkisi nedeniyle taraflar üzerinde bağlayıcı olmakla beraber, tarafların hakem kararına karşı itirazları, sadece mahkemelerin yetkisine giren bir mahkeme kararı vasıta-

⁴⁷ Council of Europe, s. 32.

sıyla etkili olabilir. Ulusal mevzuatlar, bir hakem kararının icra edilebilmesi için mahkeme bu konuda verilecek ayrı bir karara ihtiyaç olup olmadığını belirleyeceklerdir.

Tavsiye kararının ekinde bu şekilde, belli bir amaca mahsus olarak atanmış özel bir hakim gibi görev yapan tarafsız bir üçüncü kişinin müdahalesini içeren tahkim usulünün yargısal karakteri vurgulanmıştır. Bu yaklaşım hakemlerin, gerçek bir hakim gibi etkili olabilecek bir çözüm üretmesini sağlamaktadır. Hakemler taraflarca veya bu amaçla özel olarak yetkilendirilmiş kişiler ya da kurumlarca seçilirler. Hakemlerce sonuçta verilen karar bir mahkeme hükmüyle aynı etkiye sahiptir. Hakem kararı taraflar üzerinde bağlayıcıdır ve genellikle hakem kararı üzerinde davanın esasına yönelik temyiz incelemesi yapılamaz.

Mukayeseli hukukta idare ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde tahkim nadiren kullanılır; fakat tahkimin, özel teknik uzmanlarla birlikte hakemlerin seçilebilme imkanının varlığı gibi çeşitli avantajlara sahip olması, onun kullanılmasını yararlı kılabilir.

Tüm bunlara rağmen, idare hukuku alanında tahkim her zaman uyuşmazlıkların çözümünde alternatif bir usul olarak görülmeli ve kesin ve açık olarak tanımlanmış alanlarda idari yargıya yardımcı bir usul olarak kullanılmalıdır.⁴⁸ Nitekim bu nedenle, tavsiye kararının ekinde, tahkimin kullanılması sırasında uyulması gereken başlıca ilkeler belirtilmiş, özellikle bu yöntemin kullanılmasına yasal olarak izin verilmesi gerektiği ve tahkimin bir idari işlemin hukuka uygunluğu hakkında karar verme amacını taşıması gerektiği açıklanmıştır.

İdari uyuşmazlıkların çözümünde ADR'yi yaygınlaştırmak amacıyla hazırlanan bu tavsiye kararının ekinde yer alan ilkeler, İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu'nun ayrıntılı çalışmaları ve Avrupa Konseyi'ne üye olan çeşitli ülkelerde bu konu hakkındaki durumun özel olarak tahlil edilmesi sonucunda ortaya çıkmıştır. Buna ek olarak, çeşitli uzmanların raporları, 31 Mayıs-2 Haziran 1999 tarihleri arasında Lizbon'da gerçekleştirilen "*İdari merciler ile özel kişiler arasındaki davalara alternatifler, uzlaştırma, arabuluculuk ve tahkim*" konulu çok taraflı konferansta sunulan ulusal raporlar ve bu vesileyle elde edilen sonuçlar değerlendirilmiş ve 22 üye ülkeden alınan anket formları Proje Grubu'nca kaynak olarak kullanılmıştır.

⁴⁸ Doktrinde, idare hukuku alanında tahkimin daha çok uygulanmasının gerekli olduğu haklı olarak vurgulanmaktadır (Zabunoğlu, *Ombudsman*, s. 129).

§ 7. Avrupa Konseyi'ne Üye Olan Bazı Ülkelerde İdari Merciler İle Özel Kişiler Arasındaki Uyuşmazlıklarda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usullerinin Durumu Hakkında Özet Rapor

A. Raporun Kapsamı

Avrupa Konseyi'nin İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu, 1999 ve 2000 yılında “İdari Merciler ile Özel Kişiler Arasındaki Davalara Alternatifler” konulu bir çalışma yaparak, üye ülkelerin kurumlarında idari uyuşmazlıkların çözümünde bazı ADR usullerinin kullanılması imkanını araştırmıştır. Bu çalışmanın bir parçası olarak da Proje Grubu, Portekiz Adalet Bakanlığı'yla ortaklaşa olarak yukarıda zikredilen çok taraflı konferansı gerçekleştirmiştir.

Konferans katılımcıları tarafından kabul edilen sonuçlar, bu konuda sonradan yapılan bir çalışmaya vücut vermiştir. Proje Grubu'nun 14-17 Eylül 1997 tarihleri arasında gerçekleştirilen 12. toplantısında, Lizbon Konferansı'nın sonuçları, üye ülkelerde ve Proje Grubu'nun gözlemlediği ülkelerde, idari mercilerle özel kişiler arasında dava yoluna alternatifler hakkında yapılan bir anket temel alınarak değerlendirilmiştir.

Böylece hazırlanan rapor Andora, Belçika, Bulgaristan, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Kıbrıs, Estonya, Gürcistan, Yunanistan, İzlanda, Moldova, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovakya, Slovenya, İsveç, İsviçre, Türkiye ve Birleşik Krallık'ın söz konusu ankete verdikleri cevaplara ve Lizbon Konferansı'nda, özellikle Finlandiya, Macaristan, İtalya, Litvanya, Malta, İspanya ve eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti tarafından sunulan ulusal raporlara dayanmıştır.

Bu çalışmanın konusu sadece, idari mercilerle gerçek ve tüzel kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözülmesinde, idari yargının görevine giren davaların alternatifleriyle ilgilidir. Bu çalışma, aile hukuku ve ceza hukuku arabuluculuğu gibi diğer hukuk dallarındaki yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarını içermemiştir.

Bu rapor idare hukukunda kullanılacak ADR usullerinden dahili incelemelerle ilgili konulara kasıtlı olarak çok az yer vermiştir. Çünkü bu usul, uyuşmazlıkları önleyici veya dava yoluna alternatif bir yöntem olarak bütün ulusal hukuk sistemlerinde geniş ölçüde kullanılmaktadır. Bu nedenle daha az bilinen ADR usullerini yaygınlaştırmayı amaçlayan bu raporda, dahili incelemeler sınırlı olarak incelenmiştir.⁴⁹

⁴⁹ Bu rapor için bkz., http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Administrative_law_and_justice/

Ülkelerden alınan anket formlarından çıkarılan ilk sonuç üye ülkelerde ve gözlemlenen ülkelerde idare hukukunda ADR usullerinin çok az uygulanmakta oluşudur. Bunun çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin çoğunda günümüzde idari yargı sisteminin oluşumu ve geliştirilmesine öncelik verilmektedir. Mahkemenin yetkilerinin elinden alınmasının mümkün olmadığı Komünist sistemdeki ülkelerde, idari yargı sistemi temel gelişmeyi oluşturmaktadır. Bunun yanında diğer ülkelerde de çeşitli nedenlerle ADR geniş ölçüde kullanılmamaktadır. Bunun nedeni, örneğin Finlandiya ve Norveç'te, genel mahkeme sisteminin tatminkar bir şekilde çalışması ve bu nedenle ADR usullerine az talep olması, Belçika'da uyuşmazlık çözüm sisteminin tarihsel olarak ihtiyaçlara uygun bir şekilde gelişmesi, adil bir yapılanmaya sahip olması ve ADR usullerinin belirli alanlara hasredilmiş bulunmasıdır. Bu nedenle, incelenen ülkelerin çoğunda idari yargıya alternatif usuller, özellikle kamulaştırma işlemleri, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve genel olarak idari sözleşmeler gibi özel alanlarla sınırlı olarak kullanılmaktadır. İdare hukukunda ADR usullerinin genel olarak kullanılmasına ilişkin örnekler oldukça az görülmektedir. Bu örneklerden en iyisi, yeni bir yargı dışı idari çözüm sistemi kuran Litvanya'dır.⁵⁰

Lizbon konferansı sonunda belirtildiği gibi, ADR usulleri uyuşmazlıkları önleyici bir mekanizma olarak veya uyuşmazlıklar ortaya çıktığında onları çözen bir mekanizma olarak kullanılabilir.

B. İdari Merciler İle Özel Kişiler Arasında Uyuşmazlık Çıkmasını ve Dava Açılmasını Önlemek İçin Kullanılan Usuller

Lizbon Konferansı'nın sonuçlarına göre, önleyici usuller esas itibarıyla istişareyle (consultation) ilgilidir. Büyük bir olasılıkla kişilerin itirazıyla karşılaşılacak olan bir karar almadan önce idari merciler, ilgililerle uzlaşmalarını sağlayacak incelemeler, toplantılar ve uzlaştırma ya da arabuluculuk oturumları yapmalıdırlar, fakat nihai karar, hukuka uygun olarak idari mercinin yetkisinde kalacaktır.

Uyuşmazlıkları önleyici usuller, idari işlemlerin hazırlanması veya idari kararların alınması aşamasında kullanılabilirler. Bulgaristan, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovakya ve Türkiye dışındaki pek çok ülkede bu gibi uyuşmazlık önleyici usullerin bulunduğu raporda belirtilmiştir.

⁵⁰ Council of Europe, s. 35.

I. Toplantılar veya İstişare (Hearings or Consultation)

İdari uyuşmazlıklardan sakınmanın en iyi bilinen yolu, idari işlem veya eylemle ilgili olan kişilerle bir toplantı yapmak veya diğer bir istişare biçimi düzenlemektir. Bu usul Andorra, Belçika, Finlandiya, Gürcistan, Moldova, Norveç, Polonya, İsviçre ve Birleşik Krallık'da bulunmaktadır.

Belçika hukuku istişare yolunu ve beraberinde kamu araştırması yapılmasını olanaklı kılmıştır. Buna göre, kamusal merciler bir karar almadan önce halka, neden bu kararı almak istedikleri açıklar ve onlara, fikirlerini beyan ederek karar verme sürecine katkıda bulunma imkanını tanırlar. Kamu araştırması genellikle imar planı, kamu menfaatine ilişkin olarak çevre hukuku düzenlemeleri ve kamulaştırma işlemlerinde kullanılmaktadır. Bazen kamu araştırmasından sonra istişare toplantıları yapılır. Walloon Bölgesel ve Alansal Planlama ve Kültürel Miras Kanunu'nun 4. maddesi, bütün kamu araştırmalarında uygulanacak olan genel ilkeleri belirlemiş ve şu hususlara işaret etmiştir:

- Kamu araştırması en az on beş gün sürmelidir;
- İlgili belgeler herkesin ulaşımına açık olmalıdır;
- Herkes teknik bilgileri araştırabilir;
- Herkes öngörülen süre içinde yazılı görüşlerini sunabilir veya gerekirse araştırma sonunda görüşlerini sözlü olarak beyan edebilir;
- Kararlar aleni olarak açıklanmalıdır;
- İlgili merciler, tartışılan konunun ve diğer istişare biçimlerinin kamuya yayılması için ilave yollar sağlamalıdır.

İstişare yolları esas olarak ekonomi ve istihdam alanında kullanılmaktadır. İstişare, kamu araştırmasından daha iyi kurumsallaşmıştır. Çünkü; istişare yapan kurum ya özel bir kurumdur ya da tek görevi görüş sunmak olan bir komisyondur. Parlamento veya hükümet tarafından danışılan pek çok danışma komitesi bulunmaktadır. Buna örnek olarak, istihdam ve çalışma konusundaki yasal düzenlemelerle ilgili konularda kendisine danışılan Belçika Ulusal İş Konseyi (Belgian Conseil National du Travail) gösterilebilir. Bu konseyin üyeleri ağırlıklı olarak işçi ve işveren kuruluşlarının temsilcilerinden seçilir. Konsey tarafından bildirilen görüşler sadece tavsiye niteliğinde olabileceği gibi, konseyin onayının alınması gereken konularda hükümet üzerinde bağlayıcı da olabilir. Bu istişare (danışma) usulünün faydası, idari karar verme sürecinin muhtevası ve yürürlüğü hakkında daha etkili olarak idari kararın verilmesini kuvvetlendirmesidir.

Finlandiya’da Ormancılık Kanunu (Forestry Act 1996) gibi bazı özel kanunlar, idari mercilerin bireylere danışmasını zorunlu tutmaktadır. Ayrıca, Arazi Kullanımı ve İnşaat Kanunu’nda (Land Use And Building Act 1999) olduğu gibi bazı kanunlarda, belirli bir konuda bir karara varmadan önce, farklı mercilerin birbirlerine danışmasını zorunlu hale getiren düzenlemeler de bulunmaktadır.⁵¹

Daha genel olarak İdari Usul Yasası ve diğer mevzuat, ilgili idari mercilerin, mevcut meseleler halledilmeden önce, idari bir işlem veya eylemden etkilenen kişilerin düşüncelerini araştırmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu, normalde yazılı danışma şeklinde yapılır; ama, uygun olduğu takdirde taraflar arasında müzakere yapılmasıyla da sonuçlanabilir.

Norveç’te 1967 tarihli Kamu İdaresi Yasası (Public Administration Act) bireylerin, özellikle kamu yetkisini kullanan bir kurumun mevcut olduğu hallerde korunmasına ilişkin bir hüküm içermektedir. Bu hüküm, idari bir işlemle ilgili olan bireyin ya da bireylerin belli bir süre içinde bilgilendirilmesi ve onlarla istişare yapılması yükümlülüğünü getirmektedir. İdari merciler ayrıca, bireylere bu konuda yol göstermekle ve alacakları kararı şeffaflık içinde oluşturmakla yükümlüdürler.

Polonya’da 1990 tarihli Yerel Yönetim Yasası (Local Government Act) toplantılar ve istişareyle ilgili hükümler içermekte ve yerel yönetimlerin, yerel yönetimi ilgilendiren bütün önemli sorunlar hakkında vatandaşlarla istişare etmesini zorunlu tutmaktadır.

İsviçre’de federal hukuka göre, kanunlar ve tüzükler kabul edilmeden önce kural olarak, ilgili çevre ile istişare konusu olmalıdır. Buna ek olarak, belirli alanlarda ve özellikle bölgesel planlamalarda herhangi bir işlem onaylanmadan önce federal mevzuat, idari mercilerin geniş bir kamusal katılımı sağlamasını gerektirmektedir. Son olarak, bireylerle ilgili kararlarda hukuk kuralları, özel kişileri, kendilerini etkileyecek bir karar alınmadan önce görüşlerini bildirmeleri konusunda yetkilendirmiştir.

Birleşik Krallık’ta istişare, çok değişik biçimlerde araştırma yoluyla gerçekleştirilmektedir. Araştırma iki ayrı yolla yapılmaktadır. Bunlar, belirli bir hükümet skandalı veya yolsuzluğu gibi özel konuları esas alan tek seferlik (ad hoc) araştırmalar ve daha olağan konuları esas alan düzenli araştırmalardır.

Araştırma geleneksel olarak, hükümetin karar verme sürecinde, öncelikle ilgili kitlelerin görüşlerini öğrenmek amacıyla kullanılmıştır. Araş-

⁵¹ Council of Europe, s. 37.

tırmayı yürüten araştırmacı veya diğer bir kişi, araştırmada elde edilen sonuçlara dayanarak karar verme sürecinde nihai sorumluluğa sahip olan hükümet bakanına tavsiyelerde bulunabilir. Araştırmalar, bilgi sağlama sürecine ve böylece de karar alma sürecine, diğer usullere nazaran daha geniş ölçüde bir katılım fırsatı sunar.

Bununla beraber son yıllarda, bazı önemli araştırma usullerinin (özellikle düzenli araştırmaların) niteliği değişmiştir. Örneğin, imar planı izninin reddine karşı yapılan başvurularda, bir arazi kullanım planı ruhsatının yerel planlama mercisi tarafından reddine karşı yapılan başvurularla ilgili planlama araştırmalarını yürüten araştırmacı, çoğu olayda (yaklaşık % 95) bu planlama başvurusu hakkında nihai kararı verecek merciidir. Bu özel yapıda araştırma süreci, sonucuyla ilgili olarak idari mahkemelerin işlevlerine daha çok benzemektedir.

Araştırmanın muhtevasında da çok değişik usuller bulunmaktadır. Örneğin imar planlarında, başvuruların büyük bir kısmı tam bir araştırma ve herhangi bir toplantı yapılmadan, yazılı belgelere dayanılarak sonuçlandırılmaktadır. Son yıllarda toplantı olarak bilinen daha gayri resmi sözlü süreçler, tam ölçekli araştırmaya bir alternatif olarak sunulmaktadır. Uygulamada dar anlamli araştırmalar, yeni yol projeleri veya yeni hava alanı terminalleri gibi ihtilafa yol açan önemli projelerle sınırlı olarak kullanılmaktadır.

II. Müzakere (Negotiation)

Burada kullanılan anlamıyla müzakere usulü, idare ile bireyler arasındaki uyuşmazlıkları önlemek için kullanılan uzlaştırma ve arabuluculuğu da kapsayan çeşitli görüşme ve tartışma biçimlerini ifade etmektedir. Genellikle üzerinde uzlaşmaya varılan bir çözüm şekliyle sonuçlanan müzakere usulü Belçika, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Yunanistan, İzlanda, İtalya, Polonya ve İspanya'da bulunmaktadır.

Örneğin Estonya'da, Planlama ve İnşaat Yasası, imar planı değişikliklerinden hakları zarar gören kişilerin, ilgili mercilerden yeterli bir tazminat alabileceklerini öngörmüştür. Bu tazminatın miktarı, idare ile birey arasındaki müzakere sonucunda belirlenir.

İzlanda'da idari mercilerin bilgilendirme ve araştırma yükümlülüğü vardır. İzlanda mevzuatı, idarenin bir karar almadan önce bireylere görüşlerini açıklama fırsatı vermesini şart koşmaktadır.⁵²

⁵² Council of Europe, s. 39.

İtalya’da 1971 tarihli ve 865 sayılı Yasa, kamulaştırma konusunda idari merciler ile özel kişiler arasında müzakere yapılmasını düzenlemektedir. Bu yasaya göre, kamulaştırma ihtimali olan malın maliki, ilgili idari merci ile bir sözleşme yaparak malı rızasıyla karşı tarafa temlik edebilir ve böylece daha avantajlı bir tazminata hak kazanabilir. Bununla birlikte, malik mülkiyet hakkını temlik etme konusunda anlaşamazsa, kamulaştırma sürecinin bir parçası olarak, idare tarafından önerilen miktarı reddedebilir ve müzakere aşamasına geçilmesini talep edebilir. Bir anlaşmaya varılırsa, bu anlaşma sözleşme statüsündedir. Polonya’da olduğu gibi, ulusal mevzuatlar genelde kamulaştırma hakkında müzakere yolunu açık tutmaktadır.

İtalya’nın vergi mevzuatı bu konuda diğer bir örnektir. 1977 tarihli 218 sayılı Yasa’ya göre, vergi mükellefleri ödemeleri gereken tutardan daha az bir vergi öderlerse, ilgili idari merci mükelleflerle, onların ödemek zorunda oldukları bakiye miktar konusunda müzakere yapılabilir. Müzakere sonunda yapılan anlaşma resmi bir karar olup, mahkemede reddedilemez.

Çek Cumhuriyeti’nin 1967 tarihli İdari Usul Yasası’na göre, idari merciler vatandaşların yasal düzenlemelere ilişkin bilgi eksikliği yüzünden yargılamada herhangi bir zarara uğramamaları amacıyla, vatandaşlara usul hakkında yardımcı olmalı ve tavsiyede bulunmalıdırlar. İdari merciler uyuşmazlığın mahiyeti izin verdiği takdirde her zaman, uyuşmazlığı uzlaştırma yoluyla çözmeye gayret edeceklerdir. İdari Usul Yasası, yargılamanın tarafları arasında dostane çözüm yolunu öngörmektedir. Yetkili idari merciler, ihtilaflı durumun imkan tanınması ve yasal düzenlemelerle veya kamu menfaatiyle çatışmaması halinde, uzlaşma sonucunda varılan çözümü kabul ederler. Uzlaşmayla ulaşılan çözüm, bu çözümü uygulayacak merci tarafından onaylanmalıdır. Çek mevzuatında, 1979 tarihli Fiziksel Planlama ve İnşaat Hukuku Yasası’na göre bir arazinin kamulaştırılması, ancak kamulaştırılacak mal hakkında anlaşmaya varılmasını amaçlayan müzakerelerden sonra idari işlemle emredilebilir.

C. İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Lizbon Konferansı’nın sonunda, idari uyuşmazlıkların yargı dışı çözüm yolları olarak dahili incelemeler, uzlaştırma ve arabuluculuk sayılmıştır. Uzlaşmaya dayalı anlaşma ve ombudsman bu listeye eklenebilir. Bu ADR usulleri her ülkenin hukuk sistemine göre değişebilmektedir. Avrupa ülkelerinin tamamı, dahili idari incelemeyi kabul etmiş olsalar da, bu uzlaştırma ve arabuluculuk usullerinden farklıdır.

I. Dahili İdari İncelemeler (Internal Administrative Reviews)

Dahili çözüm yolları Andorra, Belçika, Bulgaristan, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Gürcistan, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Moldova, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, İsviçre, Birleşik Krallık'ta bulunmaktadır.

Genel olarak, ihtilaflı idari eylem ya da işlemi yapan idari merci tarafından yönetilen incelemeler ile, daha üst dereceli bir merciin görevli olduğu incelemeler arasında ayırım yapılmaktadır. Bulgaristan, Romanya ve Türkiye⁵³ gibi bazı ülkelerde idari dava açmadan önce böyle bir dahili incelemenin yapılması zorunludur. Buna karşılık dahili incelemeler, Finlandiya ve İsviçre gibi diğer ülkelerde, yargısal yollar tarafından aşama aşama uygulanan bir nitelik taşımaktadır.

Finlandiya'da, özellikle vergilendirme, sosyal güvenlik ve belediye hizmetleri alanında olmak üzere, genel dahili incelemelere paralel düzeltici bir sistem uygulamaya konulmuştur. Bu idari bir süreç olup, hatalı karar vermiş olan merciin hatasını bizzat düzeltmesini veya hiyerarşik olarak daha üst düzeydeki bir merciin, kendisine yapılan bir başvuru neticesinde işlemde düzeltme yapmasını içerir.

Rusya Federasyonu'nda her birey, hak ve özgürlüklerini ihlal eden eylem ve işlemlere karşı doğrudan mahkemeye veya denetleyici bir merciye, yerel merciye, bakanlığa, ilgili bir kamu kurumuna veya bir devlet

⁵³ İdarî Yargılama Usulü Kanunu'muzda, idarî dava açmadan önce idareye başvurarak, iptali istenen idarî işlem hakkından dahili inceleme yaptırılması mümkündür. İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesine göre, ilgililer tarafından idarî dava açılmadan önce, idarî işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idarî dava açma süresi içinde istenilebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idarî dava açma süresini durdurur. İlgililerin dava açmadan önce idareye itirazda bulunması zorunlu değildir; ama, itirazda bulunarak anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüşmesinin önlenmesi mümkündür.

Benzer şekilde, idarî işlem veya eylemlerden dolayı hakları ihlâl edilmiş olanların tam yargı davası açmadan önce idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini (yani zararlarının tazmin edilmesini) istemeleri mümkündür. Üstelik, idarî eylemlerden doğan tam yargı davalarında, kanunun öngördüğü süre içinde idareye başvurarak bir ön karar alınması zorunludur. Bu başvurunun amacı, idareyle vatandaşın uzlaşmalarının sağlanması, idarenin tavrının belirlenmesi, tarafların ödenecek tazminat miktarı üzerinde anlaşarak aralarındaki anlaşmazlığı uyuşmazlığa dönüştürmeden sona erdirmeleridir. Ancak, ülkemizde ADR ile ilgili gerekli yasal düzenlemeler, idareyi ADR'ye teşvik eden ve ADR'nin kullanılmasını kolaylaştıran açık hükümler bulunmadığından ve bu konuda gerekli eğitim verilmediğinden, uzlaşma olanağı teorik açıdan mümkün olmakla beraber uygulamada gerçekleşmemektedir (Gözübüyük-Tan, s. 615). Dokt-

memuruna başvurma hakkına sahiptir. İdari merci, mevcut delilleri değerlendirmek amacıyla uyuşmazlığı adil, kapsamlı ve tarafsız bir şekilde inceler. Ortada suç teşkil eden bir eylem varsa, dava mahkemeye havale edilir.

İsviçre’de, mahkemede dava açmadan önce, idari işlemlerle ilgili uyuşmazlıkların çözülmesi için devlet dairelerinin müdahalede bulunabildiği bir itiraz usulü mevcuttur.⁵⁴

II. Uzlaştırma (Conciliation)

Lizbon Konferansı’nın sonuçlarına göre, uzlaştırma, tarafların bir anlaşmaya varabilmeleri için, onları birbirlerine yaklaştırmak amacıyla müdahale eden üçüncü kişinin bulunduğu bir usuldür. Arabuluculukta da üçüncü bir kişinin katılım ve müdahalesi söz konusudur; fakat, arabulucunun işlevi, taraflara çözüme ilişkin bağlayıcı olmayan görüş ve tavsiyeler verebilmesi nedeniyle uzlaştırıcıdan biraz farklıdır.

Uzlaştırma ve arabuluculuk, Belçika, Hırvatistan, Estonya, Macaristan, İtalya, Letonya, Portekiz ve Slovenya’da mevcut olduğu için idare hukuku alanında bilinmeyen ADR usulleri değildirler.

Belçika’da uzlaştırma genel olarak uygulanan bir usul olmasa da, hukuk sisteminin bir parçasını oluşturmaktadır. Uzlaştırma, farklı yaklaşımlara dayanan özel kurallarla yönetilir. Uzlaştırma, idari sözleşmeler alanında görüldüğü üzere, ihtiyari bir yol olabileceği gibi, bir uyuşmazlığın mahkemeye sevk edilmesi için başvurulması zorunlu bir ön koşul da olabilir. Taraflar arasında uzlaştırma sonunda bir anlaşma yapılırsa, derdest olan dava ya tamamen ya da tarafların üzerinde uzlaşmaya vardığı hususlarla sınırlı olarak kısmen bitirilebilir.

rinde bu husus Duran tarafından şu şekilde belirtilmiştir: “.... gerek iptal hükmünden sonra, gerek idarî eylemden dolayı tazminat talebiyle idareye başvurulması usulü, Türk hukukunda pratik bir fayda ve olumlu bir sonuç sağlayamaz. Zira, devlet ve kamu tüzel kişilerini borçlandırmaya yetkili olan makamlar idarî teamül ve tatbikatımıza göre, tazminat taleplerini kabulden hazer ve imtina eder; kabule temayül etseler bile, bütçelerinde bunu karşılayacak tahsisat bulunmadığından, tahakkuk ve tediye ettiremez. Filhakika, kamu bütçelerinde bu kabil borçlar için sadece ‘mahkeme masrafları’ ve ‘geçmiş yıllar ilamlı borçları’ bölümleri vardır ki, bu tahsisattan ancak hükme bağlanmış tazminat alacakları ödenebilir” (Duran, Lütfi, “İdarî İşlemden Sorumluluk, İptal Davası-Tam Yargı Davası”, *İÜHFM* 1967/3-4, s. 3-26, s. 24).

⁵⁴ Council of Europe, s. 41.

Estonya’da kamulaştırma işlemlerinde, kamulaştırılan malın malikine ödenecek kamulaştırma bedelinin belirlenmesine olanak tanıyan bir uzlaştırma usulü bulunmaktadır.

Macaristan’da 1957 tarihli Genel İdari Usul Kuralları Hakkında Kanun’un 38. maddesi, bir hukuki ilişkinin mahiyetinin uygun olması halinde, idari mercilerin bir karar almadan önce ilgili taraflarla anlaşmaya çalışmasını düzenlemektedir.

İtalya’da kamu sektöründeki iş uyuşmazlıklarında uzlaştırma usulü yer almaktadır. İşverenler mahkemeye başvurmadan önce, ilgili ildeki iş bürosunda uzlaştırma sürecine katılmak zorundadırlar. Her iş bürosunda, büro yöneticisi, işçi temsilcisi ve kamu kurumu temsilcisinden oluşan bir uzlaştırma heyeti bulunur. Uzlaştırma süreci, tarafların eşitliği ilkesine uymak zorundadır. Taraflar anlaşmaya varırsa, anlaşmanın koşullarını belirleyen bir rapor hazırlanır ve bu rapor icra edilebilir. Taraflar kendi başlarına anlaşmaya varamazlarsa, uzlaştırma kurulu, arabuluculuğa benzeyen bir süreç başlatarak bir uzlaşma önerisi hazırlar. Taraflar bu öneriyi reddederse, bu durum hazırlanacak bir raporda belirlenir ve bu rapor, sonradan başlatılacak yargı sürecinde dava dosyasına koyulur. İşçiler, uzlaştırma sürecinden 180 gün içinde sonuç alınamadığı takdirde mahkemeye müracaat edebilirler.⁵⁵

Buna benzer bir sistem, idari sözleşmelerle ilgili olarak Portekiz’de bulunmaktadır. Bir idari sözleşmenin geçerliliği, yorumu veya uygulanmasıyla ilgili olarak herhangi bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa, bu uyuşmazlık mahkeme önüne götürülmeden önce uzlaştırma girişiminde bulunulmalıdır. Bu uzlaştırma girişimi, Kamu Hizmetleri ve Ulaştırma Konseyi’nin başkanının veya diğer bir üyesinin başkanlığında, taraf temsilcilerinden ve Sosyal Kamu Hizmetleri Bakanlığı’na eklenen bir danışma kurumundan oluşan bir komisyon önünde gerçekleştirilir.

Son olarak Slovenya’da, idareye karşı dava açmak isteyen özel kişilere, hazine avukatları tarafından yargı dışı bir uyuşmazlık çözüm usulü önerilmektedir. Dava açmadan önce yapılması gereken bu ADR teklifi 30 gün içinde cevaplandırılmalıdır. Bu ADR süreci hukuk davalarında, ceza davalarında ve idari davalarda olmak üzere bütün alanlarda uygulanmaktadır.⁵⁶

⁵⁵ Ragonesi, Vittorio, “Conciliation in the Context of Disputes between Administrative Authorities and Private Parties” (*Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 131-134), s. 133.

⁵⁶ Council of Europe, s. 43.

III. Arabuluculuk (Mediation)

Arabuluculuk, Belçika, Estonya ve Litvanya’da idari uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmaktadır.

Belçika’da arabuluculuk kurumu, özerk kamu kuruluşları yanında hem kamu kurumlarında hem de özel kurumlarda bulunmaktadır. Arabulucuların sorumlulukları ve müdahale yetkilerinin kapsamı olaydan olaya değişmekle beraber, bütün arabulucular bağımsız kişiler olup, devlet kurumlarından ve mahkemelerden farklı yetkilere sahiptirler. Arabulucuların görevi, sadece taraflar arasında yargı dışı uyuşmazlık çözümü için çaba göstermek değil; fakat taraflara bilgi sunmak, onlar için araştırma yapmak ve onlara tavsiyelerde bulunmaktır. Belçika’da birlikte çalışan ve görevleri ombudsmana benzeyen iki ayrı federal arabulucu bulunur. Bunlar, Fransızca konuşan arabulucu ile Hollandaca konuşan arabulucudur.⁵⁷

Estonya’da arabuluculuk kamulaştırma alanında uygulanmaktadır. Kamulaştırılan taşınmazın bulunduğu ilçenin mülki amiri, en fazla iki hafta içinde, ödenecek kamulaştırma bedeli üzerinde anlaşılmasını sağlamak amacıyla tarafları arabuluculuğa davet edebilir.

Litvanya, idari uyuşmazlıkların yargı dışı çözümünde genel sistem için den çok az örnek sunmaktadır. Litvanya’nın yeni kurulan sistemi bazı davalar dışında şikayetçilere, uyuşmazlıkların çözümünde dava yoluna başvurmakla ADR’ye başvurmak arasında başlangıçta bir seçme hakkı vermektedir. Bununla beraber, şikayetçiler ADR’yi tercih etseler de, ADR süreci tamamlanıldığında idari yargıya başvurma hakkına sahip bulunmaktadırlar.

Litvanya’da belirli alanlarda mevcut olan özel bir sistem ve genel bir sistem olmak üzere iki tür ADR sistemi bulunmaktadır. Genel sistem üç aşamalı idari uyuşmazlık komitelerinden oluşur. İlk aşama mahalli düzeyde olup, yerel komitelerin kurulmaması yüzünden henüz oluşturulamamıştır. Bununla birlikte, bölgesel ve ulusal komiteler faaliyettedir. Bu komiteler dört yıllık bir süre için ve beş üyeli olarak hükümetçe kurulmuştur.

Aralarında hiyerarşik bir ilişki olmayan bu komiteler, bireysel idari kararları ve idari mercilerin belli bir kararı almayı reddetmelerini veya geciktirmelerini inceleme yetkisine sahiptirler. Bu komitelerin görevi dışında kalan uyuşmazlıklar kanunla belirlenmiştir.⁵⁸

⁵⁷ Prasman, Hrisanti, “The Situation in Belgian Law” (*Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 107-115), s. 111.

⁵⁸ Lapinskas, Keštutis, “Pre-Judicial Settlement of Administrative Disputes in Lithuania” (*Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 135-138), s. 137.

Komiteler ilgili idari merciin idari kararları tamamlamasını veya belirli bir süre içinde ihlale son vermesini emredebilirler; ama, uygulamanın yapılması ilgili merciin iyi niyetine bağlıdır. Komitenin kararı ihtilaflı ise, uyuşmazlık mahkemeye intikal ettirilir. Bu sistem çok yenidir ve bu nedenle sistemin olumlu ya da olumsuz yönlerini tam olarak değerlendirmek için çok erkendir. Ancak bu sistemin faydalarından biri, sadece yedi adet idare mahkemesi olan bir ülkede bölgesel hizmet sunacak olmasıdır.

Son olarak Romanya’da, idare hukukunda uzlaştırma ve arabuluculuk henüz kullanılmamasına rağmen, yakında kabul edilecektir. Uyuşmazlıkların arabuluculukla çözülmesini öngören bir yasa taslağı hazırlanmıştır. Bu taslak idari davalar ile hukuk ve ceza davalarını kapsayacak, idari mercilerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların arabuluculukla çözümünde özel hükümler içerecektir.

IV. Müzakereye Dayalı Anlaşma

Lizbon Konferansı’nın sonuçlarına göre Müzakereye Dayalı Anlaşma, tarafların karşılıklı olarak anlaşarak uyuşmazlığı bitirmek suretiyle yaptıkları bir sözleşmedir. Bu yapısıyla müzakereye dayalı anlaşma, genellikle bir uzlaştırma ya da arabuluculuk sürecinin sonucudur ve idari uyuşmazlıkların çözümü kadar önlenmesine de hizmet eder. Müzakereye dayalı anlaşmanın bu raporda zikredilmesinin nedeni, Belçika, Portekiz, İspanya ve İsviçre gibi belirli ülkelerin mevzuatlarının veya içtihat hukukunun (case law) açıkça idari mercileri bu tür anlaşmaları yapmakla yetkilendirmiş olmasıdır.

Müzakereye Dayalı Anlaşma’nın en açık örneklerinden biri İspanya’nın 1992 tarihli, kamu mercilerini ve idari usulü yöneten yasal düzenlemeler hakkındaki kanundur. Bu kanun, kamu düzenine aykırı olmaması, üzerinde anlaşma yapmaya elverişli olmayan konularla ilgili olmaması ve kamu yararına uygun olması şartıyla, kamu kurumlarına özel veya kamusal kişi ya da kurumlarla, resmi veya gayri resmi anlaşmalar ve sözleşmeler yapma yetkisi vermiştir.⁵⁹

V. Ombudsman

Ombudsman, Andorra, Belçika, Gürcistan, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Macaristan, İzlanda, Malta, Moldova, Norveç, Polonya, Portekiz, Ro-

⁵⁹ Council of Europe, s. 45.

manya, Slovenya ve Birleşik Krallık gibi pek çok Avrupa ülkesinde değişik isimler altında bulunan bir kurumdur. Ombudsman genel yapısı itibariyle, teknik anlamda bir uzlaştırma veya arabuluculuk kurumu değildir. Ombudsmanın görevi vatandaşların haklarını korumak ve idari mercilerin işlemlerini denetlemektir. Ombudsman nadiren de olsa, idari mercilerle bireyler arasındaki uyuşmazlıkların önlenmesinde veya çözülmesinde bir arabulucu gibi çalışabilir ve dava açılmasını gereksiz hale getirebilir.

Andorra'da "*Raonador del Ciutad *" 1998'de kurulmuş olan bir çeşit arabulucudur. Bu arabulucunun görevi, kamu kurumlarının işlemlerini denetlemek, genel olarak kamu yararı amacına uygun hizmet edilmesini, hiyerarşi, verimlilik, şeffaflık, anayasaya ve yasalara tam olarak uygunluk ilkelerine uyulmasını sağlamaktadır. "*Raonador del Ciutad *" tarafından faaliyetleri sırasında kabul edilen çözümler bağlayıcı değildir.

Belçika'da, yukarıda da ifade edildiği gibi biri Fransızca konuşan, diğeri Hollandaca konuşan iki federal arabulucu bulunur. Her iki arabulucu da heyet halinde çalışır ve Parlamento tarafından yenilenmesi mümkün olan altı yıllık bir dönem için atanır. Bu arabulucuların üç temel görevi vardır;⁶⁰

1. Federal idari mercilerin eylem ve işlemleriyle ilgili talepleri incelemek. Bu yapıda federal arabulucular, şikayet olunan merci ile şikayetçiye uzlaştırmaya çalıştıklarından dar anlamda arabuluculuk görevi üstlenirler.

2. Parlamentonun talebi üzerine federal idari mercilerin eylem ve işlemlerini incelemek;

3. Federal idari mercilerin eylem ve işlemleri hakkında tavsiyelerde bulunarak rapor sunmak.

Şikayetlerin arabuluculara sunulmasında herhangi bir şeklilik veya ücret bulunmamaktadır. Arabuluculara şikayette bulunulması, idari dava açmak için geçilmesi zorunlu olan bir ön aşama olmayıp, genel bir seçenektir. Buna karşılık, bir ADR süreci ile bir dava süreci aynı anda başlatılamaz. 22 Mart 1995 tarihli yasanın belirttiği gibi, uyuşmazlık dava sürecine veya resmi bir idari başvuruya konu olursa, arabulucular şikayetin incelenmesini ertelemelidirler. Mahkemede açılan dava dosyasının işlemde kaldırılması veya davanın geri alınması durumunda ya da dava sürecinin sona ermesini takiben, şikayetin arabulucular tarafından yeniden ele alınması mümkündür. Arabulucular, hak düşürücü bir süre içinde itiraz edilmesi gereken ve ilgili sürenin sona ermesini müteakiben kesinleşmiş olan idari kararlara

⁶⁰ Prasman, s. 112.

ilişkin şikayetleri de inceleyebilir ve mahkeme kararlarının icrasıyla ilgili bir sorun çıkması durumunda da müdahale edebilirler.

Bir uyuşmazlığın arabuluculuğa havale edilmesi, o uyuşmazlıkla ilgili olarak idari dava açma veya resmi bir idari başvuruda bulunma süresini kesmemekte ya da süreyi durdurmamakta; bu nedenle da şikayetçiler dava yoluyla ADR yolları arasında bir seçim yapmak zorunda bırakılmaktadırlar. Federal arabulucular, arabuluculuğun kullanılabilirliğini ve yararını azaltan bu durumdan şikayet etmektedirler.

Çek Cumhuriyeti'nde Parlamento Ombudsmanı'nı kuran yasa 1999 yılı sonunda kabul edilmiş ve 2000 yılında ilk ombudsman seçilmiştir.

Finlandiya'da benzer yetkilere sahip olan iki kurum bulunmaktadır. Bunlar, Parlamento Ombudsmanı ve Adalet Bakanı'dır (Chancellor of Justice). Parlamento Ombudsmanı 1920 yılında kurulmuş olup, Parlamento tarafından dört yıllık bir dönem için atanır ve iki yardımcı ombudsmana sahiptir. Bu ombudsman, bir kamu görevi icra edilirken hukuk kurallarına uyulması ve gerekli görevlerin yerine getirilmesi bakımından hukuk mahkemelerini, diğer mercileri ve memurları, kamu görevlilerini ve diğer kişileri denetler, temel hak ve hürriyetler ile insan haklarının korunmasını gözlemler. Hükümetin Adalet Bakanlığı bürosu 1919'da kurulmuştur ama, bu büronun kökleri 1713'e dayanır. Adalet Bakanı, Cumhurbaşkanı tarafından belli bir süre için atanır. Aynı şekilde bir Adalet Bakanı Vekili ve Adalet Bakanı Vekiliyle münavebeli olarak (beş yıllık bir dönem için) çalışacak bir vekil yardımcısı atanır. Anayasa'ya göre, Adalet Bakanı'nın görevleri ombudsmanın görevleriyle aynıdır. Buna ek olarak Adalet Bakanı, hükümeti izleme ve onun hukuk danışmanı olarak hareket etme görevine de sahiptir.⁶¹

Ombudsman ve Adalet Bakanı, özellikle idari mercilerin gözetimi konusunda bir ölçüde birbiriyle çakışan görevlere sahiptirler. Parlamento Yasası'nda belirlenen görev ayrımına göre ombudsman, silahlı kuvvetler, sınır muhafızları, güvenlik personeli, askeri mahkeme yargılaması, ceza evleri ve diğer bazı kurumlar üzerinde görevlidir. Her iki kurum da idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetler ve buna ilaveten, idari işlemlerden kaynaklanan vatandaş şikayetlerini inceler. Vatandaşlar şikayetlerini her iki kuruma da iletebilirler.⁶²

⁶¹ Niemivuo, Matti, "Some Remarks on Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties in Finland" (*Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 117-126), s. 121.

⁶² Council of Europe, s. 47.

Finlandiya, Tüketici Ombudsmanı veya Eşitlik Ombudsmanı gibi çok sayıda özel ombudsmana da sahiptir. Bu özel ombudsmanların görevleri sadece, görev alanlarına giren bireysel uyuşmazlıkları incelemek değildir; fakat aynı zamanda, tavsiye vermek, danışmanlık yapmak, vatandaşlara bilgi vermek ve ilgili mevzuat ile bu mevzuatta yer alan hak ve yükümlülüklerin uygulanmasını sağlamaktır. Bundan başka özel ombudsmanlar, yetkili oldukları sektörle ilgili mevzuatın gelişmesini de gözetirler. Bazı ombudsmanlar yargılama sürecinde danışman olarak da çalışırlar.

Tüketici Ombudsmanı dışındaki özel ombudsmanların görevi genellikle tavsiye ve fikir vermek şeklinde olup, kendi mevzuatlarının amaçlarıyla sınırlıdır. Bu ilişkide aleniyetin doğru kullanılması oldukça önemli bir işleve sahiptir. Bireysel uyuşmazlıklar hakkında özel ombudsmanın verdiği karar bağlayıcı olmayıp tavsiye edici niteliktedir. Parlamento Ombudsmanı'ndan farklı olarak özel ombudsmanlar, yerine getirilmesi gereken herhangi bir emir verme yetkisine sahip değildirler.

Macaristan'da 1995 yılında ombudsman olarak görev yapan bir Parlamento Komiseri kurulmuştur. Bu komiserin görevi, anayasal hakların ihlaline ilişkin şikayetleri araştırmak ve hukuka aykırılığın giderilmesi amacıyla genel veya özel işlemler başlatmaktadır. İdari mercilerle vatandaşlar arasında bir arabulucu olarak hareket eden Parlamento Komiseri bir idari kararın iptaline karar verememekle beraber, karadaki hukuka aykırılığı gidermek için şu imkanlara sahip bulunmaktadır;

- Çok geniş kapsamlı araştırma yetkisine sahip olarak, ihtilaflı idari işlemin geri alınmasını veya değiştirilmesini sağlamak;

- Hiyerarşik olarak daha üst düzeydeki idari merciye başvurarak (hiyerarşik başvuru) alt idari merciin işleminin düzeltilmesini istemek;⁶³

- Diğer kamu mercileri önünde herhangi bir hukuki denetim veya yargılama sürecini başlatmak. Örneğin; Anayasa Mahkemesi'nde dava açmak ya da Savcılık teşkilatını harekete geçirmek.⁶⁴

Macaristan'da 1993 yılında kişisel bilgilerin ve azınlıkların ulusal ve etnik haklarının korunmasından sorumlu olan iki özel görevli komiserlik kurulmuştur.

⁶³ Hiyerarşi hakkında bilgi için bkz., Günday, s. 71.

⁶⁴ Szente, Zoltán, "National Report of Hungary, Alternatives to Litigation: needs and barriers" (*Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 127-129), s. 128.

İzlanda’da ombudsman, merkezi ve yerel idari mercilerin kararlarına karşı vatandaşlarca yapılan şikayetleri incelemektedir. Ombudsman, vatandaşın hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği kanaatine varırsa, yetkili idari merciye tavsiyede bulunarak, kararını değiştirmesini veya düzeltmesini önerir.

Norveç, Romanya, Slovenya ve Portekiz (Provedor de Justiça) ombudsmanları da benzer işlevlere sahip bulunmaktadır.

Moldova’da, Parlamento tarafından beş yıllık bir dönem için atanan üç Parlamento Ombudsmanı bulunur. Bu ombudsmanların görevi, merkezi ve yerel idari mercilerin, özel ve kamusal kurumların ve yüksek düzeydeki bütün kamu görevlilerinin Anayasal hak ve özgürlüklere saygılı olmasını gözetmektir. Parlamento’nun, Cumhurbaşkanı’nın ve Hükümet’in karar ve işlemleri, ceza davaları, idari cezalar ve iş hukuku bu ombudsmanın yetki alanının dışındadır.⁶⁵

Birleşik Krallık’ta ombudsman yaygın bir uygulamaya sahip olup, çeşitli alanlarda görev yapan özel ombudsmanlar bulunmaktadır.⁶⁶

D. İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Yargısal Usuller

I. Ortak Hukuk (Common Law) Ülkelerinde Mahkemeler

İdari uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan ve en iyi bilinen temel alternatif yargısal usul olan tahkimi incelemeye geçmeden önce, ortak hukuk ülkelerinde ve özellikle Birleşik Krallık’taki duruma bir göz atmak gerekir. Birleşik Krallık’ta, devlet ile vatandaş arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde çok çeşitli idari yargı kurumları bulunmaktadır. Mahkemeler (tribunals) olarak adlandırılan bu bağımsız yargılama mercileri, genel mahkemelerle aynı ilkelere sahiptirler ve onların yerine geçerler. Avrupa’nın pek çok ülkesinde “tribunal” ismi, genel mahkeme sisteminin açıkça parçası olan kurumlara verilmektedir. İngiltere’de ise “tribunal” ismi daha farklı bir anlama sahip olup, münhasıran genel mahkeme sisteminin dışında kalan kuruluşlar için kullanılır.⁶⁷ Bu mahkemeler, sosyal haklar, istihdam veya göç gibi farklı alanlarda bulunmakta ve genel mahkemelerle mukayese edildiğinde daha basit, daha esnek bir usule ve daha ucuz bir uyuşmazlık çözümüne sahip bulunmaktadır.

⁶⁵ Council of Europe, s. 49.

⁶⁶ Birleşik Krallık’taki ombudsman hakkında bkz., yuk. § 4.

⁶⁷ Partington, s. 65.

Birleşik Krallık'ta ADR'nin gelişmesindeki süreklilik ve mahkemelere ADR usullerinin kullanılmasını teşvik etme görevi yükleyen yeni hukuk usulü yasasının 1999 yılında kabul edilmesi,⁶⁸ hükümeti genel olarak bu ADR usulleri ve özellikle ADR usulleriyle mahkemeler arasındaki ilişkiler hakkında bir sistem geliştirmeye yöneltmiştir. Bu amaçla bir tartışma kitabı ile bir pilot proje hazırlamıştır.

Tartışma kitabı, ücretsiz projelerin varlığına rağmen ADR usullerinin kullanımının az olmasının nedenlerini ve ADR'nin kullanımının hükümetçe nasıl teşvik edilebileceğini araştırmıştır. Ayrıca bu kitap, kullanılan ADR usullerini tanımlamış ve ADR'nin kullanılmasına uygun olan dava türlerini belirlemiştir.

Adalet Bakanı kural olarak bu konudaki pilot projelerin başlatılmasını kabul etmiş ve bazı konuların denenmesi için bu projeler başlatılmıştır. 2000 yılının Mayıs ayında İngiltere ve Galler'deki mahkemelerin kapsamlı bir şekilde incelemesini yapacak bir komisyon oluşturulmuş ve bu incelemenin sonuçları 2001 yılının Mart ayında açıklanmıştır.⁶⁹

II. Tahkim

Ortak hukuk ülkeleri dışında Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerin çoğunda bilinen yegane alternatif yargısal usul tahkimdir. Lizbon Konferansı'nın sonuçlarına göre tahkim, kesin hüküm (res judicata) teşkil eden resmi bir karar vermek suretiyle uyuşmazlığı çözmekle görevlendirilen özel olarak atanmış hakemlerden oluşan yargısal bir usuldür.

Polonya'da tahkim özel bir devlet mahkemesince yürütüldüğünden, yukarıdaki tanım çerçevesinde tahkimin varlığından söz edilemez.

Tahkim, idare ile bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde nadiren kullanılmaktadır. Bazı ülkelerin mevzuatları tahkimi açıkça bu tür ihtilafların dışında tutmaktadır. Örneğin Belçika'da, Medeni Kanun'un 1676. maddesinin 2. fıkrası, uluslararası bir anlaşma veya özel bir yasa hükmüyle açıkça izin verilmedikçe, kamu hukuku tüzel kişilerinin -federal merciler, bölgesel ve diğer kamu kurumları- tahkime başvurmalarını ya-

⁶⁸ Birleşik Krallık'ta yürürlüğe giren yeni Hukuk Usulü Kuralları için bkz., Lord Chancellor's Department, *Civil Procedure Rules: Practice Directions, Pre-Action Protocols and Forms*, London 2000; *Blackstone's Guide to The Civil Procedure Rules*, Ed-in-Chief: Charles Plant, London 1999.

⁶⁹ Council of Europe, s. 50.

saklamaktadır.⁷⁰ Aynı durum tahkimin, 1992 tarihli Tahkim Kanunu'nun 967. maddesiyle özel hukuk uyuşmazlıklarına hasredildiği Finlandiya'da da geçerlidir.

Çek Cumhuriyeti'nde tahkim bugüne kadar yalnızca özel hukuk alanında uygulanmıştır. Buna karşılık, çalışmaları sürmekte olan kamu idaresi reformuyla, merkezi ve yerel kamu idaresini, idari usulü ve idari yargıyı düzenleyen yeni kanunlar hazırlanmaktadır. İdari Usul Yasası'nın taslağında dostane çözüm ilkesi kabul edilmiştir. Yeni Kanun'a göre imar planlarında ve imar hukukunda, arazi kullanımıyla ilgili uyuşmazlıkların çözümünde zorunlu dostane çözüm ve tahkim yolu önerilmektedir.

İzlanda'da tahkim bulunmamakla birlikte,⁷¹ ihtilaflı tarafların bir tahkim sözleşmesi yapmaları mümkündür. İdari merciler, akdi tahkim hükümleri hakkında ayrıntılı düzenlemeler oluşturmamışlardır.

Belirli ülkelerde tahkim özel alanlarda kullanılmaktadır. Estonya'da endüstriyel mallar gibi çeşitli özel alanlarda kurulmuş başvuru komiteleri mevcuttur. Endüstriyel mallara ilişkin başvuru kurulu, Ekonomi İşleri Bakanlığının bünyesinde çalışmakta ve patent bürosunun kararlarına karşı yapılan itirazları incelemektedir. Kendisine yazılı olarak başvurulmuş kurul, patent bürosunun kararlarını iptal edebilir ve patent başvurusunun yeniden incelenmesini isteyebilir. Kurul kararını, başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde vermelidir ve kurulun kararına karşı mahkemede dava açılabilir.

İtalya'da kamu hizmetleri alanında, mahkemelerin yerine geçen bir yargısal merci olan tahkim kurulu bulunmaktadır.

Portekiz'de devlet veya diğer kamu kurumları, özel bir yasa hükmüyle izin verildiği takdirde veya özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuş-

⁷⁰ Carle, Georges, "Belgium" (*Dispute Resolution Methods, The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1994*, London 1995, s. 79-87), s. 84.

⁷¹ İzlanda'da bütün ADR usulleri uygulanmakta; özellikle tahkim belirli alanlarda yaygın bulunmaktadır. 53 sayılı ve 1989 tarihli Tahkim Kanunu, tahkim usulünün genel hükümlerini düzenlemektedir. Tahkim yanında uzlaştırma ve arabuluculuk da önemli bir uygulamaya sahiptir. Günümüzde bölge mahkemelerinde, ihtilaflı taraflar arasında uzlaştırma girişiminde bulunulması, bölge hâkimleri için bir yükümlülük haline getirilmiştir. Benzer şekilde, işçi ve işverenler arasındaki ücret uyuşmazlıklarının çözümü, bir kamu görevlisi olan Devlet Arabulucusu tarafından yönetilmektedir. Arabuluculuk iş hukuku yanında, bu ölçüde olmasa da, ticaret hukukunda da kullanılmaktadır (Petersen, Othar Örn-Gislason, Erlendur, "Iceland", *Dispute Resolution Methods, The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1994*, London 1995, s. 237-256, s. 238).

mazlıkların varlığı halinde tahkim sözleşmesi yapabilirler.⁷² Ayrıca, İdari Usul Yasası da, idari sözleşmelerin tahkim şartı içermesine izin vermektedir. Bu hükümlere göre bir kaç çeşit idari uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi mümkündür. Örneğin; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine tahkim şartı koyulmaktadır. Portekiz’de dikkat çeken bir düzenleme, 1993 yılında çıkarılan 237 sayılı Yasa’yla, kamu hastanelerinde kan naklinden sonra kendilerine AIDS bulaşan hemofili hastalarının tazminat talepleri hakkında bir hakem mahkemesi oluşturulmasıdır. Yasa’ya göre, başvuru sahibi uyuşmazlık çözümünde tahkimi olağan mahkemelere tercih ettiği takdirde, devlet bu yolu kabul etmeye mecburdur.

Portekiz’de halen, idari sözleşmelerle, kamu mercilerinin sorumluluğuyla ve kamu hizmetleriyle ilgili belirli konulardaki idari uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin kabul edildiği bir yasa taslağı hazırlanmaktadır.

Yunanistan’daki durum Portekiz’e benzerdir. Özel bir yasa hükmüyle izin verildiği takdirde, idari uyuşmazlıkların çözülmesinde tahkimin kullanılması mümkün olduğu gibi, sözleşmelerin tahkim şartı içermesi de olanaklıdır. Hakem mahkemesi önüne gelen davada hukuk ve vakia incelemesi yapabilir ve idareyi tazminat ödemeye mahkûm edebilir; fakat, bireysel bir idari işlemin iptaline veya değiştirilmesine karar veremez. Yunanistan’da 1925 yılından beri belirli şekli kuralların yerine getirilmesi şartıyla, devlet kurumlarının tahkime başvurması kabul edilmektedir.⁷³

İsviçre’de tahkim usulü, kamulaştırma gibi çok özel konularda uygulanmaktadır.

Lizbon Konferansı’nın sonuçlarına göre hazırlanan raporda, Türkiye’ye de değinilmiş ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli ya da milletlerarası tahkim yoluyla çözülebileceği belirtilmiştir.

⁷² Portekiz’de ADR usulleri içinde en yaygın olanı tahkimdir. Her türlü uyuşmazlığın, kişisel haklarla ilgili olmaması, emredici bir yasa hükmüyle münhasıran mahkemelerin görevine girmemesi ve yasa hükmüyle münhasıran zorunlu tahkime havalı edilmemesi şartıyla gönüllü tahkime sunulması mümkündür. Burada kişisel haklara (direitos indisponiveis) kast edilen, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konular olup, bu haklar genellikle aile hukuku, idare hukuku, ceza hukuku ve vergi hukukundan doğmaktadır (Barrocas, Manuel P., “Portugal”, *Dispute Resolution Methods, The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1994*, London 1995, s. 301-309, s. 303).

⁷³ Economou, George C., “Greece” (*Dispute Resolution Methods, The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1994*, London 1995, s. 207-236), s. 214. Ayrıca, Yunanistan idare hukukunda arabuluculuk hakkında bilgi için bkz., Fortsakis, Théodore, *Mediation, An Alternative Means of Solving Administrative Disputes (Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 87-94).

Gürcistan, Romanya ve Rusya Federasyonu'nun Hukuk Usulü Yasaları'nda tahkim bulunmaktadır. Gürcistan ve Romanya'da Hukuk Usulü Yasaları idari uyuşmazlıklarda da uygulandığından, taraflar bu uyuşmazlıkların çözümünde tahkimi kullanabilirler. Bununla beraber Romanya mevzuatı, tahkimin kullanılamayacağı bazı konular belirleyerek bu ilkeyi sınırlamıştır. Rusya Federasyonu'nda ise, Hukuk Usulü Yasası'nın içinde yer alan Tahkim Yasası, aile hukuku ve iş hukuku hariç tahkim yoluna başvurulabileceğini kabul etmiştir. Hakem mahkemeleri, taraflarca hazırlanan yazılı bir anlaşmayla kurulur ve tahkim hakkındaki 28 Nisan 1995 tarihli Anayasa hükmüne göre parasal anlaşmazlıklar ile yetkisine giren diğer davalar hakkında karar verir.⁷⁴

Sonuç

Bağımsız mahkemeler gerçek bir demokrasinin olmaz ise olmaz (sine qua non) şartıdır ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde teminat altına alınan temel bir ilkedir. Ancak, çağdaş toplumlarda dava yolu, uyuşmazlık çözümünde kullanılabilecek yegane yol olmadığı gibi, toplumun en son başvurmak istediği çaredir. Belirli koşullar altında ve belirli uyuşmazlıklarda, adaletin gerçekleşmesini sağlarken idarenin sorumluluklarını da koruyucu nitelikte olan dava yoluna alternatif usuller bulunmaktadır. Son yıllarda arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim gibi usullerden oluşan ADR usulleri, hukuk uygulamasında çok büyük bir gelişme göstermiştir. Başta Anglo-Amerikan hukuk sistemi olmak üzere, Kıta Avrupası hukuk sistemindeki pek çok ülkede idari mercilerle vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıkların ADR yoluyla çözülmesi konusuna büyük ilgi gösterilmektedir. Bu anlayışla hareket eden Avrupa Konseyi de, Avrupa Konseyi üyesi olan ülkelerde idari uyuşmazlıkların çözümünde ADR usullerinin kullanılmasını geliştirmek amacıyla 1999 yılında Lizbon'da çok taraflı bir konferans düzenlemiş ve ardından Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bu konuda yukarıda incelenen tavsiye kararını kabul etmiştir.

İdare Hukuk Hakkında Proje Grubu tarafından hazırlanan bu tavsiye kararında, Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerde idari uyuşmazlıkların çözümünde ADR yolları incelenmiştir. Her şeyden önce, ülkelerin çoğunda idari merciler gerek idari davaların önlenmesinde gerek idari davaların mahkeme dışında çözülmesinde çeşitli ADR yollarını geniş ölçüde kullanmaktadırlar. Toplantı, istişare ve müzakere gibi uyuşmazlıkları önleyici usuller, bireylerin hak ve menfaatlerini etkileyebilecek idari eylem ve işlemlerde kullanılmakta ve bireylerin, karar verme sürecine katılımını sağlamaktadır. Bu sayede bazı uyuşmazlıklar daha doğmadan önlenmektedir. Bir uyuşmazlık çıktığında da uygulanabilecek olan dahili incelemeler, pek çok uyuşmazlığın mahkeme

⁷⁴ Council of Europe, s. 53.

sistemi dışında daha çabuk ve daha ucuz bir şekilde çözülmesini sağladığı için üye ülkelerin uygulamasında önemli bir yer tutmaktadır.

Bu ADR usulleriyle birlikte ombudsman da çok önemli bir işleve sahiptir. Mahkemelerin tersine bu kurum, idari mercilerin işlemlerini yerindelik yönünden denetleyebilmektedir. Ombudsmanın başarısı, pek çok ülkede özel ombudsmanların kurulmasıyla kanıtlanmıştır.

Bazı ülkelerde yeni gelişmeler de uzlaştırma, arabuluculuk, müzakereye dayalı anlaşma ve tahkim gibi ADR usulleri, idari mercilerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde fazla yaygın bir kullanıma sahip değildirler. Bu usullerin kullanıldığı ülkelerde bile uygulama sınırlı kalmaktadır.

Üye ülkelerdeki durum ve ADR usullerinin faydaları dikkate alındığında, Avrupa Konseyi'nin, ADR usullerinin geliştirilmesini teşvik etmesi son derece yararlıdır. Özellikle, mahkemelerin etkinliğinin artırılması amacıyla, mahkemelerin uyuşmazlık çözümündeki asli ve temel işlevini koruyarak, mahkemelerin işlevini tamamlayan ADR usulleri hukuk sistemimizde mutlaka uygulamaya koyulmalıdır. ADR usullerinin uygulanmasının amacı, elbette ki geleneksel uyuşmazlık çözüm yolu olan dava yolunun yerini almak değil; fakat, daha etkili, daha ucuz ve daha hızlı bir uyuşmazlık çözümüne olan ihtiyacın karşılanması, mümkün olduğu ölçüde dava yolundan sakınılması isteği ve dava yolu dışındaki usulleri kullanarak idareyi vatandaşa yakınlaştırma arzusudur. Bu mülâhazalarla, alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri, İdari Usul Kanunu Taslağı'nda ayrı bir bölüm içinde düzenlenmiştir. İdari Usul Kanunu Taslağındaki düzenlemeler yapılırken, kaynak olarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin yukarıda incelenen (2001) 9 sayılı tavsiye kararı esas alınmıştır. İdari Usul Kanunu Taslağı'nın bu şekilde yasalaşması, idare hukukunda ADR'nin gelişimini hızlandıracaktır. Nitekim, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından görevlendirilen heyetin 2004 yılında ülkemize yaptığı ikinci ziyaret sonunda, Türk yargı sisteminin işleyişi hakkında hazırladığı raporda, İdari Usul Kanunu Taslağı'nda ADR'ye yönelik olarak düzenleme yapılmasının memnuniyetle karşılandığı açıkça belirtilmiş ve ülkemizde ADR yollarının yaygınlaşmasının, yargının etkinliğini artıracığı haklı olarak vurgulanmıştır.⁷⁵ Bu gelişmeler göstermektedir ki, mukayeseli hukukta hukukçuların asli uğraş alanlarından biri haline gelen ADR, zamanla Türk hukuk sisteminde de hak ettiği yeri bulacaktır.

⁷⁵ Richmond, Paul, Björnberg, Kjell, "The Functioning of the Judicial System in the Republic of Turkey, Report of an Advisory Visit", 11-19 July 2004, European Commission, Brussels, s. 101. Bu raporun tercümesi için bkz., Björnberg, Kjell, Richmond, Paul, "Türkiye Cumhuriyeti'nde Yargı Sisteminin İşleyişi, İstisari Ziyaret Raporu" (Çev. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü), Avrupa Birliği Komisyonu, Brüksel, 11-19 Temmuz 2004.