

İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞUN UYGULAMA ALANI ve AKSAYAN YÖNLERİ*

APPLICATION FIELD OF MEDIATION AND ITS PROBLEMATIC
ASPECTS IN LEGAL DISPUTES OF WHICH THE
ADMINISTRATION IS A PARTY

Mehpare ÇAPTUĞ**

Özet: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 2017 yılında bazı eklemeler yapılarak, idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözülmesine yönelik bir takım düzenlemeler yapılmıştır. 6325 sayılı Kanun'da, idarenin arabuluculuk süreçlerine katılımına imkân tanıyan söz konusu düzenleme, barışçıl ve hızlı bir çözüme ulaşılması gibi pek çok avantaj sağlama amacına hizmet etmeye yönelik olumlu bir adım olarak nitelendirilebilirse de uygulamada yaşanan problemler göz önünde bulundurularak geliştirilmesi hukuk sistemimiz bakımından daha faydalı olacaktır. Bu çalışma kapsamında, alternatif çözüm yöntemi olarak arabuluculuğun idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda uygulanmasının gelişimine katkı sağlayacak bazı öneriler sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Sulh, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Arabuluculuk Komisyonlarının Sorumluluğu, Kamu Zararı

Abstract: By making some additions to Mediation Law in Legal Disputes (Law No.6325) in 2017, some regulations were made for the resolution of private law disputes to which the administration is a party, through mediation. Although the said regulation, which allows the administration to participate in mediation processes in Law No. 6325, can be described as a positive step towards the purpose of providing many advantages such as reaching a peaceful and fast solution, it will be more beneficial for our legal system to develop it

* Bu çalışma "İdarenin Taraf Olduğu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk" başlığı ile 29.04.2021 tarihinde, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen Hukukta Disiplinlerarası Yaklaşımlar Konferansları No.2/"Hukukta Anlaşmazlık Çözüm Yolları" Konferansı'nda sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

** Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, mehpere.captug@deu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-1377-2742, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.05.2021, Kabul Tarihi: 06.05.2021

considering the problems experienced in practice. Within the scope of this study, some suggestions that will contribute to the development of the application of mediation as an alternative solution method in disputes to which the administration is a party have been tried to be presented.

Keywords: Mediation, Negotiation, Alternative Dispute Resolution Methods, Responsibility of Mediation Commissions, Public Loss

GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık çözümü, genel olarak ihtilaflı olan tarafların zorunlu olarak yargısal usullere ihtiyaç duymaksızın kullanabildikleri, sınırlı yetki sahibi arabulucu, uzlaştırmacı, hakem gibi tarafsız ve sınırlı yetkili üçüncü kişiler tarafından müzakerelerin yürütüldüğü usul ve uygulamalar olarak tanımlanabilir.¹ Belirtilmelidir ki, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan yöntemler değildir. Söz konusu uyuşmazlık çözüm yollarının asıl hedefi, küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü sağlamaktır.²

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile yargı öncesi çözümüne ilişkin olarak hukuk sistemimizde pek çok düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemelerden biri de idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk çözüm yöntemine ilişkindir. 2017 yılında yürürlüğe girmiş olan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun³ 22. maddesi ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun⁴ (HUAK) "Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi" başlıklı 15. maddesine ekleme yapılarak, idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk

¹ Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.30. Benzer tanımlamalar için bkz. Gülgün Ildır, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", Türkiye Barolar Birliği Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.392; Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, Sayı 65, 2006, s.151; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1. Cilt, 4. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.191.

² Hakan Pekcanıtez, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005/5, s.15.

³ R.G. 25.10.2017/30221.

⁴ R.G. 22.6.2012/28331.

yoluyla çözümlenmesine yönelik bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Böylelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk, idarelerin de başvurabileceği ve faydalanabileceği ve hatta dava şartı arabuluculuk kapsamında başvurulması kimi hallerde zorunlu olan bir müessese olarak hukuk sistemimizde yerini almıştır. Ancak söz konusu düzenlemenin birkaç istisnai uygulama dışında beklenen ve istenen olumlu sonucu sağlayamamış olduğu gözlemlenmektedir.

Bu çalışmada, öncelikle idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yeri ve öneminden, bu çerçevede idare hukuku alanında hukuk sistemimizde yer alan mevcut alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin neler olduğundan bahsedilecektir. Daha sonra ise, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuğun idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda uygulanma alanı belirlenecek ve karşılaştırmalı hukuk verileri gözetilerek bu alanın doğru belirlenip belirlenmediği değerlendirilecektir. Son olarak, hukuk sistemimizde mevcut düzenlemeler uyarınca, idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk çözüm yönteminin uygulanışı incelenecektir. Bu kapsamda arabuluculuk sürecinde idareyi temsile yetkili komisyonun yapısı, işleyişi ve sorumluluğu konuları uygulamadaki sorunlar ışığında irdelenerek bunlara yönelik çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

I. İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN YERİ VE ÖNEMİ

Günümüzde gerek yargı organlarının iş yükünün azaltılması gerekse uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözümlenmesi ve idare bütçesinden çıkması muhtemel yargılama giderleri, faiz, tazminat vb. giderler azaltılmak suretiyle kamu yararı sağlanması gibi sebeplerle, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri oluşturulmaya ve geliştirilmeye çalışılmaktadır.

Ülkemizde uygulanan idari rejim ve yine idarenin tabi olduğu kamu hukuku kuralları gereği⁵ temelde özel hukuk uyuşmazlıkları

⁵ Doktrinde; kamu hukukunda özel hukuktan farklı olarak irade serbestisi olmadığı, yetkilerin asıl olduğu ve kamu yararının dikkate alınması gerektiği; idareye

için tesis edilen⁶ alternatif uyuşmazlık çözüm müesseselerinin idarelere uygulanmasında bazı zorluklarla karşılaşıldığı ve beklenen yararın sağlanamadığı görülmektedir. Öğretide; medeni yargı ile idari yargı arasında işlevsel ve amaçsal farklılık olduğu, bu nedenle yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin idari yargının içtihatla gelişmesini negatif olarak etkileyeceği, yargı organlarında alenilik ilkesi olmasına karşın alternatif uyuşmazlık çözme usullerinin gizlilik içinde yürütüldüğü,⁷ bütün bu gerekçelerin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin idari yargıda uygulanmasını zorlaştırdığı ve hatta engel teşkil ettiği ileri sürülmektedir.⁸ Bununla birlikte, idari yargının iş yükünün sürekli artması nedeniyle giderek daha yavaş işler hale gelmesi, pahalı olması ve yargı denetiminin sınırlılığı sebebiyle yeterince tatmin edici olmaması gibi nedenlerle idari uyuşmazlıklar bakımından da söz konusu müesseselerin işletilmesi gerekliliği doğmuştur.⁹ Bu anlamda diğer ülkelerde de örneğin Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere, Fransa, Almanya, Belçika, Estonya Litvanya gibi ülkelerde de gerek arabuluculuk gerekse diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri idari uyuşmazlıklar bakımından da uygulanmaktadır.

Mevzuatımızda idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi niteliğinde çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Bunların başında 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki

güven ilkesi, idari işlemlerin hukuka uygunluğu karinesi, idarenin varlık sebebine ilişkin teoriler dikkate alındığında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin oldukça dar ve sınırlı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Oğuz Sancakdar, *İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar*, sorubankasi.net Yayınları, Güncellenmiş 3. baskı, İzmir, 2019, s.354; Aynı yönde bkz. Nilay Arat, "İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Hali Önündeki Engeller" *İÜHF*M (Prof. Dr. İl Han Özay' Armağan), C. LXIX, S.1-2, Y.2011, s. 892 vd.

⁶ Özbek'e göre, Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını, kamu hukuku-özel hukuk bölümlerinden birine tamamen yerleştirmek mümkün değildir. Bununla birlikte, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları her ne kadar yapısı gereği medeni hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku, idare hukuku gibi pek çok hukuk dalı ile irtibatlı olsa da, asıl ve öncelikli olarak medenî usûl hukukunun uğraş alanına girmektedir. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.235.

⁷ Doktrinde, her ne kadar "şeffaflık" ilkesi idare hukukunda oldukça önemliyse de, bazı durumlar için gizlilik ilkesinin uygulanması gerekebileceği ifade edilmektedir. Zehra Odyakmaz/Serkan Çınarlı/Ezgi Avcıoğlu Aksoy, *İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri*, Seçkin Yayıncılık, 2. baskı, Ankara, 2018, s.60.

⁸ Arat, s.901, 904, 905.

⁹ A. Ülkü Azrak, *İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri*", *Danıştay Başkanlığı* 141. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2009, Ankara, s.71.

Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname¹⁰ ile öngörülen idarelerin¹¹ taraf olduğu adli ve idari uyuşmazlıkların “sulh” yoluyla halli müessesesi yer almaktadır.

2018 yılında Adalet Bakanlığı bünyesinde hazırlanan ve kurumların önerisine sunulan “İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı”¹² incelendiğinde, 659 sayılı KHK’nın kapsamı genişletildiği görülmektedir. Ancak 2021 yılı itibarıyla söz konusu Tasarı Taslağı halen yasalaşma imkânı bulamamıştır. Mart 2021 tarihinde yayınlanan İnsan Hakları Eylem Planı¹³ kapsamında, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Etkinliğinin Artırılması ve Yaygınlaştırılması” başlığı altında “Gerçek ve tüzel kişiler ile devlet arasındaki uyuşmazlıkları en hızlı ve en az maliyetle çözmek amacıyla idari sulh usulü getirilecek, böylece alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri daha adalet hizmetlerine kazandırılacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir. Söz konusu Taslak metninin yasalaşması yönünde bir iradenin olduğu açıktır ve yakın zamanda yasalaşarak yürürlüğe girmesi beklenmektedir.

Yine 659 sayılı KHK öncesi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun¹⁴ 11. ve 13. maddeleri kapsamında yapılan idari başvurular, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun¹⁵ kapsamında yapılan başvurular, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun¹⁶ 8. maddesi kapsamında malikin

¹⁰ R.G. 2.11.2011/28103.

¹¹ Genel bütçe ve özel bütçe kapsamı dışında kalan diğer idarelerin uyuşmazlıklarını sulh yoluyla çözme konusunun 659 sayılı KHK kapsamında olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla bu KHK kapsamına giren idareler 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) ve (II) sayılı cetvelde belirtilen kamu idareleridir. Bu sebeple, mahalli idareler, sosyal güvenlik kurumları, düzenleyici ve denetleyici kuruluşlar ile özerk bütçeli KİT’ler bu KHK kapsamına girmemektedir.

¹² <https://mgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/12112019152932659%20say%C4%B1%C4%B1%20KHK%20Tasla%C4%9F%C4%B1%20D%C3%BCz%20Metin.pdf>, E.T.06.04.2021.

¹³ <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>, E.T.06.04.2021.

¹⁴ R.G. 20.1.1982/17580.

¹⁵ R.G. 15.12.1984/18606.

¹⁶ R.G. 8.11.1983/18215.

anlaşmaya davet edilmesi usulü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu¹⁷ kapsamında zorunlu idari itiraz usulü olarak düzenlenen itirazın şikâyet müessesesi ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun¹⁸ çerçevesinde zarar tazmin komisyonlarına yapılan başvurular idari uyuşmazlıklar bakımından mevzuatımızda yer alan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleridir.

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak¹⁹ tahkim de sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır. Bu kapsamda Anayasa'nın 125. maddesine göre, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası²⁰ tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Ayrıca Anayasa'nın 59. maddesine 2011 yılında eklenen fıkra uyarınca, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilmektedir.²¹

Belirtmek gerekir ki, idari uyuşmazlıklar bakımından mevzuatımızda yer alan bu müesseseler genellikle; idarelerce yeterli kaynağın ayrılmaması,²² başvuru ve anlaşma usulünün yeterince açık düzenlenmemesi²³ ve zararın tespiti hususunda uygulanacak usulün belirlenmemiş olması gibi eksiklikler yanında, bu yöntemlerin uygulan-

¹⁷ R.G. 22.1.2002/24648.

¹⁸ R.G. 27.7.2004/25535.

¹⁹ Hakan Pekcanitez/Muhammet Özkes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz (Editörler), Medeni Usul Hukuku, Cilt III, On İki Levha Yayıncılık, 15. bası, İstanbul, 2017, s.2809'da, tahkimin alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olmadığı diğer bir ifadeyle yargısal çözümler içinde sayıldığı ifade edilmiştir. Benzer yönde bkz. Süha Tanrıver, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi ve Tahkim", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.1069. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre, tahkim alternatif bir uyuşmazlık çözme yöntemi olarak değerlendirilmelidir. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.211. Doktrinde Ejder Yılmaz da Özbek'in görüşüne katılmaktadır. Ejder Yılmaz, "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu m.35/A)", Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 845.

²⁰ Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir. Anayasa m.125, (Ek hüküm: 13/8/1999-4446/2 md.).

²¹ Anayasa m.59 (Ek fıkra: 17/3/2011-6214/1 md.).

²² Dilşat Yılmaz, "Yılmaz, Türk ve Alman İdare Hukukunda Arabuluculuk ve Sulhe İlişkin Düzenlemeler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.7, S.70, Haziran 2012, s.98.

²³ Aynur Hasoğlu, "İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.65, S.4, 2016, s.1990.

masının bürokratlar için büyük bir sorumluluk riski²⁴ ifade etmesi nedeniyle uygulamada pek etkin olamamıştır. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda, söz konusu boşluğu doldurmak için 659 sayılı KHK ile getirilen sulh usulünün uygulamasında olduğu gibi²⁵ arabuluculuk uygulamasında da yukarıda belirtilen sebeplerle beklenen fayda elde edilememektedir.

II. ARABULUCULUĞUN İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANMA ALANI

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında en yaygın olarak kullanılan²⁶ arabuluculuk, ortaya çıkan bir uyuşmazlığın, tarafların iradi müracaatı üzerine arabulucu olarak adlandırılan tarafsız ve güvenilir bir üçüncü kişi yardımıyla tarafların üzerinde anlaştıkları usul ve esaslar çerçevesinde iki tarafın da menfaatini esas alarak çözümülenmesi faaliyeti olarak tanımlanmaktadır.²⁷

Arabuluculuk müessesesi, 6325 sayılı Kanun m.1/2 uyarınca, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan “özel hukuk uyuşmazlıklarının” çözümlemesinde uygulanmaktadır. Bu sebeple, idarenin kamu gücüne dayanarak tesis ettiği işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların bu kapsamda

²⁴ Mustafa Özbek, “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)”, *TBB Dergisi*, Sayı 56, 2005, s.94.

²⁵ Gürsel Özkan, “Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü”, *Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı*, 29-31 Ağustos 2016, <https://www.avekon.org/papers/1544.pdf>, E.T.07.04.2021, s.265,

²⁶ Şükran Şıpka, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y.6, S.12, Güz 2007/2, s.163.

²⁷ Pekcanıtez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s.2813; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.97; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.592; Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.23-25; Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s.8-9. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 2/b. maddesinde de yapılmıştır. Buna göre: Arabuluculuk: “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmıştır.

değerlendirilemeyeceği açık olup, bu alandaki uyuşmazlıklar, kamu hukuku kurallarına tabi olarak, idari yargıda çözümlenecektir. Bu nedenle ülkemizde, idarenin taraf olduğu idari uyuşmazlıklarda 6325 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması mümkün olmamaktadır. Ancak karşılaştırmalı hukuk bağlamında, arabuluculuğun, sadece özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü için değil, idari uyuşmazlıkların ve hatta devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde dahi uygulanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu görülmektedir.²⁸ Amerika Birleşik Devletleri'nde bu alanda temel düzenlemeleri ihtiva eden 1996 İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu (Administrative Dispute Resolution Act of 1996) idari uyuşmazlıklarda arabuluculuk uygulamasının öncü örneklerinden birisidir.

Belçika'da da arabuluculuk kurumu, özel hukuk uyuşmazlıklarının yanı sıra kamu hukuku uyuşmazlıklarında da uygulama alanı bulmaktadır. Arabulucuların sorumlulukları ve müdahale yetkilerinin kapsamı olaydan olaya değişmekle birlikte, bütün arabulucular bağımsız kişiler olup, devlet kurumlarından ve mahkemelerden farklı yetkilere sahiptirler. Arabulucuların görevi, yalnızca taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için çaba göstermek değil; ayrıca taraflara bilgi sunmak, onlar için araştırma yapmak ve onlara tavsiyelerde bulunmaktır. Estonya'da ise arabuluculuk, kamu hukuku alanında kamulaştırma konusu ile sınırlı olarak uygulanmaktadır. Bu kapsamda, kamulaştırılan taşınmazın bulunduğu ilçenin mülki amiri, en fazla iki hafta içinde, ödenecek kamulaştırma bedeli üzerinde anlaşılmasını sağlamak amacıyla tarafları arabuluculuğa davet edebilmektedir.²⁹

Fransa'da, idari uyuşmazlıklar, 2008/52 sayılı Avrupa Birliği direktifinin 2011 yılında Fransa tarafından iç mevzuatla uyumlaştırılması³⁰ ile, taraflardan birinin Avrupa Birliği vatandaşı olması durumunda

²⁸ Karşılaştırmalı hukukta İdari uyuşmazlıkların yargılamaya alternatif yöntemlerle çözümü hakkında ayrıca bkz. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (2. Cilt), s.914 vd; Özbek, *İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller* (I), s.99 vd; Dilşat Yılmaz, ss.92-100; Murat Asiltürk, "Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümlemesinde Uygulanabilirliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S.95, s.30 vd.

²⁹ Mustafa Özbek, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)", *TBB Dergisi*, Sayı 57, 2005, s.124

³⁰ Avrupa Birliği'ne üye devletler direktifleri ulusal hukuklarına aktarmakla yükümlü olup, bunun için ulusal ayrı bir uygulama işlemi gerekmektedir. Lale

arabuluculuk yöntemi ile çözümlenebilmekteydi. Ancak Fransız yurttaşları ile Fransız idaresi arasındaki idari uyumsuzluklar hususunda arabuluculuk usulüne başvurulamamakta idi. Fransız vatandaşı olmayan Avrupa Birliği vatandaşı bir kişinin, Fransız İdaresi ile arasında meydana gelebilecek bir uyumsuzluğu, arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturması mümkün iken, Fransız vatandaşı bir kişi ile kendi idaresi arasında meydana gelen bir uyumsuzlukta arabuluculuğa gidilememesi çelişki yaratan bir durum olduğundan eleştirilmekte idi.³¹ Nihayet 18 Kasım 2016 tarih ve 2016-1547 sayılı “21’inci Yüzyılda Adaletin Modernizasyonu Hakkında Yasa”³² ile Fransız İdari Yargılama Usulü Kanunu’na eklenen “Arabuluculuk” başlıklı 213. madde³³ ile idari uyumsuzluklarda arabuluculuk konusunda söz konusu çelişki giderilmiştir.

Yasanın “Genel hükümler” başlıklı kısmına göre; arabuluculuk, iki veya daha fazla tarafın kendileri tarafından veya kendilerinin onayıyla mahkeme tarafından belirlenen üçüncü bir kişi tarafından yönetilen süreci ifade etmektedir (m.213-1). Arabulucu, görevini tarafsızlık, yetkinlik ve titizlikle yerine getirir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk gizlilik ilkesine tabidir. Arabulucunun bulguları ve arabuluculuk sırasında toplanan ifadeler, tarafların mutabakatı olmaksızın üçüncü kişilere açıklanamaz, adli veya tahkim yargılaması çerçevesinde ileri sürülemez veya üretilemez. Ancak, kamu düzeninin ağır basan nedenlerinin veya çocuğun yüksek yararının korunması veya bir kişinin fiziksel veya psikolojik bütünlüğüyle bağlantılı nedenlerin varlığında veya arabuluculuktan kaynaklanan anlaşmanın açığa çıkarılması veya içeriğinin açıklanması, uygulanması için gerekli olduğunda gizlilik ilkesine istisna teşkil eder (m.213-2). Tarafların akdedeceği anlaşma, üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri hakları ihlal edici nitelikte olamaz (m.213-3). Kanun hükümleri çerçevesinde yürütülen

Burcu Önüt, Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerde Uygulanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.172.

³¹ Erdiñ Yılmaz, Fransız İdari Yargı Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları Yurt Dışı Ziyaret Raporu, T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara, Şubat 2016, s.34.

³² LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, legifrance, gouv.fr.

³³ Code de justice administrative: Chapitre III: La médiation (Articles L213-1 à L213-10), legifrance.gouv.fr.

arabuluculuk süreci sonunda imzalanan anlaşma, mahkemece onaylanabilir ve uygulanabilirlik kararı verilebilir (m.213-4).

Fransız İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun arabuluculuğun uygulama alanını detaylı şekilde belirlememiş olması, sadece arabuluculuğun uygulanamayacağı durumu tek cümle ile ifade etmiş olması uygulayıcılar tarafından eleştirilmektedir. Bu maddenin yorumu uygulamada örneğin bir temel hak ve özgürlükten vazgeçme niteliğinde anlaşma tutanağı hazırlanamayacağı şeklinde yapılmaktadır. Bu noktada kamusal yetkilerin kullanımıyla ilgili konularda arabuluculuğun sınırlı uygulama alanı bulabileceği, örneğin kamu hizmetine tahsis edilmiş bir kamu malının bir özel hukuk kişisine arabuluculuk kapsamında devredilemeyeceği veya kolluk kuvvetlerinin kullanımı kapsamında, bir yabancıya oturma izni verilmesi gibi bir uygulamanın arabuluculuk çerçevesinde mümkün olmadığı ifade edilmektedir.³⁴

Yasanın "Tarafların inisiyatifiyle arabuluculuk" başlıklı kısmında; tarafların yasal prosedürler dışında özgürce arabuluculuk süreci organize edebilecekleri, ancak arabuluculuğun organize edilmesinden mahkeme başkanı veya temsilcisi sorumlu olduğunda ve bunu mahkeme dışındaki bir kişiye emanet etmeyi seçtiğinde, ücretin ödenmesi gerekip gerekmediğini ve miktarını kendisinin belirleyeceğini; yasa ya da düzenleyici işlemle arabuluculuğa başvuru zorunlu hale getirilmiş ise, arabuluculuğun taraflar için ücretsiz olacağı düzenlenmiştir (m.213-5). Aynı kısımda yer alan altıncı fıkrada ise, yargılamaya ilişkin sürelerin tarafların arabulucuya başvuruyu kabul ettikleri tarihten veya yazılı bir beyanları yoksa ilk toplantıyı yaptıkları tarihten itibaren duracağı, taraflardan birinin veya her ikisinin veya arabulucunun arabuluculuğun sona erdiğini beyan ettiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlayacağı ancak bu sürenin altı ayı aşamayacağı düzenlenmiştir. Yasanın 213-7 numaralı maddesinde ise, "Yargıç girişimiyle arabuluculuk" başlığı altında, idari yargıcın ya da idari yüksek mahkeme yargıcının yargılama sürecinde tarafların mutabakatını aldıktan sonra, aralarında bir anlaşmaya varmaları için arabuluculuğa yönlendirebileceği düzenlenmiştir.

³⁴ David Taron, "Pourquoi et Comment Recourir à la Médiation Administrative ?", <https://www.village-justice.com/articles/pourquoi-comment-recourir-mediation-administrative,36131.html>, E.T.05.04.2021.

18 Aralık 2019 tarihinde, kamu yöneticileri, idari yargıçlar, avukatlar ve arabulucuların katılımıyla, Fransız Danıştayı tarafından düzenlenen “Ulusal İdari Arabuluculuk Konferansı”nda, idari uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yöntemine ilginin arttığı ifade edilmiştir. Fransız Danıştayı Başkan Yardımcısı, 2019 yılı itibariyle idari arabuluculukta anlaşma oranının yüzde 68 olduğunu, ancak anlaşmalar bakımından nicelik değil niteliğin daha önemli olduğunu ifade etmiştir.³⁵

Ülkemizde arabuluculuk müessesesinin, idari uyuşmazlıklar bakımından, konusunu belli bir paranın oluşturduğu uyuşmazlık türlerinde, örneğin tazminat istemlerinde, idari cezalara ilişkin uyuşmazlıklarda, vergi, harç, resim ve benzeri mali yükümlülüğe ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk kurumunun daha kolay çözüm getirebileceği gerekçesiyle uygulama alanı bulması önerilen görüşler³⁶ arasında yer almaktadır. Ancak mevcut durumda arabuluculuk ancak idarenin bir özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Kanaatimizce, idari uyuşmazlıklarda sulh müessesesi etrafıca bir düzenleme ile yasalaşırsa, sözü edilen boşluk dolmuş olacağından, arabuluculuğun idari uyuşmazlıklar alanını da kapsayıcı şekilde uygulama alanının genişletilmesine ihtiyaç olmayacaktır. Ancak eğer arabuluculuğun bir takım idari uyuşmazlıklar bakımından da uygulanmasına imkân tanıyan bir düzenleme yapılacaksa, mevcut kanunlara bir madde eklemek suretiyle değil, ayrı bir kanun ile etrafıca düzenlenmesi yerinde olacaktır. Bu anlamda, Fransız İdari Yargılama Usulü Kanunu’na eklenen tek cümlelik bir düzenleme örneğinde olduğu gibi bir düzenleme kargaşaya yol açacaktır. Örneğin, kamusal hakların kullanımının sınırlandırılması niteliğinde olmayan her konuda anlaşma yapılabilir gibi bir düzenleme oldukça olumsuz sonuçlar yaratmaya müsaittir. Bunun yerine sayma yoluyla, hangi uyuşmazlıklar bakımından uygulanabileceğinin açıkça belirtilmesi faydalı olacaktır. Ancak bu yönde bir adım için dahi, hukuk sistemimiz bakımından oldukça yeni bir kurum olan arabuluculuğun yerleşmesi bakımından henüz erken olduğu belirtilmelidir.

³⁵ Konferansta tartışılan konular arasında yer alan kamu hizmetlerinde, kolluk ihtilaflarında, şehir planlamasında, sağlık hizmetlerinde arabuluculuk ve zorunlu ön arabuluculuk deneyimleri konusunda konferans kitapçığı için bkz. <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/premieres-assises-nationales-de-la-mediation-administrative>, E.T.05.04.2021.

³⁶ Asiltürk, s.37.

Her ne kadar idare, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme akdederken dahi, özel hukuk kişileri gibi bir serbestiye sahip olmasa da³⁷ ve bu anlamda sözleşmeci tarafı belirlerken belli kamu hukuku kurallarına tabi olarak bir süreci takip ediyor olsa da, bu durum sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olma niteliğini etkilememektedir.³⁸ Bu anlamda uygulamada idare de, özel hukuk alanında kira sözleşmesi, satım sözleşmesi, taşıma sözleşmesi, her çeşit yaptırma, bayındırlık sözleşmeleri ve abonman sözleşmeleri akdetmekte ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girmektedir. Yine, kamulaştırma işlemi sonrasında bedele ilişkin uyuşmazlıklar da adli yargının görev alanına girdiğinden arabuluculuk müessesesine elverişli olduğu söylenebilir. İşte adli yargının görev alanına giren ve konusu belli bir miktar paranın ödenmesi olan bu tür uyuşmazlıklarda yargı öncesi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk müessesesi uygulama alanı bulacaktır. Hatta örneğin idarenin iş sözleşmesi ile işçi çalıştırdığı durumlarda, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk, 4857 sayılı İş Kanunu³⁹ gereği, yargılama öncesinde tüketilmesi gereken ihtiyari değil dava şartı niteliğinde zorunlu bir yöntem olarak uygulanacaktır. Belirtmek gerekir ki, uygulamada idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından ihtiyari arabuluculuğa başvuru oranı oldukça düşük iken, bazı alanlarda⁴⁰ dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk uygulamasına geçilmesi ile birlikte son birkaç yılda idareler bakımından arabuluculuk müessesesinin önemi de artmış bulunmaktadır.

³⁷ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 12. baskı, Ankara, 2020, s.467; Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan/Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 9. baskı, Ankara, 2020, s.580-581.

³⁸ Meltem Kutlu Gürsel, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir, 1997, s.40.

³⁹ R.G. 10.6.2003/25134. Söz konusu zorunlu başvuru usulü, İş Kanunu m.20'ye 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca 12/10/2017 tarihi itibarıyla eklenmiştir.

⁴⁰ İşçi işveren uyuşmazlıkları haricinde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na 06/12/2018 tarihinde eklenen 5/A maddesi ile ticari davalarda ve son olarak 28.07.2020 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen 73/A maddesi ile belli bir parasal sınırın üzerindeki tüketici hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk zorunlu hale gelmiştir.

III. İDARENİN TARAF OLDUĞU ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK ÇÖZÜM YÖNTEMİNİN UYGULANIŞI

A. Arabuluculuk Sürecinde İdareyi Temsile Yetkili Komisyonun Yapısı ve İşleyişi

6325 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 8. fıkrası uyarınca *"Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder."* Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin⁴¹ "İdarelerin Temsili" başlıklı 18. maddesinde ise; *"Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder. Hukuk biriminin veya kurum avukatının olmadığı hallerde komisyon üyelerinin tamamı üst yönetici tarafından belirlenir. Yedek komisyon üyeleri de aynı usulle seçilir. Komisyon kendisini vekil ile temsil ettiremez."* hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler uyarınca, idareyi arabuluculuk sürecinde üç üyeden oluşan bir komisyon temsil edecek ve komisyon kendisini vekil ile temsil ettiremeyecektir.

Yönetmelikte yer alan *"Hukuk biriminin veya kurum avukatının olmadığı hallerde komisyon üyelerinin tamamı üst yönetici tarafından belirlenir"* hükmü uyarınca, arabuluculuk toplantılarına aralarında hiç hukukçu bulunmayan bir komisyonun katılması imkân dâhilinde olabilecektir. Bu durum ise, müzakerelerine katıldığı uyuşmazlıkta yargılama yapılsa nasıl bir sonuç elde edilebileceğini öngöremeyen komisyonun çekimser davranmasına yol açarak olumsuz bir sonuç yaratabilecektir.

Komisyonunda görev alan asil ve yedek üyelerin görev süresine ilişkin bir düzenleme Kanunda yer almamakla birlikte Yönetmeliğin 18. maddesinin üçüncü fıkrasında bu süre iki yıl olarak belirlenmiştir. Yine söz konusu maddenin dördüncü fıkrasında süresi biten üyenin yeniden seçilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca komisyon kararlarının oy birliği ile alınacağı aynı fıkra düzenlenmiştir.⁴²

⁴¹ R.G. 02.06.2018/30439.

⁴² Bu durum doktrinde tartışılmış olup, oybirliği ile karar alınan arabuluculuk sürecini zora sokacağı görüşüne karşılık, bir üyenin diğer iki üyeden farklı düşüncesi durumunda, neden idarenin menfaatine olan bu seçeneği tercih etmediği,

Yönetmeliğin m.18/5. fıkrasında, belirlenen komisyon üyelerinin arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkili olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, arabuluculuk sürecinde komisyonlar, müzakerelerde bağımsız şekilde karar alabilecek ve bu kararlarını idarelerinin en üst amirine onaylatmak veya olur almak zorunda kalmayacaklardır. Ancak bu hareket serbestisinin arabuluculuk sürecini başlatmak bakımından da geçerli olduğunu söylemek mevcut düzenlemeler bakımından mümkün görünmemektedir. Zira İdare Hukukunda temel prensiplerden biri olan “asıl olanın yetkisizlik olduğu” kuralı uyarınca, mevzuatta açıkça böyle bir yetki verilmediği sürece komisyonların arabuluculuk müessesine re’sen başvurmaları imkân dâhilinde değildir. İhtiyari ve dava şartı arabuluculuk bakımından ikili bir ayırım yapılarak ifade etmek gerekirse; ihtiyari arabuluculukta idarenin en üst amirinin bu yönde talimat vermesi halinde arabuluculuk müessesine başvurulabilecek iken, dava şartı arabuluculukta şayet davayı idare açacaksa, hukuk müşavirliğinin ya da hukuk biriminin arabuluculuğa başvurulması gerekliliğine dair yazı ve ilgili amirin onayı üzerine arabuluculuk süreci başlatılabilecektir. Belirtmek gerekir ki, dava şartı arabuluculuk kapsamında yürütülen süreç yasal süreler içerisinde tamamlanamaz ise, tarafların iradesiyle süreç ihtiyari arabuluculuk şeklinde devam edebilecek olup, bu durumda, yeni bir süreç başladığından müzakerelere devam edilebilmesi için komisyonun temsil ettiği idarenin en üst amirinin bu konuda olur vermesi gerekecektir.⁴³

Yönetmeliğin m.18/2. fıkrası uyarınca, idare, arabuluculuk davetlerinin yapılacağı adres, kayıtlı elektronik posta adresi ve telefon numarasını, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde internet sitesinde yayınlar. Arabulucular görüşmeler kapsamında yapacakları davetlerde öncelikle bu bilgileri esas alır. Uygulamada, kimi zaman arabulucuların ilgili birime ulaşmakta zorluk yaşadığı bilinmektedir. Söz konusu düzenleme bu sorunun önlenmesine yöneliktir. Ancak gerekli iletişim bilgilerini yayınlamayan idareler bakımından bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu durumda, genel hüküm-

idareyi zarara uğratıp uğratmadığı hususu tartışma yaratabileceğinden, oy birliği ile karar alınmasının bir gereklilik olduğu ifade edilmiştir. Gül Fiş Üstün, “Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.26, S.1, Haziran 2020, s.19.

43 Fiş Üstün, s.19-20.

ler uyarınca şikâyet üzerine başlatılacak disiplin soruşturması ile ilgili personele yaptırım uygulanması mümkün olabilecektir.

Yönetmeliğe göre, Komisyonun ve sekretaryasının çalışma usul ve esasları idareler tarafından belirlenecek olup, Komisyon üyeleri bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca ilgili özel ve kamu kurum ve kuruluşları ile sekretarya aracılığıyla yazışma yetkisine sahiptir. Bu kapsamda yapılan yazışmalarda, ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından komisyona ivedi olarak cevap verilir (m.18/10-11). Yönetmeliğin m.18/6. fıkrası uyarınca ise, Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenlemek ve bu raporları beş yıl boyunca saklamak ile yükümlü kılınmıştır.

B. Arabuluculuk Sürecinde İdareyi Temsile Yetkili Komisyonun Sorumluluğu

6325 sayılı Kanun m.15/9 ve Yönetmelik m.18/8 uyarınca, *“Komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Devlet ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder.”*

Yönetmelik m.18/7’de ayrıca Komisyon üyelerinin, bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında, mali ve idari yönden sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir. Söz konusu düzenleme, idarelerin arabuluculuk komisyonlarında görev alan üyelerin verdikleri kararlar bakımından sorumsuz kabul edildiklerini göstermektedir. Bu sorumsuzluğun tek istisnası ise, komisyon üyelerince yargı kararı ile tespit edilmiş görevi kötüye kullanma suçunun⁴⁴ işlenmiş olmasıdır.

Kanundaki düzenlemede, komisyon üyelerinin *arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle ancak Devlet*

⁴⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Görevi kötüye kullanma” başlıklı 257. maddesi uyarınca; “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

aleyhine açılabilceği belirtilen tazminat davaları, doktrinde görev kusuru⁴⁵ olarak tanımlanan kusur türü kapsamında idari yargı kolunda açılması gereken tam yargı davalarını ifade etmektedir. Zira komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar, hizmetin görülmesi sırasında ve hizmetin görülmesi amacıyla yürütülen faaliyetlerdir. Burada örneğin, komisyon üyelerinin arabuluculuk kapsamında olağan tutarın çok üstünde bir bedel ödemeyi kabul ederek karşı taraf ile anlaşma sağladığı varsayımında, zarara uğrayan taraf ilgili idare olacaktır. Bu durumda, zararın tazmini için idari yargıda, Kanun'da "devlet aleyhine" dava açılacağı düzenlendiğinden husumetin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na karşı yöneltildiği, tam yargı davası açılması gündeme gelecektir. Ancak bu durumda, özellikle genel bütçeye tabi idareler bakımından Hazine ve Maliye Bakanlığı'na karşı dava açmanın uygulamada ne tür bir pratik sonuç sağlayacağı ve işlerliğinin nasıl olacağı akıllarda soru işareti bırakmaktadır. Zararı tazmin eden Bakanlık ise, ancak komisyon üyelerinin görevi kötüye kullanma suçunu işledikleri yargı yerlerince sabit görülürse, komisyon üyelerine karşı adli yargıda rücu davası açabilecektir.

Uygulamada idarelerin Sayıştay denetiminden çekindikleri ve bu sebeple komisyon üyelerine arabuluculuk sürecinde anlaşmama yönünde talimat verdikleri gözlemlenmektedir. Bunun önüne geçilmesi için, Sayıştay denetiminin arabuluculuk anlaşma belgeleri bakımından bir sınırlamaya tabi tutulması yasa koyucu tarafından öngörülmelidir. Bu noktada Sayıştay denetimlerine esas olan "kamu zararı" kavramının tam olarak neyi ifade ettiğinin belirlenmesi faydalı olacaktır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun⁴⁶ 71. maddesinde kamu zararını kavramı; "kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır" şeklinde tanımlamaktadır.⁴⁷ Bu çerçevede, kamu

⁴⁵ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 2. baskı, Ankara, 2019, s.473.

⁴⁶ R.G. 24.12.2003/25326.

⁴⁷ Benzer bir tanımlama 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesine dayanılarak çıkarılan (R.G. 19.10.2006/26324) Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği'nde de yapılmıştır. Buna göre kamu zararı; "Mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmâl sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıyla doğan zarar" olarak

zararı kavramı, kamu görevleri tarafından verilen tüm zararları değil, idari faaliyetleri çerçevesinde kusurları ile verdikleri zararları kapsamaktadır.⁴⁸ Ayrıca kamu görevlisinin kamu zararına sebebiyet veren eylem, işlem ya da kararı hukuka aykırı olmalıdır. Bu kapsamda, arabuluculuk faaliyeti kapsamında, idareyi temsil eden komisyonun müzakere sürecinde inisiyatif kullanarak belirlediği anlaşma tutarı ve anlaşma belgesi uyarınca idarece ödenen tutarın kamu zararı olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir. Ancak yine de bu anlamda çekincelerin giderilmesi için, açık bir kanuni düzenleme ile Sayıştay denetiminin sınırlandırılması faydalı olacaktır.

Belirtelim ki, 6325 sayılı Kanun m.15/4 ve Yönetmelik m.17/4 uyarınca; niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamamaktadır. Bu kapsamda arabulucu tarafından keşif, tanık ve bilirkişi incelemesi yapılamayacağı sonucu çıkarılabilir. Kanaatimizce, kanun koyucu nazarında, hâkim tarafından münhasıran kullanılması gereken yargısal yetkiler olarak görülen bu faaliyetlerden keşif ve tanık konusunda getirilen kısıtlamalar yerinde olmasına karşın bilirkişi konusunda getirilen kısıtlama isabetli değildir. Nitekim taraflar arasında ortaya çıkan ihtilafta, zarar ve kusur durumunun tarafsız bir bilirkişi tarafından belirlenmesi anlaşmanın sağlanması bakımından son derece faydalı olacaktır. Çünkü idare adına hareket eden kamu görevlileri, bilirkişi tarafından kusur ve zarar miktarının tespiti ile olası bir davanın sonuçlarını daha doğru değerlendirebilecek ve bu rapordaki verilere göre daha kolay sorumluluk alabileceklerdir.⁴⁹

Son olarak, ifade edilmelidir ki, komisyon üyelerinin sorumsuzluğu, *arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar* ile sınırlıdır. Örneğin, komisyon üyelerinin HUAK m.18/A gereği dava şartı arabuluculuk sürecine geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması nedeniyle, daha sonra açılan davada, İdare haklı çıkmış olsa dahi yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulmuş ise, burada artık idarenin uğramış olduğu zarar nedeniyle komis-

tanımlanmıştır.

⁴⁸ Bahtiyar Akyılmaz, "Kamu Zararı Kavramı ve Kamu Zararında Rücu", *İÜHFİM*, C.LXIX, S.1-2, Y.2011, s.62.

⁴⁹ Mehmet Karaarslan, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Giderilmesi", *TBB Dergisi*, 2019 (140), s.80.

yon üyelerinin sorumsuzluğundan söz etmek mümkün değildir. Bu noktada 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12/2. maddesinde yer alan *"Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmâl veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır."* hükmü uyarınca, sebep olunan zararın komisyon üyesinden tahsili ve ayrıca 125. madde kapsamında disiplin cezası verilmesi gündeme gelecektir. Belirtelim ki, komisyon üyelerinin hizmetin görülmesi ile ilgili olmayan, salt kişisel kusurlarından⁵⁰ kaynaklanan tazminat sorumluluklarını da ayrı tutmak gerekmektedir. Zira bu nitelikteki davranışlar ile hizmetin görülmesi arasında illiyet bağı kopmuş kabul edilir. Örneğin, komisyon üyesinin arabuluculuk görüşmeleri sırasında, haksız fiil niteliğindeki davranışları onun şahsi sorumluluğunu doğuracak, bu fiil ve davranışları için adli yargıda ilgili kişiye karşı tazminat davası açılabilecektir.

SONUÇ

Arabuluculuk, 6325 sayılı Kanun uyarınca, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan "özel hukuk uyuşmazlıklarının" çözülmesinde uygulanma imkânı olan bir müessese olup, idarenin kamu gücüne dayanarak tesis ettiği işlem ve eylemlerden doğan idari uyuşmazlıklar bakımından bu yönetime başvurulamamaktadır. Bu anlamda, yalnızca idarenin özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından uygulanan arabuluculuk müessesesinin uygulamasında ise bazı problemlerle karşılaşmaktadır. Bu problemlerin başında ise şüphesiz, uyuşmazlığa taraf olan idarelerin ve idareyi temsil eden komisyon üyelerinin

⁵⁰ Onar'a göre; kişisel kusuru hizmet kusurundan ayıran kriter, subjektif bir kriterdir. Bu bakımdan kusurlu fiilin objektif bakımdan hizmetle ilgisinin olup olmaması, safhalarından birini oluşturup oluşturmaması önemli değildir. Kamu görevlisinin kötü niyeti ve kastı, kusurunun kişisel kusur sayılması için yeterlidir. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt III, İstanbul, 1966, s.1699-1702; Akın Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, 1979, s.296-297; İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, İstanbul, 2004, s. 867-868; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.374-376. Bu tür fiiller, kamu hizmeti veya kamu görevlisinin görevi ile ilgili olmayan fiillerdir. Kamu görevlisi, bu fiilleri sebebiyle özel hukuk hükümlerine göre, haksız fiil sebebiyle sorumlu olacaktır. Burada idari faaliyet ile zarar arasındaki nedensellik bağı kopmuş olduğundan, idarenin hizmet kusurundan söz edilemeyecektir. Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 7. baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s.303.

sorumluluklarının doğması endişesi taşımaları ve bu sebeple ihtiyari arabuluculuğa başvurmaktan kaçınmaları, dava şartı arabuluculuk usulünde ise doğrudan anlaşmama iradesi sergileyerek uyuşmazlığın yargı kararıyla çözümlenmesini istemeleri gelmektedir. Bu durum ise arabuluculuktan beklenen faydanın sağlanamamasına yol açmaktadır.

Her ne kadar mevzuatta görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesi haricinde arabuluculuk komisyonlarının sorumsuz olacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiş olsa dahi uygulamada idareler kamu zararı olarak kabul edilir endişesi ile, uyuşmazlık konusu tutar üzerinde müzakerelere yanaşmayıp komisyon üyelerine anlaşmamaları yönünde talimat verebilmektedir. Halbuki kamu zararı kavramı 5018 sayılı Kanun uyarınca ancak kamu görevlisinin hukuka aykırı olan eylem veya işlemleri sebebiyle söz konusu olmaktadır. Bu anlamda 6325 sayılı Kanun kapsamında müzakereler sonucu imzalanan anlaşma belgesi uyarınca ilgili idarece ödeme yapılmasını, yargı yoluna gidilmesi durumunda ödenecek yargılama giderleri de göz önünde bulundurulduğunda kamu zararı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu noktada, komisyon üyeleri arasında mutlaka hukuk biriminden bir görevlinin de yer alması, bu imkân dâhilinde değil ise, toplantılara katılmadan önce söz konusu uyuşmazlık hakkında yargılama yoluna gidilse muhtemel giderin ne olacağı konusunda görüş alınması tereddütleri azaltarak sürece olumlu katkı sağlayacaktır. 6325 sayılı Kanun'a, arabuluculuk sürecinde bilirkişiye başvuru imkânı tanıyan bir hüküm eklenmesi de faydalı olacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 12. baskı, Ankara, 2020.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 2. baskı, Ankara, 2019.
- Düren Akın, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1979.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- Ildır Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Kaplan Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 7. baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- Kekeç Elif Kismet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

- Kutlu Gürsel Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir, 1997.
- Odyakmaz Zehra/Çınarlı Serkan/Avcıoğlu Aksoy Ezgi, İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri, Seçkin Yayıncılık, 2. baskı, Ankara, 2018.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, İstanbul, 1966.
- Önüt Lale Burcu, Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerde Uygulanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004.
- Özbek Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Cilt, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Pekcanıtez Hakan/Özekes Muhammet/Akkan Mine/Taş Korkmaz Hülya (Editörler), Medeni Usul Hukuku, Cilt III, On İki Levha Yayıncılık, 15. bası, İstanbul, 2017.
- Sancakdar Oğuz/Önüt Lale Burcu/Us Doğan Eser/Kasapoğlu Turhan Mine/Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 9. baskı, Ankara, 2020.
- Sancakdar Oğuz, İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, sorubankasi.net Yayınları, Güncellenmiş 3. baskı, İzmir, 2019.
- YAZICI Tıktık Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Yılmaz Erdinç, Fransız İdari Yargı Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları Yurt Dışı Ziyaret Raporu, T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara, Şubat 2016.

Makaleler

- Akyılmaz Bahtiyar, “Kamu Zararı Kavramı ve Kamu Zararında Rücu”, *İÜHF*, C. LXIX, S.1-2, Y.2011, s.61-78.
- Arat Nilay, “İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Hali Önündeki Engeller” *İÜHF* (Prof. Dr. İl Han Özay’ Armağan), C. LXIX, S.1-2, Y.2011, ss.891-906.
- Asiltürk Murat, “Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümlemesinde Uygulanabilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S.95, ss.29-40.
- Azrak A. Ülkü, “İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri”, *Danıştay Başkanlığı* 141. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2009, Ankara, ss.71-85.
- Fiş Üstün Gül, “Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.6, S.1, Haziran 2020, ss.13-23.
- Hasoğlu Aynur, “İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.65, S.4, 2016, ss.1981-1996.
- Ildır Gülgün, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara 2004, ss.385-401.

- Karaarslan Mehmet, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi”, *TBB Dergisi*, 2019 (140), ss.71-113.
- Özbek Mustafa, “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)”, *TBB Dergisi*, Sayı 56, 2005, ss.90-132.
- Özbek Mustafa, “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)”, *TBB Dergisi*, Sayı 57, 2005, ss.82-134.
- Özkan Gürsel, “Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü”, Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, 29-31 Ağustos 2016, <https://www.avekon.org/papers/1544.pdf>, E.T.07.04.2021, ss.260-267.
- Pekcanıtez Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005/5, ss.12-16.
- Şıpka Şükran, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y.6, S.12, Güz 2007/2, ss.163-175.
- Tanrıver Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *TBB Dergisi*, Sayı 65, 2006, ss.151-177.
- Tanrıver Süha, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi ve Tahkim”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, ss.1061-1089.
- Yılmaz Ejder, “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu m.35/A)”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, ss.843-856.
- Yılmaz Dilşat, “Yılmaz, Türk ve Alman İdare Hukukunda Arabuluculuk ve Sulhe İlişkin Düzenlemeler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.7, S.70, Haziran 2012, ss.92-100.

