

İDARENİN TARAF OLDUĞU ARABULUCULUK SÜREÇLERİNE DAİR ÖZEL KURALLAR VE UYGULAMA SORUNLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Pınar ÇİFTÇİ*

Özet

Hukuk uygulamamızda gün geçtikçe arabuluculuk ve özellikle zorunlu arabuluculuk uygulamasının genişlemesi, çok sayıda uyuşmazlıkta idareyi de arabuluculuk sürecine dahil etmektedir. Bu süreçte mevzuat tarafından idarenin tabî olacağı birtakım özel düzenlemeler kabul edilmiştir. Çalışmamızın birinci kısmı bu özel kuralları ele almaktadır. Özel mevzuat düzenlemelerinin yanı sıra, kamu kurumlarının, bazı kamusal gelenekleri arabuluculuk sürecinde de sürdürmesi uygulamada birtakım sorunlara sebebiyet vermektedir. Çalışmamızın ikinci kısmında bu sorunlara, çözüm önerileri ile birlikte bir pencere açma amacını taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, idarenin temsili, telekonferans, arabuluculuk görüşmeleri, kurulun oluşumu

Abstract

In our legal practice, the expansion of mediation and especially the practice of compulsory mediation involves the administration in the mediation process in many disputes. In this process, some special regulations were adopted by the legislation, which the administration will be subject to. The first part of our study deals with these specific rules. In addition to special legislative arrangements, public institutions maintain some public traditions in the mediation process, which causes some problems in practice. In the second part of our study, these problems will be discussed together with solution suggestions.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku ABD, pnr.ciftci@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9012-9673

Key words: Mediation, representation of the administration, teleconference, mediation negotiations, formation of the board.

Giriş

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 2017 yılında yapılan ekleme ile idarenin özel hukuk uyuşmazlıklarının tarafı olduğu arabuluculuk süreçlerinin işletilmesine dair hükümler eklenmiştir.¹ Bu çerçevede “Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi” başlığını taşıyan 15. maddenin 8. fıkrasına göre “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. Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar.” Aynı madde ile konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin Yönetmelik ile belirleneceği düzenlenmiştir (6325 sayılı Kanun m. 15/10). Nitekim bu çerçevede Yönetmelik hükümleri kabul edilmiştir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin² “İdarenin Temsili” başlığını taşıyan 18. maddesi 12 fıkra hâlinde ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerin hâricinde aynı zamanda 659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'de³ de genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinde ve özel bütçeli idarelerde hukuk hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin belirlenen kurallarda idarenin temsiline ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu çalışmanın ilk amacı da idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında işletilecek arabuluculuk süreçlerinde uyulması gereken özel kuralları değerlendirmektir.

1 12/10/2017 tarih ve 7036 sayılı Kanun m. 22.

2 RG 02.06.2018, S. 30439.

3 RG 02.11.2011, S. 28103.

I. İdarenin Arabuluculuk Sürecine Taraf Olması Durumu ve Uygulama Alanı

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları genelinde arabuluculuk kurumunun adli yargıda gün geçtikçe uygulama alanını genişletmesi hem yargının iş yükünü azaltmaya hem de kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkların kısa sürede barışçıl yöntemlerle sonlandırılmaya yönelik toplumsal barışın tesisine katkı sağlamaktadır. Bu amaç elbette idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında da yargının işleyişine ve toplumsal barışa hizmet eder. Diğer yandan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olsa da, idarenin taraf olduğu pek çok uyuşmazlıkta arabuluculuğa başvurunun *zorunlu dava şartı olması*, idarenin temsilini oldukça önemli kılmaktadır. Özellikle idarenin taraf olduğu çok sayıda iş uyuşmazlığı zorunlu arabuluculuk kapsamına dâhildir.⁴ Bu durum da, arabuluculuk sürecinde idarenin temsilini ve idarenin temsilinden kaynaklanan hukukî sorunların önemini artırmaktadır.

Kanun ve Yönetmelik'te idarenin temsiline ilişkin özel düzenlemelerin getirilmesi, idare hukukunun kendine has özelliklerinden kaynaklanır. Örneğin kanun koyucu herhangi bir ticarî şirketin arabuluculuk sürecinde temsilinde kurul olarak sürece katılma şartı aramazken bu şartı özellikle kamu hukuku tüzel kişileri için kabul etmiştir. Oybirliği ile karar alma, sorumluluk esası, arabuluculuğa davet gibi hususlar hukuk sistemimizde özel olarak idareler bakımından kabul edilmiştir.

İdari uyuşmazlıkların yargı dışı yöntemlerle çözümü konusunda hukuk sistemimizde buna imkân tanıyan düzenlemelere yer yer rastlanmaktadır. İdareye başvurularak uyuşmazlığın çözümünü düzenleyen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesindeki ihtiyarî idarî başvuru; 6203 sayılı Kamulaştırma Kanunu'ndaki kamulaştırma bedelinin tespitiyle ilişkin uzlaşma süreci; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen

4 Farklı hukuk sistemlerinde de benzer bir gelişme kaydedilmektedir. Bu konuda bkz. Nilay Arat, *Türk İdare Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı, Doktora Tezi, İstanbul 2009), 44 vd.; Mustafa Serdar Özbek, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (56): 90 vd.; Mustafa Serdar Özbek, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (57): 82 vd.

itiraz usûlü ve 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen sulh başvurusu bunlara örnek olarak verilebilir.⁵ Bununla birlikte bu çalışmada ele alınacak olan idarenin taraf olduğu arabuluculuk süreçleri, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında olanlardır. Bu konudaki düzenleme de, 12.10.2017 tarihinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile kabul edilmiştir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen tanımlar içerisinde *idare*,

“10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idare ve kurumlar ile 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahalli idareler ve bu idareler tarafından kurulan işletmeleri, özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müesseseler ve işletmelerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları” kapsamaktadır.

Görüldüğü üzere Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu kapsamına dahil olan idare kavramı son derece geniştir. Kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip olmakla birlikte, devlet veya mahalli idarelerinin doğrudan veya dolaylı olarak iştirak ettikleri özel hukuk tüzel kişileri de bu kapsamdadır.

İdarenin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında taraf olabileceği uyuşmazlık türleri, idarenin özel hukuk alanında yaptığı işlemlerdir. Dolayısıyla idarenin kamu gücü kullanarak yapmış olduğu eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıklar kamu hukukuna tâbi olduğundan Hukuk Uyuşmazlıkları Hakkında Arabuluculuk kapsamında zorunlu arabuluculuğa tâbi değildir.⁶ Bu kapsamda elektrik, su, gaz, te-

5 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Karaaslan, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (140): 71 vd.; Aynur Hasoğlu, “İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4): 1989 vd.; Özbek, “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde (I)”, 90 vd.; Özbek, “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde (II)”, 82 vd.

6 Asuman Çapar, “İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi”, *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, 7 (59): 14.

lefon abonman sözleşmeleri; idarenin taraf olduğu kira sözleşmeleri gibi idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri; kamu iktisadi teşebbüslerinin iş ve işlemleri; idare ile işçiler arasındaki sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar⁷ Hukuk Uyuşmazlıkları Hakkında Kanun kapsamında zorunlu arabuluculuğa tâbi olacaktır.⁸

II. Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Khk'da Yer Alan İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine İlişkin Uygulanacak Özel Hükümler

2011 yılında, 659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükümünde Kararname kabul edilerek bu KHK ile idarenin (i) hukukî uyuşmazlıkların çözümündeki görev ve yetkileri; (ii) dava ve icra takiplerinin başlatılması, yürütülmesi konusunda yetkileri; (iii) anlaşmazlıkların sulh yolu ile çözümü konusundaki yetkileri düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu KHK, sadece idarenin taraf olduğu arabuluculuk sürecine ilişkin genel esaslar belirlememekte, genel olarak davaların, icra takiplerinin ve dolayısıyla hukukî uyuşmazlıkların çözümünde idarenin sahip olduğu genel yetkileri düzenlemektedir. Nitekim bu KHK'nın yayımı tarihinde ülkemizde arabuluculuk uygulaması, bugün mevzuat kapsamında henüz kabul edilmemişti. Bununla birlikte bu KHK'da düzenlenen önemli birtakım hususlar, idarenin taraf olduğu arabuluculuk süreçlerinde uygulama alanı bulacaktır.

7 Çapar, "İdarenin Taraf Olduğu," 2530.

8 06-08 Ocak 2016 tarihli "Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı"nda bu görüşlerden bir kısmına değinilmiştir. Bu toplantıda idari faaliyetler kapsamında ortaya çıkabilecek çevre, imar, hastane sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklar, ecrimisil davaları, memurların küçük disiplin cezaları, işgaliye davaları, kamu ihaleleri, alımları ile özel sektörle yapılan birtakım işler arabuluculuğa elverişli olduğu yönünde görüş bildirilmiştir (Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016). Bu konuda ayrıca bkz. Çapar, "İdarenin Taraf Olduğu," 2529.

Öncelikle bu Kanun Hükmünde Kararname'nin amacı, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idarelerin *hukuk hizmetlerinin* etkili, verimli ve usûl ekonomisine uygun şekilde yerine getirilmesine ve bu hizmetlerin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik usûl ve esasların belirlenmesidir (KHK m. 1). Dolayısıyla amaç idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda etkili, usûl ekonomisine uygun şekilde ve uygulama birliğini sağlamaya yönelik olarak hukuk hizmetlerinin yürütülmesidir.

KHK'da benimsenen önemli düzenlemelerin başında "İlkeler" gelmektedir (KHK m. 3). Bu kapsamda:

- (i) idarelerin taraf oldukları uyuşmazlıkların, tarafların hak ve menfaatlerinin dengeli olarak değerlendirilerek, adil ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi,
- (ii) idarelerin taraf oldukları davaların, usul ekonomisine uygun olarak, imkanlar ölçüsünde idarelerde istihdam edilen hukuk müşavirleri ve avukatları tarafından takibi,
- (iii) davaların takibinde, mahkeme kararlarının hukuka uygun olarak, adil, süratli ve en az masrafla verilebilmesine yardımcı olunması,

esas alınmaktadır. Bu ilkelerin arabuluculuk sürecinde de idare tarafından dikkate alınması gerektiği konusunda şüphe duymamak gerekir. Örneğin idare, uyuşmazlığın taraflarının hak ve menfaatlerini dengeli olarak tartmalı ve arabuluculuk sürecine bu yönüyle katkı sağlamalıdır. Bu anlamda örneğin idare hukukunun içtihadî yönlerini gereğince bilmeli, dava sürecinde idarenin kaybedeceği bir uyuşmazlıkta arabuluculuk sürecini bu çerçevede yürütmelidir. Bu şekilde hem usul ekonomisine uygun davranmış olacak hem de söz konusu uyuşmazlığı adil ve hakkaniyete uygun olarak çözümleyebilecektir. Dolayısıyla idare, sürecin henüz başında herhangi bir değerlendirme yapmadan, menfaat ve haklar bazında dinamikleri ölçmeden, o konudaki yargı kararlarını ve idarî uygulamayı araştırmadan önyargılı şekilde sürecin başından olumsuz tavır takınmamalıdır. Bu gereklilikler söz konusu KHK'nın bizatihi 3. maddesinden doğmaktadır.

III. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda Yer Alan İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine İlişkin Uygulanacak Özel Hükümler

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 2017 yılında 7036 sayılı Kanun ile idarenin özel hukuk uyuşmazlıklarının tarafı olduğu arabuluculuk süreçlerinin işletilmesine dair hükümler eklenmiştir. “Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi” başlığını taşıyan 15. maddenin 8. fıkrasına göre:

“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. Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar.”

Aynı madde ile konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin Yönetmelik ile belirleneceği düzenlenmiştir (6325 sayılı Kanun m. 15/10). Kanun'un son derece kısıtlı bir şekilde konuyu ele almış olması, buna karşılık Yönetmelik hükümlerinde ayrıntılara gidilmesi zaman zaman kanunilik ilkesi bakımından tartışmalar yaratabilecek niteliktedir.

IV. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde Yer Alan İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine İlişkin Uygulanacak Özel Hükümler

A. Komisyonun Oluşumu

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 (Yön. m. 18/1). Komisyon da iki yıl süreyle görev yapmak üzere asıl ve yedek üyeler belirlenir. İdare

merkezde veya taşra teşkilatlarında komisyonlar kurabilir (Yön. m. 18/3). Görüldüğü gibi, Kanun'da yedek üyelerin oluşumuna, seçimine, rejimine dair herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, yedek üyelere ilişkin bu hususlar Yönetmelik'te düzenlenmektedir.

İdarenin arabuluculuk sürecine üç kişilik kurul hâlinde katılması zorunluluğu kapsamında idare kendini bir avukat veya hukuk müşaviri ve ayrıca üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile temsil ettirmek zorundadır. Bu gereklilik ilk olarak kurulun hukukçu olmayan üyelerinin, arabuluculuk süreci konusunda eğitim almalarını gerekli kılar. Ancak bugün için idareyi temsil edecek hukukçu olmayan temsilcilerin de arabuluculuk eğitimi almalarına yönelik bir düzenleme, uygulama bulunmaz. Avukatlar ise, arabulucu olmasalar dahi, hukuk uygulamasında arabuluculuğun gün geçtikçe yaygınlaşması sebebiyle kendilerini bu konuda daha fazla eğitebilme imkânına sahiptir. Aynı şekilde idareyi temsil edecek kurulun diğer üyeleri de arabuluculuk süreci, süreçte uyulması gereken temel ilkeler ve kurallar konusunda bilgili olmalı, bu konudaki değişiklikleri yakından takip etmelidir. İdareyi temsil edecek kurul üyelerinin arabuluculuk süreci ve kuralları konusunda yeterli bilgiye ve tecrübeye sahip olması sağlıklı bir arabuluculuk sürecinin yürütülmesi için ilk koşuldur. İdarenin kurul olarak sürece katılmasının bir diğer önemli etkisi, üç kişilik kurul olarak fiilen ve bizzat görüşmelere katılma zorunluluğunun bulunmasıdır. Nitekim bu gereklilik, aşağıda ele alınacağı üzere uygulamada birtakım aksaklıklar ortaya çıkarmaktadır.

B. Arabulucunun İdareyi Daveti

İdare, arabuluculuk davetlerinin yapılacağı adres, kayıtlı elektronik posta adresi ve telefon numarasını, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde internet sitesinde yayımlar. Arabulucular görüşmeler kapsamında yapacakları davetlerde öncelikle bu bilgileri esas alır (Yön. m. 18/2). İdare hem merkezde hem taşrada komisyonlar teşekkül ettirmişse, merkezdeki ve taşradaki adres, kayıtlı elektronik posta adresi ve telefon numarası bilgisinin ayrı ayrı internet sitesinde paylaşılması gerekmektedir.⁹

9 Gül Fiş Üstün, "Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26 (1): 18.

Uygulamadaki sorunlardan bir tanesi de, tüm idarî kurumların arabuluculuk davetlerinin yapılacağı elektronik posta adresleri ile telefon numaralarının internette yayımlanmamasıdır. Birtakım kurumsal özel şirketler bu konuda çok daha fazla yol almış durumdadır. Bu gereklilik arabulucunun vakit kaybetmeden, idareye ulaşabilmesini sağlar. Özellikle merkezî ve taşra teşkilâtı bulunan idareler için önem taşır.

C. Toplantıya Katılım ve Karar Alma

İdarenin arabuluculuk sürecinin tarafı olması hâlinde, komisyon kararlarını oy birliği ile alır (Yön. m. 18/4). Belirlenen komisyon üyeleri arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkilidir (Yön. m. 18/5). Dolayısıyla idareler arabuluculuk komisyonları, arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkilidir.¹⁰

Komisyon üyeleri arabuluculuk müzakerelerinde gerekli kararları almak için, ilgili özel ve kamu kurum ve kuruluşları ile sekretarya aracılığıyla yazışma yetkisine sahip olup, kurum ve kuruluşlar tarafından komisyona ivedi olarak cevap verilmelidir.¹¹ Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar. Komisyonun sekretarya hizmetlerini yürüten birim tarafından gerekçeli raporların saklanmasına ilişkin gerekli tedbirler alınır (Yön. m. 18/6).

İdarenin hukuka uygun hareket etme zorunluluğu, idarenin özel hukuk alanında sahip olunan irade özerkliğinin bulunmaması sonucunu doğurur. Dolayısıyla idare hukukunda yetki açık kanunî düzenlemeler ile tanındığından veya bunlara dayanılarak elde edildiğinden kural idarenin yetkisizliğidir. Bu sebeple idarenin tasarruflarını oluştururken ortaya koyduğu iradesi önceden belirlenmiş 'objektif' kurallara dayanmalıdır.¹² Bu anlamda klasik idare hukuku teorisinde karar alma yetkisinin çok esnek olduğundan

10 Aynı yönde Fiş Üstün, "Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin," 19.

11 Fiş Üstün, "Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin," 20.

12 Nilay Arat, "İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Hali Önündeki Engeller", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. İlhan Özyay'a Armağan, Cilt LXIX, (1-2): 895.

bahsetmek güçtür. Esasen idarenin klasik işlem teorisi, bu kapsamda arabuluculuk faaliyetinde uygulandığında, süreçten verimli sonuç almak da zorlaşmaktadır. Zira arabuluculuk sürecinin en önemli özellikleri arasında sürecin esnekliğe dayanmasıdır. Yargısal çözüm yolu esnek değildir, kesin kurallara bağlı iken, arabuluculukta tarafların anlaştıkları yöntem ve çözüm tarzı esastır, yöntem esnek ve çözüme en uygun olanıdır.¹³ Bu gerekliliğin ise, idare hukukunun klasik değerleri, kabulleri ile bağdaşması kolay olmayan bir yön olduğu aşıkardır. Nitekim sırf bu sebeple, idare hukukunda arabuluculuk uygulamasına çekince ile yaklaşmaktadır.¹⁴

Bu anlamda kanaatimizce başarılı bir arabuluculuk süreci ve sonucundan bahsedebilmek için tarafların esnek bir sürece hazırlıklı olmaları önemlidir. İdarenin de arabuluculuk faaliyetlerinde taraf olmaları hâlinde, sonuca ulaşma konusunda kendilerini gerçekten takdir yetkisini haiz görmeleri, esnek davranmaları her ne kadar klasik idari işlemlerdeki yaklaşımdan farklılık arz etse de, arabuluculuk faaliyeti bakımından önemli bir gerekliliktir.

D. Komisyon Üyelerinin Sorumluluğu

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 (HUAK m. 15/9).

Komisyon üyeleri, 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 tutulamazlar (Yön. m. 18/7). Bu hükümlerle, arabuluculuk komisyonlarında görev alan üyelerin sorumsuzlukları vurgulanmış, kamu personelinin görevi sırasında veya göreviyle ilişkili olarak verdiği karar/

13 Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku, Pekcanitez Usul* (Cilt 3, İstanbul 2017), 2823.

14 Arat, “İdari Uyuşmazlıkların Alternatif”, 904-905. Aksi yönde bkz. Murat Asiltürk, “Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümlemesinde Uygulanabilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, (95): 37 vd.

işlerden kaynaklı zararlardan doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerekliliği kuralı korunmuştur. Sorumluluk için görevlerinin gereklerine aykırı davrandıklarına ilişkin mahkeme kararının bulunmasına bağlıdır. Şayet bu düzenleme olmasa idi, sorumluluk baskısı ile süreci esnek yürütemeyecek; takdir yetkisini gereğince kullanamayacaktı. Böylece idarenin taraf olduğu arabuluculuk süreçlerinde biraz daha esneklik sağlanmış olmakta, idarî çalışanlar daha rahat kararlar alabilmektedir.¹⁵

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 (Yön. 18/8).

Devlet aleyhine tazminat davası açılması hâlinde mahkeme ilgili komisyon üyelerine davayı re'sen ihbar eder (Yön. m. 18/9).

E. Komisyon Faaliyetlerinin Yürütülmesi

Komisyonun ve sekretaryasının çalışma usul ve esasları idareler tarafından belirlenir (Yön. m. 18/10). Komisyon üyeleri bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca ilgili özel ve kamu kurum ve kuruluşları ile sekretarya aracılığıyla yazışma yetkisine sahiptir. Kurum ve kuruluşlar tarafından komisyona ivedi olarak cevap verilir (Yön. m. 18/11). Özellikle bu yetki, idarenin hızlı ve doğru kararlar alabilmesi için önemli bir yetki barındırmaktadır.

İdarelerin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında, arabuluculuk sürecinde idarenin temsili, anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve diğer hususlarda 7036 sayılı Kanun ile bu Yönetmelik hükümleri uygulanır (Yön. m. 18/12).

15 Arat, 253.

V. İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri

A. Bazı Sorunlar

Uygulamada yaşanan birtakım sorunlar, idarenin temsili konusunda bazı aksaklıkları da gündeme getirmektedir. Bu sorunların başında toplantıların yapılması ve imzaların atılması konusundaki bilgi eksiklikleri, hatalı uygulamalar gelmektedir. Özellikle pandemi döneminde bazı kamu hukuku tüzel kişileri aynı şehirdeki uyuşmazlıklar için dahi taraflar ve arabulucu ile yüz yüze bir araya gelmek istememekte, telekonferans yolunu talep etmekte; telekonferans yolu tercih edilse bile tutanakların elektronik imza ile imzalanmasına imkân verilmemekte; ıslak imza ile tutanakların imzalanması konusunda sorunlar çıkarabilmektedir. Bu durumda arabulucular yüz yüze oturum yapılması konusunda ısrarcı olursa, bir kısmı kurul olarak görüşmelere hiç katılmamakta; bazı kamu hukuku tüzel kişileri ıslak imzaların tamamlanması konusunda kargo yöntemi gibi birtakım yöntemlere arabulucuları zorlayabilmektedir. Esasen bu uygulamaların Kanun ve Yönetmelik hükümlerine ve arabuluculuğun temel ilkelerine uyumlu olmadığı aşikardır. Ancak arabulucular da tarafları masada bir araya getirebilme ve anlaşma olasılığını artırmak için bu konuda kendilerini, kanuna uygun olmayan yöntemler benimseme zorunluluğunda hissedebilmektedir.

Bunların yanı sıra, arabulucular kamu hukuku tüzel kişilerinin temsilinde idareyi temsil edecek kişilerin kimlik doğrulamasında dahi sıkıntıları yaşayabilmektedir. Bu durum da esasen idarenin arabuluculuk komisyon üyelerinin, arabuluculuk süreci konusunda yeterli derecede bilgi sahibi olunmadığını gösterir. Arabuluculuk faaliyetinin etkin şekilde işleyebilmesi için komisyon üyelerinin tamamının yeteri derecede arabuluculuk konusunda etkin ve bilgili olması gerekir.

İdarenin taraf olduğu arabuluculuk süreçlerinde, idarenin sürece uyumsuzluk çözüm odaklı yaklaşmaması sorunlardan bir diğeridir. İdare arabuluculuk görüşmelerini, bürokratik bir gereklilik olarak değerlendirdiği yönünde genel bir kanaat oluşturmaktadır. Komisyon üyeleri, uyuşmazlık dinamikleri ve çözümü yöntemlerine odaklanmaktan ziyade, süreci atlatılması gereken idari bir süreç bir gördüğü görünümünü vermektedir. Bu durum da, şüphesiz ki yürütülen arabuluculuk faaliyetini işlevsiz bırakır. Bu

yönüyle devlet otoritesi ve bürokratik bakış açısı, arabuluculuk sürecinde iletişimi zayıflatmakta, süreci çözümden uzaklaştırmakta ve ayrıca taraflar arasındaki korunması gereken dengeyi bozmaktadır. Zira klasik idarî işlem teorisindeki özel hukuk kişisi ile kamu hukuku tüzel kişinin eşit olmaması durumu, arabuluculuk faaliyetlerinde çözüme ulaşmayı engelleyen olumsuz bir etken olarak karşımıza çıkar.

B. Çözüm Önerileri

Uygulamada arabuluculuk süreçlerinde idarenin temsiline ilişkin hukukî sorunları birtakım önlemler olarak en azından kısmen engelleyebilmek mümkün olabilir. Gerçekten de bir idarî teşkilatta üst yönetici tarafından belirlenen iki kişi ile bir kurum avukatı veya hukuk müşavirinin sürekli olarak arabuluculuk toplantılarına katılmak zorunda olmaları kurumun işleyişini etkileyebilir. Örneğin bir belediyenin çok sayıda işçisi bulunabilir. İş hukukuna ilişkin çıkan her uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olacağı dikkate alındığında, arabuluculuk görüşmelerinin ciddi bir iş gücü gerektirdiği açıktır. Bu durumda sadece pandemi sebebiyle değil, tarafları aynı şehirde olan uyuşmazlıklarda bile taraflardan birisi idare ise, arabuluculuk oturumunun telekonferans şeklinde yapılmasına yönelik düzenleme kabul edilebilir.

Benzer şekilde imzaların tamamlanması konusunda birtakım imkânların yaygınlaştırılması mümkün olabilir. Bu şekilde tarafların tutanakları imzalamaları konusunda birtakım özel düzenlemeler –elektronik imza zorunluluğu gibi– kabul edilebilir. Böylece idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda imzaların kargo şirketleri aracılığı ile imzalatılması gibi daha az güvenli yollara başvurulması ihtiyacı bertaraf edilebilir.

Yine idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda idareyi temsil edecek kurul üyelerinin arabuluculuk eğitimi almaları konusunda birtakım adımlar atılarak en basit örneği ile arabulucuların kimlik doğrulama açısından yaşadığı sorunları engelleyebilmek mümkün olabilir.

Arabuluculuğun özel hukuk alanında uygulama alanını genişletmesi, zaman içerisinde idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarının sayısını daha fazla artıracaktır. Bu sebeple kanaatimizce bu konuda yaşanan sorunlar hakkında farkındalık düzeyi artırılmalı, sorunlara hukukî düzlemde çözümler getirilmelidir.

Sonuç olarak özetle;

- İdarenin arabuluculuk faaliyetlerine komisyon olarak değil, yetkili avukat veya hukuk müşaviri aracılığıyla katılması yönünde revizyona gidilmesi değerlendirilmeli;
- Bir tarafı idare olan arabuluculuk faaliyetlerinin telekonferans yoluyla gerçekleştirilmesi sağlanabilmeli;
- Bir tarafı idare olan arabuluculuk faaliyetlerinde komisyonun elektronik imza ile tamamlaması konusunda idarî komisyonlar bilinçlendirilmeli;
- İdarenin belirlediği komisyon üyelerinin arabuluculuk süreci konusunda etkinliğinin ve bilginliğinin artırılması sağlanmalıdır.

Kaynakça

- Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığının Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı (6-8 Ocak 2016). http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2016/subat/fransa_raporu/fransa_raporu.pdf.
- Arat, Nilay. *Türk İdare Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı, Doktora Tezi, 2009.
- Arat, Nilay. "İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. İl Han Özey'a Armağan, Cilt LXIX, (1-2): 891-906.
- Asiltürk, Murat. "Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümlemesinde Uygulanabilirliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, (95): 29-40.
- Çapar, Asuman. "İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi", *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, 7 (59): 2526-2535.
- Fiş Üstün, Gül. "Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26 (1): 13-23.
- Hasoğlu, Aynur. "İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4): 1981-1996.
- Karaaslan, Mehmet. "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (140): 71-113.
- Özbek, Mustafa Serdar. "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (56): 90-132.
- Özbek, Mustafa Serdar. "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (57): 82-134.
- Özkes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku, Pekantez Usul*. Cilt 3, İstan