

NEDEN İDARELER ARABULUCULUKTA ANLAŞAMIYOR? WHY CANNOT ADMINISTRATIONS AGREE IN MEDIATION?

Özden İPÇİ*

Özet: Ülkemizde alternatif çözüm yöntemlerinin hukuk alanında daha çok kullanılmaya başlanması ve bazı hukuki uyuşmazlıkların çözümünde zorunlu hale getirilmesi sonucunda idarelerin taraf olduğu hukuki uyuşmazlıklar bakımından komisyonlar ile temsili zorunlu kılınmıştır. Söz konusu komisyonların karar alma süreçlerinde tam yetkili olduğu, komisyonların arabuluculuk faaliyeti içerisinde yaptıkları işlemler ve aldıkları kararlar yönünden mali ve idari yönden sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir. Ancak uygulamada idarelerin hukuki uyuşmazlıklar üzerinde ne derece serbestçe tasarruf edebileceği ve arabuluculuk ile çözüme kavuşturulması kanun kapsamında düzenlenmediğinden idareler açısından arabuluculukta anlaşılması sonrası sorunlar meydana gelmektedir. Çalışmamız kapsamında arabuluculuk sürecinde idarelerin taraf olduğu hukuki uyuşmazlıkların çözümünde idareyi temsil eden komisyonlar açısından ortaya çıkan sorunların çözümüne katkı sunulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, İdare, Arabuluculuk Komisyonu, Kamu Zararı, Arabuluculuk Komisyonlarının Sorumluluğu

Abstract: As a result of the fact that alternative resolution methods have been used more in the field of law in our country and have been made compulsory in the resolution of some legal disputes, the representation of the administrations with commissions has been made compulsory in terms of legal disputes to which the administrations are a party. It is stated that the commissions in question are fully authorized in the decision-making processes, and that they cannot be held responsible financially and administratively in terms of the transactions they make and the decisions they take within the mediation activity. However, in practice, since the extent to which administrations can freely dispose of legal disputes and their resolution through mediation is not regulated within the scope of the law, problems arise after agreement in mediation for admin-

* Avukat, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi, ozdenipci@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0863-1259, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.08.2023, Kabul Tarihi: 13.11.2023

istrations. Within the scope of our study, it is aimed to contribute to the solution of the problems that arise in terms of the commissions representing the administration in the resolution of legal disputes to which the administrations are a party in the mediation process.

Keywords: Mediation, Administration, Mediation Commission, Public Loss, Responsibility of Mediation Commissions

GİRİŞ

Özel hukuk uyuşmazlıklarında idarelerin taraf olduğu arabuluculuk süreçlerinin temsilinde komisyonların oluşturulmasına yönelik düzenlemeler meydana getirilmiştir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin tesis edilmesiyle birlikte, idareyi temsil eden komisyonların arabuluculuk süreçlerinde ne kadar yetkili olabileceği, sürecin sonunda sorumlu tutulma durumlarının nasıl oluşabileceği konusu çalışmamızda irdelenmiştir.

Çalışmamızın başlığını oluştururken de özellikle mevzuat ile uygulama arasındaki farklılıklar vurgulanmış olup, nihayetinde konuya ilişkin olarak uygulama sorunları dikkate alınarak eleştirilerimiz ve çözüm önerilerimiz sunulmaktadır.

I. ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA İDARELERİN TARAF OLDUĞU ARABULUCULUK SÜREÇLERİNİN TEMSİLİNDE KOMİSYONLARIN YAPISI VE İŞLEYİŞİ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesinin 8. ve 9. fıkrasında idareleri arabuluculuk müzakerelerinde temsil edecek komisyonun nasıl belirleneceği ve komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yapmış oldukları işler ve kararların doğan zararlar ve rücu işlemlerinin ne şekilde gerçekleşeceği yönünde düzenlemeler yapılmıştır. İdarelerin temsili konusunda kanunun yalnızca 2 fıkra ile düzenlemesine karşılık Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 18. maddesinde 12 fıkra olarak daha detaylı şekilde düzenlenmiştir.¹

¹ Pınar Çiftçi, "İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine Dair Özel Kurallar ve Uygulama Sorunlarının Değerlendirilmesi", Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu: Bildiri tam metin kitabı, (453-466. ss.). İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 454

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "Amaç ve kapsam" kenar başlıklı 1. maddesinin 2. fıkrasında: *"Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır"* diyerek hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğun kapsamını belirlemiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin kapsamını düzenlediği 2. maddesinde de: *"Bu Yönetmelik; hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine ilişkin her türlü arabuluculuk faaliyeti, idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında idarenin temsili, dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuk sürecinin usul ve esasları ile arabulucuların eğitimi, arabuluculuk sınavının yapılması, arabulucular sicilinin düzenlenmesi, arabulucuların ve eğitim kuruluşlarının denetlenmesi ile Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve Arabuluculuk Kurulunun çalışma usul ve esaslarını kapsar"* şeklinde düzenleyerek özel hukuk uyuşmazlıklarında idarelerin temsilini kanuna nazaran yönetmelikle belirlendiği görülmektedir.

6325 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 8. fıkrası komisyonların kimlerden ve nasıl oluşturulacağını düzenlemektedir: *"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'nin "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. Mevzuat hükümleriyle idarelerin yalnızca bir üyeyi seçme konusunda avukat ya da hukuk müşavirinden seçmesi gerektiği yönünde takdir hakkının sınırlandırıldığı görülmektedir. Kalan iki üyeyi seçme yönünden ise idarelerin geniş bir takdir hakkı olduğu madde lafzından anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 20.01.2020 tarihli 2223 sayılı yazısında idarelerin arabuluculuk süreçlerine katılacak üyelerin seçiminde arabuluculuk eğitimi almış kişilerin öncelikli olarak tercih edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün yazmış olduğu bu yazıda

arabuluculuk eğitimi almış kişilerin idarelerde bulunması oldukça güçtür.² Çünkü Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın kendi sitesinde yer verdiği "Sıkça Sorulan Sorular" bölümünde: "Arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesi mezunu olup, mesleğinde 5 yıllık kıdeme sahip kişiler tarafından alınabilir" şeklinde açıkça yazdığı üzere bu eğitimi alabilecek kişiler yalnızca hukuk fakültesi mezunu olup, mesleğinde 5 yıl kıdeme sahip olan kişiler olabilecektir.³ İdarelerin bünyesinde bulunan kamu avukatlarının dahi çok düşük bir kısmının arabuluculuk eğitimi aldığı düşünüldüğünde idarelerin komisyonlarında üye portföyünün genelde arabulucu sürecini bilmeyen üyelere oluşturacaktır. Bu durumun uygulamada idarelerin arabuluculuk süreçlerinde çekimser kalması, sürece dahil olmaması, teklif vermekten imtina etmesi, sunulan teklifleri ise değerlendirememesi gibi arabuluculuğun özüne aykırı sonuçlarla karşı karşıya kalınmasına sebebiyet verebilmektedir.

Arabuluculuk sürecine ve genelde arabuluculuğa konu olan uyuşmazlığa öncesinde vakıf olan hukukçu üye arabuluculukta karşı tarafla müzakere edip kararını buna göre şekillendirebilirken, komisyonun diğer üyelerinin uyuşmazlık konusuna ancak hukukçu üyenin kendilerine aktardığı kadarını ya da üyelerin kendi birimlerinde gerçekleşen bir uyuşmazlık ise bu şekilde bilgi sahibi olabildiklerinden müzakere etmeyeceklerdir.

İdareleri arabuluculuk süreçlerinde temsil eden komisyon üyelerinin tecrübesiz, arabuluculuk süreçlerine hâkim olmamasının bir diğer olumsuz sonucu Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 4. fıkrasında yer alan: "Komisyon kararlarını oy birliği ile alır" düzenlemesinde karşımıza çıkabilecektir. Yukarıda belirtildiği üzere sağlıklı bir şekilde teklif sunamayan, gelen teklifleri değerlendirmeyen komisyonun, kendi içerisindeki müzakeresinde de oy birliğinin sağlanması oldukça güçtür. Kaldı ki oy çokluğu olması durumunda da neden anlaşma yapıldığı ya da anlaşma yapılmadığı yönünde elde geçerli bir dene olmayacaktır. Sayıştay denetimlerinde de oy çokluğu ile yapılan anlaşma sonucunda idarenin zarara uğratıldığından bahisle olumlu oy kullanan üyelerin soruşturulması veya neden anla-

² Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 20.01.2020 tarihli 2223 sayılı Komisyonların Arabuluculuk Uygulamasına İlişkin Konulu Yazısı

³ Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SSSorularDetay/1>, Erişim Tarihi: 22.08.2023

sılmadığı yönünde bir taleple gelindiği bu defa tam tersi olumsuz oy kullanan üye veya üyelerin denetime takılabileceği şüphesi oluşacaktır.⁴ Üyelerin farklı düşüncesinin oluşması halinde yine genellikle ufak şehirlerde neredeyse herkesin birbirini tanıdığı durumlarda üyelerin birbirini anlaşma yönünde ikna çabası farklı anlamlara yol açabileceği gibi, bu üye hakkında başka isnatlarda bulunabileceği şüphesi de oluşabilecektir. Bu nedenle komisyonu oluşturan üyeler arasında oy birliğinin sağlanması da bazı uyuşmazlıklarda zor olduğundan arabuluculuk faaliyetinden istenilen fayda elde edilemeyecektir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 5. fıkrasında: “Belirlenen komisyon üyeleri arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkilidir” hükmü ile komisyon üyelerinin üst amirlerinin oluru, onayı, rızası ve hatta haberi dahi olmaksızın karar alabileceği anlaşılmaktadır. Fakat uygulamadaki süreçler bu şekilde yürümektedir. Neredeyse tüm idarelerde karar alma süreçlerinde komisyonlar sadece elçi görevi görmekte, üst amirlerinin bilgisi, onayı dışında bağımsız bir şekilde hareket edemedikleri görülmektedir. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 20.01.2020 tarihli 2223 sayılı komisyonların arabuluculuk uygulamasına ilişkin konulu yazısında dahi komisyon üyelerinin öncelikle uyuşmazlık hakkında ön görüşme yapmasını, süreç hakkında bilgi sahibi olmalarını, ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeleri ilgili kurumlardan, birimlerden yazışarak temin etmesi istenilmektedir. Komisyon üyelerinin gerçekleştirdiği bu yazışmalar yalnızca bilgi edinmek amacıyla gerçekleşmemekte birçok zaman kurum olarak arabuluculuk sürecinde bir tekliflerinin olup olmadığı, gelen teklifleri ne şekilde karşılayacakları şeklinde olmaktadır.⁵⁶⁷

⁴ Gül Fiş Üstün, “Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.26, S.1, Haziran 2020, s.19

⁵ Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma ve Usul Esaslarına İlişkin Yönerge, https://gs.asbu.edu.tr/sites/idari_birimler/gs.asbu.edu.tr/files/inline-files/Arabuluculuk%20Komisyonu%20%C3%87a1%C4%B1%C5%9Fma%20ve%20Usul%20Esaslar%C4%B1na%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20Y%C3%B6nerge.pdf, Erişim Tarihi: 22.08.2023

⁶ Gebze Teknik Üniversitesi, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma Usul ve Esasları, https://www.gtu.edu.tr/fileman/Files/UserFiles/kalite/Y%C3%B6nergeler/YO-0053_Arabuluculuk_Komisyonu_Calma_Usul_ve_Esaslar_R0.pdf, Erişim Tarihi: 22.08.2023

⁷ Konya Teknik Üniversitesi, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma Usul ve Esasla-

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 19.10.2022 tarihli E-59155416-045.02-1990/30393 sayılı yazısında da: *“Hukuk uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Yönetmeliği'nin 18. maddesinin besinci fıkrasında ise “Belirlenen komisyon üyeleri arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkilidir” Yedinci fıkrasında ise; “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” hükümleri yer almaktadır. Bu itibarla, söz konusu hükümler kapsamında görev yapan arabuluculuk komisyonları; arabuluculuk faaliyetleri sırasında arabuluculuk sürecine ilişkin danışmak istedikleri hususlarda Arabuluculuk Daire Başkanlığı Tetkik Hakimi ...'a 0 312 414 82 75 numaralı hattan ulaşabilirler”,* halen idarelerin arabuluculuk süreçlerinde anlaşma yönünde tereddütlerinin bulunduğu, bu tereddütlerin giderilmesi için Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yalnızca bir telefon numarasıyla danışmanlık almaktan ibaret bir çözüm sunduğu görülmektedir.⁸

Her ne kadar mevzuatta ve Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün yazısında komisyon üyelerinin karar alma konusunda tam yetkili olduğu belirtilmiş ise de bu durumun yalnızca kâğıt üstünde kaldığı görülmektedir. Buna neden olarak ise komisyon üyelerinin sorumluluk almamak adına hem üst amirlerinin talimatları doğrultusunda hareket etme hem de Sayıştay denetimlerinde kendilerinin soruşturulmasına ket vurmak olarak düşünülmektedir.

II. İDAREYİ TEMSİL EDEN KOMİSYON ÜYELERİNİN SORUMLULUK HALLERİ

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesinin 9. fıkrasında: *“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*

rı, https://www.ktun.edu.tr/Resimler/Mevzuat/Konya_Teknik_Universitesi_Arabuluculuk_Komisyonu_Cal%C4%B1sma_Usul_ve_Esaslar%C4%B1.pdf, Erişim Tarihi: 22.08.2023

⁸ Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 19.10.2022 tarihli 30393 sayılı Yazısı

üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder” hükmü yer almaktadır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği’nin 18. maddesinin 7. fıkrasında: “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”, 8. fıkrasında: “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” 9. fıkrasında: “Devlet aleyhine tazminat davası açılması hâlinde mahkeme ilgili komisyon üyelerine davayı re’sen ihbar eder” düzenlemeleri yer almaktadır.

İdareleri temsil eden komisyonların sorumluluğu açısından yukarıda belirtilen düzenlemeler dikkate alındığında, idarenin genel sorumluluk ilkesini daraltacak şekilde bir rücu ilişkisi düzenlenmiştir.⁹ Her ne kadar komisyonların arabuluculuk süreçlerinde tam yetkili olduğu ifade edilmişse de komisyonların arabuluculuk süreçlerinde vermiş olduğu kararlar hizmet faaliyetleridir. Hizmet faaliyetlerinde de idareyi zarar sokacak biçimde örneğin uyuşmazlık miktarının oldukça üzerinde bir tutarın komisyon tarafından teklif edilmesi, anlaşılan bir arabuluculuk tutarının başka bir mahkeme kararıyla aslında anlaşma tutarından daha düşük olması veya arabuluculukta anlaşmayla sonuçlanan bir uyuşmazlığın aslında mahkemeye gidilmesi halinde idarenin lehine sonuçlanacağı ve idarenin borçlanmayacağı gibi çoğaltabileceğimiz durumlarda idarenin zarara uğraması gündeme gelebilecektir.¹⁰

Komisyon üyelerinin doğabilecek zarardan sorumlu tutulabilmesi için de görevlerinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi gerektiği önkoşul olarak belirtilmiştir. Söz konusu bu düzenleme ile komisyon üyelerinin daha çok rahatladığı,

⁹ Asuman Çapar, “İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi”, *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, 7(59), (2526-2535 ss), 2020, s. 2531

¹⁰ Mehpare Çaptuğ, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulama Alanı ve Aksayan Yönleri”, *TBB Dergisi*, 157, 2021, s. 310

müzakereleri daha esnek bir biçimde sürdürecekleri ve takdir yetkisini yeterince kullanabilecekleri yönünde görüşler de mevcuttur.¹¹

Söz konusu düzenleme komisyonların daha rahat hareket edebilmesi açısından yerinde bir uygulama ve komisyonları anlaşma yönünde teşvik edici nitelikte olmasına rağmen söz konusu düzenleme kanunla düzenlenmediğinden dolayı işlevsel olamamıştır. Nitekim aşağıda belirteceğimiz Sayıştay denetimlerinde söz konusu yönetmelikte yer alan düzenlemelerin kanuna dayanmadığından geçerli olmadığı, bu sebeple arabuluculuk sürecinde anlaşma sağlayan komisyon üyelerine zimmet çıkarılmasına uzanan bir süreç yaşanmıştır. Bu durumun yaşanmasında idarelerin özel hukuk uyuşmazlıklarında serbestçe tasarruf edememesi de başkaca bir gerekçe olmuştur. Söz konusu rücu düzenlemeleri her ne kadar iyi niyetli de olsa arabuluculuk yönteminin amacına ulaşmasını sağlayacak ölçüde olmadığından arabuluculuk uygulamasında idarelerin anlaşma yönünde ellerini bağlamaktadır.

Arabuluculuk süreçlerinde idareleri temsil eden arabuluculuk komisyonu üyelerinin olası bir anlaşma durumunda kendilerinin sorumlu tutulma düşüncesinin yanı sıra kurum içinde yer alan amirlerin de birçok uyuşmazlığın adli merciler tarafından çözümlenmesini daha uygun olduğu kanaatini getirmesiyle birlikte idareler arabuluculuk süreçlerinde anlaşmaya yanaşmamaktadır. Aslında birçok uyuşmazlık arabuluculuk müzakere aşamasında belki de idarenin oldukça lehine çözümlenebilecek iken anlaşma teşebbüsünde bulunulmaması nedeniyle uyuşmazlıklar dava yoluna gitmektedir. Bu yanlış uygulamaların değişmesi adına mutlaka kanuni bir düzenleme yapılarak idareleri temsil eden arabuluculuk komisyonlarına açıkça yetki verilmeli, komisyonlar uyuşmazlıkları serbestçe tasarruf edebilecekleri bir düzene kavuşturularak, idarelerimizin de arabuluculuk sürecinin bir tarafı olduğu hissettirilmelidir.¹²

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan " *tarafların üzerinde serbestçe tasarruf*

¹¹ Nilay Arat, Türk İdare Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı, Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 253

¹² Mustafa Serdar Özbek, "İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)", *TBB Dergisi*, 56, 2005, s. 94

edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir” düzenlemesi ile ancak sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğu kabul edilmiştir. Buradan hareketle kamu düzenine ilişkin olan konular arabuluculuk kapsamı dışına alınmıştır.¹³ Kamu düzeni kısaca kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığı kavramlarından oluşan geleneksel üçlü ile tanımlanmaktadır.¹⁴ Kamu düzenine ilişkin olmasından kaynaklı olarak re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmayacağı söylenebilecektir.

Birçok kurum yine kendi içlerinde oluşturdukları yönergeler, usul ve esaslar ile sorumluluk yönünden farklı düzenlemeler getirerek komisyon üyelerinin üzerindeki baskıyı azaltma ve zarardan diğer birimlerin sorumlu tutulmasını amaçlamışlardır. Bununla birlikte komisyon üyelerinin kendi özgür iradeleri ile teklif sunmasının önüne geçilerek, uyuşmazlıkla ilgili olan birimin teklif vermesinin sağlanarak, şayet doğabilecek bir zarardan komisyon üyelerinin sorumluluğunun doğmamasının amaçlandığı da görülmektedir.¹⁵¹⁶

İdarelerin kâr amacı gütmeyip, şirket mantığı ile yönetilmemesinden dolayı arabuluculuk sürecinde yer alan komisyon üyelerinin anlaşma halinde kamu zararından sorumlu tutulacakları endişesiyle anlaşmama iradesiyle masaya oturmaları bu gerekçelerle haklı görünmektedir. Kaldı ki komisyon üyelerinin ne derece özel hukuk uyuşmazlıklarını serbestçe tasarruf edebilecekleri de başkaca bir sorundur. Üst amirlerinden talimat almaksızın yüksek bedelli arabuluculuk konularında özgür iradeleriyle komisyonların hareket edemeyeceği ortadadır. Ayrıca 659 sayılı KHK’da bu konuda harcama yetkililerini de net şekilde belirlemektedir.

¹³ Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, Yetkin 2022, s.1499

¹⁴ Kemal Gözler, Kısa İdare Hukuku, Bursa, Ekin 2015, s. 166

¹⁵ Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Arabuluculuk Komisyonu Çalışma ve Usul Esaslarına İlişkin Yönerge, <https://kmu.edu.tr/mevzuat/bilgi/1857/arabuluculuk-komisyonu-calisma-ve-usul-esaslarina-iliskin-yonerge>, Erişim Tarihi: 23.08.2023

¹⁶ Maski Genel Müdürlüğü, Arabulucuk Komisyonu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönerge, https://www.maski.gov.tr/temin_dosyaları/Arabuluculuk_Komisyonu_Calisma_Usul_ve_Esaslari_Yonergesi.pdf, Erişim Tarihi: 23.08.2023

659 sayılı sayılı KHK'da genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idarelerin hukuk hizmetlerinin etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun şekilde yerine getirilmesi amaçlanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda da idarelerin taraf oldukları uyuşmazlıkların, ihtilaflı tarafların hak ve menfaatlerinin dengeli olarak değerlendirilerek, adil ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi öngörülmektedir. 659 sayılı KHK'da uyuşmazlık çözümünde önce sulh yoluna başvurulması, bundan sonuç alınmadığı takdirde, son çare dava açılması esası yer almaktadır. Böylece 659 sayılı KHK içeriğinden öncelikle idarelerin sulh yoluna başvurusu öncelikli olarak kabul edilmiştir.¹⁷

İdarelerin kanuni dayanağa sahip 659 sayılı KHK ile uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturabilecekleri öncelikli bir yol bulunmakta iken uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturması da ayrıca bir çelişkiye yol açmaktadır. Kaldı ki KHK'da yer alan sulh yolunda sorumluluk alanlarına/ miktarlarına göre harcama yetkililerinin belirlendiği, idarelerin yapabileceklerinin 659 sayılı KHK'da açıkça ortaya konulduğu dikkate alındığında arabuluculukta idareleri temsil eden komisyonlara nazaran serbestçe tasarruf edebilecekleri bariz bir şekilde ortaya konulmuştur. İdarelerin serbestçe tasarruf edemeyeceği konularda arabuluculuk sürecinin en başında ölü doğduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

III. İDARELERİ ARABULUCULUK SÜREÇLERİNDE TEMSİL EDEN KOMİSYONLARIN SORUMLULUKLARINA YÖNELİK SAYIŞTAY'IN BAKIŞ AÇISI

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesi kamu zararı kavramını: "*Kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır*" şeklinde tanımlamıştır.¹⁸ Madde içeriğinden arabuluculukta idareyi temsil eden komisyonların faaliyetleri sebebiyle müzakerelerde teklif sunması, sunulan teklifleri değerlendirmesi gibi hususlarda inisiyatif alması durumlarında kamu zararının ortaya çıkabileceği çekincesi doğmaktadır.

¹⁷ Özbek, s. 1146

¹⁸ Resmî Gazete, 24.12.2003/25326

Bu sebeple komisyon üyelerinin ve idarecilerin Sayıştay denetimlerinden de çekinerek arabuluculuk masasına ketum bir anlaşmazlık sebebiyle oturmasına yol açmaktadır. Komisyonların arabuluculuk sürecinde arabuluculuk konusunun yargılama ile idarenin aleyhine çıkacağı, yargılama ile idarenin ayrıca yargılama giderleri ve avukatlık vekalet ücreti ödeyeceği, yargılamaların uzun sürmesi sebebiyle ilaveten faiz ödenmek zorunda kalınacağı gerekçeleriyle karşı tarafların makul tekliflerini kabul edebilecek iken idare amirlerinin Sayıştay denetiminden çekinerek arabuluculuk sürecinde anlaşmama yönünde talimatlar verdiği bilinmektedir. Buradan hareketle idarelerin arabuluculukta anlaşmaması gayet doğaldır. Bunun çözümü de açık kanuni düzenlemeler ile idarelerin arabuluculuk süreçlerinin Sayıştay denetimi açısından kısıtlanması olacaktır.¹⁹

İzmir Kalkınma Ajansı'nın 2019 yılı Sayıştay Denetim Raporunda: *"Arabuluculuk Kanununun Amaç ve Kapsam Başlıklı 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen; "Bu Kanun... ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır." Hükmüne göre arabuluculuk müessesinin uygulanabilmesi için ortaya çıkan özel hukuk uyuşmazlığının tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğması gerekmektedir. Bir kamu tüzel kişisi olan kalkınma ajanslarının personel istihdamı, personele yapılacak ücret, mali ve sosyal haklar gibi konularda yapacakları işlemler ilgili mevzuatlar içerisinde düzenlenmiş olup, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan bir özel hukuk uyuşmazlığı değildir. Bu yüzden personele ödenecek ücret ve sosyal haklara ilişkin işlemler arabuluculuk faaliyeti kapsamında olmayıp, bu konularda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar için arabuluculuk komisyonuna başvurulması mümkün değildir"* denilerek tarafların serbestçe tasarruf edemediği, arabuluculuk müessesisi içerisine girmeyen bu işlemler hukuki dayanaktan yoksun olduğundan dolayı kamu zararına sebebiyet verildiği tespitine yer verilmiştir.

İzmir Kalkınma Ajansı'nın 2020 yılı Sayıştay Denetim Raporunda: *"Mevzuatla açıkça belirlenen ödemeye ilişkin hususların "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan bir özel hukuk uyuşmazlığı" olamayacağı açıktır... arabuluculuk kararının adli, idari*

¹⁹ Çaptuğ, s. 311

yargı kararlarıyla benzetilip, sorgulanamaz, denetlenemez dokümanlar olarak değerlendirilmesi isabetli değildir... Arabuluculuk müessesesinin, kamu kurumlarının hukuk dışı işlemlerini bir anlaşmaya bağlamak suretiyle meşrulaştırmasının bir yöntemi hale getirilmesi ve denetim-yargı yolunun kapatılmasının kabul edilemeyeceği açıktır” denilerek hukuka aykırı nitelikteki kararların ve işlemlerin arabuluculuk faaliyeti ile meşrulaştırılmasının da kabul edilemeyeceğinden bahsedilmektedir.²⁰

Yine aynı raporda: *“Bir kamu kurumunun, “fazla mesai ücreti, işe iade tarihine kadar ödenmeyen maaşların ödenmesi, zam farkları, sair hak ve alacaklar”ı objektif olarak hesaplanması/belirlenmesi mümkün bulunmayan alacak kalemleri olarak nitelenmesi kabul edilebilir ve anlaşılır bulunmamıştır... Arabuluculuk müessesesi dahilinde, idarenin önceden yapmadığını belirttiği hesaplamaların kim tarafından, nasıl yapıldığı ve idarenin doğruluğunu bilmediği bu hesaplamaları nasıl onaylayıp, anlaşmaya vardığı belirsizdir”* denilerek arabuluculuk kapsamında gerçekleşen anlaşma çerçevesince ödeme yapılması Sayıştay tarafından kabul edilebilir bir yöntem olarak değerlendirilmemiştir.²¹ Arabuluculuk faaliyeti kapsamında 6325 sayılı Kanun’un 15/4 maddesi ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Arabulucu Yönetmeliği’nin 17/4 maddesi uyarınca hâkim tarafından yapılabilecek işlemlerin arabulucu tarafından gerçekleştirilmesine olanak tanınmamıştır. Arabulucunun bilirkişi incelemesi yapamayacağından Sayıştay denetim raporunda da bahsedildiği üzere yapılacak arabuluculuk sürecinde idareyi temsil eden komisyonların müzakere edeceği miktarları doğru bir şekilde değerlendirmesine imkân bulunmamaktadır. Bu sebeple tarafsız bilirkişiler tarafından belirlenmiş bir miktar üzerinden müzakere edilmemesinden kaynaklı komisyon üyelerinin anlaşma sağlayamaması başkaca bir yasal eksiklik olarak göze çarpmaktadır.²²

Sayıştay Birinci Dairesi’nin 2018/10843 Karar numaralı kararında istifa sebebiyle iş sözleşmelerinin sona eren işçilere kıdem tazminatı ödenmesi durumunda mevzuatta yer almayan bir ödeme söz konusu olduğundan dolayı kamu zararının oluştuğu belirlenmiştir. Kararda 6325 sayılı Kanun gereğince anlaşma belgelerine dayanarak ödemeyi

²⁰ İzmir Kalkınma Ajansının 2020 yılı Sayıştay Denetim Raporu, s. 15

²¹ İzmir Kalkınma Ajansının 2020 yılı Sayıştay Denetim Raporu, s. 19

²² Mehmet Karaaraslan, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi”, *TBB Dergisi*, 2019 (140), s.80

gerçekleştiren harcama yetkilileri ve gerçekleştirme görevlilerinin sorumlu olmadığı, üst yöneticinin ise 6325 sayılı Kanun gereğince idareyi temsil etmek üzere arabuluculuk komisyonu üyelerini görevlendirdiğinden dolayı kamu zararından sorumlu olmadığı tespit edilmiştir. 6325 sayılı Kanun'da yalnızca komisyon üyelerinin yaptığı işler ve aldığı kararlar neticesinde, üçüncü kişilerin uğradığı zararların tazmini ve rücu işlemleri Kanununun 15/9 maddesinde düzenlenmiş olmasına rağmen idarenin uğramış olduğu zarara yönelik herhangi bir kanuni düzenlenmeye yer verilmediğine vurgu yapılmıştır.²³

Kararın devamında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Arabulucu Yönetmeliği'nin 18. maddesinin yedinci fıkrasında: *"Komisyon üyeleri bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle görevlerinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında mali ve idari yönden sorumlu tutulamazlar."* düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak bu düzenleme ile yasal dayanak olmaksızın komisyon üyelerine bir koruma getirildiğinden bahsedilmiştir. Bu sebeple kamu zararına sebebiyet veren komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyetinden dolayı idareyi temsilen anlaşma yaptıklarından dolayı sorumlu tutulmaları gerekir denilerek kamu zararından müştereken ve müteselsilen yasal faiziyle birlikte ödemelerini hüküm altına almıştır. Sayıştay'ın bu kararıyla idarede yer alan diğer üst derece amirlerin sorumlu tutulamayacağından bahisle yalnızca bütün yükü komisyon üyelerine yıkması idarelerin arabuluculuk süreçlerini baltalayacak niteliktedir. Sayıştay'ın yönetmelik maddesinin komisyon üyelerinin koruma kalkanı olmadığı, buradaki düzenlemenin yasal dayanağı olmaksızın yer aldığı tespitiyle idareyi temsil eden komisyon üyelerinin arabuluculukta özgür iradeleriyle, serbestçe tasarruf etmesi beklenemeyecektir.²⁴

SONUÇ

Sayıştay denetimleri sonucunda oluşturulan bulgu ve kararlarda uygulamada idarelerin özel hukuk uyuşmazlıklarını serbestçe tasarruf edemeyecekleri, idareleri temsil eden komisyonların yaptıkları işlemler ve aldıkları kararlarda yasal dayanak olmaksızın yalnızca yönetme-

²³ Sayıştay Başkanlığı Daire Kararları, 2018/10843 Karar

²⁴ Sayıştay, a.g.m.

likle koruma getirildiğinden idareleri zarara uğrattıklarından bahisle sorumlu tutulmaktadır. Arabuluculuk süreçlerinde idareyi temsil eden komisyon üyelerinin bu sebeple anlaşma halinde kamu zararından sorumlu tutulacakları endişesiyle anlaşmama iradesiyle masaya oturmaları bu gerekçelerle haklı görünmektedir.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın sunmuş olduğu istatistikler ve harici olarak kurumlara yapılan anlaşma yönündeki telkinlerle birlikte komisyonlar sadece anlaşma yönünden değil, "neden anlaşmadınız" şeklinde bir ikilime de girerek adeta ne yapacaklarını bilemedikleri bir duruma sokulmalarına sebebiyet verilmiştir. İdarelerin şirket mantalitesiyle yönetilmediğinden ve doğabilecek zararlardan komisyon üyelerinin sorumlu tutulması korkusundan dolayı idarelerin arabuluculuk safhasında neden anlaşmamaya meyilli olduğu bu sayede açıklığa kavuşmaktadır.

Kaldı ki komisyon üyelerinin ne derece özel hukuk uyumsuzluklarını serbestçe tasarruf edebilecekleri de başkaca bir sorundur. Bu sorunun üstesinden gelinebilmesi için idarelerin serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerin neler olduğu açıkça yasada belirtilerek, bu şekilde idarelerin hangi uyumsuzlukları serbestçe tasarruf edebileceği ve arabuluculuğa tabi olduğu konusundaki belirsizliklerin giderilmesi sağlanmalıdır.

Bununla birlikte komisyonların yönetmelikte her ne kadar müzakerelerde tam yetkili olduğu hususu belirtilmişse de bu durumun 659 sayılı KHK başta olmak üzere diğer kanun hükümleriyle de çeliştiği, uygulama yönünden de alt-üst ilişkisini kaldırdığından hiyerarşik yapıyı bozduğu söylenebilecektir. Mevcut komisyon üyeleri yerine ilgili idarelerin özellikle 659 sayılı KHK'da belirlenen harcama yetkilileri ile üst amirlerinin de komisyonda yer almasının sağlanması idarelerin arabuluculuk süreçlerinde önem arz edecektir. İdareleri temsil eden komisyon üye yapısının da harcama yetkililerinin ve üst yöneticilerin de söz sahibi olduğu bir şekle büründürülmesi idarelerin arabuluculuk süreçlerinde daha rahat bir şekilde müzakere yapmasına imkân sağlayacaktır.

Hem Sayıştay denetimlerinde idareyi temsil eden arabuluculuk komisyonlarına yöneltilen sorumluluklar hem de arabuluculuk mev-

zuatındaki boşluklar nedeniyle idarelerin özel hukuk uyumsuzluklarında serbestçe tasarruf edip edemeyecekleri, idareleri temsil eden komisyonların yaptıkları işlemler ve kararlar yönünden sorumluluğunda yaşanan problemler incelenerek, bu problemlere çözüm getirilmesi için öncelikle çalıştaylar düzenlenerek uygulamadaki sorunların tam olarak tespitinin gerçekleştirilmesi, akabinde de bu sorunların çözümüne yönelik somut fikirlerin sunulması ve uygulamadaki aksaklıkları giderecek biçimde yasal dayanakların oluşturulması gerekmektedir.

Yasal dayanakların oluşturulması konusunda Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün etkin bir rol alması ve idareleri temsil eden komisyonların arabuluculuk süreçlerinde tam yetkili olduklarının sadece yönetmelik bazında düzenlendiğinin yeterli olmadığı bilincine varması gerekmektedir. İdarelerin arabuluculuk süreçlerinde anlaşma yönünde serbestçe müzakere edebilmesinin yolu kanuni açıdan eksikliklerin tamamlanmasından geçmektedir.

Komisyon üyelerinin özellikle Sayıştay denetiminden dolayı arabuluculukta anlaşma taraftarı olmamasının önüne geçilmesi için kamu kurumlarının anlaşma belgelerinin Sayıştay denetimi kapsamında çıkarılması idarelerin arabuluculuk süreçlerinde önemli olacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

Gözler Kemal, Kısa İdare Hukuku, Bursa, Ekin 2015

Özbek Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, Yetkin 2022

Makaleler

Çapar Asuman, "İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi", *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, 7(59), (2526-2535 ss), 2020

Çaptuğ Mehpere, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulama Alanı ve Aksayan Yönleri", *TBB Dergisi*, 157, 2021

Karaaraslan Mehmet, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi", *TBB Dergisi*, 2019 (140)

Özbek Mustafa Serdar, "İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)", *TBB Dergisi*, 2005 (56)

Üstün Fiş Gül, "Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.26, S.1, Haziran 2020

İnternet Kaynakları

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SSSorularDetay/1>, Erişim Tarihi: 22.08.2023

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma ve Usul Esaslarına İlişkin Yönerge, https://gs.asbu.edu.tr/sites/idari_birimler/gs.asbu.edu.tr/files/inline

-files/Arabuluculuk%20Komisyonu%20%C3%87a1%C4%B1%C5%9Fma%20ve%20Usul%2

0Esaslar%C4%B1na%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20Y%C3%B6nerge.pdf

Gebze Teknik Üniversitesi, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma Usul Ve Esasları, https://www.gtu.edu.tr/fileman/Files/UserFiles/kalite/Y%C3%B6nergeler/YO0053_Arabuluculuk_Komisyonu_Calma_Usul_ve_Esaslar_R0.pdf

Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Arabuluculuk Komisyonu Çalışma ve Usul Esaslarına İlişkin Yönerge, <https://kmu.edu.tr/mevzuat/bilgi/1857/arabuluculuk-komisyonu-calisma-ve-usul-esaslarina-iliskin-yonerge>, Erişim Tarihi: 23.08.2023

Konya Teknik Üniversitesi, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma Usul ve Esasları, https://www.ktun.edu.tr/Resimler/Mevzuat/Konya_Teknik_Universitesi_Arabuluculuk_Komisyonu_Cal%C4%B1sma_Usul_ve_Esaslar%C4%B1.pdf,

Maski Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönerge, https://www.maski.gov.tr/temin_dosyaları/Arabuluculuk_Komisyonu_Calisma_Usul_ve_Esasları_Yonergesi.pdf, Erişim Tarihi: 23.08.2023

Diğer Kaynaklar

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 20.01.2020 tarihli 2223 sayılı Komisyonların Arabuluculuk Uygulamasına İlişkin Konulu Yazısı

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 19.10.2022 tarihli 30393 sayılı Yazısı

Arat Nilay, Türk İdare Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı, Doktora Tezi, İstanbul 2009)

Çiftçi Pınar, "İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine Dair Özel Kurallar ve Uygulama Sorunlarının Değerlendirilmesi.", Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu: Bildiri tam metin kitabı, (453-466. ss.). İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2021

İzmir Kalkınma Ajansının 2020 yılı Sayıştay Denetim Raporu