

Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi

Functions and Responsibilities of the Administration in Mediation Activities

Gül FİŞ ÜSTÜN* 

Öz

2017 yılında 7036 sayılı Kanunla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa yapılan eklemeye idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine ilişkin düzenlemeler tesis edilmiştir. Bu düzenleme gereği, arabuluculuk müzakere sürecinde idareleri bir komisyon temsil edecek olup, Kanunda yer verilen bu düzenlemeler arabuluculuk süreci ve idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların anlaşarak çözümlenmesi için olumlu bir adımdır. Ancak, her düzenlemenin ilk kaleme alınışında olabilecek eksiklikler ve uygulamaya geçişinde yaşanabilecek sorunlar mevcut olup, bu çalışmamızda söz konusu komisyon yapısına ve üyelerinin görev ve sorumsuzluğuna ilişkin önerilerimiz sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri, Arabuluculuk, Arabuluculuk komisyonları, İdarenin taraf olduğu hukuk uyuşmazlıkları, Temsil.

Abstract

With the addition made in 2017 by the Code 7036 to the Code 6325, which regulates Mediation in Legal Conflicts, amendments have been introduced bearing on the private law conflicts to which administration is a party. Following these amendments, a commission is to represent administrations during mediation negotiations, which is a positive step toward the peaceful settlement of conflicts to which administration is a party.

However, since there may be shortcomings attending the first introduction of any amendment and problems in its application, this study offers our proposals regarding the structure of the said commission as well as the obligations and nonliabilities of its members.

Keywords: Alternative dispute resolution methods, Mediation, Mediation commissions, Legal disputes to which the administration is a party, Representation.

GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin kullanılması günümüzde yaygınlaşmış olup, bu kapsamda idarenin taraf olduğu idarenin idari ve adli uyuşmazlıklarının çözümünde, 659 sayılı Genel

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: gul.ustun@marmara.edu.tr

Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameyle, sulh yolu düzenlenmiştir. Akabinde yine 2017 yılında 7036 sayılı Kanunla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa yapılan eklemeye idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine ilişkin düzenlemeler tesis edilmiştir.

Böylelikle alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinden biri olan arabuluculuk idarelerin de başvurabileceği ve faydalanabileceği bir müessese olup, çalışmamızda idarenin taraf olduğu hangi uyuşmazlıkların arabuluculuk sürecine konu edilebileceği, arabuluculuk sürecinde idarenin yetkili birimi ve yetkisi konu edilmiş, bu konulara ilişkin eleştiri ve önerilerimiz sunulmuştur.

I. İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıklardan Hangilerinin Arabuluculuk Sürecine Konu Edilebileceği Meselesi

07.06.2012 tarihinde kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 2. maddesine göre, arabuluculuk; yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacaktır.

İdarelerin ise kamu gücü kullanarak tesis ettikleri işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklarının kamu hukuku kurallarına tabi olduğu ve idari yargının konusunu oluşturduğu muhakkak olup, bu kapsamda kalan uyuşmazlıklar 6325 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmayacaktır. Ancak, idarenin özel hukuk kişileri gibi tasarrufta bulunması da mümkündür, örneğin kira sözleşmesi akdetmesi gibi.

İdare, bu tür özel hukuk iş ve işlemleri yaparken yine, kamu yararına uygun hareket etme yükümlülüğünde olduğundan, özel hukuka konu olan tasarruflarında da aslında dolaylı da olsa kamu adına hareket ettiğinden bir takım kurallara tabidir. Örneğin, kira sözleşmesi akdedilmeden önce en uygun kira bedelini verecek isteklinin tespiti için ihale düzenlemesi gerekliliği bu kapsamda değerlendirilmez. Fakat, özel hukuk sözleşmesi yapılmadan önceki bu aşamalar idari aşama, idari iş ve işlem olarak değerlendirilirken, sözleşmenin imzalanmasından sonraki uyuşmazlıklar yani, sözleşme hükümlerine ve sözleşmenin uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklar özel hukuk uyuşmazlıkları olarak değerlendirilmektedir.

Dolayısıyla, idarenin akdettiği özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların 6325 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer bir yandan, idarenin iş sözleşmesiyle istihdam ettiği işçiler hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanacağından, bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar özel hukuk uyuşmazlığı olacak ve 6325 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilecektir. Yine, idarenin kamulaştırma işlemi akabinde eski maliklere ödemesi gereken kamulaştırma bedeline ilişkin uyuşmazlıklar bakımından bu uyuşmazlığın arabuluculuğa konu edilebileceğini söylemek mümkün görünmektedir. Zira, kamulaştırma safhası idari bir süreç olup, kamulaştırma kararı idari bir işlemdir, ancak kamulaştırma bedelinin tespiti tarafların anlaşmasına bağlı olduğu gibi asliye hukuk mahkemesinde dava konusu edilebilen bir uyuşmazlıktır. Bu nedenle, kamulaştırma

bedeline ilişkin uyuşmazlıkların özel hukuk uyuşmazlığı dolayısıyla 6325 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebileceğini söylemek mümkündür.

Aslında idare hukukunda arabuluculuk sisteminin kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmamakta olup¹, halihazırda arabuluculuk sistemi sadece özel hukuk uyuşmazlıkları için öngörüldüğünden idarenin sadece özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk sürecinde yer alabilmesi mümkündür.

II. Arabuluculuk Sürecinde İdareyi Kimin/Kimlerin Temsil Edeceği Meselesi

6325 sayılı Kanununun 15. maddesinin 8. fıkrasında;

“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”

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 üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder”

ifadelerine yer verilmiştir.

Maddenin son fıkrasında ise 15. maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu fıkra uyarınca tesis edilen Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin² “İdarelerin Temsili” başlıklı 18. maddesinde ise şu ifadelere yer verilmiştir:

“İdarenin temsili

Madde 18 – (1) 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

1 Örneğin, hastane sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklar, memurların küçük disiplin cezaları, ecrimisil davaları, işgaliye davaları bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Bu konuda Fransa’ daki uygulama ve değerlendirmeleri için bkz. 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

2 Anılan Yönetmeliğin dayanak maddesi sadece Kanununun 15. Maddesinin son fıkrası yani onuncu fıkrası değildir, ancak idarelerin arabuluculuktaki temsilini konu alan düzenlemenin dayanağı Kanununun 15. Maddesinin son fıkrasıdır. Zira, Yönetmeliğin dayanağını gösteren 3. Maddede şu ifadelere yer verilmektedir:

“Bu Yönetmelik, 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 15 inci maddesinin onuncu fıkrası, 19 uncu maddesinin ikinci fıkrası, 22 nci maddesi, 31 inci maddesinin sekizinci fıkrası, 36 ncı maddesi ile 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3 üncü maddesinin yirmi ikinci fıkrasına dayanılarak hazırlanmıştır”.

üst yönetici tarafından belirlenir. Yedek komisyon üyeleri de aynı usulle seçilir. Komisyon kendisini vekil ile temsil ettiremez.

(2) 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.

(3) Komisyonda 2 yıl süreyle görev yapmak üzere asıl ve yedek üyeler belirlenir. İdare merkezde veya taşra teşkilatlarında komisyonlar kurabilir.

(4) Süresi dolan üye yeniden seçilebilir. Asıl üyenin katılmadığı toplantıya yedek üye katılır. Komisyon kararlarını oy birliği ile alır.

(5) Belirlenen komisyon üyeleri arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkilidir.

(6) Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar. Komisyonun sekreteryaya hizmetlerini yürüten birim tarafından gerekçeli raporların saklanması ilişkin gerekli tedbirler alınır.

(7) 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) 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) Devlet aleyhine tazminat davası açılması hâlinde mahkeme ilgili komisyon üyelerine davayı re'sen ihbar eder.

(10) Komisyonun ve sekreteryasının çalışma usul ve esasları idareler tarafından belirlenir.

(11) Komisyon üyeleri bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca ilgili özel ve kamu kurum ve kuruluşları ile sekreteryaya aracılığıyla yazışma yetkisine sahiptir. Kurum ve kuruluşlar tarafından komisyona ivedi olarak cevap verilir.

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

Söz konusu düzenlemelere göre, idare adına arabuluculuk müzakerelerinde süreci üç üyeden oluşan bir komisyon yürütecektir. Bu komisyonun üyeleri ilgili idarenin en üst amiri tarafından belirlenecektir. Ancak, Kanundaki düzenleme gereği hukuk birimi olan idarelerde hukuk birim amiri veya bu amirin belirlediği avukat veya hukuk müşaviri komisyonun doğal üyesi olmaktadır. Dolayısıyla hukuk birim olan idarelerde arabuluculuk komisyonunda bulunacak bir üye doğal üye

olduğundan, diğer iki üye ilgili idarenin üst amirince belirlenecek ve görevlendirilecektir. İdarelerde hukuk birimin bulunmadığı durumlarda üç üyenin belirlenmesi ise en üst amirin yetkisindedir.

Kanunun 15. maddesinde komisyonun yedek üyelerinden bahsedilmemekte ise de, Yönetmelikte yedek üyelerin nasıl belirleneceği hükme bağlanmış olup, Yönetmeliğin 18. maddesine göre aynı usulle yedek üyelerin belirlenmesi gerekmektedir. Kanunda yedek üyelere ilişkin bir düzenleme bulunmayışı nedeniyle, Yönetmelikte yapılan bu düzenlemenin hukuka aykırı olduğunu iddiasını gündeme getirebilecek niteliktedir. Zira, yedek üyelere ilişkin hüküm kanunun kapsamını genişletici nitelikte değerlendirilebilecek, Yönetmeliği tesis eden Adalet Bakanlığının kanun koyucunun alanına müdahale ettiğini ifade etmek mümkün olacaktır³. Ancak, Yönetmelikteki bu düzenlemenin üçüncü kişiler bakımından aleyhe bir durum teşkil etmediğini, tam aksine arabuluculuk sürecinin komisyondaki asil üyelerin mazeretleri nedeniyle tıkanmaması amacıyla kaleme alındığını öngörmek dolayısıyla Kanundaki düzenlemeyi genişletmekten ziyade tamamlayıcı amaçla düzenlendiğini söylemek de kanımızca güç görünmemektedir. Nitekim uygulamada da başkaca kanunlarda düzenlenen komisyon teşekküllerinde yedek üye zikredilmese de ilgili idareler tarafından yedek üye belirlenmesi yapıldığına rastlanması mümkündür. Örneğin, yükseköğretim kurumlarında yapılan ceza soruşturmalarında son soruşturma kurulunun yedek üyelerine ilişkin 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinde herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen, yükseköğretim kurumlarının yedek üye belirlenmesi yaptığı görülmektedir. Söz konusu uygulamalar kamu hizmetinin ve ilgili süreçlerin devamlılığının, sürüncemede kalmamasının sağlanması adına yapılmakta olup, asil üyelerle aynı nitelikte olan yedek üyelerin görev alması durumunda ilgililer açısından bir hak kaybına uğranılacağı düşünülmemektedir. Ancak, elbette ki yedek üyelere ilişkin bir düzenlemenin kanun koyucu tarafından yapılması tüm bu tartışmalara son verebilecek niteliktedir.

Yönetmeliğin 18. maddesinin ilk fıkrasında asil ve yedek üyelere ilişkin düzenlemeden sonra, komisyonun kendisini vekille temsil ettiremeyeceği de hükme bağlanmış olup, düzenlemeye göre asil üyeler arabuluculuk sürecine katılacak, asil üyenin geçerli mazeretinin bulunması durumunda asilin yerine yedeği olan üyeyle komisyonun teşekkülü sağlanarak müzakerelere katılacaktır.

Asil ve yedek üyelerin süresine ilişkin bir düzenleme Kanunda yer almamakta olup, yine Yönetmeliğin 18. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olup, bu düzenlemede iki yıllık süre öngörülmüştür. Yine bu maddenin dördüncü fıkrasında süresi biten üyenin yeniden seçilebileceği ifade edilmiştir. Öncelikle “seçmek” kavramının yerinde olmadığını söylemek gereklidir. Zira komisyona üye belirlenmesi aslında kadrolu olan veya sözleşmeyle ihdas edilen personele yeni bir görev verilmesi anlamına gelip, bu durumda “görevlendirme” kavramının tercih edilmesi daha yerinde olacaktır. Diğer bir yandan ileride de ifade edileceği üzere, komisyon üyeleri, arabuluculuk sürecinde, tam yetkili olduklarından ve süreçte rahat; amirlerinin kişisel taleplerinden uzak karar vermeleri gerektiğinden görevlendirme esasına tabi tutulmalarının yerindeliği de kanımızca tartışmalıdır.

3 Düzenleyici işlemlerde kanun kapsamının genişletilmesinin hukuka aykırı olduğu hakkında bkz. Danıştay 2. Dairesinin 17.04.2007 tarih, 2005/316 E., 2007/1744 K. sayılı kararı, Danıştay 5. Dairesinin 10.11.2005 tarih, 2002/3255 E., 2005/5075 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.tr

Ancak, halihazırda 2 yıl süreyle görevlendirme esasına tabi tutulan bu arabuluculuk komisyonlarındaki düzenlemenin Kanunla düzenlenmesi gerekliliği de muhakkaktır⁴. Yine bu süre zarfında yani 2 yıllık süre sona ermeden asil veya yedek üyenin vefatı, görevden ayrılmak istemesi gibi durumların Kanunda düzenlenmesi de bir gereklilik olmakla birlikte, halihazırda ne Yönetmeliğe ne Kanuna konu edilmiştir.

Diğer bir yandan, söz konusu komisyonların idarelerce teşekkül ettirileceği Kanunda öngörülmüş, Yönetmeliğin 18. maddesinin ikinci fıkrasında, İdarenin arabuluculuk davetlerinin yapılacağı adres, kayıtlı elektronik posta adresi ve telefon numarasını, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde internet sitesinde yayınlacağı öngörülmüştür. Buna göre, 02.07.2018 tarihine kadar ilgili bilgilerin İdarelerin internet sitesinde paylaşılması gerekmekte, paylaşılmaması hali herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamıştır. Ancak, genel hükümlere göre, emir ve talimatlara uygun davranılmaması gibi gerekçelerle ilgili idarenin ve/veya bu konudaki personelin hukuki ve disiplin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Söz konusu bilginin paylaşılması esnasında dikkat edilmesi gereken hususlardan biri Yönetmeliğin 18. Maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesindeki düzenlemedir: “İdare merkezde veya taşra teşkilatlarında komisyonlar kurabilir”.

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.

Ancak, idarenin merkez veya taşra komisyonu kurması durumunun da ayrıca irdelenmesi gerekmektedir:

Öncelikle bu düzenleme Kanunda öngörülmüş değildir. Bu düzenlemenin Kanunda öngörülmesi gerekliliğinin yanı sıra, komisyonun teşekkülünde idarenin en üst yöneticisinin belirleme/ görevlendirme yetkisi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, taşra teşkilatında bu yetkiyi kimin kullanacağı tartışmalı hale gelebilecektir. Zira bu kapsamda taşra teşkilatının en üst amirini düşünmek mümkün olduğu gibi, taşranın üstünde merkezin yer aldığı dolayısıyla merkezdeki yöneticinin bu belirlemeyi yapması gerekliliğini de ifade etmek mümkündür. Taşra teşkilatı hiyerarşik olarak merkeze bağlı olduğundan aslında idarenin en üst amiri merkezdeki amir olmaktadır, ancak merkezdeki amirin de taşradaki her personeli tanınması bu konuda yetkin olacak personeli tayin etmesi⁵ de mümkün değildir.

Merkez ve taşrada komisyonların kurulması, arabuluculuk müzakerelerine katılımın sadece merkez tarafından yürütülmesi nedeniyle oluşacak yoğunluk ve ulaşım güçlüklerinin giderilmesi nedeniyle yerinde ise de⁶, komisyon üyelerinin belirlenmesinde kimin yetkili olacağı hususu

4 Bkz. Bu bölümdeki Kanunun kapsamının genişletilemeyeceği hakkındaki açıklamalarımız.

5 Bu durumda Kanundaki düzenleme gereği doğal üye olarak nitelendirdiğimiz hukuk birim amiri veya tayin ettiği avukat veya hukuk müşavirinin üyeliği mevzu bahis edilmemektedir.

6 Nitekim iş hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olduğu hallerde, taşra teşkilatında çalışan bir işçi, işin yapıldığı yerdeki mahkemenin arabuluculuk bürosuna başvuru yapılabileceğinden, arabuluculuk müzakerelerin burada yürütülmesi gündeme gelecek, merkezdeki komisyonun ise taşradaki görüşmelere katılımı güç olacaktır.

açıkça düzenlenmemiştir. Üstelik komisyon üyelerinin görevlendirilmesi bir idari işlem olup, bu işlemi tesis edecek yetkili makamın Kanunda öngörülmesi gerekmektedir. Ayrıca, merkez ve taşra komisyonlarının kurulabileceğine ilişkin bu Yönetmelik hükmüyle Kanunda yer almayan bir oluşum düzenlendiğinden kanun kapsamını genişletecek düzenleyici işlem tesis edilemeyeceği kuralı tekrar gündeme gelecektir. Kısaca, taşra teşkilatlarında arabuluculuk komisyonlarının kurulabileceği düzenlemesiyle, karar verme yetkisine sahip olan bir birim idarenin içerisinde teşekkül ettirildiğinden bu düzenlemenin kanunla yapılması gerekmektedir. Diğer bir yandan, taşra teşkilatında kurulacak komisyonlardaki üyelerin taşradaki en üst amir tarafından görevlendirilmesi arzu ediliyorsa da; idari işlem tesis etmeye yetkili organ/makamlar kanunla belirleneceğinden, yine anılan düzenlemenin Kanunda öngörülmesi gerekmektedir.

İdarelerin arabuluculuk komisyonları Yönetmeliğin 18. maddesinin 4. fıkrasına göre, kararlarını oybirliğiyle alacaktır. Bu durumda üç üyenin de görüşü aynı yönde değilse, arabuluculuk müzakerelerinde anlaşma sağlanamayacaktır. Söz konusu düzenleme nedeniyle sürecin tıkandığı, iki üyenin olumlu görüşte olup, diğerinin bu görüşü paylaşmadığı hallerde anlaşma sağlanmadığı, üstelik bu oy birliği şartının Kanunda öngörülmediği; oy çokluğu sağlanmasının yeterli olacağı yönünde görüşler mevcuttur⁷. Söz konusu düzenlemenin kanunla yapılması bir gereklilik olmakla birlikte, oy çokluğu şartının kabulü halinde, anlaşma yönünde oyunu kullanmayan komisyon üyesi diğer üyelerin itham altında kalmasına neden olabilecektir⁸. Veya kendileri aynı sıkıntıyla karşı karşıya da kalabilecektir⁹. Zira iki üyenin anlaşma yönünde oy kullanması durumunda, bu anlaşmanın idarenin menfaatine olduğunu düşündükleri anlaşılmakta olup, diğer üyenin neden idarenin menfaatine olan bu seçeneği tercih etmediği, idareyi zarara uğratıp uğratmadığı veya tam tersi, anlaşma yönünde oy kullanan iki üyenin bu anlaşmayla idareyi zarara uğratıp uğratmadığı tartışılacaktır. Anılan nedenle, kanımızca da oy birliğiyle kararların alınması bir gerekliliktir, aksi durum farklı düşünen üyeler bakımından bir tehdit oluşturabilecek niteliktedir.

İdarelerin arabuluculuk komisyonlarının, arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkili oldukları Yönetmeliğin 18. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeden arabuluculuk sürecinde komisyonların, idarelerinin en üst amirine aldıkları kararı onaylatmasına, olur almasına gerek olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, düzenlemeye göre, ister ihtiyari arabuluculukta olsun, ister dava şartı arabuluculukta olsun, idarelerin komisyonları idareye temsil ederek müzakerelerde bağımsız şekilde karar alabilecektir. Ancak, komisyonların süreci başlatabilmesi bakımından değerlendirme yapılırsa, aynı sonuca ulaşmak mümkün görünmeyecektir.

7 05.03.2020 tarihinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından idarelerin arabuluculuk komisyonlarına yönelik bilgilendirme toplantısında ileri sürülen görüşlerden biridir.

8 Aynı toplantıda sunulan diğer bir görüştür.

9 Anılan toplantıda, örnek olarak arabuluculukta anlaşma olmadığı zaman işçinin dava açarak arabuluculukta teklif edilenden daha yüksek tazminat alması durumunda, Sayıştay denetimi yapılarak anlaşmama yönünde oy kullanan üyenin kamu zararına neden olduğunun tespit edilebileceği ifade edilmiştir.

Ancak bu durumda söz konusu tespitin anlaşmama kararı alan tüm üyeler için de yapılması gündeme gelecek olup, aşağıda da izah edileceği üzere, bu durum komisyon üyelerin sorumsuzluğu ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Fakat tek üyenin anlaşmama yönünde oy kullanması sorumsuzluk ilkesinin istisnasını teşkil eden, görevi kötüye kullanma eylemi/suçu açısından bir karine teşkil edecektir.

Zira Kanununun 15. maddesinde ve Yönetmeliğin 18. maddesinde müzakere süreçlerinde idarenin temsilinin komisyonlarca yapılacağı ifade edilmiş olup, bu komisyonlara arabuluculuğa başvurma yetkisi tanınmamıştır. İdare Hukukunda bilinen kurallardan biri de “asıl olanın yetkisizlik olduğu” kuralı uyarınca, böyle bir yetki verilmediği sürece komisyonların arabuluculuk müessesine reşen başvurmaları mümkün görünmemektedir. İhtiyari arabuluculukta idarenin en üst amirinin bu yönde talimat vermesi halinde arabuluculuk müessesine başvurulacak ve komisyon müzakerelerde idareyi temsil edecekken, dava şartı arabuluculukta şayet davayı idare açacaksa, hukuk müşavirliğinin/hukuk biriminin arabuluculuğa başvurulması gerekliliğine dair yazı ve ilgili amirin onayı üzerine müzakereler komisyonca yürütülecektir. Dava şartı arabuluculuk müessesesinin sonradan ihtiyari arabuluculuğa dönmesi halinde ise¹⁰, yeni bir süreç başladığından müzakerelere devam edilebilmesi için komisyonun temsil ettiği idarenin en üst amirinin bu konuda olur vermesi gerekmektedir.

Komisyon üyeleri arabuluculuk müzakerelerinde gerekli kararları almak için, ilgili özel ve kamu kurum ve kuruluşları ile sekreteryaya aracılığıyla yazışma yetkisine sahip olup, kurum ve kuruluşlar tarafından komisyona ivedi olarak cevap verilmelidir. Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenleyerek bu raporu beş yıl boyunca saklamalıdır.

III. Arabuluculuk Sürecinde İdareyi Temsil Eden Komisyon Üyelerinin Sorumluluğu/ Sorumsuzluğu Meselesi

Kanununun 15. maddesine ve Yönetmeliğin 18. maddesine göre, komisyon üyeleri, görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında, mali ve idari yönden sorumlu tutulamayacaktır. Bu hüküm idarelerin arabuluculuk komisyonlarında görev alan üyelerin kararlarında bağımsız ve sorumsuz olduklarını göstermektedir. Ancak, görevinin gereklerine aykırı davranma yani görevi kötüye kullanma¹¹ bu durumdan istisnadır. Fakat bu istisnanın uygulanması ise, idarenin kararına bağlı olmayıp, görevin gereklerine aykırı davranıldığı bir yargı kararıyla ortaya konulması yani görevi kötüye kullanma suçunun işlendiğinin mahkemeye kararıyla sabit olması gerekmektedir.

Yine Kanununun 15. maddesi ve Yönetmeliğin 18. maddesine göre, komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Bu hükümle, arabuluculuk komisyonlarında görev alan üyelerin sorumsuzlukları vurgulanmış, kamu personelinin görevi sırasında veya göreviyle ilişkili olarak verdiği karar/işlerden kaynaklı zararlardan doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerekliliği kuralı burada da korunmuştur. Ancak, burada arabuluculuk komisyonu üyelerinin iş ve kararlarından doğan zararların muhatabı personeli oldukları idare olacağından, bu zararların tazmini

10 Dava şartı arabuluculuk yasal düzenlemelerde öngörülen sürelerde tamamlanamamışsa, tarafların iradesiyle süreç ihtiyari arabuluculuk şeklinde devam edebilecektir.

11 Türk Ceza Kanununun 257. Maddesinin ilk fıkrasında aşağıdaki ifadeler yer verilmiştir: “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”

için idarelerin Devlete karşı tazminat davası açabileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu davanın ise, tazminat davası olduğu belirtilmekle birlikte, nitelendirilmesi yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle zarar gören idarenin bu zararının tazmini için idari yargıda mı yoksa adli yargıda mı tazminat davası açacağı açıkça belirtilmemiştir. Bu hususta maddenin gerekçesinde de herhangi bir hüküm bulunmamakta olup¹², bu davanın hangi mahkemede ve hangi yargı düzeninde görüleceğinin kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

Arabuluculuk komisyonlarında görev yapan üyelerin aldıkları karar ve yaptıkları işlerden dolayı sorumsuzluğu, hakimlerin verdikleri kararlara ilişkin sorumsuz olduklarına ilişkin kural esas alınarak düzenlenmiş görünmektedir. Nitekim, aynı şekilde hakimlerin de aldıkları kararlardan kaynaklanan zararların Devlete karşı açılan tazminat davasına konu edileceği zikredilmiştir¹³.

Hukuk yargılamasında hakimlerin verdiği kararlardan dolayı zarara uğranılması halinde Devlete karşı tazminat davası açılacağı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 46. maddesinde ifade edilmiş, hangi hallerde bu davanın açılacağı bu maddede sayılmış, 47. maddede de bu davanın nerede açılacağı hükme bağlanmıştır:

“(1) Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinde ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür. Dava, bu dairenin Başkan ve üyelerinin fiil ve kararlarından dolayı ise yargılama Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesinde yapılır. Verilen kararların temyiz incelemesi Hukuk Genel Kurulunca yapılır. Temyiz incelemesine, kararı veren başkan ile üyeler katılamaz.

(2) Devletin sorumlu hâkime karşı açacağı rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür”.

Ceza Muhakemesi Kanununun 141. maddesinin üçüncü fıkrasında yine hakim ve savcılarının verdiği kararlardan dolayı zarara uğranılması halinde Devlete karşı tazminat davası açılacağı zikredilmiş, dördüncü fıkrada; rücu müessesesi düzenlenmiştir. Kanununun 142. maddesinde tazminat istenebilecek haller açıkça ifade edilmiştir.

Anılan düzenlemelerde, Devlete karşı açılacak bu davalarda yetkili ve görevli mahkeme düzenlenmiş olup, zarara neden olan kararı tesis eden hakim/hakimlerin/mahkemenin niteliği tazminat davasının görüleceği mahkemeyi belirlemeye etkili olmuştur. Örneğin, söz konusu düzenlemelere göre, hukuk mahkemelerindeki kararlar nedeniyle açılacak tazminat davaları Yargıtay’da görülecek, ceza mahkemelerindeki kararlar nedeniyle açılacak tazminat davaları ağır ceza mahkemelerinde görülecektir.

Ancak, arabuluculuk komisyonu üyeleri bir hakim gibi görevleri sırasında aldıkları ve tesis ettikleri karar ve işlerden sorumsuz ise de, komisyon, mahkeme değildir. İlgili idarelerin personeli olup, bu

12 Söz konusu düzenleme 7036 sayılı İş Muhakemeleri Kanunuyla 6325 sayılı Kanuna eklenmiş olup, 7036 sayılı Kanunun genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0850.pdf>

13 Yönetmeliğin anılan düzenlemesinde, Devlet aleyhine tazminat davası açılması halinde mahkemenin ilgili komisyon üyelerine davayı resen ihbar edeceği de hüküm altına alınmıştır.

personeli istihdam eden idarenin –personelinin iş ve kararlarından – uğradığı zararlarının tazmini için hakimler/mahkemeler için öngörülen düzenlemelerin kıyasen uygulanması mümkün değildir.

Devlete karşı açılacak bu davada husumetin Hazine ve Maliye Bakanlığına yöneltileceği göz önünde bulundurulduğunda, aslında bir kamu personelinin kendi kurumuna verdiği zararın diğer bir idari kurumca üstlenilmesinin söz konusu olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, aslında burada Bakanlık, adalet gereği sorumlu olmakta, İdare Hukukunda bilinen adıyla “fedakarlığın denkleştirilmesi” ilkesi uyarınca mesuliyeti kabul edilmektedir. Söz konusu sorumluluk, personelin iş ve işlemlerinden kaynaklanan zarar nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu kamusal ilişki nedeniyle zararın tazmininin de idari yargı organlarından istenmesi gerekmektedir.

Nitekim bir kamu personelinin iş ve işlemlerinden kaynaklanan zararlara ilişkin ancak personelin istihdam edildiği idare aleyhine idari yargıda tam yargı davası açılması mümkünken, arabuluculuk komisyonu üyelerin iş ve işlemlerinden işveren konumunda olan idare zarar gördüğünden bu zararın tazmininin başka bir idari teşkilat tarafından karşılanması öngörülmüştür. Ancak, kanımızca bu yönde bir düzenlemeye gerek bulunmamaktadır, komisyonun bağlı bulunduğu idare, üyelerin seçimi, eğitimi konusunda yetkili olduğundan ötürü, üyelerin verdiği kararlardan kaynaklanan zararlara da kendi katlanmalıdır. Kaldı ki, Devletin ödeyeceği bu tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu etmesi gerekmekte olduğu, Kanunda ve Yönetmelikte ifade edilmiş olup, aynı şekilde Kurumun katlandığı bu zararı, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere rücu etmesi de mümkündür.

6325 sayılı Kanunda komisyon üyelerine tanınan göreviyle ilgili işlerde sorumsuz olma imkanı, yerinde ise de bu düzenlemenin kanımızca başka düzenlemelerle de desteklenmesi gerekmektedir. Komisyon üyeliğinin ikinci bir görev olduğu ilgili idarede komisyon üyesinin asli başkaca bir görevi olduğu düşünülürse, ilgili idarenin en üst amirinin yanısıra komisyon üyesinin başkaca amir/amirleri olacaktır. Arabuluculuk sürecinde komisyon üyesinin üstleriyle karşı karşıya kalması, üstlerinden kişisel talepler gelmesi mümkün olduğu gibi, iş yoğunluğu bakımından da komisyon üyelerinin amirleriyle ters düşmeleri mümkündür. Zira arabuluculuk müzakereleri için fazlaca görüşmeye giden komisyon üyesi amiri tarafından istenmeyebilecektir. Anılan nedenle, bu tür olası olumsuz durumların engellenmesi için idarelerde arabuluculuk komisyonlarında üye olacak kişilerin başkaca bir görev almamaları, komisyona görevlendirilmeleri halinde, önceki görevlendirmelerinin artık hükümsüz kalacağı, sadece komisyon üyesi olarak görev yapacağına ilişkin düzenlemelerin de ilave edilmesi gerekmektedir.

Diğer bir yandan, her ne kadar aldıkları karar ve yaptıkları işlerde sorumsuz oldukları kabul edilmekle birlikte, aldıkları kararların niteliği gereği ve yükümlülükleri dikkate alındığında, karşılaşabilecekleri riskleri azaltmak amacıyla komisyon üyelerine bir huzur hakkı verilmesi de düşünülebilecektir. Ancak, kanımızca bu huzur hakkından ziyade, komisyon üyelerinin idareyi temsil etmeleri ve idarelerin de Sayıştay denetiminden çekindikleri gerçeği göz önünde bulundurulursa, arabuluculukla anlaşma

hallerinde Sayıştay denetiminin sınırlandırılması ve denetimin aleyhe olması için belirli kriterlerin kanun koyucu tarafından öngörülmesi gerekmektedir.

SONUÇ

İdarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk müessesesiyle anlaşmanın sağlanması mümkün olup, arabuluculuk müzakerelerinde idareyi temsil edecek bir komisyon bulunmaktadır. Ancak, komisyonun süreci başlatmak gibi bir yetkisi yasal düzenlemelerde öngörülmediği gibi, bu komisyonun yapısı ve teşekkülüne ilişkin bir takım boşluklar bulunmaktadır. Söz konusu eksikliklerin bir kısmı Yönetmelikle giderilmişse de, bu düzenlemelerin kanunla yapılması gerekliliği muhakkaktır.

İdarelerin arabuluculuk komisyonlarında görev alan üyelerin bu görevleriyle ilgili aldıkları kararlardan ve yaptıkları işlerden sorumsuzlukları esas olup, bu iş ve kararlar nedeniyle zarara uğranılması halinde açılacak tazminat davalarının Devlet aleyhine açılması gerekmektedir. Yine düzenlemelerde bu davanın hangi mahkemede açılması gerekliliği düzenlenmemiş olup, kanımızca idari yargıda tam yargı davası şeklinde görülmelidir. Diğer bir yandan kanımızca, Devletin zararı karşılaması yönündeki düzenlemeye gerek bulunmamakta olup, idare kendi personelinden kaynaklanan zararlara katlanmalı şayet görevin gereklerine aykırı hareket eden üye varsa o üyeye zararını rücu etmelidir.

KAYNAKÇA

www.adb.adalet.gov.tr

www.lexpera.com.tr

www.tbmm.gov.tr