

**İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK
YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Sümevra Sena KURT

Eskişehir 2022

**İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK
YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ**

Sümeýra Sena KURT

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Mustafa AVCI

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Şubat 2022

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

ÖZET

İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ

Sümevra Sena KURT

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Şubat 2022

Danışman: Prof. Dr. Mustafa AVCI

Tüm hukuki uyuşmazlıklarda olduğu gibi, idarenin bir tarafını oluşturduğu uyuşmazlıkların çözümü esas olarak yargı yerlerince gerçekleştirilmektedir. Yargılamanın uzun, masraflı ve sınırlı ölçüde gerçekleşmesi arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmayı elzem hale getirmiştir. Yargılamaya gerçek anlamda bir “alternatif” teşkil etmeyen, yargılamaya göre daha kolay, masrafsız ve esnek çözümler sunmayı hedefleyen uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk, ülkemizde uyuşmazlık çözümünde bir süredir başvurulmakta olan bir yoldur.

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümü alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuğun kullanılmasında bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu uyuşmazlıklardan hangilerinin arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olup olmadığı tespit edilmesi hususu önem arz etmektedir. Taraflar arasında eşitlik ilkesinin gözetilmesini temel alan arabuluculuk kurumunun özellikle idari uyuşmazlıkların çözümü bakımından etkili bir başvuru yolu olup olmadığı konusu bu çalışmada yabancı ülke uygulamaları da yer verilerek incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, Arabuluculuk, İdari uyuşmazlıklar.

ABSTRACT

RESOLVING DISPUTES WHERE ADMINISTRATIVE BODY IS A PARTY BY MEDIATION

Sümeyra Sena KURT

Department of Public Law

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, February 2022

Supervisor: Prof. Dr. Mustafa AVCI

As in all legal disputes, the resolution of disputes in which the administrative body is a party is carried out mainly by the judicial authorities. The fact that trial is long, costly and limited has made it essential to resort to alternative dispute resolution methods such as mediation. Mediation, which is one of the dispute resolution methods that does not constitute a real “alternative” to trial and aims to provide easier, cost-free and flexible solutions than trial, is a way that has been applied in dispute resolution in our country.

There are no obstacles to the use of mediation as an alternative dispute resolution method in resolving disputes to which the administrative body is a party. However, it is important to determine which of these disputes are suitable for settlement through mediation and which are not. In this study, the issue of whether the mediation based on the observance of the principle of equality between the parties is an effective decourse, especially in terms of resolving administrative disputes, has been examined by including foreign country applications in this study.

Keywords: Alternative dispute resolution methods, Mediation, Administrative disputes.

İÇİNDEKİLER

BAŞLIK SAYFASI.....	i
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ	xi
KISALTMALAR DİZİNİ	xii
GİRİŞ.....	1
İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ	3
BÖLÜM I: GENEL OLARAK ARABULUCULUK KURUMU.....	3
1. Anlaşmazlık ve Uyuşmazlık Kavramları.....	3
2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bakış	4
2.1. Kavram, Kavramın Ortaya Çıkışı ve Genel Özellikleri	4
2.2. Başlıca Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları	9
2.2.1. Genel Olarak	9
2.2.2. Kısa duruşma (Mini-trial)	9
2.2.3. Vaka saptaması.....	10
2.2.4. Tarafsız ön değerlendirme.....	11
2.2.5. Arabulucu-Tahkim (Med-Arb).....	12
2.2.6. Müzakere.....	13
3. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk Kurumu ve Arabuluculuk Kurumunun Gelişimi	14
3.1. Arabuluculuk Kavramı	14
3.2. Arabuluculuğun Gelişimi	17

3.2.1.	Genel Olarak	17
3.2.2.	ABD ve İngiltere’de Arabuluculuğun Gelişimi	17
3.2.3.	Avrupa Birliği’nde Arabuluculuğun Gelişimi.....	19
3.2.3.1.	Genel olarak.....	19
3.2.3.2.	Almanya’da arabuluculuğun gelişimi	25
3.2.3.3.	Fransa’da arabuluculuğun gelişimi	26
3.2.3.4.	Belçika’da arabuluculuğun gelişimi.....	27
3.2.3.5.	Uzak doğu ülkelerinde arabuluculuğun gelişimi	28
3.3.	Arabuluculuğun Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçerisindeki Yeri ve Önemi28	
3.4.	Uyuşmazlık Çözümünde Arabulucunun Rolü	31
3.5.	Arabuluculuğun Temel İlkeleri.....	36
3.5.1.	Bağlayıcı karar verme yetkisi bulunmayan tarafsız bir arabulucunun varlığı 37	
3.5.2.	Gönüllülük/İradîlik ilkesi.....	38
3.5.3.	Eşitlik ilkesi.....	39
3.5.4.	Gizlilik ilkesi	41
3.5.4.1.	Genel olarak.....	41
3.5.4.2.	Beyan ve belgelerin kullanılmaması ilkesi	45
3.6.	Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuğun Tercih Edilme Nedenleri	46
3.7.	Arabuluculuğun Diğer Bazı Alternatif Çözüm Yollarından Ayrılması	50
3.7.1.	Tahkim	50
3.7.2.	Uzlaşma/Uzlaştırma.....	54
3.8.	Arabulucunun Sorumluluğu.....	60
3.9.	Arabuluculuk Antlaşma Belgesinin Niteliği.....	61
3.10.	Arabuluculuğun Sona Ermesi ve Sonuçları	62

BÖLÜM II: İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN KULLANILABİLİRLİĞİ..64

1. İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Duyulan İhtiyaç	64
2. İdare Hukukumuzda Başvurulan Yargı Dışı Çözüm Yolları	70
2.1. Sulh.....	70
2.1.1. Genel olarak.....	70
2.1.2. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda sulh yoluna başvuru	72
2.2. Tahkim	77
2.3. Kamu Denetçiliği Kurumuna Başvuru Usulü (Ombudsmanlık Kurumu).....	84
2.3.1. Genel olarak Kamu Denetçiliği Kurumu'nun (Ombudsmanlık) ortaya çıkışı ..	84
2.3.2. Kurumun tanımı ve işlevleri	87
2.3.3. Kurumun verdiği kararların hukuki niteliği	90
2.4. İdari Başvuru Yolu ile Uyuşmazlıkların Çözüm Usulü	92
2.4.1. Genel olarak idari başvuru kavramı	92
2.4.2. İdari Yargılama Usulü Kanun'unun 10., 11., ve 13. maddeleri çerçevesinde yapılan idari başvurular.....	93
2.4.3. Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen idari başvuru yolu	95
2.5. Kamulaştırma Kanunu'nda Öngörülen Uzlaşma Usulü.....	96
2.5.1. Satın alma usulünün öncelikli olarak denemesi usulü	96
2.5.2. Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesinde öngörülen usul	97
2.6. Vergi Hukukunda Öngörülen Yargı Dışı Çözüm Yolları	98
2.7. Diğer Kanunlarda Düzenlenen Yargı Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yolları	101
3. İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözümü	103
3.1. İdarenin Özel Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk Yoluna Başvurulması	103
3.1.1. Genel olarak.....	103

3.1.2. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İdari Makamlar ile Özel Kişiler Arasındaki Dava Alternatifleri Konusunda Rec(2001) 9 Sayılı Tavsiye Kararı.....	105
3.1.3. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda arabuluculuk.....	107
3.1.3.1. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre idarenin taraf olduğu ve arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olan uyuşmazlıklar	107
3.1.3.2. Arabuluculukta idarenin temsili.....	110
3.2. İdarenin Kamu Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuğun Uygulanabilirliği.....	114
3.2.1. Genel Olarak	114
3.2.2. Yabancı ülkelerde uygulama alanı	114
3.2.2.1. Fransa	114
3.2.2.2. İngiltere.....	116
3.2.2.3. Almanya.....	117
3.2.2.4. İspanya.....	117
3.2.2.5. Belçika	118
3.2.2.6. Hollanda.....	119
3.2.2.7. ABD.....	120
3.2.3. Türkiye'de uygulanabilirliği.....	122
3.2.3.1. Genel Olarak	122
3.2.3.2. İdarenin arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli kamu hukuku uyuşmazlıklarının belirlenmesi	123
3.2.3.3. İptal davasına konu olan uyuşmazlıklarda arabuluculuk.....	127
3.2.3.3.1. Genel olarak iptal davası ve bu dava türünün nitelikleri	127
3.2.3.3.2. İptal davasının konusu olarak idari işlem	128
3.2.3.3.3. İptal davasına konu olan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebilirliği	130
3.2.3.4. İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk	133

3.2.3.4.1. Genel olarak idari sözleşmeler	133
3.2.3.4.2. İdari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümenebilirliği.....	138
3.2.3.5. Tam yargı davalarına konu olan uyuşmazlıklarda arabuluculuk	139
3.2.3.5.1. Genel olarak tam yargı davaları ve nitelikleri.....	139
3.2.3.5.2. Tam yargı davalarına konu olan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümenebilirliği.....	141
3.3. İdari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulanmasında Karşılaşılabilecek Engeller	143
SONUÇ	148
KAYNAKÇA	153
ÖZGEÇMİŞ.....	160

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Senatonun 18/07/2017 tarihli ve 7/5 sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

EK-8a. Etik İlke ve Kurallara Uygunluk Beyanamesi Örneği

28.03.2022

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmamın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan "bilimsel intihal tespit programı"yla tarandığını ve hiçbir şekilde "intihal içermediğini" beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

Sonayra Lera KURT
(Öğrencinin Adı Soyadı)

* Bu belgenin ciltlemesi tezin "Abstract"tan sonraki sayfasında etik imzamız ile fotokopi olmayacak şekilde yer alması gerekmektedir.

KISALTMALAR DİZİNİ

ADR	:Alternative Dispute Resolution
AYM	:Anayasa Mahkemesi
Bkz.	:Bakınız
CMK	:Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	:Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	:Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
İYUK	:İdari Yargılama Usulü Kanunu
KDK	:Kamu Denetçiliği Kurumu
m.	:Madde
TCK	:Türk Ceza Kanunu
vd.	:Ve devamı

GİRİŞ

İdare, gerçekleştirdiği işlem, eylem ve davranışlarla kişilerin hukuki durumlarında değişiklikler meydana getirmektedir. Bu işlem, eylem ve davranışların yargı yoluyla denetlenmesi esastır. Ancak yargı denetimi mevcut bir uyuşmazlığın efektif olarak çözümünde her zaman başvurulabilecek en iyi araç konumunda değildir. Bazı uyuşmazlıkların çözümlenmesinde alternatif yollara başvurulması daha uygun olabilmektedir. Tezde, idarenin uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuğun uygulanabilirliği incelenmeye çalışılmıştır. Çalışma, iki bölümden oluşmaktadır.

İdarenin uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi idare hukukumuzda yeni sayılabilecek bir gelişmedir. 12.10.2017 tarihinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklikle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi öngörülen uyuşmazlıklar bakımından idarenin de arabuluculuk görüşmelerinde bir taraf olabileceği düzenlenmiştir. Yani idarelerin de artık kendilerini temsil eden bir komisyon aracılığıyla taraf oldukları bazı uyuşmazlıkları arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturma imkanları bulunmaktadır.

Mevcut yasal düzenlemeler, idarenin özel hukuk uyuşmazlıklarından bir kısmının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine imkan tanımaktadır. Çalışmada amaç, bu uyuşmazlıkların tespit edilebilmesi ve bunların dışında kalan, özellikle kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olup olmadığının incelenmesidir.

Çalışmanın birinci bölümünde arabuluculuk kurumunun yapısı genel olarak ifade edilmek istenmiştir. Bu kapsamda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramı ve bu kavramın içerdiği başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kısaca açıklanmış, bu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk daha geniş bir anlatımla verilmiştir. Arabuluculuğun gelişimi, temel ilkeleri, neden uyuşmazlık çözümünde arabuluculuğun tercih edildiği, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisindeki yeri ve önemi değinilen konular arasında yer almaktadır. Arabuluculuk faaliyetini yürüten arabulucunun, bu süreçteki rolü ve sorumluluğu da açıklanan hususlar arasında yer almaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, idarenin uyuşmazlıklarının çözümünde neden yargı dışı yollara ihtiyaç duyulduğu, yargı dışı yöntemlerden biri olarak ifade edilecek olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının idare hukukundaki kullanım alanlarına yer verilmiştir. Arabuluculuğun idarenin uyuşmazlıklarında bir başvuru yolu olarak kullanılabilirliği ikinci bölümün ana konusunu oluşturmaktadır. Bu doğrultuda olmak üzere, idarenin uyuşmazlıklarının alternatif yollarla çözümüne yer verilmiş ardından bu uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebilirliği incelenmeye çalışılmıştır. Bu noktada idarenin kamu hukuku-özel hukuk uyuşmazlıkları ayrı ayrı değerlendirilmiş, yabancı ülkelerde idarenin kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk uygulamalarına -ulaşılabilirdiği ölçüde- değinilmiştir. Son olarak ülkemizde, idarenin kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğun uygulanabilirliği değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Ekleme gerekir ki, tezde incelenen konunun uygulama alanı henüz sınırlı olup büyük oranda teorik tartışmalar ve görüşlere yer verilmek durumunda kalmıştır. Çalışmanın bu tartışmalara bir katkı yapması temennimizdir.

İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ

BÖLÜM I: GENEL OLARAK ARABULUCULUK KURUMU

1. Anlaşmazlık ve Uyuşmazlık Kavramları

Anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramlarının birbiri yerine kullanıldığı sık görülen bir durumdur. Ancak bu kavramlar birbirinden farklılık arz eder.¹ Bu kavramlardan ilki olan anlaşmazlık kavramı, iki veya birden fazla tarafın menfaatlerinin bütünüyle tatmin edilmesinin imkânsız olmasını ifade eder. Anlaşmazlıkların meydana gelmesinde pek çok faktör etkili olmakla birlikte² bir anlaşmazlığın gelişiminde üç aşamanın mevcut olduğu ifade edilmektedir. İlk aşama şikayetin farkına varıldığı ve tanımlandığı aşamadır. Daha sonra söz konusu şikayetin sorumluluğunun belli kişilere yüklendiği “suçlama” aşaması gelmektedir. Ve son olarak şikayetin giderilmesi için çözüm yolları aranan “hak talep etme” aşaması söz konusu olmaktadır.³

“Uyuşmazlık” kavramı⁴ kişiler arasında meydana gelen bir anlaşmazlığın gün yüzüne çıkarılmasını ifade etmektedir.⁵ Bir anlaşmazlığın mevcut olduğunun anlaşmazlığın karşı tarafına bildirilmemesi halinde söz konusu anlaşmazlık uyuşmazlığa dönüşmeyecektir.⁶ Başka bir ifadeyle uyuşmazlık, bir anlaşmazlığa konu olan talebin anlaşmazlığın karşı tarafınca kısmen veya tamamen reddi halinde ortaya çıkmaktadır.⁷ Zira kişiler arasında meydana gelen anlaşmazlıklar, ancak dış dünyada karşılık bulduğu takdirde hukukun alanına girmektedir.⁸

¹Anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramlarının ayrıntılı açıklaması ve aralarındaki farklar için bkz. M. Özbek (2004). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. (1. Baskı), Ankara: Yaklaşım Yayınları, s. 55-62.

²Özbek, 2004, **a.g.k.**, 49.

³L. Parkinson (2017). *Aile Arabuluculuğu*. Adalet Bakanlığı Yayınları, s. 2.

⁴ Uyuşmazlık ve çatışma kavramları da birbiri yerine sıkça kullanılan kavramlardır. Uyuşmazlıklar açıkça karşılaşılan durumları göstermekte iken çatışma “baskılanmış ve başka alanlara aktarılmış” şekilde karşımıza çıkmaktadır. Çatışmalar, dünyanın her yerinde meydana gelmekte, kişiler ve gruplar arasında fiziki şiddete yol açmaktadır. Bundan dolayı insanlar müzakere veya arabuluculuk gibi çatışma çözüm yolları geliştirmek suretiyle şiddet içermeyen çözümleri benimseme eğilimi içerisine girmişlerdir. Çatışmanın iyi bir şekilde yönetildiği durumlarda taraflar arasındaki ilişkiler yıpranmak yerine daha da güçlü hale gelebilir (Parkinson, 2017, **a.g.k.**, 2-3).

⁵Özbek, 2004, **a.g.k.**, 47.

⁶Özbek, 2004, **a.g.k.**, 47.

⁷J.S. Murray, A.S. Rau ve E.F. Sherman (1996). *Mediation and Other Non-Binding Processes*. New York: The Foundation Press, s. 3.

⁸Ö. Ekmekçi vd., (2019). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 1.; M. Göksu (2020). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 15.

Anlaşmazlıklar karşılıklı menfaatler arası dengenin korunduğu takdirde uyuşmazlığa dönüşmeyecektir. Bu menfaat dengesinin bozulması halinde ise uyuşmazlığın ortaya çıkması kaçınılmaz bir hal alacaktır.⁹ İşte, hukuk düzeninin koruduğu menfaatler arasındaki çatışmalar önlenemezse uyuşmazlık doğmakta ve söz konusu uyuşmazlık dava yoluyla veya diğer alternatif çözüm yollarıyla giderilmeye çalışılmaktadır.¹⁰

Mevcut her hukuki ilişki bir uyuşmazlığı meydana getirmemektedir.¹¹ Anlaşmazlığın ortaya çıkış sürecinden dava yoluna başvurmaya kadar olan süreci bir piramite benzetirsek anlaşmazlık piramidin tabanında yer almaktadır. Daha üst kademeler ise sırasıyla karşılıklı talepler, uyuşmazlığın meydana gelmesi, bu uyuşmazlığın çözümü için bir avukata başvuru ve son olarak yargılama sürecini temsil eder.¹²

2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bakış

2.1. Kavram, Kavramın Ortaya Çıkışı ve Genel Özellikleri

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının (ADR/Alternative Dispute Resolution) menşei Anglo-Sakson ülkeleridir. İlk olarak ABD’de 1960’lı yıllarda kullanılmaya başlanmakla birlikte esas olarak 1980’li yıllarda büyük bir gelişim göstermiştir.¹³ Bu çözüm yollarının getirdiği faydalar çok kısa süre içerisinde Kıta Avrupası ülkelerinde de yaygınlaşmasına ve uygulamada kullanılmasına katkı sağlamıştır.¹⁴ Batı Avrupa devletlerinin hukuk sistemleri içerisinde görece daha geleneksel bir yapıya sahip Fransa’da, 8 Şubat 1995 tarih ve 95-125 sayılı kanunla hukuk davalarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuk ve uzlaştırmaya hakimin teşviki ile başlayan süreçle başvurulabilme imkanı tanınmış ve böylece uyuşmazlığa düşmüş taraflar bu yola

⁹Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 2.

¹⁰G. Ildır (2003). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. (1. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık s. 22.; Dava yoluna başvurmak yerine tarafların kendi aralarında anlaşarak uyuşmazlığa son vermesi toplumsal barışın korunması bakımından da bir tercih sebebidir (HUKAK Genel Gereğesi).

¹¹Ildır, 2003, **a.g.k.**, 22.

¹²Murray, Rau ve Sherman, 1996, **a.g.k.**, 6.

¹³A. Bulur (2007). Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi. *Ankara Barosu Dergisi*, (4), s. 31.

¹⁴S. Tanrıver (2020). *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 27.; E. K. Kekeç (2014). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 3.; Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çeşitli yönlerden eleştirilere tabi tutulmuştur. Bu eleştiriler hakkında bkz. Özbek, 2004, **a.g.k.**, 51-52 ve Kekeç, 2014, **a.g.k.**, 14-18.

başvurmaya teşvik edilmiştir. Fransa’da yine aynı kanunla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının idare hukuku alanında kullanımı konusunda gelişmeler öngörülmüştür.¹⁵

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramında yer alan “alternatif” kelimesi, yargı yoluyla uyuşmazlık çözümü ile bir kutuplaşma sonucunu doğurma riski barındırmakla birlikte bu hususta yanılığa düşülmesine de neden olabilecek niteliktedir.¹⁶ Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargının yerine kullanılması amaçlanan veya onunla yarışır halde bulunan bir sistemi ihtiva etmemektedir.¹⁷ Uyuşmazlıkları çözümlmek, devletin yargı erkini kullanarak yerine getirdiği bir görevini oluşturmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ise tarafların isteği halinde işletilebilen ve adil bir karara varılmasından çok her iki tarafın da tatmin edilmesini ve tarafların ilişkilerinin kopmadan devam etmesini hedefleyen bir bütün olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çözüm yolları yargı ile rekabet içinde olmadığı gibi amacı da tarafların yargısal yollara başvuru hakkını bertaraf etmek değildir.¹⁸ Yalnızca yargıya göre daha kolay, ucuz ve basit çözümler içerdiğinden yargılamaya alternatif olmaktadır.¹⁹

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile kastedilen, tarafsız üçüncü bir kişinin uyuşmazlığa düşmüş tarafları bir araya getirerek iletişim kurmalarını ve bu sayede mevcut soruna çözüm bulmalarını sağlamak suretiyle üzerinde uzlaşabilecekleri çözüm önerileri sunarak uyuşmazlığın çözümü noktasında yardım etmesini öngören ve mahkeme yargısına göre seçimlik bir yol olarak başvurulabilen, tamamen gönüllülük esasına dayalı çözüm yolları bütünüdür.²⁰

Alternatif uyuşmazlık çözümü temel olarak üç ilkeye dayandırılmaktadır. Bunlar, tarafların sürece gönüllü olarak katılımı, uyuşmazlığın çözümünde yardımcı olan üçüncü

¹⁵H. Konuralp (2001). Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Birlikçilik. *TBB ve Samsun Barosu Birlikçilik Sempozyumu Kitapçığı*, s. 493.

¹⁶M. K. Yıldırım (2007). İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında. *Yavuz Alangoza İçin Armağan*, s. 338.

¹⁷Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 28.; Bulur, 2007, **a.g.k.**, 33.; Alternatif uyuşmazlık çözümü kurumunun yargı ile rekabet eder şekilde anlaşılmasına adına kavramsal olarak “dostane bir biçimde uyuşmazlık çözüm yöntemleri”nin kullanılmasının daha isabetli olacağı hakkında bkz. Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 28.; Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu kavramı içerisindeki “alternatif” kelimesinin terim anlamı ve neyi ifade ettiği hakkında detaylı değerlendirmeler ve görüşler için bkz. M. Özbek (2009). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. (3. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 134-137.

¹⁸HUAK Genel Gereğesi.; S. Tanrıver (2006). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (64), s. 152.

¹⁹İldır, 2003, **a.g.k.**, 23.

²⁰Tanrıver, 2006, **a.g.k.**, 151.; Diğer tanımlar için bkz. Yıldırım, 2007, **a.g.k.**, 347.; Özbek, 2009, **a.g.k.**, 127-129.

kişinin bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunması ve taraflardan birinin ortaya konan çözümden tatmin olmaması halinde yargı yoluna başvurma hakkının mevcut olması şeklindedir. Uyuşmazlığın çözümü süresince üçüncü kişinin katılımına rıza gösterilmesi ve tarafların her aşamada uyuşmazlığın çözümü üzerinde kontrol sahibi olması alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının diğer özellikleri arasında gösterilmektedir.²¹

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, sağladığı faydaların yanı sıra çeşitli yönlerden eleştirilere de tabi tutulmuştur. Taraflar arasındaki güç dengesizliğini dikkate almadan eşit kabul edilerek uyuşmazlığın çözülmeye çalışılması, uyuşmazlığın çözülememe sebebi olarak yapısal sorunların değil yalnızca bireysel sorunların göz önüne alınması, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bazı uyuşmazlıkları çözümlene bakımından yetersiz olması, üçüncü kişinin tarafsızlığının yalnızca bir varsayıma dayalı olması şeklindeki eleştiriler bunlardan yalnızca bir kısmıdır.²²

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bahsedilen yönlerinin yanı sıra, bu yolların başarısızlığa uğrama sebepleri de önemlidir. Öyle ki, pek çok yönden fayda sağlasa dahi tarafların tutumu bu yolların başarısızlığa uğramasına sebep olabilmektedir. Tarafların sadece kazanmayı önemsemesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını bir çözüm yolu olarak görmeyip sadece bir alternatif yol olarak görmesi, bu yolları yargılamadan farksız görmeleri ve yargı yolunda yaptıkları işlemleri tekrar etmeleri gibi sebepler bu yöntemleri başarısızlığa uğratmaktadır.²³

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kamu hukuku veya özel hukukun bir parçası olduğunu kesin olarak söylemek mümkün değildir. Özellikle, tamamen taraflar ve tarafsız üçüncü kişi arasında gerçekleşen arabuluculuk gibi alternatif çözüm yollarının mahkeme ile bağlantılarının bulunmaması bakımından böyle bir ayrıma tabi olması gerekmemektedir. Ancak mahkeme katımlı arabuluculuğun kamusal bir karaktere sahip olduğu ifade edilmektedir.²⁴

Uyuşmazlık çözümünün ve geleneksel metodlar yerine alternatif çözüm yollarının kullanılmasının tarihi en az insanlık tarihi kadar eskidir. Bugün kullandığımız yargılama

²¹M. Sungurtekin-Özkan (2005). Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, (2), s. 355.

²² Kekeç, 2014, **a.g.k.**, 14-16.

²³ T. Carver ve A. Vondra (1994). Alternative Dispute Resolution: Why It Doesn't Work and Why It Does. *Harvard Business Review*, s. 5-7.

²⁴ Özbek, 2009, **a.g.k.**, 158-159.

sistemi, idari sistem ve hukuki yapının, “alternatif” olarak adlandırdığımız uyuşmazlık çözüm yollarının devamı olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Şiddet kullanmadan uyuşmazlıkları çözenin ilk yolları arasında gösterilebilecek olan uzlaşma ve müzakere usullerine tarafsız üçüncü kişinin de dahil olmasıyla birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının günümüz anlamındaki ilk örnekleri ortaya çıkmıştır.²⁵

Anayasa Mahkemesi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uyuşmazlık çözümünde kullanılması ile ilgili verdiği kararlarda yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılmasına vurgu yapmakta ve yargının artan iş yükü karşısında alternatif yolların hayata geçirilmesini de anayasal kuralların etkinliğinin sağlanması bakımından önemli görmektedir. Bu yönde olmak üzere verdiği bir kararında Anayasa Mahkemesi, “*Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."* denilmiştir. *Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir*²⁶” şeklinde değerlendirmelerde bulunmuştur.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ilk ortaya çıktığı ülke olarak kabul edilen ABD’de bu alternatif yollar, uyuşmazlıkların gönüllü olarak giderilmesini öngören usulleri içermektedir. Bu yolların uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmasının teşvik edildiği yasalarda, teşvik edilen uyuşmazlık çözüm yolları sıralanmış ancak sınırlandırma yoluna gidilmemiştir.²⁷ ABD’de olduğu gibi diğer ülkelerde de başvurulan alternatif

²⁵ B. Hohmann (2018). Possibilities for the Application of Alternative Dispute Resolution Methods in the Administrative Procedure. *European Journal of Multidisciplinary Studies*, 3(4), s. 91.

²⁶Anayasa Mahkemesi Kararı- GK, E. 2006/78 K. 2008/84 T. 20.3.2008 (lexpera 12.08.2021).; Benzer kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı- GK, E. 2003/98 K. 2004/31 T. 3.3.2004 (lexpera 12.08.2021). Anayasa Mahkemesi Kararı- 1. B., B. 2014/15918 T. 10.1.2018 (lexpera 12.08.2021).; Anayasa Mahkemesi Kararı- GK, B. 2017/38732 T. 6.2.2020 (lexpera 12.08.2021).

²⁷N. Arat (2009). *Türk İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 3.

uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı değildir. Her ülke kendi ihtiyacına göre, sosyal ve ekonomik durumuna göre belirli yolları kullanmayı tercih edebileceği gibi bunlardan başka yollar da geliştirebilir ve hatta bunların birkaçını/bir kısmını bir araya getirerek yeni alternatif uyuşmazlık çözüm yolları meydana getirebilir. Aşağıda, bunların bir kısmına yer verilmiştir. Türk hukukunda da, kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği sürece çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılması mümkündür.²⁸ Nitekim hukukun farklı dallarında bu dalların niteliğine göre kullanılabilen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları mevcuttur. Örneğin vergi hukukunda uzlaşma, hata düzeltme, cezalarda indirim gibi yargı dışı çözüm yolları kullanılmaktadır. Bahsedilen bu uyuşmazlıklar idari aşamada çözüme kavuşturulabilmektedir. Yine Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesinde²⁹ yer alan avukatların uzlaşma sağlayabilmesine ilişkin düzenleme, ceza hukukunda kullanılan uzlaştırma usulü ülkemizde yaygın olarak kullanılan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına örnek teşkil etmektedir.

Arabuluculuk, uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla çözüm yöntemlerinden yalnızca biridir. Bazı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları mahkeme yargısına benzerken bazıları kendine özgü niteliklere sahiptir. Yine bazı çözüm yolları yalnızca taraflar ve üçüncü kişiyi içermekte iken bazıları bunlara ek başka kimselerin de katılımıyla yürütülmektedir. Tüm bu yöntemler devlet yargısı dışında yer almakta, devletin harekete geçirici ve zorlayıcı gücünden yararlanmamakta, bunun yerine gayri resmi şekilde uzlaşmayı teşvik etmektedir. Bu sebeplerden dolayı toplumda ortaya çıkan geleneksel yöntemlerle ortak özellikler taşıyan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, hukukun dışında ve bürokrasiden ayrı mekanizmalardır. Toplumlarda kendiliğinden meydana gelmiş olan geleneksel çözüm yollarının aksine alternatif uyuşmazlık çözüm yolları devlet tarafından bu yollara geçerlilik tanınmasıyla sonradan, devlet gözetimi ve denetimi altında planlı bir süreç sonucu ortaya çıkmıştır. Böylelikle denebilir ki, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, hem

²⁸Bulur, 2007, **a.g.k.**, 32-33.

²⁹4667 sayılı Kanunla Avukatlık Kanunu'nda yapılan bu değişiklik ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ülkemizde kullanımının yaygınlaşmasının önü açılmıştır (Sungurtekin-Özkan, 2005, **a.g.k.**, 357).; Bu düzenlemenin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu kabul edilen bir husustur. Ancak bu düzenlemenin hangi uyuşmazlık çözüm yolu içerisinde değerlendirileceğine dair görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi ile öngörülmüş olan düzenleme, müzakere yönteminin somut bir biçimini teşkil etmektedir (Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 32).; Ayrıntılı bilgi için bkz. A. Bulur (2010). Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (89), s. 208-240.

mahkeme yargısına hem de kendiliğinden oluşan geleneksel yöntemlere alternatif olmaktadır.³⁰

2.2. Başlıca Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

2.2.1. Genel Olarak

Uyuşmazlıklara son verilmesini amaçlayan alternatif çözüm yolları başta müzakere, arabuluculuk ve tahkim³¹ olarak karşımıza çıkmaktadır. Zamanla bu yollara kısa yargılama (mini trial), vaka saptaması (fact finding), tavsiye edici tahkim (advisory arbitration), arabulucu-hakem (med-arb), uzman (bilirkişi) tespiti³² gibi yeni uyuşmazlık çözüm yolları eklenmiştir.³³ Bu alternatif yöntemler uyuşmazlıkların çözümünde temel usuller olan arabuluculuk, müzakere ve yargılamanın değişik şekillerde bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş karma yöntemlerdir.³⁴

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılmaya başlanmasından bu yana pek çok teknik ortaya çıkmıştır. Tüm bu tekniklerin ortak noktası ise tarafların anlaşmasını sağlamak amacıyla bağlayıcı olmayan müdahalede bulunan tarafsız üçüncü kişinin varlığıdır.³⁵ Arabuluculuk ve tahkim kurumları ilerleyen kısımlarda ayrıntılı olarak inceleneceğinden diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından burada kısaca bahsedilecektir.

2.2.2. Kısa duruşma (Mini-trial)

Kısa duruşma yöntemi, mahkeme dışında veya mahkeme bağlantılı olarak yürütülebilen ve sonucunda hakim veya tarafsız üçüncü kişinin bağlayıcı karar veremediği bir uyuşmazlık çözüm yoludur.³⁶ Genellikle iş (business) uyuşmazlıklarında

³⁰Ş. Şahin Ceyhan (2013). Uyuşmazlık Çözümüne Llewellyn'in Gözünden Bakmak: Hukuk Uğraşları Kuramı. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan s. 992.

³¹Tahkim kurumunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı yönünde tartışmalar bulunmaktadır. Biz de ileride görüşlerine değineceğimiz bazı yazarlar gibi, tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmadığı görüşünü savunduğumuzdan dolayı tahkim kurumuna bu kısım içerisinde değil, arabuluculuğa benzer bir kurum olarak, ilerleyen kısımlar içerisinde inceleyeceğiz. Aksi görüşte olsak da, yargılamaya alternatif teşkil ettiğinden ve kimi yazarlarca alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edildiğinden bu başlık altında isim olarak tahkimi geçirmenin kafa karışıklığına neden olmayacağını düşünmekteyiz.

³²Uzman tespiti (expert determination) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. E. Küçükgüngör (2004). Spor Hukuk Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 22(4), s. 55-56.

³³Özbek, 2004, **a.g.k.**, 50.; Bu yöntemler için ayrıca bkz. Ildır, 2003, **a.g.k.**, 77 vd.

³⁴Kekeç, 2014, **a.g.k.**, 9.

³⁵Murray, Rau ve Sherman, 1996, **a.g.k.**, 216.

³⁶Konuralp, 2001, **a.g.k.**, 498.

kullanılan kısa duruşma³⁷ yönteminde her bir tarafın avukatı, tarafsız üçüncü kişi ve anlaşma yapma yetkisine sahip üst düzey yöneticilerden oluşan bir kurul³⁸ önünde özet şeklinde sunumlarını yapmaktadırlar. Bu sunumların sonunda yöneticiler uyuşmazlığın nasıl çözüleceği üzerine tartışmalar başlatmaktadır. Uyuşmazlığın çözümüne dair bu tartışmalardan netice alınmazsa tarafsız üçüncü kişiden yardım alınabilecektir. Bu yardım tarafsız üçüncü kişinin eğer uyuşmazlık dava yoluna taşınırsaydı olası sonuçlarının neler olacağı yönündeki tahminlerini aktarması şeklinde gerçekleşmektedir.³⁹ Yöntem, en iyi sonuçlarını ticari uyuşmazlıklarda vermektedir.⁴⁰

Buradaki tarafsız üçüncü kişi her iki tarafın (veya tarafların) üzerinde uzlaştığı bir kişi olmalıdır.⁴¹ Taraflar uyuşmazlığın kısa duruşma yöntemiyle çözüleceğine dair yaptıkları anlaşmada tarafsız üçüncü kişiyi farklı yetkinliklerle donatabilecekleri gibi onun gizliliğe uymasını sağlayıcı bazı hükümleri de bu anlaşmaya koyabilirler.⁴²

Kısa duruşma yöntemine başvurulmasının uyuşmazlığın hangi aşamasında uygun olacağı önemli olmadığı gibi⁴³ tarafların kısa duruşma sonunda birden fazla seçeneği mevcuttur.

2.2.3. Vaka saptaması

Vaka saptaması yöntemi, tek başına veya diğer yöntemlerin tamamlayıcısı olarak kullanılabilen, uyuşmazlığın doğduğu ilk aşamalarda kullanılan ve bağlayıcı olmayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.⁴⁴ Bu yöntemde amaçlanan uyuşmazlığın doğrudan çözümünden çok uyuşmazlığa temel teşkil eden vakaların tespit edilip sorunu çözmeye daha üretken bir bakış açısıyla yaklaşılabilmesini sağlamaktır.⁴⁵ Taraflar vaka

³⁷Kısa duruşma denen uyuşmazlık çözümü mahkeme katılımlı veya mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak kullanılabilir. Mahkeme katılımlı kısa yargılamada avukatlar hâkimden önce davalarını kısa bir şekilde aktarmakta ve hukuku tartışmaktadırlar. Hâkim, ortaya konan argümanlar hakkındaki değerlendirmesinden hareketle taraflara bir çözüme ulaşmaları konusunda yardımcı olmaktadır (A.J. Stitt. (1998). *Alternative Dispute Resolutions for Organizations*. Toronto, s. 128).

³⁸Bu kurula bağlayıcı karar alma yetkisi de tanınabilmektedir (İldır, 2003, **a.g.k.**, 108).

³⁹S.B. Goldberg, F.E. Sander ve N.H. Rogers (1992). *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*. (2. Baskı), s. 230.

⁴⁰İldır, 2003, **a.g.k.**, 108.

⁴¹J.R. Winkle (2013). *Rules on Alternative Dispute Resolution Annotated*. Thomson Reuters, s. 347.

⁴²İldır, 2003, **a.g.k.**, 108-109.

⁴³Uyuşmazlığın dava yoluna taşınacağı kararlaştırılmışsa yargılamanın ilk aşaması kısa duruşma için daha uygun olabilir (İldır, 2003, **a.g.k.**, 109).

⁴⁴Kekeç, 2014, **a.g.k.**, 18-19.; Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 14.

⁴⁵Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 13.

saptamada kendilerinin ve vaka saptayıcısının tabi olacağı yöntemi ve vaka saptama süresini kendileri belirleyebilirler.⁴⁶

Vaka saptaması olarak adlandırılan alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda tarafsız vaka saptayıcı konumundaki üçüncü kişi soruşturma yapabilmek, dokümanları inceleyebilmek, tanıklarla görüşebilmek gibi işlemleri yapabilmektedir.⁴⁷ Bu araştırma ve görüşmeler neticesinde vaka saptayıcısı “öneri içeren” veya “öneri içermeyen” raporlar hazırlayabilir.⁴⁸

Vaka saptayıcısının⁴⁹ işlevi bilirkişi ile benzerlik göstermektedir. Bilirkişilik yargılama aşamasında başvurulmuş bir delildir ancak vaka saptamasının böyle bir özelliği olmadığı gibi bağlayıcı niteliği de bulunmamaktadır.⁵⁰ Bu yöntemin kullanılmasıyla uyuşmazlık çözüme kavuşabilir. Uyuşmazlık tek başına bu yöntemle çözülememiş olsa dahi arabuluculuk, kısa yargılama ve tahkim yöntemleri ile birlikte kullanıldığında sonuca ulaşılabilir.⁵¹

2.2.4. Tarafsız ön değerlendirme

Tarafsız ön değerlendirme yöntemi, tarafsız üçüncü kişinin tarafların uyuşmazlık hakkındaki ifadelerinden yola çıkarak uyuşmazlığın nasıl geliştiğini ve hangi yöne gideceğini değerlendirdiği bir yöntemdir.⁵² Dava öncesinde başvurulmuş bir aşama olarak ifade edilebilecek bu süreçte, hakim veya uyuşmazlık hakkında deneyimli bir hukukçu tarafları dinleyip uyuşmazlığı ortaya çıkaran temel noktaları tespit edip bunların çözüm ihtimallerini değerlendirir.⁵³ Söz konusu yöntemde⁵⁴ tarafsız üçüncü kişi, uyuşmazlık hakkında bağlayıcı bir karar verilmiş olsaydı süreç sonucunda ortaya çıkabilecek olası

⁴⁶Ildır, 2003, **a.g.k.**, 78 -80.

⁴⁷Stitt, 1998, **a.g.k.**, 127.; Tarafsız üçüncü kişi, bir gerçek kişi veya bunların oluşturduğu bir kurul olabilir (Ildır, 2003, **a.g.k.**, 78).

⁴⁸Ildır, 2003, **a.g.k.**, 80.

⁴⁹Vaka saptayıcısının sahip olması gereken özellikler ve seçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ildır, 2003, **a.g.k.**, 79-80.

⁵⁰Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 13.

⁵¹Ildır, 2003, **a.g.k.**, 78.

⁵²Ildır, 2003, **a.g.k.**, 83.

⁵³Konuralp, 2001, **a.g.k.**, 499.

⁵⁴Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan tarafsız ön değerlendirme yöntemi ilk kez ABD Kuzey Kaliforniya Bölge Mahkemesi tarafından kullanılmıştır (Murray, Rau ve Sherman, 1996, **a.g.k.**, 219).

sonuçları da değerlendirmektedir.⁵⁵ Tarafsız üçüncü kişi bir öneri sunduktan sonra tarafları bir çözüme ulaşmaları için yalnız bırakmaktadır.⁵⁶

Tarafsız ön değerlendirmede konunun uzmanı olan tarafsız üçüncü kişi tarafların çözüme ulaşmaları noktasında yol gösterici olmakta ve tarafları sağlıklı düşünmeye sevk etmektedir.⁵⁷ Bu yöntemin genellikle çözümü karmaşık olmayan uyuşmazlıklar için uygun olduğu ifade edilmektedir.⁵⁸ Esasen bu uyuşmazlık çözüm yolunun amacı da dava öncesinde davanın konusunu ortaya koyabilmek ve tarafların haklarını tespit edebilmeye yarar. Böylece taraflar, tarafsız uzmanların yapmış olduğu değerlendirmeler doğrultusunda kendi durumlarını değerlendirebileceklerdir.⁵⁹

2.2.5. Arabulucu-Tahkim (Med-Arb)⁶⁰

Bu yöntemde tarafsız üçüncü kişinin arabulucu olarak fonksiyonu tarafların kabul edebileceği ortak bir sonuca ulaşılmasında yol gösterici olmasıdır. Arabulucu olarak bir sonuca ulaşamadığı takdirde tarafsız üçüncü kişi hakem olarak hareket etmekte ve bağlayıcı bir karar ortaya koymaktadır.⁶¹ Bu yöntem tarafların barışçıl bir yolla anlaşmak isteyip acil bir çözüme gereksinim duydukları hallerde faydalı olmaktadır.⁶²

Yöntemin arabuluculuğa göre bir avantajı, arabuluculuğun gerekli neticeyi vermemesi halinde tahkim için yeni bir tarafsız üçüncü kişinin eğitilmesinin gerekli olmamasıdır.⁶³ Böylece hem zamandan hem de paradan tasarruf sağlanmış olmaktadır.⁶⁴ Olumlu yanları bu şekilde olmakla birlikte, özellikle tahkim aşamasına geçildiğinde taraflar açısından baskılar artabilmektedir.⁶⁵ Taraflar arabulucunun tahkim aşamasına geçildiğinde bağlayıcı karar vereceğini bildiklerinden salt arabuluculukta olduklarından daha az samimi olacaklar ve tarafların uyuşmazlığın çözümünü kabul etme oranları da azalacaktır.⁶⁶ Ayrıca arabuluculuk aşamasında edinilen gizli bilgilerin tahkimde açığa

⁵⁵Bu değerlendirme uyuşmazlığın ortaya çıkışından itibaren geçirdiği süreci ve bunun gelecekteki olası sonuçlarını kapsayan bir rapor hazırlamak şeklinde yapılmaktadır (Ekmekçi vd., 2019, a.g.k., 15).

⁵⁶Stitt, 1998, **a.g.k.**, 127.

⁵⁷Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 15.

⁵⁸Ildır, 2003, **a.g.k.**, 84.

⁵⁹Konuralp, 2001, **a.g.k.**, 499.

⁶⁰Ayrıca bkz. M. Polat (2010). *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 47-51.

⁶¹Goldberg, Sander ve Rogers, 1992, **a.g.k.**, 226.; Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 16.; Kekeç, 2014, **a.g.k.**, 20.

⁶²Ildır, 2003, **a.g.k.**, 100.

⁶³Goldberg, Sander ve Rogers, 1992, **a.g.k.**, 226.

⁶⁴Ildır, 2003, **a.g.k.**, 100.

⁶⁵Ildır, 2003, **a.g.k.**, 102.

⁶⁶Goldberg, Sander ve Rogers, 1992, **a.g.k.**, 226.

çıkması konusunda taraflar endişe duyabileceği gibi, tahkim aşamasına geçildiğinde tarafsız üçüncü kişinin arabuluculuk aşamasında edindiği bu gizli bilgilerin etkisinde kalması da söz konusu olabilir.⁶⁷

Uyuşmazlığın çözümünde rol alacak tarafsız üçüncü kişinin konunun uzmanlık gerektirmesi halinde uzman bir kişi içinden seçilmesi daha yararlı olabilir. Taraflar bu kişiyi doğrudan seçebilecekleri gibi arabulucu-hakem olarak görev yapan kişilerin listesini edinerek de seçebilirler.⁶⁸

Arabuluculuk-tahkim yolundan başka, arabuluculuk ve bir tahkim türünün bir arada kullanıldığı “MEDALOA” isimli uyuşmazlık çözüm yöntemi Amerikan Tahkim Birliği tarafından geliştirilmiştir. Öncelikle arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlığın çözümlenmeye çalışıldığı, başarısızlığı takdirde tahkim aşamasına geçildiği bu yöntemde hakem, tarafların son teklifleriyle sınırlandırılmaktadır.⁶⁹

2.2.6. Müzakere

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından müzakere ve arabuluculuk yeni keşfedilen yollar olmayıp en az insanlık tarihi kadar eskiye dayanmaktadır. Kazanmak veya kaybetmek kavramları üzerine kurulu olan, uzun, masraflı dava yolu, yerini zamanla müzakere ve arabuluculuğa bırakmıştır. Üçüncü bir kimseye ihtiyaç duyulmadan anlaşmazlıkların giderildiği bu yöntem, en evrensel, en eşitlikçi ve en barışçı yaklaşımı bünyesinde barındırmaktadır.⁷⁰

Müzakere yöntemi, arabuluculuk ve tarafların anlaşmasına dayalı diğer alternatif çözüm yollarının temelini oluşturmaktadır, denebilir.⁷¹ Müzakere, uyuşmazlık taraflarının, en yüksek faydayı temin edebilecekleri ortak bir çözüm üzerinde anlaşmak amacıyla bir araya geldiği eşit bir iletişim sürecini ifade etmektedir.⁷²

⁶⁷Kekeç, 2014, **a.g.k.**, 21.; Ildır, 2003, **a.g.k.**, 102.

⁶⁸Ildır, 2003, **a.g.k.**, 101.; Hakem-bilirkişiler ve bunların işlevine ilişkin olarak ise bkz. Z. Akıncı (2003). *Milletlerarası Tahkim*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 31-32.

⁶⁹Polat, 2010, **a.g.k.**, 51.

⁷⁰V.A. Coşar (2011). *Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı*, s. 7.

⁷¹Kekeç, 2014, **a.g.k.**, 43.; Ö. Ekmekçi, M. Özkes ve M. Atalı (2018). *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*. (1. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 11.; Arabuluculuk sürecinde arabulucunun başvurabileceği müzakere yaklaşımları çeşitlilik göstermektedir. Hangi yaklaşım türünün uyuşmazlık çözümünde uygun ve etkili olabileceği ise uyuşmazlığın türüne ve niteliğine göre değişiklik gösterebilecektir. Söz konusu müzakere yaklaşımları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kekeç, 2014, **a.g.k.**, 45-56.

⁷²Ekmekçi, Özkes ve Atalı, 2018, **a.g.k.**, 11.

Müzakere yönteminde tarafların doğrudan iletişim kurması ve bu suretle görüşmelerin yapılması söz konusu olduğundan, müzakere yöntemi için “doğrudan görüşme” kavramı da kullanılmaktadır. Zira müzakere yönteminde, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerindeki gibi sürece üçüncü kişi dahil olmamaktadır. Esasen bahse konu çözüm yöntemleri arasındaki farklılığı getiren unsur da, tarafsız üçüncü kişinin bu süreçlerin işleyişindeki konumu, rolü ve yetkileridir.⁷³

Müzakere sürecinin aşamalarını kısaca ifade etmek gerekirse, ilk etapta gerçekleşecek hazırlık aşamasının ardından taraflar arasında bilgi değişimi yapılması söz konusu olmaktadır. Devamında ise uyuşmazlık üzerinde pazarlık yapıp anlaşma zemini oluşturulmaya çalışılır. Bu sürecin sonunda taraflar anlaşmaya varabileceği gibi, görüşmeler hiçbir neticeye bağlanmayabilir. Şayet görüşmeler sonucu anlaşmaya varılabildi ise bu durumda anlaşmaya son şekli verilip uygulanabilir hale getirilir.⁷⁴

Uyuşmazlıkların çözümünde pek çok yargı dışı usul kullanılmakla birlikte bunlar yaygın olarak, tarafların uyuşmazlığın çözümündeki kontrol gücüne bağlı olarak sınıflandırılabilir. Buna göre uyuşmazlık sonucu verilecek karar üzerinde tarafların etkisinin en fazla olduğu düzeyden en düşük olduğu düzeye doğru yapılacak bir değerlendirmede, uyuşmazlığın bizzat taraflarca müzakere yoluyla çözümlenmesi kontrolün en üst düzeyde mevcut olduğu bir çözüm yolu iken yargı yoluyla uyuşmazlığın çözümünde tarafların kontrolü en azdır.⁷⁵

3. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk Kurumu ve Arabuluculuk Kurumunun Gelişimi

3.1. Arabuluculuk Kavramı

Arabuluculuk kavramı en temel anlamıyla anlaşmazlığa düşmüş taraflar arasındaki anlaşmazlığı yargı yoluna gitmeden üçüncü kişilerin yardımıyla çözüme uğraşır. İngilizce karşılığı “mediation” olarak karşımıza çıkan arabuluculuk, Latince “medius, medium” kelimesinden türetilmiş bir kelime olup “arada, ortada” anlamlarına gelmektedir.⁷⁶ Türk Dil Kurumu sözlüğündeki anlamı ise “uzlaştırıcılık” olarak ifade

⁷³Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 32.

⁷⁴Kekeç, 2014, **a.g.k.**, 56.

⁷⁵M. Özbek (2005). İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I). *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (56), s. 93.

⁷⁶Parkinson, 2017, **a.g.k.**, 8.

edilmektedir.⁷⁷ Hukuki anlamıyla arabuluculuk ise “ortaya çıkan bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için, bir kimsenin, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflara bir arada veya ayrı ayrı tavsiye ve telkinlerde bulunarak uyuşmazlığı çözümlenmelerine yardımcı olması⁷⁸” olarak tanımlanmaktadır.

22 Haziran 2012 tarihinde Resmî Gazete ’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na göre ise arabuluculuk,

“Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretilmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmaktadır (HUAK m. 2/1, b).

Doktrinde ve çeşitli uluslararası belgelerde arabuluculuğun pek çok tanımına rastlamak mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki HUAK’ta verilen tanım arabuluculuğu diğer alternatif çözüm yollarından ayrı bir yere konumlandırmaktadır. Zira bu yöntemde arabulucu, tarafların kendi çözümlerini üretebilmelerini sağlama işlevi görmektedir.⁷⁹ Genel bir tanım olarak arabuluculuk, tarafların kendi iradeleriyle, bağlayıcı karar alma yetkisine sahip olmayan tarafsız ve güvenilir üçüncü bir kişiye başvurmak suretiyle aralarındaki uyuşmazlığı yine kendi menfaatleri doğrultusunda ve anlaşlıkları esaslar çerçevesinde karşılıklı iletişim yoluyla çözüme biçimi olarak tanımlanabilmektedir.⁸⁰

Birleşmiş Milletler’in 2018 yılında yayınladığı Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculukla Sonuçlanan Uluslararası Uzlaşma Anlaşmalarına İlişkin Model Kanun’da arabuluculuk, *“tarafların sözleşmeye bağlı veya diğer hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarının dostane yollarla çözümüne ilişkin girişimlerinde*

⁷⁷sozluk.gov.tr.; Günlük dilde arabuluculuk kavramı “ara buluculuk” olarak kullanılmakta ve yazılmaktadır.

⁷⁸E. Yılmaz (2015). (Mini) Hukuk Sözlüğü. (6. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 65.

⁷⁹Ş. Şıpka. (2007). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (12), s. 168.

⁸⁰Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 17.

arabulucu denen üçüncü kişi veya kişilerin yardımını talep ettikleri bir süreç” olarak ifade edilmektedir.⁸¹

Avusturya Arabuluculuk Kanunu’nun 1. maddesine göre ise arabuluculuk: *uzmanlık eğitimi almış tarafsız üçüncü kişinin, tanınmış yöntemlerle taraflar arasındaki iletişimi sistematik bir biçimde, tarafların sorumluluğu kendi üzerlerine alarak aralarındaki uyuşmazlığı yine kendilerinin gidermelerini mümkün kılmalarını hedeflemek suretiyle teşvik etmesini öngören ve gönüllülük esası üzerine yürüyen bir faaliyet”* şeklinde ifade edilmektedir.⁸²

Arabuluculuk yöntemi en eski uyuşmazlık çözüm yollarından biridir. Bu yöntem üçüncü bir kişinin uyuşmazlığın taraflarının anlaşmaya varması amacıyla yapmış olduğu müdahalelerin tümünü ifade etmek üzere kullanılmıştır.⁸³ Uyuşmazlığın tüm taraflarının süreç boyunca gönüllülüğü esasına dayanır. Arabuluculuğun amacı tarafların ilerlemesini ve işbirliklerini sürdürmesini sağlayacak gelecek odaklı çözümler bulunmasıdır. Arabulucu kullandığı çeşitli tekniklerle tarafların anlaşmaya varmalarını sağlamak amacıyla aralarında diyalog oluşturulmasını temin eder.⁸⁴

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bakımından da arabuluculuk, temel çözüm yolu olarak kabul edilmektedir.⁸⁵ Verilen tanımlar değerlendirildiğinde pratik olarak ifade edilirse arabuluculuk, *“tarafsız üçüncü bir kişinin uyuşmazlık içindeki taraflara bu durumdan kurtulabilmeleri için yardım ettiği, kalıcı hukuki barışın sağlanmasının ve tarafların uyuşmazlık çözüm sürecine katılımının en yüksek düzeyde olmasının hedeflendiği bir çaba⁸⁶”*dır.

⁸¹UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018, Article 1/III. (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf).

⁸²Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 48.

⁸³L. Vandenhende, B. Warnez ve L. Veny (2016). The Way To Mediation in Belgian Administrative Procedural Law, s. 2.

⁸⁴K. J. de Graaf, A. T. Marseille ve H. D Tolsma (2014). Mediation in Administrative Proceedings: A Comparative Perspective. *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Berlin-Heidelberg: Springer., s. 591.

⁸⁵Özbek, 2004, **a.g.k.**, 201.

⁸⁶Kekeç, 2014, **a.g.k.**, 25.

3.2. Arabuluculuğun Gelişimi

3.2.1. Genel Olarak

Arabuluculuk, dünyanın pek çok yerinde uzun geçmişe sahip bir kurumdur. Konfüçyüs, M.Ö. beşinci yüzyılda insanlara mahkemede görülecek davaların sonucunun iki taraf için de olumsuz olabileceğini anlatarak bunun yerine tarafsız bir arabulucuya giderek anlaşma hususunda yardım talep etmelerini öğütlemekte idi. Antropologlarca Afrika kabilelerinde de uyuşmazlıkların çözümü için toplantı talep etme uygulaması olduğu ifade edilmektedir. Bunun yanında İslam geleneği ve Yahudi toplumlarında da arabuluculuk uygulamaları köklü bir geçmişe sahiptir.⁸⁷

Arabuluculuk kurumuna kimi ülkelerde mahkeme bağlantılı kimi ülkelerde ise mahkemeden bağımsız olarak başvurulmaktadır. Çeşitli hukuki düzenlemelerle formel bir yapıya kavuşmasından önceki dönemlerde gayri resmi şekilde başvuru bir yol olarak arabuluculuk kurumu, kurumsallaşmasına ABD ve Avrupa'dan başlanarak pek çok ülkenin hukuk sistemine dahil edilmiş bir müessesedir.⁸⁸

3.2.2. ABD ve İngiltere'de Arabuluculuğun Gelişimi

ABD'de hakimın hukuk uyuşmazlıklarının çözümündeki yetkisi Kıta Avrupası ile kıyaslandığında daha azdır. Hakime, kural olarak hüküm verme dışında başka bir yolla uyuşmazlık çözüm yetkisi verilmediğinden çeşitli adlarla anılan "alternatif uyuşmazlık çözümü" kurumu ortaya çıkmıştır.⁸⁹ Ortaya çıkışından itibaren uzun bir süre özellikle parasal değeri düşük uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulduğu ifade edilmektedir.⁹⁰ ABD'deki hukuki düzenlemeye kavuşma süreci 1990 yılında gerçekleşen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, ilk olarak yine bu yılda çıkarılan İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu (Administrative Dispute Resolution Act) ile federal kurumların taraf olduğu davalarda başvurulmak üzere yapılandırılmıştır. 1998 yılında çıkarılan ADR Kanunu (Alternative Dispute Resolution Act of 1998) ile birlikte ülkenin her bir federal bölgesi kendi yerel kuralları uyarınca kendi ADR programlarını oluşturma

⁸⁷Parkinson, 2017, **a.g.k.**, 3-4.

⁸⁸Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 37-38.; Anglo-Sakson hukuku kaynaklı olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının Kıta Avrupası ülkelerindeki geçmişi çok eskiye uzanmamaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, ulusal hukuk sistemlerinde gösterdiği gelişimden, Anglo-Sakson ülkeleri ve Avrupa'daki yayılımdan sonra uluslararası hukukta da yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır (Sungurtekin-Özkan, 2005, **a.g.k.**, 356).

⁸⁹ABD'de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişim süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. Özbek, 2009, **a.g.k.**, 171-177.

⁹⁰Bulur, 2007, **a.g.k.**, 34.

yetkisine sahip olmuştur.⁹¹ Bu Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte mahkemeler uyuşmazlık çözümünde tarafları arabuluculuk, ön tarafsız değerlendirme ve kabul ettikleri takdirde tahkim gibi usullerin kullanımı noktasında zorlayabilecek hale gelmiştir.⁹²

ABD'de arabuluculuk, profesyonel anlamda ilk kez 1940'lı yıllarda kendini göstermiştir. Bu tarihlerden itibaren arabuluculuk toplu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların giderilmesinde kullanılmıştır. Daha sonraki yıllarda mahkemeler, aile hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk yolunun kullanımını teşvik etmişlerdir.⁹³

Amerika'daki tarihi İngiliz kolonileri zamanına uzanan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk eski tarihlerde göçmenler ile dinsel gruplar arasında meydana çıkan uyuşmazlıkları çözümlenmek amacıyla kullanılmıştır.⁹⁴ ABD'de arabuluculuk son otuz yılda yoğun olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu çerçevede yapılan yasal düzenlemelerde yeknesaklık olmadığı, ülke genelinde arabuluculuğa ilişkin olarak eyalet kanunları, federal kanunlar ve mahkeme kuralları dahil olmak üzere 2000'i aşkın düzenlemenin olduğu ifade edilmektedir. Bunun üzerine 2001 yılında, bütün eyaletlere tavsiye olunmak üzere ABD Tek Tip Eyalet Kanunları Hakkında Ulusal Komiserler Konferansı tarafından hazırlanan "Tek Tip Arabuluculuk Kanunu"⁹⁵ bu konferansın toplantısında onaylanmıştır. Bu Kanun'un hazırlanmasının amacı kanunlarda yer alan arabuluculuğa ilişkin sayısız düzenlemenin yarattığı karmaşıklığın giderilmesi ve bu anlamda yeknesaklığın sağlanmasıdır. Bunun dışında, düzenlemelerin eyaletten eyalete değişiklik göstermesi de bu Kanun'a duyulan ihtiyacı ortaya koymaktadır.⁹⁶

Uyuşmazlıkların yargı yolu ile çözümü yanında, bireyler arasında veya idare ile bireyler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda tahkim veya uzlaşma gibi çeşitli yolların kullanılabilirdiği İngiltere'de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişimi ABD'ye

⁹¹Özbek, 2009, **a.g.k.**, 175-176.

⁹²Özbek, 2005, Yargılama Dışı Usuller I, **a.g.k.**, 107.

⁹³Özbek, 2009, **a.g.k.**, 171-172.

⁹⁴Arat, 2009, **a.g.k.**, 5.

⁹⁵Uniform Mediation Act olarak adlandırılan bu kanuna ulaşmak için bkz. <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=2d5cc2d9-2219-f0b7-808b-27b8b08a6471&forceDialog=0>. (Erişim tarihi: 12.01.2022)

⁹⁶M. Özbek (2007). Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 56(1), s. 212-213.

göre daha geç bir vakitte gerçekleşmiştir. Uyuşmazlık söz konusu olduğunda mahkemeler dışında, yargı dışı yöntemlerin kullanıldığı uyuşmazlık çözümüne yönelik özel kurumlara başvurulduğu görülmektedir.⁹⁷

İngiltere’de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılması 1970’li yıllarda komşuluk hukukundan doğan uyuşmazlıklarda ihtiyari olarak “topluluk arabuluculuğu projeleri” adı verilen çözüm yolunun işletilmesiyle gerçekleşmekteydi. Daha sonra 1980’li yıllarda aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yöntemine, 1990’lı yıllardan itibaren ise ticari uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yöntemine başvurulmasıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları gelişim göstermiştir. Yaşanan bu gelişmelerin ardından özel hukukun diğer dallarında da bu çözüm yollarına başvurulması gündeme gelmiştir. İngiltere Medeni Usul Kanunu, uyuşmazlığın taraflarını alternatif çözüm yollarına başvuru konusunda teşvik etmekle birlikte mahkemelere de gerekli görülmesi halinde yargılamanın durdurulup uyuşmazlığın çözümüne arabuluculuk veya alternatif yollarla devam edilmesine karar verme yetkisi tanımıştır.⁹⁸

3.2.3. Avrupa Birliği’nde Arabuluculuğun Gelişimi

3.2.3.1. Genel olarak

Avrupa’da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ilk kaynağına 15. yüzyılda rastlandığı ifade edilmektedir. Dünya çapında, özellikle Avrupa’da hukuk devleti anlayışının yerleşmesiyle birlikte geleneksel uyuşmazlık çözüm yolları “alternatif” hale gelmiş ve 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren akademik çalışmalara konu olarak yargı yolunu tamamlayıcı yöntemler şeklinde kullanılmaya başlanmıştır.⁹⁹

Avrupa Birliği’nde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sağladığı faydaların ve avantajların fark edilmesiyle birlikte bu yollara karşı ilgi oluşmaya başlamıştır.¹⁰⁰ Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çok eski usuller olmalarına rağmen üye devletlerdeki gelişimi yakın zamanlarda gerçekleşmiştir. Bu usullerin sağladığı avantajlar ve adaletin etkililiği noktasında yaşanan sıkıntılar yargı yoluna ve tahkime nazaran daha rızaya dayalı olan bu alternatif yollara yönelik ilginin artmasında etkili olmuştur.¹⁰¹ Bunun sonucunda

⁹⁷Ildır, 2003, **a.g.k.**, 38.

⁹⁸Bulur, 2007, **a.g.k.**, 35.

⁹⁹Hohmann, 2018, **a.g.k.**, 92.

¹⁰⁰Bulur, 2007, **a.g.k.**, 35.

¹⁰¹Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap, (<https://euromed->

Avrupa Komisyonu, Avrupa Konseyi'nin talebi üzerine "Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap" (Yeşil Kitap olarak anılacaktır) adlı çalışmayı yapmıştır. Yeşil Kitap'ın amacı bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, "tahkim yolu hariç olmak üzere¹⁰², tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yürütülen yargı dışı uyuşmazlık çözüm süreçleri" olarak tanımlanmaktadır.¹⁰³ Yeşil Kitap iş hukukundan ve tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere, medeni hukuk ve ticaret hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına konu olamayacak kamu düzenine ilişkin olan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği kişiler hukuku, aile hukuku, rekabet hukuku ve tüketici hukuku uyuşmazlıkları Yeşil Kitap'ın kapsamına dahil değildir.¹⁰⁴

Avrupa Birliği'nde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının önemi ve bunlara olan ilgi önemli ölçüde artmaktadır. Bireylerin bu alternatif yollar hakkında giderek daha fazla bilgiye sahip olmaları, üye devletlerin yasalarınca bu çözüm yollarının teşvik edilmesi ve bu yolların uyuşmazlık çözümünde kullanımı ve yaygınlaştırılması bakımından Avrupa Birliğince öncelik verilmiş olması bu artışın sebepleri arasında kabul edilmektedir.¹⁰⁵

AB'de arabuluculuğun uygulandığı uyuşmazlıkların başında aile uyuşmazlıkları gelmektedir. Birbirinden farklı ülkelerde yaşamakta olan veya yaşayacak aileler ve çocuklarıyla ilgili uyuşmazlıklar ve aile ilişkilerinin artmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar bu hususta ülkeler arası işbirliği yapılmasının gerekliliğini ortaya koymuş ve bu yönde olmak üzere arabuluculuk ile diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılması ihtiyacı hasıl olmuştur.¹⁰⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile

justice.eu/en/system/files/20090128140854_GreenPaperonAlternativedisputeresolutionincivilandcommecialLaw.COM%282002%29196final.pdf, s. 6.

¹⁰²Yeşil Kitap'ın tahkim yolunu neden alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının dışında ele aldığı yine metnin kendisinde ifade edilmektedir. Buna göre, tahkimde hakem kararları mahkeme kararı yerine geçtiğinden tahkimi yarı yargısal bir prosedür şeklinde değerlendirmek gerekir (Yeşil Kitap, a.g.k., 6, dipnot 2).

¹⁰³Yeşil Kitap, bu tanımlı yapmakla birlikte bazı usullerin Yeşil Kitap'ın kapsamı dışında olduğunu açıkça ifade etmiştir. Buna göre, esasen bir uyuşmazlık çözüm yolu olmayan ancak yargı yolu veya tahkim yolunu desteklemek amacıyla bir uzmana başvurmayı içeren uzman görüşleri; üçüncü kişi tarafından değil uyuşmazlığın taraflarından birisi tarafından yürütülen profesyonel tüketici şikayetleri çözme sistemi; bilgi işlem sağlayıcıları tarafından sunulan ve herhangi bir insan müdahalesi içermeyen otomatik uzlaşma sistemleri Yeşil Kitap'ın kapsamı içerisinde yer almamaktadır (Yeşil Kitap, a.g.k., 6, dipnot 1).

¹⁰⁴Yeşil Kitap, a.g.k., 6.

¹⁰⁵M. Özbek (2007). Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (68), s. 265.

¹⁰⁶M. Özbek (2005). Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(2), s. 84.

Arabuluculuğu Hakkındaki R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı¹⁰⁷ ile bu yöndeki ilk adım atılmıştır. Bakanlar Komitesinin 21 Ocak 1998 tarihli toplantısında kabul edilen bu tavsiye kararı aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğa olan ihtiyacı ortaya koyarak aynı zamanda aile arabuluculuğunun ilkelerini de düzenlemiştir. Tavsiye kararının, aile uyuşmazlıklarının sonuçlarının devlet için doğurduğu yüksek maliyetin yanında esas olarak bu sonuçların çocuğun menfaati ve boşanma veya ayrılıktan manevi olarak zarar göreceği aile üyeleri üzerindeki olumsuz etkisinin azaltılmasına yönelik bir çalışmayı kapsadığını söylemek mümkündür. Meydana gelebilecek aile uyuşmazlıkları, bu ve benzeri amaçlar doğrultusunda aile üyeleri arasında sağlıklı bir iletişim yoluyla anlaşmazlıklar azaltılarak, uzun süren dava yolu yerine tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla ihtilafli konular üzerinde müzakere edilerek dostane bir çözüme varmak suretiyle çözümlenebilecektir. Tavsiye kararında ayrıca aile arabuluculuğu ilkeleri de düzenlenmiş ve bu doğrultuda olmak üzere üye devletlere aile arabuluculuğunu uygulamaya koymak ve teşvik etmek veya gerekmesi halinde mevcut aile arabuluculuğunu geliştirmek yönünde tavsiyelerde bulunulmuştur.¹⁰⁸

Aile arabuluculuğuna ilişkin tavsiye kararının ardından Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 15 Eylül 1999 tarihinde gerçekleşen Bakan Vekilleri toplantısında “Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin R (99) 19 Sayılı Tavsiye Kararı” kabul edilmiştir. Bu kararın gerekçesi olarak şunlar gösterilebilir: üye devletlerde ceza uyuşmazlıklarında arabuluculuğun esnek, kapsamlı, tamamlayıcı, problem çözücü, katılımın mümkün olduğu geleneksel ceza yargılamasına alternatif olarak kullanılabilmesi; mağdur, fail ve suçtan etkilenenlerin sürece aktif katılımının sağlanması ihtiyacı; mağdurların söz konusu mağduriyetlerinin sonuçlarıyla baş edebilmeleri noktasında daha güçlü bir sese sahip olmaları, failler ile iletişim kurmaları ve bir özür veya tazminat elde edebilmeleri konusundaki meşru menfaatlerinin kabul edilmesi; faillerin sorumluluk duygusunun güçlendirilmesi ve ileride de topluma yeniden entegre olabilmelerini sağlayacak değişiklikler yapma noktasında fırsatların önerilmesi; suçun önlenmesi ve suçla mücadele edilmesinde ve bunlardan kaynaklı problemlerin

¹⁰⁷Bu Tavsiye Kararı'nın ayrıntılı açıklaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Parkinson, 2017, **a.g.k.**, 6-9.

¹⁰⁸Aile arabuluculuğu hakkında detaylı bilgi için Özbek, 2005, Aile Arabuluculuğu, **a.g.k.**, 71-102.; Aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları ve bu kapsamdaki uyuşmazlıklardan hangilerinin arabuluculuğa elverişli olduğu veya olmadığı noktasında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. A. Uyumaz ve K. Erdoğan (2015). Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1), s. 119-169.

çözümlemesinde birey ve toplumun önemli rolüne ilişkin farkındalığın artırılması ve böylece daha az baskıcı ve daha yapıcı ceza adaleti sonuçlarına ulaşılacağı konusunda arabuluculuğun önemli bir rol oynaması, tavsiye kararının alınmasında etkili olan nedenler arasında sayılmaktadır. Bu sayılan nedenler göz önüne alınarak üye devlet hükümetlerine, tavsiye kararının ekinde yer alan ilkeleri de gözeterek ceza uyuşmazlıklarında arabuluculuğun geliştirilmesi ve mümkün olabilecek (en) geniş bir kapsamda uygulamaya geçirilmesi konusunda tavsiyede bulunulmuştur.¹⁰⁹

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 5 Eylül 2001 tarihli toplantısında yeni bir tavsiye kararı daha almış ve bu kez idari makamlar ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların davaya alternatif yollarla çözümü konusunda üye devlet hükümetlerine tavsiyede bulunmuştur. Mahkemelerin iş yükünün önemli derecede artması, davaların fazlalığından ötürü mahkemelerin davaları makul süre içerisinde görme yeteneğinin zayıflaması, mahkemelerde uygulanan usullerin uyuşmazlıkların çözümünde her zaman en uygun yol olmayabileceği nedenleri karşısında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının daha basit, ucuz ve esnek usuller öngörerek hakkaniyetin gözetilmesine katkı sağlayacağı tavsiye kararında vurgulanan hususlardandır. Bu gerekçelerle üye devlet hükümetlerine tavsiye kararının ekinde yer alan ilkeleri de gözeterek idari makamlar ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların kullanımının teşvik edilmesi tavsiye edilmiştir. Tavsiye kararında bahsi geçen alternatif yollar, idarece yeniden inceleme, uzlaşma, arabuluculuk, müzakere yoluyla çözüm ve tahkim şeklinde belirtilmiştir.

Bahsi geçen gelişmelerin ardından Avrupa Komisyonu, Avrupa Konseyi'nin isteği üzerine alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ve bunların mevcut durumuna ilişkin olarak "Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap" adlı çalışmayı yapmıştır.¹¹⁰ Bu çalışmanın amacı Yeşil Kitapta, medeni hukuk ve ticaret hukuku alanında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin olarak meydana gelen belirli hukuki konularda geniş katılımlı bir değerlendirmeyi başlatmak, şeklinde ifade edilmiştir.¹¹¹ Avrupa Komisyonu bu gelişmelerin ardından, 02.07.2004

¹⁰⁹Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin R (99) 19 Sayılı Tavsiye Kararı ([https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/rec\(99\)19%20\(1\).pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/rec(99)19%20(1).pdf)) (Erişim tarihi: 27.10.2021)

¹¹⁰Özbek, 2007, Avrupa Birliğinde, **a.g.k.**, 266.

¹¹¹Yeşil Kitap, **a.g.k.**, 4.

tarihinde gerçekleştirdiği oturumda “Arabulucular İçin Yol Gösterici Metin” şeklindeki belgeyi kabul etmiştir. Bu metinde arabuluculuk süreci, arabulucunun tarafsızlığı, yetkileri ve güvenilirliği gibi hususlara yer verilmiştir.¹¹²

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin olarak değerlendirmeleri içeren Yeşil Kitap’ın yayınlanmasını müteakip Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 18 Eylül 2002 tarihli toplantısında “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkında Rec (2002) 10 Sayılı Tavsiye Kararı”nı kabul etmiştir. Bu toplantıda Komite genel anlamda, her yargılamanın kendine özgü özelliklerini dikkate alırken aynı zamanda uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesine yönelik çabaların devam ettirilmesinin altını çizerek; arabulucunun tarafların uyuşmazlık üzerinde tartışarak ortak bir çözüme varmaları hususunda yardımcı olduğu bir süreç olan arabuluculuk için buna özgü kurallar sağlamanın avantajlarını kabul ederek; uygun düştüğü ölçüde hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurmanın avantajlarını gözeterek; hukukun farklı dallarında arabuluculuğun organize edilmesinin gerekliliğinin farkında olarak ve daha önce çeşitli uyuşmazlıklarda arabuluculuğun uygulanması bakımından almış olduğu önceki tavsiye kararlarını da akılda tutarak üye devlet hükümetlerine bazı tavsiyelerde bulunmuştur. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki tavsiye kararında da açıklandığı üzere, arabuluculuk mahkemelerin iş yükünü ve anlaşmazlıkların azaltılması hususunda yardımcı olsa da etkili, adil ve kolaylıkla ulaşılabilir bir yargılama sisteminin yerini tutamaz.

Komite, yukarıda anılan durumları göz önünde tutarak üye devlet hükümetlerine şunları tavsiye etmiştir: 1) uyuşmazlığa uygun düştüğü ölçüde hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğu kolaylaştırmak, 2) tavsiye kararında yer alan, “hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğa ilişkin yol gösterici ilkeler”in uygulanması bakımından gerekli gördükleri tüm önlemleri almak veya alınmasını teşvik etmek. Bu tavsiyelerin ardından yol gösterici ilkeler kapsamında arabuluculuğun tanımı, kapsamı, arabuluculuğun üye devlet hükümetlerince organizasyonu, arabuluculuk sürecinin nasıl gerçekleşeceği, arabulucuların eğitimi ve sorumluluğu, arabuluculuk anlaşması, vatandaşların arabuluculuk hakkında bilgilendirilmesi ve uluslararası unsurlarla meydana gelecek

¹¹²D. Yılmaz (2012). Türk ve Alman İdare Hukukunda Arabuluculuk ve Sulhe İlişkin Düzenlemeler. *Terazi Hukuk Dergisi*, (70), s. 92-93.

uyuşmazlıklar bakımından da arabuluculuğun kullanımının teşvikine ilişkin hükümler yer almaktadır.¹¹³

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin bu tavsiye kararına paralel olarak Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından, 21 Mayıs 2008 tarihinde 2008/52/EC sayılı "Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Direktif" kabul edilmiştir.¹¹⁴ Arabuluculuğun kullanımının teşvik edilmesi ve arabuluculukla yargı yolları arasında dengeli bir ilişki kurulmak suretiyle uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümünün sağlanması ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına erişimin kolaylaştırılması, direktifin amacı olarak ifade edilmiştir. Bu Direktif'in Avrupa Birliği'nde uygulanmasının arabuluculuk kurumu açısından iyi bir gelişme olduğu söylenebilir. Direktif, arabuluculuğu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde ön planda tutmakta ve bunun pek çok uyuşmazlığın çözümünde etkili ve tatmin edici bir yöntem olduğu konusunda net bir mesaj vermektedir.¹¹⁵ AB tarafından fonlanan bir çalışmaya göre, Avrupa Birliğinde arabuluculuğa başvurmanın fazladan maliyeti dava başına ortalama 12.471 ila 13.738 Euro iken zaman bakımından yine dava başına ortalama 331 ila 446 fazladan güne mal olmaktadır.¹¹⁶

Direktifin sınır ötesi uyuşmazlıkları kapsadığı görülmektedir. Bu sınır ötesi uyuşmazlıklardan¹¹⁷, yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri medeni

¹¹³Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member States on mediation in civil matters (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e1f76). (Erişim tarihi: 25.10.2021)

¹¹⁴Direktife ilişkin taslak Avrupa Komisyonunda 22.10.2004 tarihinde görüşülmüştür. Taslakta arabuluculuk, mahkemede görevli ancak uyuşmazlığın esası hakkında karar vermeyen hakimlerin de arabuluculuk yapmasına olanak sağlar şekilde geniş yorumuna yol açmaktaydı (Yılmaz, 2012, **a.g.k.**, 92.); Direktife ilişkin hazırlanan taslak, Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edildiğinde üye devletler arabuluculuk ile ilgili hukuki düzenlemeleri iç hukuklarına kazandırmakla yükümlü hale gelmişlerdir. Taslak arabuluculuğu, uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümünü temel alan alternatif çözüm yolları içerisinde en etkin mekanizma olarak kabul etmektedir. Arabuluculuğu üye devletlerde işler hale getirmek içinse taslak bazı ilkeler içermektedir: taraflara arabuluculuk sürecini önermek veya en azından tarafların bilgilendirme toplantısında hazır bulunmalarının istenmesi; arabulucuların eğitim standartlarının, davranış kurallarının tespiti, sürecin yürütülebilmesi için gerekli organizasyon ve alt yapı kurumlarının oluşturulması; arabuluculuk anlaşma belgesinin tıpkı mahkeme kararları gibi icra edilebilirliğine ilişkin gerekli düzenlemelerin yapılması; arabuluculuk faaliyetinin gizliliğini sağlama ve arabulucuların sır saklama yükümlülüğünün açıkça ortaya konması; arabuluculuk sürecinin işlemeye başlamasından itibaren zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durmasına ilişkin gerekli hukuki düzenlemelerin yapılması (Tanrıver, 2006, **a.g.k.**, 156-157).

¹¹⁵Attree, 2013, **a.g.k.**, 4.

¹¹⁶R. Attree (2013). The Impact of The EU Mediation Directive, s. 1, <https://www.rebeccaattreemediator.com/category/publications/> (e. t.: 17.09.2021).

¹¹⁷ Burada sınır ötesi uyuşmazlıklar teriminin neyi ifade ettiği yine direktifin 2. maddesinde açıklanmıştır: Uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tarafların arabuluculuk yoluna başvurmayı, arabuluculuğun mahkeme

ve ticari uyuşmazlıklar direktifin konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca direktifte, vergi, gümrük uyuşmazlıkları ve idari uyuşmazlıklar ile Devletin egemenlik yetkisine dayanarak tesis etmiş olduğu işlem ve eylemlerinden doğan sorumluluğunun bu direktif kapsamında olmadığı da aynı maddede ifade edilmektedir.¹¹⁸

Direktif, sınır ötesi uyuşmazlıkların neler olacağı konusunu açıklığa kavuşturduktan sonra arabuluculuğun ve arabulucunun tanımını vermektedir. Arabuluculuğun kalitesinin sağlanması, arabuluculuğa başvurulması¹¹⁹, anlaşma ile sonuçlanan arabuluculuk faaliyetlerinde bu anlaşmanın nasıl icra edileceği, arabuluculukta gizlilik, arabuluculuğun zamanaşımı sürelerine etkisi ve arabuluculuk hizmetlerinin sağlanması konusunda kamunun bilgilendirilmesi gibi hususlar bu direktifte düzenlenmektedir. Sınır ötesi uyuşmazlıklarda arabuluculuk anlaşmalarının icrası bakımından “arabuluculuk anlaşması icra emri” düzenlenmesi bu anlaşmaların icra edilebilirliğini sağlar. Ancak Direktif’in 6. maddesinde göre, icra edilebilirliğin bir mahkeme tarafında tanınması tüm tarafların “açık rızası”nı gerektirmektedir.¹²⁰

3.2.3.2. Almanya’da arabuluculuğun gelişimi

Avrupa ülkelerinden bazılarında bakılırsa, Almanya’da çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yer verildiği görülmektedir. 1950 yılında getirilen zorunlu sulh yolu, avukatlara sulh olabilme yetkisinin verilmesi, tarafları sulhe teşvik edebilecek delil tespiti gibi düzenlemeler -yaygın olmamakla birlikte- söz konusu olmuştur.¹²¹ Ayrıca çeşitli eyaletlerde uzlaştırma ile ilgili yasal düzenlemeler yapılmıştır. Dava şartı olarak

tarafından arabuluculuk yoluna başvurulmasına karar verildiği, milli hukuk bakımından arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu durumlarda veya 5. madde uyarınca tarafların arabuluculuğa davet edildiği tarihlere taraflardan en az birinin diğerlerinden farklı bir üye devlette ikamet ettiği veya mutad meskeninin bulunduğu uyuşmazlıklar sınır ötesi uyuşmazlık olarak tarif edilmiştir.

¹¹⁸Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008L0052>)

¹¹⁹Direktif’in 5. maddesi tarafların mahkeme tarafından arabuluculuğa davet edilebileceğini öngörmektedir. Ancak aynı zamanda üye devletlerin arabuluculuğu mahkemeye başvurulmadan önce zorunlu olarak başvurulması gereken bir yol olarak da belirleyebileceğini de düzenlemektedir (Attre, 2013, **a.g.k.**, 3).

¹²⁰Attree, 2013, **a.g.k.**, 2.; “Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların Avrupa Birliğine üye olan ülkelerde icra edilebilirliği, ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bu konu esas itibarıyla kanunlar ihtilafı kurallarında öngörülen hukuka göre çözülür. Ayrıca, arabuluculuk anlaşmalarının (uzlaşma tutanaklarının), “Medenî ve Ticarî Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü” (Brüksel I Tüzüğü) hükümlerine göre icra edilebilirliği hakkında bilgi için bkz. Yeşil Kitap, **a.g.k.**, 31.; Özbek, 2005, Aile Arabuluculuğu, **a.g.k.**, 87, dipnot 29).

¹²¹Yıldırım, 2007, Mahkeme Dışı, **a.g.k.**, 351.; Alman ve İsviçre’de hukuk uyuşmazlıklarının sulh yoluyla çözümlenmesine ilişkin ayrıca bkz. İ. Ercan (2007). Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi. *Yavuz Alangoya İçin Armağan*, s. 78-82.

öngörülen bu uzlaştırma usulü sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren ve belli bir parasal sınırın altında kalan uyuşmazlıklarda, komşuluk hukukundan kaynaklanan kimi uyuşmazlıklarda, kişilerin şeref ve haysiyetini hedef alan saldırılardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda (basın veya yayın yolu ile işlenmemiş olmak kaydıyla) uygulanmaktadır.¹²² Kıta Avrupasında, Anglo-Sakson ülkelerinde göre daha geç bir dönemde gelişen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının birtakım ihtiyaçlara cevaben kullanıldığı da görülmektedir. Örneğin Almanya’da, Alman Hukuk ve Bilgisayar Bilimleri Kurumu, hızlı gelişen teknoloji ile baş etmenin zorluğunun da etkisiyle bilgisayar uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk hizmeti sunmakta ve bunda da başarılı sonuçlar elde etmektedir.¹²³

Almanya’da, 2008 tarihli Direktif’in iç hukuka uyumlu hale getirilmesi amacıyla 01.04.2011 tarihinde uzlaşma ve diğer mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin yasa tasarısı hazırlanmıştır. Tasarıda arabuluculuk, “ tarafların bir ya da daha fazla uzlaştırımcı yardımıyla uyuşmazlıklarını serbestçe ve kendi sorumluluklarında çözüp uygulanabilir bir karara ulaştıkları güvenilir süreç” şeklinde tanımlanmaktadır. Ayrıca arabuluculuk türleri olarak, mahkeme içi, mahkeme dışı ve mahkeme benzeri olmak üzere üç tür zikredilmektedir.¹²⁴

3.2.3.3. Fransa’da arabuluculuğun gelişimi

Fransa özelinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına oldukça eski dönemlerden beri rastlandığı ifade edilmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından sulh, Fransa’da 18. yüzyıldan beri başvurulmakta olan bir yoldur. 1995 yılında yürürlüğe giren Fransız Yeni Medeni Usul Kanunu, ayrıca 127 ila 131. maddelerinde uzlaşma yolunu düzenlemiş ve uzlaşma sağlandığı takdirde yapılan anlaşma belgesini de ilam niteliğinde belge olarak kabul etmiştir. Arabuluculuk kurumunu 1996 yılında kabul eden Fransa, yaptığı kanuni düzenleme ile hakime, uyuşmazlığın çözümünü sağlayıcı tarafsız bir üçüncü kişiyi atama yetkisi tanımıştır. Fransa’da arabuluculuk ise 1996 yılında Fransız Yeni Medeni Usul Kanunu’nda yapılan bir düzenleme ile kabul edilmiştir. Buna göre davaya bakan hakim, tarafların da görüşlerini dinleyip onaylarını aldıktan sonra

¹²²Yıldırım, 2007, Mahkeme Dışı, **a.g.k.**, 351.

¹²³Sungurtekin-Özkan, 2005, **a.g.k.**, 356.

¹²⁴Yılmaz, 2012, **a.g.k.**, 94.; Bu arabuluculuk türlerinden mahkeme dışı arabuluculuk mahkeme süreci dışında işleyen arabuluculuk türünü, mahkeme benzeri arabuluculuk mahkeme süreci içerisinde işleyen ancak mahkeme dışında yürütülen arabuluculuk türünü, mahkeme içi arabuluculuk ise mahkeme süreci içerisinde fakat uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi olmayan hakim tarafından yapılan uzlaştırmayı ifade etmektedir (Yılmaz, 2012, **a.g.k.**, 94).

uyuşmazlığın çözümünde tarafsız üçüncü kişinin yardımının alınmasına karar vererek böyle bir kişiyi uyuşmazlığın atayabilir. Arabuluculuk sürecinin işleyişi sırasında hakim davadan el çektirilmemektedir. Hakim, gerek kendiliğinden gerek taraflardan birinin talebiyle gerekse arabulucunun girişimi ile arabuluculuk sürecini sonlandırabilir. Süreç işlediği takdirde hakim, tarafların ortaya koymuş olduğu anlaşma belgesini onaylar. Bu onay, bir çekişmesiz yargı işidir. Arabulucu talep ettiği takdirde hakim, icra edilebilir bir belge düzenler.¹²⁵

3.2.3.4. *Belçika’da arabuluculuğun gelişimi*

Arabuluculuk kurumunun Belçika’da ilk kez yasal düzenlemelere konu olması 10.10.1967 tarihli Usul Kanunu ile gerçekleşmiştir. Yapılan düzenleme 2005 yılında yürürlüğe girmiş ve arabuluculuk başlığı altında kendine yer bulan düzenleme üç bölümden oluşmuştur. Bunlar; arabuluculuğun genel prensipleri, gönüllü arabuluculuk ve adli (yargısal) arabuluculuktur. Arabuluculuğun genel prensiplerine yer verilen ilk bölümde tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu olabileceği ve bu uyuşmazlıkların neler olduğuna dair sınırlı sayıda olmayacak şekilde sayma yöntemiyle bir belirleme yapılmıştır. Kimi durumlarda kamu tüzel kişilerinin de arabuluculukta taraf olarak yer alabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca anlaşmalar, bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda diğer herhangi bir yola başvurmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulacağını içeren bir arabuluculuk kaydı içerebilir. Uyuşmazlığın tarafı olan kişiler kendi iradeleriyle, bu durum kendilerine bir zarar vermeksizin arabuluculuk sürecini sonlandırabilirler.¹²⁶

Belçika’da arabuluculuk yöntemi, yasal bir çerçeveye kavuşmadan önce de kullanılmaktaydı. Belçika’da, 10 Şubat 1994 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 216b maddesindeki düzenlemeyle birlikte Cumhuriyet savcılarını arabuluculuk sürecini organize edebilir pozisyona gelmiştir. Avrupa Konseyi’nin aile hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk yönteminin kullanılması şeklindeki tavsiye kararından üç yıl sonra da 19 Şubat 2001 tarihli yasayla bu uyuşmazlıklarda da arabuluculuk yöntemi kullanılabilir hale gelmiştir. 2005 yılında, Avrupa teşvikiyle birlikte özel usul hukukunda da arabuluculuğa ilişkin genel bir kanun yürürlüğe girmiştir. Bu gelişmelerin ardından 25 Nisan 2007 tarihli

¹²⁵Bulur, 2007, **a.g.k.**, 38-39.

¹²⁶Bulur, 2007, **a.g.k.**, 39-40.

kanunla vergi hukuku uyuşmazlıklarının bir kısmında uygulanmak ve Maliye Bakanlığı ile üzerinde uzlaşmış bir çözüme varmak amacıyla bir aracılık servisi kurulmuştur.¹²⁷

3.2.3.5. Uzak doğu ülkelerinde arabuluculuğun gelişimi

Uzak Doğu ülkelerinden Çin ve Japonya'da uyuşmazlıkların çözümünde tüm topluma fayda sağlaması açısından barışçıl yollar teşvik edilmektedir. Çin, bir milyonu aşkın arabulucuya sahip bir ülke olarak aile uyuşmazlıklarından işyeri uyuşmazlıklarına kadar pek çok uyuşmazlığın çözümünde arabuluculuk yolu kullanılmaktadır. Bu ülkelerde arabulucular otorite sahibi kimselerdir.¹²⁸ Geleneksel Çin hukuk sisteminde hukuk, ceza yasalarından oluşmaktaydı. Eski yasalar, günümüz hukuk sistemlerinde ceza hukuku alanında kabul edilen meseleleri düzenlemekteydi. Bunlar dışında kalan aile hukuku uyuşmazlıkları ve arazi uyuşmazlıkları türünden uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlenmekteydi. İmparator ve emri altındaki kimseler yasama, yürütme ve yargı gücünü aynı anda elinde bulundurduklarından kişiler mahkemeye başvurmak yerine uyuşmazlıklarını çözmek için alternatif yollara başvurmuşlardır.¹²⁹ Bu husus da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bu topraklarda gelişme sebepleri arasında gösterilebilir. Arabuluculuk bu ülkelerde salt kişiler arası uyuşmazlıkların çözümünde değil pek çok milletlerarası ve hükümetler arası uyuşmazlığın çözümünde başvurulan bir yöntemdir.¹³⁰

3.3. Arabuluculuğun Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçerisindeki Yeri ve Önemi

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları genel olarak yargı yolundaki mücadelecilik usul yerine tarafların karşılıklı olarak birbirlerini anlamaları ve müzakereler sonucunda ortak bir çözüme varma konusunda hemfikir olmalarını içermektedir. Gizlilik içerisinde gerçekleştirilen arabuluculuk görüşmelerinde ise temelde, taraflarla birlikte veya ayrı ayrı görüşmeler yapılarak kurulan iletişim kanalıyla, birbirlerinin uyuşmazlıktaki menfaatlerini, zayıf ve güçlü yönlerini, uyuşmazlığın çözüme kavuşmaması halinde doğacak sonuçları ve çözüm seçenekleri değerlendirilmektedir.¹³¹

Günlük hayatta meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde taraflar menfaatlerinin tam olarak korunmasını isterler. Ancak tarafların tümü aynı isteğe sahip olacağı için bu

¹²⁷ Vandenhende, Warnez ve Veny, 2016, **a.g.k.**, 2.

¹²⁸ Parkinson, 2017, **a.g.k.**, 5.

¹²⁹ Gao Q (2019) Deference to the Administration in Judicial Review in China. *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, (39), s. 109. (https://doi.org/10.1007/978-3-030-31539-9_5)

¹³⁰ Özbek, 2005, Aile Arabuluculuğu, **a.g.k.**, 84.

¹³¹ Sungurtekin-Özkan, 2005, **a.g.k.**, 359.

durum taraflar arası gerilime sebep olmaktadır. Bu gerilim arttıkça da taraflar müzakere veya arabuluculuk gibi birtakım yöntemlere başvururlar.¹³² Bu yöntemlerden müzakere, temeli tarafların anlaşmasına dayanan tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temelini oluşturmaktadır.¹³³

Müzakere, gönüllü bir uyuşmazlık çözüm usulü olarak, uyuşmazlığı bizzat çözmek isteyen tarafların ihtiyaçlarını karşılayacak ortak bir karar alma sürecinde kurdukları iletişimi ifade etmektedir.¹³⁴ Tarafların doğrudan iletişim içerisinde oldukları bu usule bu özelliğinden dolayı “doğrudan görüşme” adı da verilmektedir. Müzakereden başka diğer alternatif uyuşmazlık çözüm usullerinde taraflar dışında üçüncü bir kişi de sürece katılmaktadır ki bu üçüncü kişinin uyuşmazlığın çözümünde üstlendiği rol alternatif uyuşmazlık çözüm usullerinin çeşitlenmesinde belirleyici olmaktadır.¹³⁵

Bir uyuşmazlık gündeme geldiğinde bunun çözümünü taraflar bizzat sağlayabileceği gibi üçüncü bir kişinin dahil olmasıyla da uyuşmazlık çözüme kavuşturulabilir. Üçüncü kişilerin müdahalesine tarafların kendi kendilerine çözüme ulaşamadığı durumlarda ihtiyaç duyulmaktadır. Zira müzakere ile kendi aralarında çözüme ulaşamayan taraflar artık daha kapsamlı ve ayrıntılı bir müzakere usulü olan arabuluculuğa başvuracaklardır.¹³⁶ Bu noktada da “arabulucu” devreye girmekte ve uyuşmazlığın taraflarına daha kolay ve daha gelişmiş bir müzakere zemini hazırlamaktadır.¹³⁷

Üçüncü kişinin uyuşmazlığın çözümünde yapacağı müdahalenin kapsamını belirlemede birtakım ölçütlerden yararlanılmaktadır. Bunlar: tarafların müzakere için bir araya getirilmesi, müzakerenin yürütülme aşamasında taraflara yardımcı olunması, uyuşmazlık konusu hakkında yapılacak değerlendirmelerde tarafsız olunması, uyuşmazlığa somut çözüm önerileri sunulması ve bağlayıcı bir karar verilmesi (tahkim), şeklindedir. Arabuluculuk, bağlayıcı karar verilmesi haricinde yukarıda belirtilen

¹³²Özbek, 2004, **a.g.k.**, 65.

¹³³Özbek, 2004, **a.g.k.**, 72.

¹³⁴Özbek, 2004, **a.g.k.**, 72-73.

¹³⁵Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 31-32.

¹³⁶Özbek, 2004, **a.g.k.**, 65.

¹³⁷Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 4.

ölçütlerin tümünü kapsayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³⁸

Bir uyuşmazlığın çözümünde en çok tercih edilen alternatif çözüm yolları arasında müzakere, arabuluculuk ve uzlaştırma yer almaktadır.¹³⁹ Sürece üçüncü kişinin de katılımıyla yürütülen bu çözüm yolları içerisinde ise en çok kullanılanı arabuluculuktur.¹⁴⁰ Arabuluculuğun yargı dışı bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak önemi HUAK gerekçesinde de şu ifadelerde yer almaktadır: “*Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle uyuşmazlıkların çözümü son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmaktadır. Bu yolların geniş kapsamlı ve etkin bir biçimde işlerlik kazanması mahkemelerin iş yükünün azalmasına katkı sağlayacaktır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır. Uyuşmazlıkların anlaşmaya varmak suretiyle çözümü hakkında pek çok yöntem bulunmaktadır. Bu yöntemlerden birisi de arabuluculuktur. (...) Adalete erişim, Anayasamızın 36’ncı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesinde güvence altına alınan temel bir haktır. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ile taraflar uzlaştırma sürecine dahil olmakta ve kendi iradeleriyle anlaşarak sonuca ulaşmaktadırlar. Alternatif uyuşmazlık çözümü bu yönüyle, Devletin, yargı yetkisi dışında uyuşmazlıkların çözümü konusunda kişilere sunduğu bir imkândır. Tarafların kendi aralarındaki uyuşmazlıkları her zaman anlaşarak ve üçüncü kişilerin aracılığından faydalanarak çözümleyebilecekleri düşünülebilirse de; bu alanda da Devletin düzenleme yapması bir gerekliliktir.”¹⁴¹*

¹³⁸Özbek, 2004, **a.g.k.**, 201.

¹³⁹Özbek, 2009, **a.g.k.**, 151.

¹⁴⁰Yıldırım, 2007, Mahkeme Dışı , **a.g.k.**, 349.; Özbek, 2004, **a.g.k.**, 201.; Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde en etkin ve en yaygın olarak kullanılanları arabuluculuk ve uzlaştırmadır (Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 39).

¹⁴¹<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=95754&pkanunnumarasi=63>

3.4. Uyuşmazlık Çözümünde Arabulucunun Rolü

Arabulucunun uyuşmazlık çözümündeki rolünü ifade edebilmek için kime arabulucu dendiği belirtilmelidir. Arabulucu, “*kişileri kendi rızalarıyla uzlaştıran, süreç boyunca nesnel ve yol gösterici bir tutum sergileyen üçüncü kişidir.*” Hakimin veya hakemin sahip olduğu gibi, tarafları bir şeyi yapmak veya yapmamak konusunda zorlayıcı güçten yoksun olan, bağlayıcı ya da bağlayıcı olmayan bir karar veremeyen ve fakat arabuluculuk sürecini yönlendiren kimseyi ifade etmektedir.¹⁴²

Arabulucu, uyuşmazlık çözümünde taraflar arasında dengeli bir konumda bulunmaktadır. Bu bakımdan tarafların enerjilerini çözüm bulma noktasında harcamalarına yardımcı olan bir kimsedir.¹⁴³ Bu kişiler yalnız bir disiplini değil birden çok disiplini bünyesinde barındıran kişilerdir.¹⁴⁴

Arabuluculukta, arabulucunun yürüttüğü faaliyetin niteliği de önem arz etmektedir. Arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığından dolayı arabulucu uyuşmazlık hakkında bir karar veremez. Yine, yargısal nitelik taşıyan ve yalnızca hakim tarafından gerçekleştirilebilecek nitelikte olan faaliyetler, örneğin bilirkişi incelemesi, keşif yapma, tanık dinleme ve tahkikat işlemleri arabulucu tarafından gerçekleştirilemez.¹⁴⁵ “*Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz.*” Buna göre mahkemenin yetkisi dahilinde yapılabilecek bu tür işlemler arabulucu tarafından yapılamamaktadır. Ancak bir maddi zararın meydana geldiği uyuşmazlıklarda arabulucuya da bu yetkilerin tanınmasının faydalı olacağına dair görüşler mevcuttur.¹⁴⁶

Arabulucular tarafların iddialarını, bu iddiaların dayandığı maddi vakıaları dinlemez ve buna ilişkin değerlendirmelerde bulunmazlar. Ayrıca delil değerlendirmesi yapmak da bu kişilerin görevi değildir.¹⁴⁷ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 15. maddesinin 4. fıkrasında, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu

¹⁴²Şahin Ceyhan, 2013, **a.g.k.**, 992.

¹⁴³Parkinson, 2017, **a.g.k.**, 3.

¹⁴⁴Parkinson, 2017, **a.g.k.**, 18.

¹⁴⁵S. Tanrıver (2013). Genel Olarak Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları ve Aralarındaki Temel Farklılıklar. *Ankara Barosu 5. Sağlık Hukuku Kurultayı Kitapçığı*, s. 277.

¹⁴⁶A. Çapar (2020). İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi. *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, 7(59), s. 2532.

¹⁴⁷Küçükgüngör, 2004, **a.g.k.**, 51.

Yönetmeliği ise 17. maddesinin 4. fıkrasında bu hususa yer vermiştir¹⁴⁸. Ancak arabulucunun bilirkişi tayin edebilmesinin mümkün hale getirilmesi konusunda bir görüş bulunmaktadır.¹⁴⁹ Buna göre meydana gelen uyuşmazlıkta, zarar ve kusur durumunun bir bilirkişi aracılığıyla tespitinin sağlanması, uyuşmazlığın yargı yoluna taşınması durumunda doğurabileceği sonuçların taraflarca daha kolay ve eldeki somut verilerle daha doğru bir şekilde değerlendirilebilmesini sağlayacaktır.¹⁵⁰ Böylelikle taraflar olası bir davanın doğuracağı sonuçları değerlendirerek uzlaşmaya hem daha çabuk karar verebilecek hem de davanın sonuçlarını göze alıp alamayacaklarını, bu süreçteki zaman ve para gibi kayıplarının ne şekilde olabileceğine dair ipucuna sahip olabileceklerdir.

Arabulucular, taraflar arasındaki anlaşmazlığa müdahil olmamış ve yalnızca tarafların anlaşmaya varmalarına yardımcı olan üçüncü kişilerdir.¹⁵¹ Diğer alternatif çözüm yollarında üçüncü kişinin rolü söz konusu çözüm yolunun türüne göre farklılık göstermektedir. Arabulucunun rolü ve işleyişi konusundaki farklı yaklaşımların sebebi bunun uyuşmazlığın yapısı, gösterdiği özellik ve taraflar arasındaki ilişkinin türüne bağlı olarak çeşitli şekiller alabilmesi olarak ifade edilebilir.¹⁵² Arabulucunun uyuşmazlığın çözümünde üstleneceği rolün aktif bir rol mü yoksa yalnızca taraflar arasındaki iletişimi sağlayıcı görevi gören pasif bir rol mü olduğu konusunda Avrupa ülkelerinde ve ABD’de iki farklı yaklaşım söz konusudur.¹⁵³

Arabuluculuğu, arabulucunun uyuşmazlığın çözümündeki rolüne göre isimlendiren yazarlara göre, arabulucunun taraflara nazaran çözüme varmada daha pasif olduğu ve tarafların aktif olarak iletişim kurabilmelerini sağlayıcı arabuluculuk türü “kolaylaştırıcı arabuluculuk” olarak isimlendirilmektedir. Arabuluculuğun bu modelinde, temel olarak

¹⁴⁸“Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz” (HUAK, m. 15).

¹⁴⁹Bilirkişiye (uzman tespitine) başvuru, özellikle arabuluculuk yöntemiyle birlikte gerçekleştiğinde uyuşmazlığın çözümüne güçlü bir katkı sağlamaktadır. Taraflar kendi aralarında çözüme kavuşturamayacakları bir sorun hakkında uzmana başvurarak asıl sorunun bir kısmının uzman kararıyla çözmekte ve böylece asıl görüşmede tikanıklık yaşanması engellenmiş olmaktadır. Böylelikle bir uzmanın da yardımı sayesinde arabulucu da tarafsızlığını koruma noktasında zorluk çekmemiş olacaktır. (Küçükgüngör, 2004, **a.g.k.**, s. 56).

¹⁵⁰M. Karaaslan (2019). İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (140), s. 80.

¹⁵¹N. Rogers ve C. McEwen (1989). *Mediation*. The Lawyers Co-operative Publishing Co, s. 1.; Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 22.

¹⁵²Konuralp, 2001, **a.g.k.**, 497.

¹⁵³S. Özmumcu (2013). Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71(1), s. 1369.

tarafların menfaatlerinin ön plana çıkarılması konusunda teşvik edilmesi söz konusudur, arabulucu uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak bir öneri getirmez veya hukuki bilgi sunmaz. Arabuluculuğun bu türünün kira ilişkisinden doğan ve kiracı ile kiraya veren arasında meydana gelen uyuşmazlıklarda, işçi-işveren arasında meydana gelen iş hukuku uyuşmazlıklarında, aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ve şirket içerisinde meydana gelen uyuşmazlıklarda kullanıldığı kabul edilmektedir.¹⁵⁴

Arabulucunun daha aktif bir rol oynadığı ifade edilen ve “değerlendirici arabuluculuk” olarak adlandırılan arabuluculuk türünde arabulucu somut olay hakkında değerlendirme yapmakta ve yargılama sürecinde dava hakkında ne yönde karar verilebileceği konusunda görüşlerini taraflar ile paylaşmaktadır. Burada arabulucu, kolaylaştırıcı arabulucunun üzerindeki yükümlülüklere ek olarak tarafların hukuki haklarını da gözetmekte ve bu bakımdan daha geniş bir hukuki altyapıya sahip olması beklenmektedir. Değerlendirici arabuluculukta öne çıkan değerlendirme olgusu, kolaylaştırıcı arabuluculuğun uygulanmadığı karmaşık davalarda önem arz etmektedir.¹⁵⁵

Değerlendirici arabuluculukta arabulucu, uyuşmazlık hakkında karar verici konumda değildir, yalnızca taraflar arasında sağlıklı bir iletişim kurulmasını ve taraflar arasında yürütülen diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına katkı sağlar. Bu tür arabuluculukta arabulucu genellikle uyuşmazlık yaşayan taraflar için görüşmeler düzenler, tarafları dinler, tarafları gerçeklerle yüzleşmeye zorlar.¹⁵⁶ Uyuşmazlık hakkında karar verici değil karara varılabilmesi için ortam hazırlayıcıdır.¹⁵⁷ Diğer bir deyişle arabulucu, uyuşmazlığı karara varmak suretiyle çözmeyi hedeflemez.¹⁵⁸ Tarafların uyması gereken kuralları koymaz.¹⁵⁹ Taraflara belli bir çözümü kabul etme kabul etmeleri hususunda dayatmalarda bulunamaz.¹⁶⁰ Uyuşmazlık çözümünde arabulucunun rolü taraflar arasındaki iş birliğini sağlaması bakımındandır. Karar verme yetkisi arabulucuya

¹⁵⁴Özmumcu, 2013, **a.g.k.**, 1372-1374.

¹⁵⁵Özmumcu, 2013, **a.g.k.**, 1376-1382.

¹⁵⁶Rogers ve McEwen, 1989, **a.g.k.**, 1.; Arabulucunun sahip olduğu bu rol nedeniyle arabuluculuk, kısa yargılama, bağlayıcı olmayan tahkim ve kısa jüri duruşmasından ayrılmaktadır (Rogers ve McEwen, **a.g.k.**, 1989, 2).

¹⁵⁷Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 19.

¹⁵⁸Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 40.

¹⁵⁹Rogers ve McEwen, 1989, **a.g.k.**, 1.

¹⁶⁰Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 22.

geçmemekte, tarafların elinde kalmaktadır.¹⁶¹ Süreç ve sonuca ilişkin kontrol tarafların elindedir.¹⁶²

Türk Hukukunda ise arabulucunun rolü 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve bu kanunun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde açıklanmaktadır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinin gerekçesinde arabulucunun uyuşmazlığın çözümünde tam olarak nerede konumlanması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Buna göre arabulucunun uyuşmazlık çözümündeki rolü kısaca şu maddelerle ifade edilebilir: 1) Arabulucu, uyuşmazlığa düşmüş tarafların çözümü kendilerinin üretebilmelerini sağlamak amacıyla, sistematik olarak iletişim tekniklerini uygulayarak taraflar arasında sağlıklı bir iletişimin kurulmasını ve yürütülmesini sağlar, 2) Arabulucu bir yargıç rolüne bürünerek uyuşmazlık hakkında karar veremez ve taraflara çözüm önerisinde bulunamaz, yalnızca tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları belirleyip bunlar üzerinden çözüme varma noktasında genel bir çerçeve çizilmesine yardımcı olmaktadır. Buna göre arabulucu, uygun yöntem ve teknikleri uygulamak suretiyle tarafların yargı yoluna başvurmadan uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturma konusunda taraflara yardım etmektedir.¹⁶³

Kanun koyucunun arabulucunun rolüne ilişkin yaptığı belirlemeler değerlendirildiğinde hukukumuzda kural olarak “kolaylaştırıcı arabuluculuk” modelinin benimsendiği söylenebilir.¹⁶⁴ Çünkü gerekçede belirtildiği üzere arabulucu sürece doğrudan ve aktif olarak müdahale etmekten alıkonmaktadır. Arabulucunun rolü, sürecin başında tarafların anlaşabilecekleri noktaların belirlenmesi suretiyle aralarında iletişimin sağlanması ve sürdürülmesinden öteye geçmemektedir. Ancak, 12/10/2017 tarihinde 7036 sayılı Kanun ile Arabuluculuk Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucu 2. maddede yapılan düzenleme, tarafların çözüm üretememesi halinde arabulucunun çözüm önerisi sunabilmesine imkan tanıdığından, arabuluculuk sürecinin devamında arabulucunun rolünün değerlendirici arabuluculuğa dönüşmesi söz konusu olabilecektir. Bu düzenleme, arabuluculuk süreci bakımından olması gereken ve meydana gelebilmesi olası tıkanıklıkları ortadan kaldıracı bir düzenlemedir. Hukukumuzda arabulucunun rolü

¹⁶¹Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 4.; Özbek, 2004, **a.g.k.**, 65.

¹⁶²Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 22.

¹⁶³Sungurtekin-Özkan, 2005, **a.g.k.**, 358.

¹⁶⁴ Benzer bir değerlendirme için bkz. Özmumcu, 2013, **a.g.k.**, 1387.

bakımından kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinin katı bir biçimde benimsenmesi her uyuşmazlık türü için tarafları arzu ettikleri sonuca götürmeyebilir. Zira bazı uyuşmazlıklar arabulucunun aktif bir rol üstlenmesini gerektirebilir.¹⁶⁵ Bu açıdan bakıldığında hukukumuzda arabulucunun rolünün sınırlarının yalnızca taraflar arası köprü kurmak şeklinde belirlenmiş olması arabuluculuk faaliyetinden beklenen sonuçların alınmasının önüne geçebilecektir.

Yukarıda bahsi geçen hükümler birlikte değerlendirildiğinde, mevzuatta arabuluculuğa ilişkin öngörülen modelin teknik anlamda arabuluculuğu benimsediği ifade edilmektedir. Benimsenen model, Kıta Avrupası bazlı yaklaşımla değerlendirildiğinde uzlaştırmaya, Anglo-Sakson bazlı yaklaşımla değerlendirildiğinde değerlendirici arabuluculuk modeline evrilmektedir.¹⁶⁶

Kanunda kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinin benimsendiği şeklinde veya belirli bir arabuluculuk türünün benimsendiği şeklinde kesin bir ifade bulunmasa da arabulucunun rolüne ilişkin kanun maddesinin gerekçesi, arabulucunun sürecin başındaki rolünü açıkça ifade etmektedir. Kanaatimizce de arabulucu, arabuluculuk faaliyetinden beklenen sonuçların alınması adına uyuşmazlığın türüne göre üstleneceği rol konusunda esnek davranabilmelidir. Tarafların çözüm üretmek konusunda tıkanıp durumlarda arabulucunun çözüm önerisi getirebilmesi şeklindeki düzenleme yerine, arabulucunun taraflarca açıkça yetkilendirilmesi halinde sürecin her aşamasında çözüm önerisi sunabilme yetkisi ile donatılmasının daha işlevsel olabileceği yönünde görüşler de mevcuttur.¹⁶⁷

Arbulucunun çözüm önerisi sunup sunamayacağı konusundaki görüş ve tartışmalar bir yana, uyuşmazlığın çözümünde rol alacak söz konusu üçüncü kişinin bu süreçteki rolü açıkça belirlenmelidir. Zira bu belirleme gizlilik yükümlülüğü ile de bağlantılıdır. Arabulucuya uyuşmazlığa çözüm bulma konusunda rol verilmişse arabulucu taraflara iddia ve savunmalarını beyan etme imkanı tanınmalıdır. Arabulucu, yalnızca tarafların anlaşmaya varmalarını kolaylaştırmaya yönelik bir rol oynamakta ise tarafları ayrı ayrı dinlemelidir. Ancak arabulucu çözüm önerisinde bulunacaksa veya

¹⁶⁵ Özmumcu, 2013, **a.g.k.**, 1388.

¹⁶⁶ Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 49.

¹⁶⁷ F. Korkmaz ve E. Kıyak (2018). 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi. *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), s. 36.

süreç sonunda bir karar verecekse taraflar ile gizli görüşme yapmaktan imtina etmelidir.¹⁶⁸

Arabulucunun rolü gerekçede belirtildiği şekliyle katı bir biçimde kolaylaştırıcı arabuluculuk lehine yorumlandığında taraflar arabuluculuk faaliyetinden beklenen sonuçları elde edemeyebilirler. Taraflar arasında ön yargının ve duygusal ilişkilerin yoğun olduğu bir uyuşmazlıkta arabulucu uyuşmazlığa bir çözüm getirmek ve bunu taraflara empoze etmekten ziyade öncelikle taraflar arasındaki iletişimi yeniden sağlamaya çalışmalıdır. Bu gibi durumlarda kolaylaştırıcı arabuluculuk uyuşmazlığın çözümüne taraflar arasındaki yanlış anlaşılmaları gidermek suretiyle bir zemin hazırlamaktadır. Fakat tam tersi durumda, yani tarafların örneğin ticari bir ilişki içerisinde olduğu ve uyuşmazlıkların ticaret hukukundan kaynaklandığı karmaşık davalarda arabulucunun rolü çözüm önermeye ve bu çözüm etrafında tarafları birleştirmeye yönelik olmalıdır.

3.5. Arabuluculuğun Temel İlkeleri

Arabuluculuk, niteliği itibariyle birtakım ilkeler üzerine kuruludur. Söz konusu ilkeler ve arabuluculuğun sahip olduğu özellikler bütün arabuluculuk türlerinde aynı şekildedir.¹⁶⁹ Bu ilkelerden bazılarına HUAK'ta da yer verilmiştir.¹⁷⁰ Kanunumuzda yer

¹⁶⁸Özbek, 2007, Avrupa Birliği, **a.g.k.**, 304.

¹⁶⁹Özbek, 2009, **a.g.k.**, 496.

¹⁷⁰HUAK'ta arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler 3., 4. ve 5. maddelerde yer almaktadır. “Madde 3 – (1) Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. (Ek cümle:6/12/2018-7155/22 md.) Şu kadar ki dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükmü saklıdır. (2) Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Madde 4 – (1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar. Madde 5 – (1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz: a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği. b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler. c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü. ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler. (2) Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir. (4) Yukarıdaki fıkralar, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır. (5) Birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.”

alan ilkeler, uluslararası metinlerde düzenlemeye kavuşmuş arabuluculuğa ilişkin ilkelerin düzenlenmiş şeklidir.¹⁷¹ Burada, anılan kanunda yer alan ilkelerin yanında öğretilerde arabuluculuğun temel ilkeleri olarak ifade edilen bazı ilkelere de yer verilecektir. Arabuluculuğun temel ilkelerini¹⁷² aşağıdaki gibi özetlemek mümkündür.

3.5.1. Bağlayıcı karar verme yetkisi bulunmayan tarafsız bir arabulucunun varlığı

Yargıya alternatif teşkil eden yöntemlerden biri olarak arabuluculukta uyuşmazlık çözümünde tarafsız üçüncü kişinin varlığı bu yöntemin zorunlu bir unsurudur.¹⁷³ Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıkların çözümünde sürece tarafsız üçüncü bir kişinin katılımıyla birlikte, uyuşmazlığa düşen taraflar arasında bir hareketlilik sağlanır. Tarafların uyuşmazlığı yalnız kendi aralarında çözmeye çalışmaları ile bu hareketlilik yakalanamaz.¹⁷⁴ Arabulucu taraflar arasındaki müzakere sürecinin sürdürülmesinde önemli bir rol oynamaktadır.¹⁷⁵

Arabulucunun varlığı bir uyuşmazlıkta şu hususların yerine getirilmesi bakımından önemli olmaktadır: tarafların üzerinde uyuşmazlığa düştüğü konuların ayıklanması; tarafların aralarındaki iletişimin sağlanmasından, birbirlerini dinleyip anladıklarından emin olunması; tarafların uyuşmazlığın çözümü sürecinde tam olarak neyi istediklerinin, neye ihtiyaç duyduklarının açıklığa kavuşturulması; görüşmelerin sürdürülmesi konusunda tarafların taahhüdüne gerek kalmamasının sağlanması; tarafların aralarındaki kişisel problemlerin özel görüşmelerde konuşulmak suretiyle giderilmeye çalışılması; tarafların uyuşmazlığın çözülememesi halinde uğrayacakları maddi ve manevi zararlar konusunda bilgilendirilmesi; uyuşmazlığın çözümünde engel teşkil eden, esasa ilişkin olmayan gereksiz saplantı ve inatçılık gibi davranışların ortadan kaldırılmasına çalışmak; uyuşmazlık bulunan hususların çözüme kavuşturulması için çeşitli seçenekler üretmek; çözüme varılabilmesi için yapıcı bir ortam oluşturmak; tarafların ihtiyaç ve temel menfaatlerine uygun çözüme varmalarını sağlamak.¹⁷⁶

Arabulucunun tarafsızlığı, arabuluculuk kurumunun temel özelliğini teşkil etmektedir. Tarafsız bir kimse olarak arabulucu, uyuşmazlığın çözümü üzerinden

¹⁷¹Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 27.

¹⁷²Bkz. Özbek, 2004, **a.g.k.**, 206 vd.

¹⁷³Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 27.

¹⁷⁴Özbek, 2004, **a.g.k.**, 206.

¹⁷⁵Özbek, 2009, **a.g.k.**, 497.

¹⁷⁶Özbek, 2007, Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, **a.g.k.**, 196.

herhangi bir çıkar sağlamamalıdır. Ayrıca taraflardan biriyle bu özelliğini zedeleyecek biçimde bağlantılar kurmamalıdır.

Arabulucu, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin şahsi kararını taraflara empoze edemez. Aksi bir durumda arabulucu, tarafsızlık özelliğini kaybederek kendi kanaatinin en iyi çözüm yolu olduğu inancıyla bu kararını taraflara aşlamaya başlayacaktır. Ayrıca, arabulucunun taraflara sunduğu ve en iyi olduğunu düşündüğü çözüm yolu, aslında etkili sonuçlar vermeyen yararsız bir çözüm yolu dahi olabilir. Bu tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla arabulucu, tarafların kendi çözümlerini ortaya koyabilecekleri süreci kontrol edip çözüm şekillerini gözden geçirebilir.

Arabulucu, kendi şahsi çözüm usulünü taraflara empoze etme yetkisine sahip olmadığı gibi yine tarafları bağlayıcı karar verme yetkisine de sahip değildir. Arabulucunun verdiği kararların tarafları bağlaması arabuluculuğun temelindeki anlayışla zıtlık göstermektedir. Şayet arabulucunun yürütülen süreç sonunda bağlayıcı bir karar verme yetkisi varsa bu durumda arabulucu-tahkim (med-arb) adını verdiğimiz uyuşmazlık çözüm yolundan bahsedilir.¹⁷⁷

3.5.2. Gönüllülük/İradîlik ilkesi

Arabuluculuk yöntemi tarafların sürece katılma ve süreci sürdürme hususundaki gönüllü ve istekli tavırları neticesinde başarıya ulaşabilecek bir süreçtir. Gönüllülük bakımından şu üç hususun önem arz ettiği söylenebilir: arabulucuya başvurmanın taraf idaresine bağlı olması; tarafların arabulucuya başvuru konusunda zorlanmaması; tarafların arabulucuya başvuru sürecinden itibaren süreci sürdürme konusunda, anlaşmaya varma hususunda ve süreçten vazgeçme hususunda serbest hareket edebilmesi.¹⁷⁸ Arabuluculuk, anlaşmaya dayalı bir yol olduğundan taraflardan birisinin sürece zorla dahil edilmesi düşünülemez. Bu konuda karar verme yetkisinin uyuşmazlığın taraflarına ait olduğunu arabulucu da taraflara açıklamalıdır.

Uyuşmazlığın çözümü noktasında mahkemeye başvurmak yerine arabuluculuk yöntemine başvurmak ve süreci yürütüp nihayete erdirmek bakımından gönüllü olmak bu çözüm yönteminin başarısındaki önemli bir etkidir. Tarafları bu yönteme zorla dahil etmek olası değildir. Uyuşmazlığı sonlandırmakta gönüllü olmayan, inatla çözümü zora

¹⁷⁷Özbek, 2004, **a.g.k.**, 208-210.

¹⁷⁸Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 28.; Tarafların arabuluculuk sürecini başlatmış olması süreci devam ettirme veya sürecin anlaşmayla sonuçlanması yönünde bir zorunluluk doğurmaz (Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 56).

sokan tarafın engellenmesinde kamu yararı da mevcuttur. Zorunlu olduğu için arabuluculuk sürecine dahil olan tarafı anlaşma masasına oturtmak imkanı bulunsa dahi gönülsüz yapılan bir anlaşmanın kalıcı olması ihtimali az olacağı gibi söz konusu anlaşmanın uygulanmasında da sorunlar baş gösterebilir. İradi olarak arabuluculuk sürecine katılan taraflar, bu bağlamda sürecin hangi kapsamda ve nasıl yürütüleceğine ilişkin olarak da belirlemelerde bulunmaktadır.¹⁷⁹

Arabuluculukta iradilik ilkesi HUAK'ın 3. maddesinin 1. fıkrasında hükme bağlanmıştır. İlgili cümlenin devamında, dava şartı olan arabuluculuk iradilik ilkesinin dışında tutulmuştur. Arabulucuya başvurulmasının dava şartı olarak öngörüldüğü haller dışında¹⁸⁰ taraflar arasında arabuluculuk sözleşmesinin varlığı veya var olan sözleşmeye arabulucuya başvurulması yönünde koyulan kayıt tarafların doğrudan yargı yoluna başvuramayacağı anlamına gelmez.¹⁸¹ Yani taraflar bu bakımdan da serbestiye sahiptirler.

3.5.3. Eşitlik ilkesi

Eşitlik ilkesi, arabuluculuk süreci boyunca her iki tarafın da eşit haklara sahip olmasını ifade eder. Bu eşitlik hali hem arabulucuya başvuru sürecini hem de süreç içindeki tüm işlemleri kapsar. HUAK'ta da bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “*Taraflar gerek arabulucuya başvururken gerek süreç boyunca eşit haklara sahiptirler.*” (HUAK m. 3/2). Bu maddeden de anlaşıldığı gibi, taraflardan biri sürecin dışında bırakılamaz. Buna ek olarak HUAKY'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında, “*Taraflardan biri arabuluculuk sürecinin dışında bırakılamayacağı gibi söz hakkı da diğerine göre kısıtlanamaz.*” şeklinde ifade edilmek suretiyle arabuluculuk sürecinde eşitlik ilkesinin önemine vurgu

¹⁷⁹Bulur, 2010, 35/A, a.g.k., 206.

¹⁸⁰Arabuluculuk ülkemizde iş hukuku ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarında zorunlu hale gelmiştir. Bu yöndeki düzenleme arabuluculuğun gönüllü olması ilkesi karşısında soru işaretleri meydana getirmektedir. Nitekim bu düzenlemenin yapılması zamanla zorunlu arabuluculuğun istisnai olmaktan çıkıp genişleyebileceği ve yargı benzeri bir kurumu vücuda getireceği ifade edilmektedir. Zorunlu arabuluculuk arabuluculuğun temel ilkelerinden biri olan iradi olma ilkesiyle çelişir halde olup zorunlu arabuluculuk kurumunun öngörüldüğü bazı ülkelerde bundan vazgeçildiği ve bu yöndeki düzenlemelerin hak arama özgürlüğü bakımından olumsuz yansımaları olduğu ifade edilmektedir (Ekmekçi vd., 2019, a.g.k., 30); Dava açılmadan önce öngörülen zorunlu arabuluculuk usulünün kurumun ruhuna uymadığı ifade edilmektedir. Ayrıca bazı uyuşmazlıklar bakımından çözüm sürecinin daha da fazla uzaması gündeme gelebilir. Fakat bu hallerde dahi bazı özel uyuşmazlıklar bakımından zorunlu arabuluculuğun öngörülmesi daha hızlı çözüme ulaşma ve masrafların azaltılması amacıyla hizmet edebilir (Yıldırım, 2007, Mahkeme Dışı, a.g.k., 355).

¹⁸¹Tanrıver, 2020, a.g.k., 56.

yapılmıştır. Zira arabuluculuk faaliyetinin başarılı olması ancak tarafların süreç boyunca eşit olduklarını hissetmeleri halinde mümkün olabilir.¹⁸²

Kanunda geçen eşitlik ilkesi yargılamadaki eşitlikten ziyade iletişim sürecinde ve çözüme giden süreçteki eşitliği ifade etmek üzere kullanılmıştır. Yargılamada geçerli olan birtakım ilkelerin ise arabuluculuk sürecinin yürütülmesinde de aranan ilkeler olduğu ifade edilmektedir. Örneğin silahların eşitliği ilkesi, hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkı gibi ilkeler arabuluculuk bakımından da aranır. Bu ilkelerin arabuluculuk sürecine yansımaları, tarafların sürece eşit şekilde katılımının sağlanması, eşit muamele görmesi, hak ve menfaatlerini dile getirme noktasında taraflara eşit imkanların tanınması şeklinde kendini göstermektedir.¹⁸³

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yer verilen eşitlik ilkesi, Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin arabuluculuk kurumuna bir yansıması olarak görülebilir.¹⁸⁴ Maddeye göre, herkes kanun önünde eşit olduğu gibi, bu eşitliği gözetmekle yükümlü olan makamlar da aynı maddenin dördüncü fıkrasında ifade edilmiştir: “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.” Eşitlik ilkesi, yasama, yürütme ve yargı organlarınınca göz önüne alınmak zorunda olan bir ilke olmasının yanında; yasama organı Anayasa'da hüküm altına alınmış olan bu ilke gereği, eşitlik ilkesine aykırı olan bir yasa hükmü çıkaramayacaktır.¹⁸⁵

Kanunun gerekçesinde eşitlik ilkesi ve bu ilkenin arabuluculuk süreci bakımından önemi şu şekilde ifade edilmiştir: “Maddenin ikinci fıkrasında ise, arabuluculuk sürecinde tarafların eşitliği vurgulanmıştır. Taraflar, bu uyuşmazlık çözüm yoluna başvururken ve süreç boyunca eşit haklara sahiptir. Eşitlik, hemen her konuda, özellikle de uyuşmazlığın çözümünde öncelikle göz önünde tutulması gereken Anayasal bir ilkedir. Eşitlik hem yargılama yapılarak varılan çözüm yöntemlerinde hem de yargılama yapılmadan varılan çözüm yöntemlerinde ortak bir ilkedir. Ancak, her iki çözüm yönteminde uygulanması ve alanı belirli farklılıklar taşımaktadır. Bu farklılıklar,

¹⁸²Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 3. maddesinin gerekçesi.

¹⁸³Kekeç, 2014, **a.g.k.**, 63.

¹⁸⁴Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 57.; Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın eşitlik ilkesine yaklaşımı hakkında bkz. B. Akyılmaz, M. Sezginer ve C. Kaya (2021). *Türk İdare Hukuku*. (14. Baskı), Ankara: Savaş Yayınları, s. 88-89.

¹⁸⁵M. Günday (2011). *İdare Hukuku*. (10. Baskı), Ankara: İmaj Yayınevi, s. 61. ; Eşitlik ilkesinin çeşitli görünüşleri hakkında bkz. Günday, 2011, **a.g.k.**, 61-65.

uyuşmazlık çözüm yönteminin niteliği ve tarafların bu yöntem içindeki konumlarından kaynaklanmaktadır Kendisini diğer tarafla tam olarak eşit hissetmeyen veya kanunen böyle muamele görmeyen bir tarafın, uzlaşmasından değil, mecburen bir sonuca katlanmasından söz edilebilir. Kanun önünde eşit olma ve uyuşmazlık çözüm sürecinde eşit haklara sahip olma, bir uyuşmazlık hangi yolla çözülürse çözülsün gözetilmesi gereken bir ilkedir. Bu ilke, yargı organları önünde de uyuşmazlıklar çözülürken, adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir. Aynı şekilde, silahların eşitliği ilkesi olarak da ifade edilen, yargılamada tarafların eşit hak ve imkânlarla sahip olması, her zaman göz önünde tutulmalıdır. Benzer bir durum arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünde de söz konusudur. Taraflardan birini dışlayarak veya ona daha az söz hakkı vererek varılan sonuçta, gerçek bir uzlaşmadan ya da anlaşmadan söz edilemez. Devlet yargısı önünde eşit olan tarafların, iradî olarak başlatıp yürüttükleri arabuluculuk sürecinde de eşit olmamaları düşünülemez. Fıkroda bu durum çok açık ve tüm süreci kapsayacak şekilde vurgulanmıştır.”

3.5.4. Gizlilik ilkesi

3.5.4.1. Genel olarak

Mahkemelerde yapılan yargılamalar kural olarak açık ve aleni şekilde gerçekleştirilir. Bu husus Anayasa'nın 141. maddesinde de bu şekilde ifade edilmektedir.¹⁸⁶ Ancak bazı uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından gizlilik ilkesi geçerli ve gerekli olabilmektedir. Arabuluculuk sürecine hakim olan ilkelere biri olan gizlilik de bu ilkeler içerisinde en hassas olanıdır. Zira bu ilke, hem tarafların arabulucuya olan güvenini sağlayarak hem de tarafları koruyarak tarafların sürece olan ilgi ve güvenlerini tesis etmektedir.¹⁸⁷

Arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşmasını sağlamada en önemli unsurlardan biri bu sürece katılım sağlayan tarafların gizlilik konusundaki beklentilerinin karşılanmasıdır. Taraflar sürecin gizlilik içerisinde yürütüleceği ve süreçte edinilen bilgilerin açıklanmayacağı konusunda tatmin edilmezse bilgi paylaşımında bulunmaktan

¹⁸⁶“Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.”

¹⁸⁷Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 32.; Kekeç, 2014, **a.g.k.**, 83-84.

kaçınabilir ve bunun sonucunda uyuşmazlığın çözümüne yarayacak bilgiler edinilemeyebilir.¹⁸⁸

Tarafların bilgi paylaşımında bulunmaktan kaçınma eğilimi gösterebileceği pek çok uyuşmazlık türü bulunmaktadır. Örneğin kişiler aile sırlarının, ticari sırlarının ve iş ilişkilerine ilişkin sırların açığa çıkmasını istemezler. Aksi halde aile ilişkileri veya ticari ilişkiler geri alınmayacak şekilde bozulma noktasına gelebilir. Tarafların çevrelerindeki güvenilirlik ve itibarları sarsılabilir. Oysa gizliliğin hakim olduğu bir süreçte taraflar birbirlerinin açığını aramak veya ilişkilerini zedelemek yerine sürecin sonuçlarından iki tarafın da tatmin olacağı bir çözüme odaklanacaklardır.¹⁸⁹ Ayrıca, arabulucunun gizli olarak yürüttüğü oturumlarda tarafların samimiyeti ve dürüstlüğü daha fazla kendisini gösterir. Arabulucu öğrendiği bu bilgiler ışığında tarafların güçlü ve zayıf yönlerini kolaylıkla belirleyip her iki tarafın da kabul edebileceği çözümler bulma imkanına sahip olmaktadır.¹⁹⁰

Arabuluculukta gizlilik ilkesi oturumların ve müzakerelerin gizli olmasını ifade etmektedir. Arabulucu, bu süreç içerisinde edindiği bilgileri kanun tarafından izin verilmediği veya tarafların rızasının bulunmadığı hallerde açıklayamaz. Arabulucunun söz konusu bilgileri mahkemede delil olarak paylaşmayı reddedip reddedemeyeceği hususu her ülkenin iç hukukuna ilişkin bir meseledir.¹⁹¹

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanarak Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyine önerilen “Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Belirli Yönleri Hakkındaki Yönerge”nin 6. maddesinde, arabulucuların ve arabuluculuk müzakerelerine katılan kişilerin, müzakereler esnasındaki beyanları, kabulleri, uzlaşma önerileri ve müzakerelerde sundukları belgeler hakkında tanıklık yapmaya zorlanamayacakları belirtilmiştir.¹⁹²

Gizlilik ilkesi HUAK’ın 4. maddesinde arabulucu bakımından ve taraflar ile arabuluculuk görüşmelerine katılanlar bakımından iki ayrı fıkrada düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında arabulucunun gerçekleştirdiği arabuluculuk faaliyeti

¹⁸⁸Özbek, 2004, **a.g.k.**, 213.

¹⁸⁹Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 33.

¹⁹⁰Özbek, 2007, Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, **a.g.k.**, 192.

¹⁹¹Özbek, 2005, Aile Arabuluculuğu, **a.g.k.**, 90.

¹⁹²Bu Yönerge önerisi için bkz. Commission of the European Communities, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.

kapsamında kendisine taraflarca sunulan veya diğer yollarla elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutma yükümlülüğü düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise aynı yükümlülüğün taraflar ve görüşmelere katılanlar bakımından düzenlendiği görülmektedir. Her iki halde de gizlilik ilkesinin mutlak olmadığı görülmektedir. Zira maddenin düzenleniş şeklinde iki halin de aksinin kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir.¹⁹³

Gizlilik ilkesinin HUAK'ta düzenlendiği 4. maddenin gerekçesinde bu ilke, arabuluculuğa başvurulmasının bir sebebi olarak açıklanmaktadır. Ülkemizde yargılama kuralı olarak alenidir. Bundan dolayı taraflar birtakım bilgilerinin kamuoyuyla paylaşılması durumuyla karşı karşıya kalmaktadır. Taraflar hasım konumunda olduklarından, özellikle ceza yargılaması, gerilim içerisinde ve karşılıklı suçlamalarla gerçekleşmektedir. Ancak gizlilik içerisinde yürütülen bir arabuluculuk sürecinde taraflar sorunun çözümüne odaklanacaklar ve sırlarının açığa çıkma korkusuna kapılmayacaklardır.¹⁹⁴ Böylece, bilgilerin taraflar arasında kaldığı uyuşmazlık çözüm sürecinde gizlilik endişesi yerine, tarafların bu konuda daha dikkatli davranması ile, uyuşmazlığın çözümüne odaklanıldığı bir süreç yaşanacaktır.¹⁹⁵

Gizlilik ilkesine HUAKY'nin 6. maddesinde detaylı olarak yer verilmektedir. Arabulucunun aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde edindiği bilgi ve belgelerin ve diğer kayıtların gizli tutulması yükümlülüğü yanı sıra; taraflar, bunların kanuni temsilcileri, avukatları ve görüşmelere iştirak eden diğer kişiler de aynı hükme riayet etmek durumundadırlar. Ayrıca arabulucunun yanında çalışanlar, mevzuat hükümlerine göre arabulucu yanında stajlarını yapanlar, Adalet Bakanlığı ve Arabuluculuk Kurulu görevlileri de gizlilik kuralına uyması gereken kişiler arasında sayılmaktadır. Sonuç olarak denebilir ki uyuşmazlıkla bir şekilde bağlantılı olan ve arabuluculuk faaliyeti kapsamında edinilen bilgi, belge ve kayıtlardan haberdar olan kişiler aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece, arabuluculuk görüşmesi sürecinde edinilen bilgi, belge ve kayıtları gizli tutma yükümlülüğü altındadır. Gizlilik kuralına

¹⁹³Bu durum madde gerekçesinde de ifade edilmiştir, buna göre bahsedilen her iki durumda da gizlilik, taraf iradelerine bağlıdır.

¹⁹⁴“Arabuluculuk konusunda gözetilmesi gereken ilkelerden biri de gizliliktir. Tarafların devlet yargısı dışında, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığı çözmek istemelerinin en önemli sebeplerinden biri, aralarındaki uyuşmazlığın üçüncü kişilerce bilinmesini istememeleridir. Mahkeme önünde yapılan yargılamada, özellikle duruşmaların alenî olması, temelini Anayasada bulan bir kuraldır, gizlilik istisnadır. Gizlilik, bazen tarafların mahkeme dışındaki uyuşmazlık çözüm yoluna başvurularındaki en önemli etken olabilir” (HUAK, 4. madde gerekçesi).

¹⁹⁵Bulur, 2010, 35/A, a.g.k., 208.

aykırı fiilleri gerçekleştiren arabulucunun hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusu olabileceği gibi, bu kişinin Arabulucular Sicili'nden silinmesine de karar verilebilir. Ayrıca bu yükümlülüğü ihlal ederek bir kimsenin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kimse soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olmak kaydıyla altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır¹⁹⁶ (HUAK m. 33).

Arabuluculuk sürecinin başarısız olması halinde arabulucu, söz konusu uyuşmazlığa tanık veya hakem olarak müdahil olmamalıdır. Bu süreçte arabulucu tarafların durumuna ilişkin pek çok bilgi edinmiş olabilir. Yine, tarafların rızası veya söz konusu bilgilerin açıklanmasının zorunlu olduğunu öngören bir kanun hükmünün mevcut olması halinde bu hususlar gizlilik ilkesine istisna olarak ifade edilebilir.¹⁹⁷

Gizlilik ilkesi, arabuluculuk müzakerelerinin önyargısız bir şekilde yürütülmesini sağlayan bir araç konumundadır. Bu sayede arabuluculuk sürecinde edinilen bilgiler başka bir davada veya tahkimde delil olarak gösterilmeye zorlanmaz. Taraflar bu şekilde, ileride görülmesi muhtemel bir davaya konu olacak sorunlar hakkında müzakere etmekten çekinmez ve bu kaygı olmaksızın anlaşmaya varırlar. Kamu düzeninin korunması gerekçesiyle gizli bilgilerin açıklanmasına karar verilmesi halinde arabulucu buna ilişkin kanıt sunmak durumunda kalabilir.¹⁹⁸

Arabuluculuk Kanununda yer alan gizliliğe ilişkin düzenlemeye ABD'de 1990 yılında yürürlüğe giren İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu da benzer şekilde yer vermektedir. Bu Kanun'un 574. maddesinde göre tarafsız üçüncü kişi ile taraflardan herhangi biri arasında bulunan bilgiler açıklanamayacaktır. Ayrıca yine ABD Bilgi Edinme Özgürlüğü Kanunu da, bu düzenlemeye paralel olarak, taraflar ile arabulucunun içeriğine vakıf olduğu ve gizlilik kapsamında olan belgelere erişim talebini bilgi edinme özgürlüğünün istisnası olarak düzenlemiş ve bu belgelere erişimi engellemiştir.¹⁹⁹

Belçika hukukunun arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerinde de gizlilik konusunda yer verildiği görülmektedir. Buna göre, arabuluculuk görüşmeleri için ve bu görüşmeler

¹⁹⁶Gizlilik ilkesi arabuluculuk faaliyeti için büyük bir önem arz etmektedir. Bu durum HUAK'ın "Ceza Hükümleri" başlığını taşıyan 33. maddesinde yalnızca gizliliğin ihlali söz konusu olduğunda yaptırım öngörülmüş olmasından da anlaşılabilir (Kekeç, 2014, **a.g.k.**, s. 83).

¹⁹⁷Özbek, 2007, Avrupa Birliğinde, **a.g.k.**, 304.

¹⁹⁸Parkinson, 2017, **a.g.k.**, 22-23.

¹⁹⁹M. Özbek (2005). İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller I. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 106.

sırasında hazırlanan belgeler, görüşmeler ve diğer bilgiler gizlidir. Bunlar, uyuşmazlığın gerek adli gerek idari yollarla veya uyuşmazlığı çözmeye yönelik diğer yollarda delil olarak kullanılamaz ve mahkeme dışı ikrar sayılmaz. Gizlilik tarafların talebiyle kaldırılabilir. Arabuluculuk sürecinde bilirkişiye başvurulması durumunda gizlilik, bu kimse için de geçerli olur.²⁰⁰

3.5.4.2. *Beyan ve belgelerin kullanılmaması ilkesi*

Arabuluculuk sürecinde edinilen belge, beyan ve belgelerin daha sonra bu süreçten sonra açılan bir davada veya farklı bir hukuki yolda kullanılamayacaktır. Bu husus HUAK'ın 5. maddesinde düzenlenmiştir. Aksi bir durumda arabuluculuk müzakerelerinin gizliliğinden bahsedilemez ve taraflar tedirginlik içerisinde olup sahip olduğu bilgileri arabulucuya veya karşı tarafa açıklamaz.

Bahsi geçen durumu bertaraf etmek için öngörülen hükme göre; taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dahil olmak üzere diğer üçüncü kişiler arabuluculuğa konu uyuşmazlıkla ilgili dava açılması veya tahkim yoluna başvurulması halinde şu beyan ve belgeleri delil olarak ileri süremeyeceği gibi bunlar hakkında tanıklık da yapamayacaktır: taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği; uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler; arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü; sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler. Sayılan bu beyan ve belgelere ilişkin gizlilik hükmünün uygulanmasında beyan veya belgenin şekli ise önem taşımamaktadır (HUAK, m. 5/1-2).

Gizlilik kapsamında olan ve taraflar, arabulucu ve sürece katılan diğer kişilerce açıklanamayacak olan bu beyan ve belgelerin açıklanması mahkeme, hakem veya idari makamlar tarafından da istenemez, delil olarak sunulmaları halinde dahi hükme esas alınmaz (HUAK, m. 5/3). Yani söz konusu ilke hem arabuluculuk sürecine dahil olan her bir kimse açısından hem de ilerleyen süreçte mahkeme yargısı veya tahkim yargısını gerçekleştirecek merciler bakımından geçerli bir ilkedir.

Anılan maddede sayılanlar haricindeki beyan ve belgeler, yani 5. maddenin 1. fıkrası uyarınca gizlilik kapsamında olmayan diğer beyan ve belgeler arabuluculuk

²⁰⁰Bulur, 2007, **a.g.k.**, 40.

sürecinde kullanılmış olsa dahi bu beyan ve belgelerin hukuk davası veya tahkim yargılamasında ileri sürülmesi mümkündür (HUAK m. 5/5). Başka bir ihtimalde, örneğin arabuluculuk sürecinin başlamasından önce tarafların sahip olduğu bilgi ve belgeler, arabuluculuğa başvurulmamış olsa dahi kullanılabilir durumda ise bu bilgi ve belgelerin ilerleyen süreçteki mahkeme veya tahkim yargısında kullanılabilmesi mümkündür.²⁰¹

Gizlilik arabuluculuk süreci bakımından önem arz eden bir ilke olmakla birlikte mutlak nitelik taşımamaktadır. Tarafların bazı belgelerin aleni olması hususundaki rızası halinde veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası bakımından gerekli belgelerin açıklanması mümkün olabilmektedir.²⁰²

3.6. Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuğun Tercih Edilme Nedenleri

Uyuşmazlıkların dava yolu veya tahkim gibi sonucunda bir hükmün verildiği usullerle çözümlenmesi, aşırı gecikmeye ve yüklü miktarda masraf yapılmasına sebep olması nedeniyle hem Kıta Avrupası hem de Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde eleştirilmektedir. Bunların sebebi olarak hakimin hukuki dinlenilme hakkını taraflara tam olarak vermek suretiyle uyuşmazlığı aydınlatma yükümlülüğüne sahip olması ve dava yolunda tarafların ve diğer kişilerin taleplerinin çokluğu gösterilebilir. İşte bu nedenler, kişilerin yargı yollarının veya yarı yargısal (quasi-judicial) yolların uyuşmazlıkların çözümünde tek yol olmadığını anlamaları ve anlaşma temelinde uyuşmazlıkların çözümü arayışına girmeleri sonuçlarını doğurmuştur.²⁰³

Arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık çözümü olarak taraflara pek çok fayda sağlamaktadır. Bu faydaların başında, taraflar arası anlaşmaya dayalı bir usul olmasından dolayı yargı yoluna nazaran daha basit, kolay ve ucuz olması gelmektedir.²⁰⁴ Bunun sebebi yargılama faaliyeti ile arabuluculuk kurumunun amaçlarının farklılığından ileri gelmektedir.²⁰⁵ Yargılama faaliyeti ile maddi ve hukuki vakalar değerlendirilmekte, bu

²⁰¹Kekeç, 2014, **a.g.k.**, s. 82.

²⁰²M. Asiltürk (2014). Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözülmesinde Uygulanabilirliği. *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(95), s. 37.; “Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir” (HUAK m. 5/3).

²⁰³Özbek, 2007, Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, **a.g.k.**, 186-187.

²⁰⁴Arabuluculuğun yargısal yollara göre avantajları için bkz. Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 21.

²⁰⁵Yargısal yollarda amaç, maddi vakıalar ve bunların hukuki dayanaklarının ispat faaliyeti çerçevesinde değerlendirilerek bir tarafın haklı olduğunu karara bağlayan bir sonuca varılmasıdır (Ekmekçi vd., 2019,

değerlendirme delillerle yapılmaktadır.²⁰⁶ Tüm bu işlemler gerçekleştirilirken zaman ve para harcanmaktadır. Ancak arabuluculuk faaliyeti buna benzer süreçler gerektirmemektedir. Bu ve benzerleri aşağıda sayılacak pratik faydalarının yanında en çok da tarafların uzlaşmayı tercih ederek uyuşmazlığa son vermelerini sağlaması, toplumsal barışın korunması açısından da önem arz etmektedir.²⁰⁷

Uyuşmazlık çözümünde arabuluculuğun tercih edilme nedenleri²⁰⁸ belirtildiği gibi başta zamandan ve paradan tasarruf sağlamasıdır. Dava yolu, avukatlık ücreti, yargılama giderleri ve harçları gibi kalemlerden oluştuğundan arabuluculuğa başvurulması durumunda bu giderler söz konusu olmayacaktır. Arabuluculukta arabulucu ücreti ve birtakım idari masraflar söz konusu olsa da dava yolunun kullanılmasıyla ortaya çıkan masraflar karşısında daha ucuz olmaktadır.²⁰⁹

Arabuluculuk, kaybedeni olmayan bir çözüm usulüdür. Arabuluculukta taraflar en azından bir araya gelebilmekte ve bir çözüm yolu bulma amacıyla birleşebilmektedir. Bu noktada tarafların kayba uğrayacağı hiçbir husus yoktur. Anlaşma söz konusu olmazsa artık dava yoluna başvurmak gerekecektir. Arabuluculuk, dava yoluna başvurmadan, az da olsa anlaşabilme imkânları olabileceğini taraflara göstermektedir. Bu anlamda arabuluculuk, dostane bir şekilde uygulanabildiğinde tarafların çoğu zaman bozulmuş olan ilişkilerinin düzeltilmesine²¹⁰ ve soruna yönelik farkındalık sağlama gibi sonuçlar doğurabilir.²¹¹ Ayrıca taraflar arasında uzun vadeli bir ilişki söz konusu (örneğin ticari, iş) ise uyuşmazlığın yargı yoluna taşınmadan çözülmesi ilişkileri zedelememek adına daha faydalı olacaktır.²¹² Taraflar, geçmişte yaşananlara, şikayetlerine ve hatalarına odaklanmak yerine mevcut duruma ve geleceğe odaklanırlar.²¹³

Buna benzer olarak, her iki taraf da uyuşmazlıkta kendi menfaatinin korunmasını talep edecektir. Bu bakımdan arabuluculuk tarafların menfaati çerçevesinde bir çözüm sağlar ve bu menfaatler arasında denge kurarak sonuca ulaşır. Dava yolunda bir taraf

a.g.k., 19).; Arabuluculuk ve yargılama arasında amaç ve yöntem bakımından farklılık bulunmaktadır (Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 21).

²⁰⁶Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 19.

²⁰⁷Bulur, 2007, **a.g.k.**, 32.

²⁰⁸Bkz. Özbek, 2004, **a.g.k.**, 203 vd.

²⁰⁹Özbek, 2004, **a.g.k.**, s. 203.

²¹⁰Vandenhende, Warnez ve Veny, 2016, **a.g.k.**, 2-3.

²¹¹Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 20.

²¹²Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 22.

²¹³Parkinson, 2017, **a.g.k.**, s. 17.

kaybedip diğerk taraf kazanırken arabuluculuk “kazan-kazan” anlayışı temelinde bir çözüme ulaştırmaktadır.²¹⁴

Kimi zaman tarafların bir noktada buluşmasında güçlüklerle karşılaşmaktadır. Deyim yerindeyse, yalnızca aynı masaya oturmak dahi güç olabilmektedir. İşte bu yüzden, arabuluculuk görüşmelerine başlanması dahi uyuşmazlığın çözümünde dava dışında yollar da olabileceğini taraflara hatırlatmış olmaktadır. Arabuluculuğun tercih edilmesiyle taraflar, dava yolundaki mücadelecı yapıya bürünmemiş olmaktadır.²¹⁵ Bunun yanında, bir uyuşmazlık dava yoluyla görüldüğünde ayrıntılarda boğulma durumu söz konusu olmakta iken alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması konunun özüne inilmesini ve irdelenmesini sağlamaktadır.²¹⁶

Uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde taraflar sorunlarını kendi bakış açıları ve şartlarıyla ifade edebilirler. Bu bakımdan taraflar birbirlerini karşılıklı olarak dinleme ve anlayabilme imkanına kavuşur. Tarafsız ve iki tarafa da dengeli yaklaşan arabulucu, karşılıklı çıkarların yerine getirilmesi için çalışır. Ancak dava yoluna taşınan bir uyuşmazlıkta arabuluculuğun getirdiği özel ve esnek ortam, yerini resmi ve hukuki bir sürece bırakır.²¹⁷ Avukatlar müvekkillerinin sorunlarını hukuki terminoloji ile tanımlayıp müvekkilleri adına bu yolla konuşurlar, yalnız kanunun tanıdığı haklar temelinde tavsiyelerde bulunurlar. Taraflar artık kendi hukuki danışmanlarının yönlendirmeleriyle sorunlarına çözüm arayacaklar ve bu şekilde verilen kararlara razı olacaklardır.

Uyuşmazlıkların dava yoluyla çözümlenmesi halinde tarafların birbirlerini karşıt olarak görmeleri yanında bu karşıtlık durumu tarafları daha da kutuplaştırmakta ve birbirinden uzaklaştırmaktadır. Bu durum çatışmanın artmasını da beraberinde getirir. Oysa bir uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi ihtimalinde taraflar karşıt duruma gelmek yerine ortak bir zemin arayışı içerisinde olduklarıdır. Taraflar, uzaklaşmak yerine aralarındaki farklılıkların azaltılması ve yakınlaşma noktasında çaba gösterirler.

²¹⁴Küçükgüngör, 2004, **a.g.k.**, 51.; Yıldırım, 2007, Mahkeme Dışı, **a.g.k.**, 343.

²¹⁵Özbek, 2004, **a.g.k.**, 205.

²¹⁶Sungurtekin-Özkan, 2005, **a.g.k.**, 356.

²¹⁷Uyuşmazlığın hakim tarafından çözümlendiği durumlarda hakim, olayı yalnızca hukuki düzenlemeler çerçevesinde değerlendirebilecektir, arabulucunun sahip olduğu esneklikten yararlanamayacaktır. Arabulucu bir uyuşmazlıkta sorunun asıl kaynağına inerek bundan hareketle yeni çözümler de üretebilecekken hakim, uyuşmazlığı sadece hukuki açıdan değerlendirir (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı (EK-1), 2016, s. 17).

Böylece taraflar arasındaki gerginlik de azalır.²¹⁸ Tarafların çözüme katkı sağlaması ve yüz yüze görüşme imkanının sağlanması ile mahkemenin vereceği tek tip kararların dışında yaratıcı, esnek, tarafların ihtiyaçlarına daha uygun çözümler üretilebilme imkanı artacaktır.²¹⁹

Dava yoluna başvurulduğunda mahkeme, daha önce var olan ve somut olaya uyan kurala göre uyuşmazlık hakkında bir karar verecektir. Bu kurallar ise sınırlıdır. Mahkemeler çok nadir olarak tarafların durumuna özgü kararlar verebilmektedir. Avukatlar ve hâkimler mahkemede uyuşmazlığın çözümünde birincil rol oynamaktadır. Taraflar ise ancak mahkemece belirlenen sınırlar içerisinde söz sahibi olabilmektedir. Bunun sonucunda mahkemenin sunduğu çözüm tarafların ihtiyaçlarını tam olarak karşılamayabilir.²²⁰ Zira dava yoluna başvurulduğunda mahkeme, sonuca yani hükme odaklanmaktadır. Oysa alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında taraflar tatmin edilmek suretiyle uyuşmazlığın sona erdirilmesi, kesin olarak çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır. Mahkemede görülen uyuşmazlık verilen hükümlerle temelde tam olarak sona erdirilemeyeceği gibi, yeni ve başka türlü uyuşmazlıkların ortaya çıkışına zemin hazırlanmasına yol açılması da mümkündür.²²¹ Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözümünde yargılamadan farklı olarak toplumdaki kişi sayısı kadar çözüm üretilme imkanı mevcuttur.²²² Yine, tahkim yolunda da üçüncü kişiler yer almakta ve bunların yardımına başvurulmaktadır. Ancak bahsedilen yollarda süreç, taraf iradelerinden çok üçüncü kişi veya kişilerin kontrolü altında yürütülmektedir. Bu bakımdan tarafların iradesini yansıtmayan kararların verilebilmesi mümkün olabilmektedir. Ancak arabuluculuk yolunda taraflar kendi menfaatlerine uyan çözümü tercih etme ve belirleyebilme noktasında birincil rol oynamaktadırlar. Tarafların ortak menfaati esas alınarak yine onların kontrolünde ortak bir çözüme ulaşılmaktadır.²²³

Dava yoluyla uyuşmazlıkların çözümünde taraflar, geçmişe bağlı kalmaktadır. Bu durum tarafların daha önce yaşadıkları olayları tekrar tekrar yaşamalarına sebebiyet vermekte ve mücadelecı bir tutum takınmalarına sebep olmaktadır. İşte arabuluculuk yolu

²¹⁸Parkinson, 2017, **a.g.k.**, 17-18.

²¹⁹Konuralp, 2001, **a.g.k.**, 500.

²²⁰Murray, Rau ve Sherman, 1996, **a.g.k.**, 18.

²²¹Uyumaz ve Erdoğan, 2015, **a.g.k.**, 124.

²²²Asiltürk, 2014, **a.g.k.**, 34.

²²³Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 18.

tercih edildiğinde taraflar geçmişle bağlantı kurmak yerine yeni adımlar belirleme gayretine girişmekte ve geleceğe yönelen bir turum sergilemektedir.²²⁴ Böylece taraflar anlaşabilecekleri ortak bir çözüm üretmeye daha çok yaklaşırlar.

Arabuluculuk, dava yoluna nazaran daha gizli yürütülmektedir.²²⁵ Örneğin hukuk yargılamasında davalar kural olarak aleni bir şekilde görülmektedir. Bazı davaların gizli yürütülmesi mümkün olsa da davalar genel olarak kamuya açık olarak yürütülmektedir. Bakıldığında, davadan tamamen bağımsız üçüncü bir kimsenin dahi duruşmaya katılabileceğinin mümkün olduğu herkesin malumudur. Dolayısıyla bir uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi, en azından dava yoluna nazaran, tarafların mahremiyetini korumak bakımından daha tercih edilesi bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır.

Arabuluculuk aynı zamanda, adalete erişimin de bir gereği olan hak arama özgürlüğünün genişletilmesine olanak sağlamaktadır. Hak arama özgürlüğü Anayasanın 36. maddesinde yer almaktadır. Buna göre “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”. Bu hükmün gereği olarak, uyuşmazlıkların çözümünde yargı dışı yollara yer verilmesi hak arama özgürlüğünün gerçek anlamda sağlanması amacına hizmet etmektedir.²²⁶ Arabuluculuğun hak arama özgürlüğünü engellediği şeklindeki bazı görüşlerin var olduğunu da burada belirtmek gerekir.²²⁷

3.7. Arabuluculuğun Diğer Bazı Alternatif Çözüm Yollarından Ayrılması

3.7.1. Tahkim

Mahkemelerde başvuru usulle benzer özellik taşıyan tahkim, hukuki uyuşmazlığın bu uyuşmazlığın tarafın olmayan kişi veya kişilerce çözüme kavuşturulmasıdır. İki tarafın da iddialarını delilleriyle ileri sürdüğü, tanıkların dinlenebildiği bir usul olan tahkim süreci sonunda hakem veya hakem heyeti tarafından verilen kararlar, bağlayıcı nitelik taşımakta olup icra edilebilir niteliğe sahiptir. Mahkeme

²²⁴Küçükgüngör, 2004, **a.g.k.**, 64.

²²⁵Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 20-21.

²²⁶Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 23.

²²⁷Buna ilişkin görüşlerin bir değerlendirmesi hakkında bkz. M. Özbek (2010). Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk. (<http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-hakkinda/anayasal-hak-ve-hurriyetler-ile-yargilamaya-hakim-olan-ilkeler-isiginda-arabuluculuk>), bölüm 3.

yargısından farklı olarak tahkimde, hakemlerin seçiminin taraflarca yapılması ve tarafların isteğine göre, özel başkaca usullerin benimsenebilmesi mümkündür.²²⁸ Hakem ile taraflar arasında söz konusu uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak yapılan ve borçlar hukuku hükümlerine tabi olan sözleşmeye ise hakem sözleşmesi denmektedir.²²⁹

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için, söz konusu uyuşmazlığın tahkime elverişli olması²³⁰ ve tarafların uyuşmazlığın çözümünde tahkim yolunu tercih edecekleri hususunda anlaşmış olmaları gerekmektedir. Tahkim yolu, hakeme başvurunun zorunlu kılındığı durumlar hariç hukukumuzda seçimlik bir yol olarak öngörülmüştür. Zorunlu tahkim istisnai olup hangi hallerde bu yola başvurulacağı özel kanun hükümleri ile belirlenmiştir.²³¹

Tahkim yolunun yargı dışı bir çözüm yolu olduğu hususunda bir şüphe yoktur. Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak sayılıp sayılamayacağı veya niteliğinin ne olduğu konularına ilişkin tartışmalar mevcuttur.²³² Bir kısım yazarlar tahkim kurumunu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul ederken bir kısım yazarlar bu kurumun bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmadığını²³³, mahkeme yargısına alternatif oluşturduğunu ve yargılama faaliyeti niteliğini taşıdığını²³⁴ savunmaktadır.

²²⁸Küçükgüngör, 2004, **a.g.k.**, 49.

²²⁹Akıncı, 2003, **a.g.k.**, 32-33.

²³⁰Bir uyuşmazlık tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmak istendiği takdirde söz konusu olacak tahkim anlaşmasının geçerli olması gerekmektedir. Farklı ülkelerde tahkim anlaşmasının geçerlilik şartları farklı şekilde düzenlendiğinden bir ülkede geçerli olan tahkim anlaşması başka bir ülkede geçerli olmayabilir ve sonuçta hakem kararının iptali söz konusu olabilir. Bu sonuçla karşılaşılması ve bir tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesinin şartlarının en başında “tahkime elverişlilik” gelmektedir. Hukukumuzda objektif anlamda tahkime elverişliliği ifade eden kriter tarafların aralarındaki uyuşmazlığı sulh olarak çözümlenebilir olmalarıdır. Bundan başka, bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı konusundaki iç hukuktaki emredici bir hükmün varlığı da tahkime elverişliliği belirlemede dikkat edilmesi gereken hususlar arasındadır (N. Deren-Yıldırım (2007). Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik. *Yavuz Alangoya İçin Armağan*, s. 51-55); 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunumuza göre tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar şu şekilde ifade edilmektedir: “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir*” (HMK, m. 408).

²³¹Akıncı, 2003, **a.g.k.**, 25-26.; Zorunlu tahkimin öngörüldüğü kanuni hükümler için bkz. Akıncı, 2003, **a.g.k.**, 26.

²³²Tahkim kurumunun niteliği ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı hususundaki görüş ve değerlendirmeler hakkında bkz. Özbek, 2009, **a.g.k.**, 144-151.

²³³Bu yöndeki bir görüşe göre, tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde değerlendirilemeyeceğinin nedeni iki usulün kullanıldığı ve tercih edildiği uyuşmazlık türlerinin birbirinden farklılık arz etmesidir. Gerek iç hukuk düzenlemelerinde gerekse uluslararası nitelikteki düzenlemelerde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları tahkimden ayrılmaktadır ki, bunun temel sebebi iki yolun tercih edildiği uyuşmazlık türlerinin farklı ihtiyaçları gerektiriyor olmasıdır (Polat, 2010, **a.g.k.**, 30).

²³⁴O. Işık (2011). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Arabuluculuk Yönteminin Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları İle Karşılaştırılması. *Terazi Hukuk Dergisi*, (64), s. 16.

Alangoya'ya göre tahkim, amacı uyuşmazlığa bir hükümle son vermek olan bir yargıdır.²³⁵ Küçükgüngör'e göre ise tahkim özel bir yargı yolu olarak değerlendirilmektedir.²³⁶ Tanrıver, tahkimi alternatif çözüm yolu olarak değerlendirmemekte ve istisnai bir yargısal yol olduğu kanısını taşımaktadır.²³⁷

Günümüzde başvuru alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını tahkim yolunun bir tamamlayıcısı olarak kabul eden görüşler de mevcuttur. Tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının milletlerarası ilişkilerin sağlanması ihtiyacı neticesinde ortaya çıktığı yaklaşımını temel alan görüşe göre, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları tahkim yolunun tamamlayıcısı konumunda görülmektedir. Milletlerarası ikili ilişkiler sekteye uğradığında bu diğer çözüm yolları devreye girecektir. Zira tahkimde, bir devlet tarafından verilen kararın tanınması ve tenfizinde devletler arası ilişkiler bu süreçlerin kaderini belirlemektedir.²³⁸

Tahkim, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından farklı olarak, uyuşmazlığı çözme sorumluluğu taşıyan ve özel olarak atanan "hakem" adlı bir veya birkaç kişinin uyuşmazlık hakkında bir karar vererek sonuca bağladığı uyuşmazlık çözüm yoludur.²³⁹ Tahkim, genellikle ticari uyuşmazlıkların özellikle de uluslararası ticari işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde başvuru bir yoldur. Ayrıca, ticari anlaşmalar ve işçi-işveren sözleşmelerinin tahkimi zorunlu kıldığı durumlarda da bu yola başvurulabilmektedir. Çalışmanın inceleme konusu olan idari uyuşmazlıklar bakımından tahkim, ilerleyen bölümde açıklanacağı üzere bu tür uyuşmazlıklarda sıklıkla başvuru bir yöntem değildir,²⁴⁰ ancak kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde kullanımı mümkündür. Arabuluculuğun başta verilen tanımı üçüncü kişinin tarafları bağlayıcı karar vermediği tahkim usulünü (non-binding arbitration) de içine almaktadır.²⁴¹

²³⁵Deren-Yıldırım, 2007, **a.g.k.**, 48.; Tahkimin ve tahkim sözleşmesinin niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için aynı kaynağa bakınız.

²³⁶Küçükgüngör, 2004, **a.g.k.**, 49.

²³⁷Tanrıver, 2006, Özellikle Arabuluculuk, **a.g.k.**, 171.

²³⁸Işık, 2011, **a.g.k.**, 15.

²³⁹Z. Odyakmaz, S. Çımarlı, E. Avcıoğlu Aksoy (2018). *İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri*. (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık., s. 38.

²⁴⁰de Graaf, Marseille ve Tolsma, 2014, **a.g.k.**, 590.

²⁴¹C. Bühring-Uhle (1996). *Arbitration and Mediation in International Business, Designing Procedures for Effective Conflict Management*. Hague, s. 273'den aktaran: Özbek, 2004, **a.g.k.**, 202.

Üçüncü kişinin bağlayıcı karar verdiği tahkim usulü üçüncü kişinin bu görevi bakımından arabuluculuktan ayrılır.²⁴² Arabulucunun niteliği gereği anlaşmaya dayanan bir usul olması tahkimde olduğu gibi üçüncü bir kişinin uyuşmazlığı çözücü bağlayıcı bir karar vermesini engellemektedir.²⁴³ Arabulucu tarafları sunmuş olduğu çözüme uymaya zorlayamaz.²⁴⁴ Ancak hakem kararları bağlayıcı niteliğe sahiptir.²⁴⁵ Hakem kararlarına karşı yargı yoluna başvuru mümkündür.²⁴⁶

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi pek çok bakımdan avantajlıdır. Hakem kararları bağlayıcı niteliğe sahip olduklarından alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başarısızlığa uğraması halinde söz konusu olan zaman ve para kaybı tahkimde söz konusu olmayacaktır. Tahkimin bir başka avantajı, tarafların söz konusu uyuşmazlığın gereğine göre alanında en uzman kişiyi hakem olarak belirleyebilmeleridir, şüphesiz böyle bir imkan uyuşmazlığın mahkemede çözümlenmesinde mümkün olmamaktadır. Bundan başka, taraflara tanınan irade serbestisi sayesinde hakemleri seçebilmenin yanında tahkim yargılamasına hakim olacak usul ve kuralları, tahkim yargılamasının yapılacağı ülkeyi ve yargılamanın dilini belirleyebilirler. Ayrıca gizlilik özelliği sayesinde ticari kurum ve kuruluşlar bakımından bir tercih sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Tahkim yargılaması küçük miktardaki uyuşmazlıklar bakımından pahalı gibi gözükse de büyük miktardaki uyuşmazlıklar bakımından yargı yoluna nazaran çok daha ekonomik ve uyuşmazlığı kısa sürede çözücü etkiye sahiptir.²⁴⁷

Sağladığı pek çok faydanın yanı sıra tahkimin eksiklikleri de içerisinde barındırdığı ifade edilmektedir. Örneğin, tarafları keşfe zorlama, tarafların duruşmada hazır bulunmalarını sağlama, tarafların malvarlığı hareketlerini kontrol edebilme gibi faaliyetlerin yerine getirilmesinde tahkim zorlayıcı bir güce sahip değildir. Bunun yanında, tarafların aralarında pek çok ikili anlaşma yapabilmesinin mümkün olduğu çok

²⁴²Arabuluculuk, tahkim ve yargı yolu ile karşılaştırıldığında en temel farkın arabulucunun uyuşmazlık üzerinde karar vermemesi olduğu ifade edilmektedir (Sungurtekin-Özkan, 2005, **a.g.k.**, 357).

²⁴³Özbek, 2004, **a.g.k.**, 202.

²⁴⁴Özbek, 2009, **a.g.k.**, 151.; Küçükgüngör, 2004, **a.g.k.**, 51.

²⁴⁵Odyakmaz, Çınarlı ve Avcıoğlu Aksoy, 2018, **a.g.k.**, 35.

²⁴⁶İsviçre Hukuku'nda da, hakem kararları mahkeme tarafından bazı yönlerden denetlenmektedir. Örneğin hakem heyetinin usulüne uygun oluşturulmamış olması, yargılama yetkisinin hatalı olarak belirlenmiş olması, kamu düzenine aykırılık, hakkında karar verilmesi istenen hususta karar verilmemiş olması veya talep dışındaki bir konuda hüküm kurulması, eşit muamele görme hakkının ihlali gibi sebeplerden dolayı hakem kararlarının iptalinin mümkün olduğu ifade edilmektedir (Küçükgüngör, 2004, **a.g.k.**, 61).

²⁴⁷Akıncı, 2003, **a.g.k.**, 26-28.

tarafli uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından tahkim kurumunun faydalı sonuçlar meydana getirmeyeceği ifade edilmektedir.²⁴⁸

Mahkemelerin gerçekleştirdiği yargılama faaliyetinden farklı olarak, yabancı hakem kararlarının tanınması ve icra edilebilirliği çok daha kolaydır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve icra edilmesine ilişkin 10.06.1958 tarihli New York Sözleşmesi bu sonucu sağlayan en büyük etkidir.²⁴⁹

Tahkimin genel olarak uygulama alanı bakımından denebilir ki, HMK'nın 408. maddesinde belirtilenler hariç tüm konularda tahkim sözleşmesi yapılabilir. Buna göre, taşınmaz üzerindeki aynı haklardan ve tarafların iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Bunlar haricindekiler için tahkim sözleşmesi yapılabilir. Tahkim hukukumuzda zorunlu ve ihtiyari olmak üzere iki şekilde başvurulabilen bir yoldur.

3.7.2. Uzlaşma/Uzlaştırma²⁵⁰²⁵¹

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında en yaygın olarak kullanılan ve en etkin şekilde işlerlik kazanmış kurumlar arabuluculuk ve uzlaştırma olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁵² Uzlaştırma, taraflardan bağımsız olarak konumlanmış ve gerekli eğitimi almış tarafsız üçüncü bir kişinin uyuşmazlığa düşmüş taraflara somut olay çerçevesinde çözümler sunarak tarafların bu çözüm önerileri üzerinde anlaşmaya varmalarını amaçlayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.²⁵³ Gelişmiş bir uzlaşma modelinde tarafların temel menfaatleri değerlendirilir ve her iki tarafın da tatmin olacağı ve “evet” diyeceği bir problem çözme yöntemi uygulanır.²⁵⁴ Bu çözüm yolunda taraflar

²⁴⁸Polat, 2010, **a.g.k.**, 60.

²⁴⁹Küçükgüngör, 2004, **a.g.k.**, 63.; Akıncı, 2003, **a.g.k.**, 27.

²⁵⁰Uzlaşma ve uzlaştırma kavramları hukukumuzda çoğu zaman birbiri yerine kullanılmaktadır. Bu ikisinin birbirinden ayırmak oldukça güçtür. Çalışmada, tarafların bir araya gelmesi ile uyuşmazlığa çözüm aranması faaliyeti “uzlaşma” kavramı, bu faaliyetin gerçekleştirilmesinde üçüncü bir kişinin rol alması “uzlaştırma” kavramı ile ifade edilmek istenmiştir.

²⁵¹Uzlaşma ve uzlaştırma kavramları şu şekilde ayırt edilebilir: uzlaşma, iki kişinin kendi çabalarıyla bir çözüme ulaşabilmesi şeklinde iken uzlaştırma üçüncü bir kişinin sürece dahil olmasıyla gerçekleşmektedir (Odyakmaz, Çınarlı ve Avcıoğlu Aksoy, 2018, **a.g.k.**, 34).

²⁵²Tanrıver, 2013, **a.g.k.**, 277.; Uzlaşma, Anglo-Amerikan başvurulmuş en yaygın alternatif uyuşmazlık çözümüdür (Konuralp, 2001, **a.g.k.**, 495).

²⁵³Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 41.

²⁵⁴Konuralp, 2001, **a.g.k.**, 495-496.

uyuşmazlığın dava yolu veya tahkim yoluyla görülmeksizin çözümlenmesini isteyen kimseler olup davacı veya davalı sıfatına sahip değildirlir.²⁵⁵

Tarafsız üçüncü kişi, uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırması, taraflar arasında sağlıklı bir iletişim ortamı hazırlaması, yerine göre uyuşmazlığın çözümü için öneriler sunması ve çözüm üretmesi bakımından “arabulucu” veya “uzlaştırıcı” olarak anılmaktadır. Yapılan faaliyet de “arabuluculuk” veya “uzlaştırma” şeklinde ifade edilmektedir. Bunlar arasında net bir sınır çizmek çoğu zaman mümkün olmadığından iki kavramın birbiri yerine kullanıldığını görmek mümkündür.²⁵⁶ Örneğin ABD’de uzlaştırma ve arabuluculuk kavramları çoğunlukla birbiri ile aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. ABD’nin de içerisinde yer aldığı Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde uzlaştırma ticari uyuşmazlıkların çözümünde başvuru alternatif uyuşmazlık çözüm yolu iken arabuluculuk bunun dışındaki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan bir çözüm yoludur.²⁵⁷ Arabuluculuk ve uzlaştırmanın tanımı konusunda da birbirine zıt görüşler mevcuttur.²⁵⁸

Uzlaştırıcı, uyuşmazlık hususunda taraflarla görüşmeler gerçekleştirmesinin ardından uyuşmazlığı hakkaniyetle çözümleneceğini düşündüğü görüşüne göre bir sulh sözleşmesi hazırlar ve bu çözümü tarafların bilgisine sunar. Bu süreçte uzlaştırıcı, süreç hakkında bilgilendirme yapmak, toplantıların ayarlanması hususunda taraflara yardımcı olmak, tarafların da yüz yüze görüşmeleri sağlamak ve gizlilik prensibine riayet etmek suretiyle aralarındaki bilgi değişimini gerçekleştirmektedir. Taraflar arasındaki problemleri analiz ederek bunların çözümleri hakkında bilgi verip tarafların üzerinde anlaşabilecekleri çözüm önerileri sunacaktır. Süreç sonunda, uzlaştırıcının kendi görüşlerini de ihtiva eden çözüm teklifi taraflarca kabul edildiği takdirde imzalanıp bağlayıcılık kazanacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, uzlaştırıcının taraflara sunduğu çözüm taraflarca benimsenmeye zorlanamaz. Uzlaştırıcının sunduğu çözüm önerisi bağlayıcı olmayıp icra kabiliyetini de haiz değildir.²⁵⁹

²⁵⁵Akıncı, 2003, **a.g.k.**, 29.

²⁵⁶Ekmekçi vd., 2019, **a.g.k.**, 18.; Konuralp, 2001, **a.g.k.**, 498.; Akıncı, işlevleri bakımından arabulucu ile uzlaştırıcı arasında bir farklılık bulunmadığını ifade etmektedir (Akıncı, 2003, **a.g.k.**, 29).

²⁵⁷Bulur, 2007, **a.g.k.**, 34.

²⁵⁸Bkz. Özbek, 2009, **a.g.k.**, 152.

²⁵⁹Akıncı, 2003, **a.g.k.**, 29-30.

Uzlaştırma bazı yönlerden arabuluculuğa benzemektedir. Üçüncü kişinin tarafların anlaşmaya varması hususunda oynadığı ikna edici rolünden dolayı uzlaştırma sıklıkla arabuluculukla aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır.²⁶⁰ Uzlaştırmacı da tıpkı arabulucu gibi taraflar arasında etkin bir iletişim kurulması yoluyla uyuşmazlığın çözümünü hedefler. Fakat arabulucudan farklı olarak taraflara çözüm veya çözümler demeti sunarak bunlar çerçevesinde anlaşmaya varılmasını gerçekleştirmeye çalışır. Ancak taraflara belirli bir çözümü seçmelerini dayatamaz.²⁶¹ Uzlaştırmacının süreç içerisindeki rolü belirleyici değil tavsiye edici bir nitelik taşımaktadır.²⁶² Uzlaştırma yolunda tarafsız üçüncü kişi, müzakerelerin başarısızlığa uğramasından kaynaklanan gerginliğe azaltmaya yardımcı olarak diğer yardımcı yollara başvurulması için çaba göstermektedir.²⁶³ Yine, bu iki uyuşmazlık çözüm yolunun başlatılması da benzer şekilde gerçekleşmektedir. Uzlaştırma ve arabuluculuk süreçleri tarafların talebiyle, hakim tarafından bu yollara başvurulmasının önerilmesiyle veya kanunun tarafların önce bu yollara başvurmasını zorunlu olarak öngörmesiyle başlatılabilir.²⁶⁴

Arbuluculuk ile uzlaştırma arasında bazı temel farklar bulunmaktadır.²⁶⁵ Yukarıdaki paragrafta açıklandığı gibi uzlaştırmacı somut çözüm önerileri sunmak bakımından arabulucudan ayrılmaktadır. Bundan başka, arabuluculuk sürecinde taraflar arası ilişkiler daha ön plana çıkmaktadır. Uzlaştırma sürecinde ise ilkeler ön plana çıkmaktadır. Bundan kaynaklı olarak arabuluculuk süreci daha esnek ve ılımlı şekilde yürütülürken, uzlaştırma süreci daha katı şekilde yürütülmektedir.²⁶⁶

²⁶⁰Rogers ve McEwen, 1989, **a.g.k.**, 2.

²⁶¹Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 42.; Uzlaştırmacının uyuşmazlık çözümündeki rolü konusunda diğer görüşlere de yer verilebilir. Özbek'e göre, uzlaştırmacı, arabulucuya nazaran uyuşmazlığın çözümünde daha pasif bir rol oynamaktadır. Uzlaştırmacı, taraflara bir çözüm çerçevesinde uzlaşmaları bağlamında telkinde bulunmakta ancak anlaşma sürecine aktif olarak dahil olmamaktadır. Fakat arabulucu süreç içerisinde oluşacak çözüm önerilerinin geliştirilmesinde aktif bir rol oynar ve bu öneriler doğrultusunda çözüme ulaşılması konusunda iknaya çalışır (Özbek, 2009, **a.g.k.**, 151-152).; Uzlaştırmacı tarafların anlaşmaya varmasını veya anlaşmaya varamamışlarda bunların sebeplerini tespit ederken arabulucu bu noktadaki bir tespitle yetinmeyip tarafların kabul edebileceği çözüm şeklini onlara sunmaktadır (Odyakmaz, Çınarlı ve Avcıoğlu Aksoy, 2018, **a.g.k.**, 35).; Uzlaştırmacı temelde kolaylaştırıcı olarak hareket eden ve tarafların ortak noktalarını görebilmeleri için "rehber" konumunda iken arabulucu taraflara çözüm önerilerinde bulunmak suretiyle uyuşmazlığın bitirilmesini amaçlar şekilde hareket eder. Bu bakımdan arabulucunun uzlaştırmacıya nazaran daha bağımsız hareket etme kabiliyetine sahip olduğu söylenebilir (Işık, 2011, **a.g.k.**, 19).

²⁶²Işık, 2011, **a.g.k.**, 18.

²⁶³Özbek, 2009, **a.g.k.**, 151.

²⁶⁴Odyakmaz, Çınarlı ve Avcıoğlu Aksoy, 2018, **a.g.k.**, 35.

²⁶⁵Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 42-43.; Tanrıver, 2013, **a.g.k.**, 279-280.

²⁶⁶Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 42.

Tarafların etkinliği ve üçüncü kişinin süreç içerisindeki etkinliği bakımından da arabuluculuk ve uzlaştırma farklılık göstermektedir. Buna göre, arabuluculukta uyuşmazlığı çözümlenip anlaşmaya varılması konusunda taraflar daha etkin bir konumda iken uzlaştırmada uzlaştırmacı taraflara göre daha etkin bir konumda yer almaktadır.²⁶⁷

Arabuluculuk ve uzlaştırmanın hangisinin daha aktif bir çözüm yolu olduğu konusunda ve bu çözüm yollarında üçüncü kişinin işlevi konusunda zıt görüşler mevcut olsa da bu durumun uyuşmazlığın yapısına göre, tarafların kişiliklerine göre farklılık arz edebileceği malumdur. Bu yönde keskin bir ayrım yapmanın uyuşmazlığın çözümü açısından bir yararı olmadığı da ifade edilmektedir. Her iki çözüm yolu da esas olarak şu üç unsur barındırmaktadır: uyuşmazlığın çözümünde üçüncü bir kişiden yararlanma konusunda yapılan anlaşmanın varlığı, üçüncü kişinin tarafları belirli bir çözüme varma konusunda zorlama yetkisinin olmaması ve süreci yürütmenin tarafların isteğine bağlı olması ve gönüllülük esasına dayanması.²⁶⁸ Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki, HUAK'ta arabulucunun rolü bakımından tarif edilen esasları benimsemiş olsak da bu konuda yer alan açıklama ve tarifler Avrupa Konseyi İdare Hukuku Proje Grubu'nun açıklama ve tariflerine ters düşmektedir.²⁶⁹

Arabulucunun ve uzlaştırmacının rolündeki farklılıktan başka, sürecin yürütülmesindeki farklılıklara da değinmek gerekir. Arabuluculuk sürecinde sorun odaklı bir yaklaşım söz konusu iken uzlaştırma sürecinde dava odaklı bir yaklaşım söz konusudur. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde bireyler arası ilişkiler daha fazla gözetilmekte iken uzlaştırmada ilke ve teamüller ön plandadır. Arabuluculukta tarafların çıkarlarının dengelenmesi ve tatmini ön planda iken uzlaştırma kurumu hakkı ve haklılığı temel almakta ve işleyişine hukuk kuralları, deliller ve delil değerlendirmesi hakim olmaktadır. Bu bakımdan arabuluculuğu yaratıcı çözümlerin masada olduğu ılımlı ve esnek bir süreç olarak tarif etmek mümkün iken uzlaştırmayı varılacak çözümlerin sınırlı olduğu, daha katı kuralların işlediği ve esnekliğin mümkün olmadığı bir süreç olarak tarif etmek mümkündür. Benzer iki kurumun bu yapısı süreç sonunda varılmak istenen hedef bakımından da farklılığa yol açmaktadır. Arabuluculuk her iki tarafın da olabilecek en üst

²⁶⁷Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 43.

²⁶⁸Özbek, 2009, **a.g.k.**, 152-153.

²⁶⁹Odyakmaz, Çınarlı ve Avcıoğlu Aksoy, 2018, **a.g.k.**, 34.

düzyeyde tatmin edilmesini hedeflerken uzlaştırma, en iyi hukuki sonuca ulaşılmasını hedeflemektedir.²⁷⁰

Uzlaştırma kurumu ölkemizde ceza hukuku alanında kullanılmaktadır. CMUK'ta düzenlenmemiş olan bu kurum yeni TCK ve CMK'da düzenlenmiştir. Uzlaştırmanın devlet, mağdur ve fail yönünden faydaları bulunmaktadır. Devlet, uzlaştırma faaliyetinin başarıya ulaşması neticesinde faile yaptırım uygulama bakımından katlanmak zorunda olduğu masraflardan kurtulmakta iken uzlaştırmacının yürüttüğü faaliyet ile mağdurun zararı karşılanarak fail ile arasında barış sağlanmış olmaktadır. Burada mağdurun uğradığı zarar giderilmekle hem adalet yerine getirilmekte hem de mağdurun tatmin olması sağlanmaktadır.²⁷¹

Uzlaştırma faaliyeti CMK'nın 253-255. maddelerinde "Uzlaşma" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlar ile 253. maddede sayılan suçlar bakımından ve ayrıca suça sürüklenen çocuklar bakımından üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezası gerektiren suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması söz konusudur.²⁷² Takibi şikayete bağlı suçlar dışında diğer kanunlarda yer alan suçlar bakımından uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için kanunda bunun açıkça öngörölmüş olması gerekmektedir (CMK, m. 253/1-2).

Soruşturmaya konu suçun uzlaştırma kapsamında olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin mevcut olması halinde dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Büronun görevlendirdiği uzlaştırmacı taraflara uzlaşma teklifinde bulunmakta, uzlaşmanın mahiyeti, uzlaşma sağlanmasının veya sağlanamamasının sonuçları hakkında da tarafları bilgilendirmektedir. şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine

²⁷⁰Tanrıver, 2013, **a.g.k.**, 280.

²⁷¹Sungurtekin-Özkan, 2005, **a.g.k.**, 366.; Ceza hukuku açısından uzlaşmanın pek çok yönden faydası bulunmaktadır. Mağdur, faille karşı karşıya gelerek suçun üzerinde yarattığı etkiyi açıklama fırsatına sahip olabilmekte; şüpheli veya sanık mağdurun uğradığı zararı giderebilme ve işlediği fiilin sonuçları üzerinde düşünebilme imkanına sahip olmaktadır. Bunlardan başka, toplumda alternatif dostane çözüm yöntemlerinin öğrenilmesi, ağır olmayan suçlarda failin topluma kazandırılabilmesi suretiyle yargılama ve cezaevi masraflarından tasarruf edilebilmesi mümkündür. Ayrıca söz konusu kurum, yargı organlarının iş yükünü azaltma ve kamu harcamalarında tasarruf edebilme bakımından da faydalı etkileri gözlenen bir kurumdur (E. Yerdelen (2013). Tıp Ceza Hukukunda Uzlaşma. *V. Sağlık Hukuku Kurultayı Kitapçığı*, s. 311-316).

²⁷²Takibi şikayete bağlı olan ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bu hükümden istisna edilmiştir. Ayrıca, uzlaştırma kapsamındaki bir suçun bu kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması halinde de uzlaştırma hükümlerine başvurulamaz (CMK, m. 253/3).

uzlaşma teklifinde bulunulmasından itibaren üç gün içerisinde kararını bildirmezse uzlaşma teklifini reddetmiş sayılmaktadır (CMK, m. 253/4-5).

Uzlaştırma müzakerelerinin yürütülmesi gizlilik içerisinde gerçekleştirilmektedir. Öyle ki, uzlaştırma görüşmeleri sırasında yapılan açıklamalar herhangi bir soruşturma veya kovuşturmada kullanılamayacağı gibi bir davada da delil olarak kullanılamaz. Müzakereler sonunda uzlaştırmacı, bu süreçte kendisine verilen belge örneklerini de içeren bir rapor hazırlar ve uzlaştırma bürosuna verir. Tarafların uzlaşması halinde, taraf imzalarının da yer aldığı raporda ne suretle uzlaşmaya varıldığı ayrıntılı şekilde açıklanır. Uzlaştırmanın sonuca ulaşmaması halinde ise yeniden uzlaştırma yoluna başvurulamaz.²⁷³ Taraflardan birine ilk uzlaşma teklifinde bulunulduğu tarihten itibaren uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek uzlaştırma bürosuna verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez. Uzlaşmanın sağlandığı durumlarda şüphelinin daha sonra edimini ifa etmemesi halinde uzlaştırma raporu, İcra ve İflas Kanunu anlamında ilam niteliğinde belge sayılır (CMK, m. 253/13-21).

Yukarıda kısaca özetlenen uzlaştırma süreci şüpheli hakkında henüz kamu davası açılmadan gerçekleşen kısmı ifade etmektedir. Kamu davası açıldıktan sonra, kovuşturmaya konu suçun uzlaştırma kapsamına girdiği anlaşıldığı takdirde dosya uzlaştırma bürosuna gönderilmektedir.

Uzlaştırma kurumu ceza hukukundan başka idare hukukumuzda da kullanılmaktaydı. 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile öngörülen ve sağlık alanında uzlaştırma kurumuna başvurulmasına imkan veren KHK'nın 24. maddesi, 02.01.2014 tarih ve 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.²⁷⁴ Bundan başka, ceza

²⁷³Uzlaşma sonucunda verilen karara ilişkin olarak CMK'da öngörülen kanun yollarına başvurulabilir (CMK, m. 253/23).

²⁷⁴663 sayılı KHK'nın ismi de 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 25 inci maddesiyle "Sağlık Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" olarak değiştirilmiştir.; Bu KHK ile düzenlenmiş olan uzlaştırma yolu, zarara neden olan bir sigortacı bulunmaması halinde söz konusu zararın kamu görevlisince bizzat tazminini öngörmekte idi. Bu durum, kamu görevlisinin kişisel kusurunu hizmet kusurundan ayırmanın zorluğu yanında sağlık kamu hizmetinde doktor ve hastayı doğrudan karşı karşıya getirmek şeklindeki sonuçlara da yol açmakta idi (Yılmaz, 2012, **a.g.k.**, 99).

hukukunda başvuru uzlaştırma müessesesinin idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından uygulanamayacağını da belirtmek gerekir.²⁷⁵ Çünkü, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinde de belirtildiği üzere, bu yola başvurabilmek için mağdur veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması gerekmektedir.²⁷⁶ Kamu kurumları veya kamu idarelerinin mağdur veya suçtan zarar gören konumunda olması durumunda uzlaştırma yoluna başvurulamayacaktır.

3.8. Arabulucunun Sorumluluğu

Arabulucunun yükümlülükleri ve sorumluluğu konusunda HUAK'ın muhtelif maddelerinde hükümler yer almaktadır. Arabulucuların uyması gereken etik ilkeler ve yükümlülükler kanunda ayrı bir başlık altında düzenlenmediğinden arabulucuların uyması gereken kurallar ve taşıdıkları yükümlülükler kanunda sayılmış olan temel ilkelerden de çıkarılabilir.²⁷⁷ Arabulucunun yükümlülükleri şöyle sıralanabilir; taraflar arasında eşitliğin sağlanması²⁷⁸ (HUAK m. 3), arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde edindiği bilgi, belge ve kayıtları gizli tutma yükümlülüğü (HUAK m. 4), HUAK'ın 5. maddesinde yer alan beyan veya belgeleri açılacak bir hukuk davası veya tahkim yolunda delil olarak ileri sürmeme ve bunlar hakkında tanıklık yapmama yükümlülüğü (HUAK m. 5), görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi (HUAK m. 9), reklam sayılabilecek faaliyetlerde bulunmama ve arabulucu, avukat ve akademik unvanı dışında

²⁷⁵Karaaslan, 2019, **a.g.k.**, 82.

²⁷⁶Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği, m. 7 (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=23823&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>).

²⁷⁷Kanunda sayılan temel ilkeler arabulucuların uyması gereken etik ilkeleri de içine almaktadır. Ceza Muhakemesi Uzlaştırma Yönetmeliği'nde temel ilkeler ve etik ilkeler ayrı başlıklar altında düzenlenmek suretiyle birbirinden ayrılmış olmasına rağmen Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliği böyle bir düzenleme içermemektedir. Ceza Muhakemesi Uzlaştırma Yönetmeliği'nde etik kuralların ayrı bir başlık altında düzenlenmiş olması uzlaştırma sürecinde uyulması gereken ilkeler ile yalnızca uzlaştırmacıların uyması gereken ilkeler arasındaki farkı ortaya koyması bakımından önem arz etmektedir. Arabulucular için etik kuralları ise kanun veya yönetmelikte ayrıca düzenlenmek yerine Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan ve Arabuluculuk Kurulu tarafından gözden geçirilen kuralların yayınlanması suretiyle düzenlenmiştir. Şunu da ifade etmek gerekir ki söz konusu etik ilkeler ihtiyari arabuluculuk süreci dikkate alınarak hazırlanmıştır (H. Albayrak (2018). Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 17 Etik Özel Sayı, s. 13).; Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan ve Arabuluculuk Kurulu tarafından gözden geçirilen etik kurallar için bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf> (Erişim Tarihi: 17.10.2021).

²⁷⁸Bu ilke aynı zamanda arabuluculuk süreci bakımından da etik bir ilkedir (Albayrak, 2018, **a.g.k.**, 13). Dolayısıyla arabulucunun, süreci yürütürken taraflara her bakımdan eşit davranma yükümlülüğü de bulunmaktadır.

başka bir sıfat kullanmama (HUAK m. 10), arabuluculuk faaliyeti süresince tarafları aydınlatma yükümlülüğü (HUAK m. 11), aidat ödeme yükümlülüğü (HUAK m. 12).

Arabulucunun yükümlülüklerinden biri olan tarafsızlık hususuna ayrıca değinmek gerekir. Arabulucunun tarafsızlığının iki yönü vardır. İlk olarak arabulucu, tarafların herhangi bir baskı hissetmeksizin görüşlerini ifade edebilmesine imkan tanırken aynı zamanda taraflar arasındaki güç dengesizliğini gidermeli ve bir tarafın diğer tarafı tehdit veya baskı altında bırakmasını önlemelidir. Tarafların kendi meselelerine uygun bir karara varmasına yardımcı olması ve belli bir çözüm şeklini benimseme noktasında taraflara baskı yapmaması ise arabulucunun tarafsızlığının ikinci yönünü oluşturmaktadır.²⁷⁹ Arabulucular, taraflara bağlayıcı bir anlaşma yapmadan önce hukuki danışmana başvurma hususunda tavsiye verebilirler²⁸⁰, zira kendileri tarafsız davranmak zorunda olduklarından hukuki bir mesele hakkında danışmanlık yapmaları tarafsızlık ilkesini zedeleyebilir.

Yukarıda sayılan yükümlülüklerden başka, arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde bu faaliyete ilişki kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri ve arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde düzenlenen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Ayrıca düzenlenen arabuluculuk son tutanağının bir örneğini de arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne göndermelidir.

3.9. Arabuluculuk Antlaşma Belgesinin Niteliği

Arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmanın geçerliliği ve niteliği üzerinde durulması gereken önemli hususlardandır. Anlaşma, tarafların ne üzerinde uzlaştıklarını, nelerden ne ölçüde feragat ettiklerini ortaya koymalı ve gerçek iradelerini yansıtmalıdır. Aksi halde mevcut uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması bir yana, süreç sonunda yapılan anlaşmanın geçerliliğine ilişkin olarak uyuşmazlıklar doğabilir veya taraflardan birinin menfaatini gözettiği iddiasıyla üçüncü kişinin hukuki sorumluluğu söz konusu olabilir. Özellikle taraflar arasında ekonomik olarak dengesizlik mevcutsa görece zayıf tarafı korumaya yönelik şekil şartlarına uyulması gereklidir. Ayrıca taraflara anlaşma belgesi

²⁷⁹Özbek, 2005, Aile Arabuluculuğu, **a.g.k.**, 89.

²⁸⁰Özbek, 2005, Aile Arabuluculuğu, **a.g.k.**, 92.

imzalanmadan önce düşünme süresi tanınmalı ve taraflardan birinin karar vermesi halinde belirli bir süre içerisinde anlaşmadan dönebilme olanağı sunulmalıdır.²⁸¹

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların anlaşmaya varmaları halinde, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verilmesi talep edilebilir. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması halinde bu süreç sonunda yapılan anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh arabulucunun görev yaptığı sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması halinde icra edilebilirlik şerhi davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18/2).

Belirtmek gerekir ki, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 24. maddesiyle getirilen düzenleme ile birlikte icra edilebilirlik şerhi talep edilmesine gerek duyulmaksızın, tarafların avukatları ile birlikte arabulucunun imzaladığı anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge hükmündedir. Bu düzenlemenin Arabuluculuk Kanunu m. 18/2 düzenlemesinden farkı sürecin tarafların avukatlarının da dahil olmasıyla yürütülmesinden kaynaklanmaktadır. Bu şekilde imzalanan anlaşma belgesi, ilam niteliğinde belge hükmünde kabul edilen Avukatlık Kanunu'nun 35/A düzenlemesinde yer alan uzlaştırma tutanakları ile eşdeğer bir niteliğe sahip olacaktır.²⁸²

Arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılacak anlaşmalara hukuk düzenince bağlayıcılık kazandırılmaktadır. Bu bakımdan tarafların hak kaybına uğramaması adına, hukuken bağlayıcı bir anlaşma yapmadan önce bir avukat veya hukuk danışmanına başvurulması arabuluculuğun geliştiği ülkelerde arabulucular tarafından tavsiye edilmektedir.²⁸³

3.10. Arabuluculuğun Sona Ermesi ve Sonuçları

Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar olan süreç arabuluculuğun mahkeme ile arasındaki ilişkisine göre değişiklik göstermektedir. Mahkemeden bağımsız olarak yürütülen, mahkeme ile bağlantılı olarak yürütülen veya mahkeme içi yürütülmek üzere başlatılan arabuluculuk süreci arabulucunun da seçilmesinin ardından arabulucunun tarafları bir araya getirmesiyle başlamaktadır. Sürecin aşamaları, maddi vakıaların açıklanması, tarafların tüm iddia ve taleplerini açıkça

²⁸¹Özbek, 2007, Avrupa Birliğinde, **a.g.k.**, 305.

²⁸²Korkmaz ve Kıyak, 2018, **a.g.k.**, 43.

²⁸³Özbek, 2005, Aile Arabuluculuğu, **a.g.k.**, 92.

ifade etmesi, bağlayıcı olmaksızın tarafların çözüm önerileri getirmesi ve önerilerin değerlendirilmesi ile devam etmektedir. Bu aşamaların ardından söz konusu uyuşmazlığa ilişkin bir tamamen veya kısmen anlaşmaya varılırsa veyahut uyuşmazlık anlaşma sağlanmaksızın devam etmekte ise arabuluculuk süreci sona erer.²⁸⁴

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi HUAK'ın 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; tarafların anlaşmaya varması, arabulucunun taraflara danışmasının ardından arabuluculuk için daha fazla çaba harcanmasının gereksiz olduğu yönündeki tespiti, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak sona ermesi, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi hallerinde arabuluculuk faaliyeti sona erer.

Arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sonuçlandığı, tarafların anlaşıp anlaşmadığı bir tutanak ile belgelenir. Arabulucu tarafından düzenlenen bu tutanak, arabulucu, taraflar, tarafların kanuni temsilci veya avukatları tarafından imza edilir. Tutanak, taraflar, bunların kanuni temsilci veya avukatları tarafından imzalanmadığı takdirde arabulucu sebebini belirterek yalnızca kendisi imzalar. Bu tutanağa, arabuluculuk faaliyetinin sonlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, tutanak ve sonuçları hakkında taraflara gerekli açıklamayı yapar.

²⁸⁴M. Taşpolat-Tuğsavul (2012). *Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 164-181.

BÖLÜM II: İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN KULLANILABİLİRLİĞİ

1. İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Duyulan İhtiyaç

Hukuki uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yeri yargı mercileridir. İdarenin uyuşmazlıkları bakımından da aynı durum söz konusudur. Ancak, en güvenceli çözüm yolu yargı yerlerine başvurmak olsa da idarenin uyuşmazlıklarının başka türlü yollarla da çözümlenmesi, idari denetim yolları işletilerek ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi veya hiç değilse en aza indirilmesi mümkündür.²⁸⁵

İdare, kamu adına kullandığı yetkiler aracılığıyla kişilerin hukuki durumlarında tek yanlı değişiklikler yapabilmekte ve bu işlemleri gerçekleştirirken ilgililerin rızasını aramamaktadır. İşte idare, bu yetkilerini kullanırken hukuka uygun davranmak durumundadır. İdarenin hukuka uygun davranmasının sağlanması idarenin denetimi ile gerçekleştirilir. Aksi halde idarenin keyfi ve haksız bir şekilde bireylere zarar vermesi gündeme gelir. Hukuk devletinden söz edebilmek için denetim ve yaptırım mekanizmalarının etkin, sürekli ve düzenli şekilde işliyor olması gerekmektedir.

İdarenin denetimi yargı yolu ile denetim ve yargı dışı yollarla denetim şeklinde iki başlık altında inceleyebilir. Bunlardan yargı yolu denetimi yaptırım ve hukuki değer bakımından diğer denetim yollarından farklılık arz etmektedir. Yargı dışı denetim yolları²⁸⁶ “idari denetim, parlamento denetimi²⁸⁷, halkın denetimi (kamu oyu denetimi-

²⁸⁵G. Kaplan (2020). *İdari Yargılama Hukuku*. (7. Baskı), Bursa: Ekin Yayınevi, s. 23.

²⁸⁶İdarenin denetimi yargısal denetim yanında siyasi denetim ve kamuoyu denetimi şeklinde de gerçekleştirilebilir (Günday, 2011, **a.g.k.**, 46). ; İdarenin denetim yolları ombudsman, siyasi denetim, idari denetim, kamu oyu denetimi ve yargı denetimidir (Ş. Karatepe (1988). *İdare Hukuku*. İzmir: Anadolu Matbaacılık, 214).

²⁸⁷Yasama organınca idare ve bakanlar üzerinde yapılan denetime denmektedir. Siyasi denetim olarak da adlandırılmaktadır. Bu denetim hükümetin denetlenmesi yoluyla veya TBMM bünyesinde kurulu bulunan komisyonlar tarafından idarenin denetlenmesi şeklinde gerçekleşebilmektedir (Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 24-26).

S.K.) ve müracaat yoluyla denetim²⁸⁸” şeklinde gruplanabilir.²⁸⁹ Yargısal denetim mahkemeler aracılığıyla gerçekleştirilirken idari denetim idarenin kendi iç denetim mekanizmaları sayesinde denetlenmesi (hiyerarşik denetim²⁹⁰, vesayet denetimi²⁹¹, öz denetim²⁹²) ile veya Devlet Denetleme Kurulu, Sayıştay, Kamu Denetçiliği Kurumu, spesifik idari kurulların²⁹³ yaptığı denetim ile gerçekleşebilmektedir.²⁹⁴ Bahsedilen denetim araçları idarenin hukuka uygunluğunu denetlemenin, Anayasa ve kanunlara uygun hareket etmesini sağlamanın yanında idari uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma işlevi de görmektedir. Bu bakımdan idari denetim araçlarını da uyuşmazlık çözüm yolu olarak ifade etmek yanlış olmayacaktır.²⁹⁵

İdarenin hukuka bağlılığını gerçekleştirirmedi en etkili araç yargı denetimidir. Bir uyuşmazlık halinde yargı denetimi yolunu ise işletmek her durumda mümkün olmamaktadır. Yargı yolu işletilse dahi yargı denetiminin sınırlı ölçüde gerçekleştirilmesi ve geç sonuç alınması, bu yollardan başka yukarıda örnekleri verilen yargı dışı denetim yollarıyla idarenin denetlenmesini elzem hale getirmiştir.²⁹⁶ Bu bölümde yer verilecek olan yargı dışı çözüm yolları, uyuşmazlığın mahkemece çözümlenmesi usulü dışında kalan, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının da dahil olduğu diğer usulleri ifade etmek üzere kullanılmıştır.

²⁸⁸İdarenin İYUK’un 10. ve 11. maddesinde öngörülen yolla, yani istifat başvurusu da denen yolla denetlenmesi de idarenin iç denetim mekanizmaları içerisinde değerlendirilebilir. Ancak bizim bu başvuru türünü ileride görülebileceği gibi hiyerarşik denetim, vesayet denetimi ve öz denetim yolları ile aynı kategori içerisinde değerlendirmememizin nedeni istifat denetiminin yalnızca ilgililerin başvurusu üzerine harekete geçirilmesidir. Oysa idarenin iç denetim yollarında idare -başvuru ile harekete geçirilebilirse de kendiliğinden harekete geçebilmektedir. Nitekim hiyerarşik denetim, vesayet denetimi ve öz denetimde bu durum geçerlidir.

²⁸⁹H. Eroğlu (1978). *İdare Hukuku*. Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, s. 342.

²⁹⁰Kurumlardaki hiyerarşi ilişkisinden kaynaklanan denetim yolu olarak ifade edilmektedir (Karatepe, 1988, **a.g.k.**, 218).

²⁹¹İdarenin bütünlüğünü sağlayan araçlardan biri olan vesayet denetiminin yanında, idari vesayet makamlarına yapılan idari başvurular da söz konusu olabilir. “*İdari vesayet makamlarına yapılan başvurular yerinden yönetim ilkesine göre örgütlenen kamu tüzel kişiliklerinin kararları aleyhine yasaların öngörmesi koşuluyla yine yasaların öngördüğü makamlar ya da kişilere yapılan başvurulardır*” (R. Yıldırım (2006). *İdari Başvurular*. (2. Baskı), Konya: Mimoza Yayınları, s. 94).; Karatepe, 1988, **a.g.k.**, 219.

²⁹²Öz denetim, hiyerarşik üstü bulunmayan idari makamların kendi kendini denetlemesine verilen addır (Yıldırım, 2006, *İdari Başvurular*, **a.g.k.**, 141).

²⁹³Spesifik idari kurullar deyiminden Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Kolluk Gözetim Komisyonu gibi kurulların yaptığı denetim anlaşılabilir (Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 24).

²⁹⁴A. D. Ulusoy (2019). *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 641-647.

²⁹⁵Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 24.

²⁹⁶Eroğlu, 1978, **a.g.k.**, 341.

İdarenin uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurular hukuk sistemlerinde bir süredir yer almaktadır. Bu ihtiyacın ortaya çıkışındaki temel neden yargılamanın uzun sürmesi, masraflı olması ve yargı denetiminin sınırlı olması olarak ifade edilmektedir. Bu gelişmeler idari yargıda başvuru bazı kurumların ortaya çıkmasına da neden olmuştur.²⁹⁷ Yargılamanın uzun, masraflı olması, yargı denetiminin sınırlı olması gibi nedenler aynı zamanda idari yargının etkinliğini azaltan nedenlerdir. İdari yargıda iş yükünün fazla olması ve karar verilme sürecinde gerekli zamanın ayrılamaması da bu sonucu ortaya çıkarmaktadır. Teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren durumlarda idari yargı yerlerinde yaşanan aksamlar ve idari yargı hakimlerinin çoğu zaman bilirkişi raporlarına dayanarak karar almaları bu yargı yerlerinin etkinliğine olan inancı da zedelemektedir.²⁹⁸ Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde, yargı denetiminin etkinliğinin artırılmasına yönelik çalışmaların haricinde, yargının içinde bulunduğu yoğun durumu az da olsa hafifletmek amacıyla alternatif çözüm yollarının idari yargıda da yaygın kullanımının teşvik edilmesi ve bu yollara başvurunun sağlayacağı faydaların kamuoyuna tanıtılması gerekmektedir.

İdare hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma ihtiyacının hasıl olmasının ardından hangi yolların kullanılabileceğine dair soru akıllara gelmektedir. İdare hukukunda genel olarak şu alternatif çözüm yollarına başvurulabileceği ifade edilmektedir: tahkim, uzlaştırma²⁹⁹, arabuluculuk, iç (dahili) inceleme³⁰⁰, müzakere,

²⁹⁷A. Ü. Azrak (2009). İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri. *Danıştay İdari Yargı Sempozyumu*. Ankara, s. 71.

²⁹⁸N. İ. Çolak. İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları. https://www.ilkercolak.com.tr/idari-uyusmazliklarda-alternatif-cozum-yollari/#_ftn5, s. 2.

²⁹⁹Bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak yargı yoluna başvurulmadan önce, idari uzlaştırma yoluyla uzman kişi ya da kişilerden oluşan heyetin uzlaştırıcı olarak hareket etmesiyle idari uyuşmazlıklar çözümlenebilir. Böyle bir yolun öngörülmesi halinde uzlaştırıcı olarak görev alacak uzman kişilerin hem hukuki hem de gerektiğinde teknik bilgi anlamında eğitim almış kişilerden oluşması gerekmektedir. Yargı süreci devam eden davalar bakımından da hakim veya taraflar uyuşmazlığın uzlaşma yoluyla çözümlenmesini gündeme getirebilir. Nitekim yargı birliği sistemi bulunan İngiltere’de idari kurullar aracılığıyla, Alman idari yargısında da hakimlerin uyuşmazlığın uzlaştırma yoluyla çözümlenmesinin daha uygun olacağı yönündeki yönlendirmesiyle idari uzlaştırma kurumu yer bulmaktadır (Çolak, **a.g.k.**, 10-12).

³⁰⁰İç inceleme (internal reviews) kurumunun karşılığı olarak hukukumuzda idari itiraz kurumu gösterilmektedir. İç inceleme, idari işlemi yapan veya idari işlemi yapan makamın hiyerarşik üstü konumunda olan merciden resmi bir talepte bulunulması olarak ifade edilmektedir. (Odyakmaz, Çınarlı ve Avcıoğlu Aksoy, 2018, **a.g.k.**, 30). Çalışmamızda, adı geçen yazarın kullandığı idari itiraz kavramı yerine idari başvurular kavramı kullanılmış ve ilerleyen bölümde buna ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

müzakereye dayalı anlaşma³⁰¹.³⁰² Buna göre ilgililer, idare ile aralarında meydana gelen uyuşmazlıkları yargı yoluna başvurmaksızın ve üçüncü kişinin yardımını olmaksızın kendi aralarında anlaşarak müzakere yoluyla çözebilecekleri gibi, uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırmak amacıyla tavsiye ve görüşlerini bildiren tarafsız bir üçüncü kişi olan uzlaştırıcı veya arabulucunun sürece dahil olmasıyla da çözebilirler.³⁰³ Uzlaştırıcı veya arabulucunun sürece dahil olduğu çözüm yollarında süreç, taraflar arasında yapılan bir anlaşma ile sona erdirilebileceği gibi idarenin tek taraflı bir işlemiyle de sonlanabilir. Sürecin idarenin tek taraflı işlemiyle sonlanması, ilgilinin itirazda bulunduğu idari işlemin geri alınması şeklinde gerçekleşebilir.³⁰⁴

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sadece bireylerin taraf olduğu uyuşmazlıklarda değil, idarenin bir tarafını oluşturduğu uyuşmazlıklarda da kullanılmaktadır. Sadece ABD gibi Anglo-Sakson hukuk sisteminin hakim olduğu ülkelerde değil bunların yanında Fransa, Belçika, Almanya gibi Kıta Avrupası ülkelerinde de bunun uygulamasına rastlamak mümkündür. Nitekim bu yönde olmak üzere ülkemizde de sulh, uzlaşma ve idari başvuru yolu idari yargıda başvurulmak üzere düzenlenen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasındadır.³⁰⁵

Uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözüme kavuşması hususunda çalışmanın ilk bölümünde belirttiğimiz faydalar, aynı uyuşmazlıklara idarenin taraf olması halinde de geçerlidir. Özellikle zaman ve masraf bakımından yapılan tasarruf, idare ile vatandaş arasında ılımlı bir havanın hakim olması gibi faydalar sağlanmış olacaktır. Bunun yanında dava sayısının azalması ve idari yargının iş yükünün hafifletilmesi de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının faydası arasında gösterilse de idarenin içtihat hukuku olması sebebiyle, azalan davaların içtihatların gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği gibi

³⁰¹Tarafların uzlaştırma veya arabuluculuk sürecine katılmaksızın karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle uyuşmazlığı bitirdiği ve yapılan anlaşmanın tarafları bağlayıcı nitelik taşıdığı bir uyuşmazlık çözüm yoludur (Odyakmaz, Çınarlı ve Avcıoğlu Aksoy, 2018, **a.g.k.**, 36-38).

³⁰²Odyakmaz, Çınarlı ve Avcıoğlu Aksoy, 2018, **a.g.k.**, 30.; Bu sayılan yolların dışında, uyuşmazlığa konu idari uygulama konusunda istikrar kazanmış bir yargı kararının varlığı doğrultusunda uyuşmazlığın çözümlenebilmesi yolunun da geliştirilmesi gerektiği görüşü mevcuttur. Yine, bir idari uygulamanın birçok kişiyi etkilemiş olması halinde veya bir uygulamadan dolayı pek çok kişinin menfaatinin ihlal edilmesinin söz konusu olma ihtimalinin mevcut olduğu durumlarda ilgili idarenin ilgisine göre Danıştay'dan görüş talep etmek suretiyle (istişari görüşten farklı olarak) hareket etmesinin mümkün olması gerektiğine dair bkz. Çolak, **a.g.k.**, 13.

³⁰³Uzlaştırıcı, uyuşmazlığa konu idari işlemi yerindelik açısından denetleyebilir (Odyakmaz, Çınarlı ve Avcıoğlu Aksoy, 2018, **a.g.k.**, 31).

³⁰⁴Odyakmaz, Çınarlı ve Avcıoğlu Aksoy, 2018, **a.g.k.**, 31-32.

³⁰⁵Karaaslan, 2019, **a.g.k.**, 73-74.

kaygılar da ifade edilmektedir. Ancak bu olumsuzluk, davalara ayrılacak zamanın artması ve daha nitelikli kararların ortaya çıkmasıyla giderilebilir.³⁰⁶ Biz de aynı kanaati taşımaktayız. Zira ilk derece mahkemelerince verilen kararlarla çözüme kavuşan uyuşmazlıkların sayısı oldukça azdır. Davaların büyük çoğunluğu en azından istinaf aşamasında karara bağlanabilmektedir. Bu halde, uyuşmazlığın en erken aşamada, tarafların uzlaşması yoluyla çözümü mümkün olabileceken üst mahkemelere başvurulması suretiyle sürecin uzamasının içtihatların gelişimi bakımından uzun vadede olumlu anlamda büyük bir fark yaratmadığını düşünmekteyiz.

İdare hukukumuzda halihazırda, kamu hukuku kaynaklı uyuşmazlıkların giderilmesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulduğu görülmektedir. Bunlar açıkça alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak zikredilmese de çeşitli yasal düzenlemelerde kendini göstermektedir.³⁰⁷ Bu kapsamda uyuşmazlıkların idari başvurular yoluyla çözümlenmesi³⁰⁸, uzlaşma yoluyla giderilmesi, düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları tarafından uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması,³⁰⁹ kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü ve Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvuru yolunun denenmesi kamu hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde başvurulabilecek alternatif yollar arasında kabul edilmektedir.³¹⁰

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının idari davalarda uygulanabilirliği konusunda tereddütler bulunmaktadır. Burada asıl problem, halkın ve uygulamada yer

³⁰⁶Karaaslan, 2019, **a.g.k.**, 87.

³⁰⁷Özbek, 2004, **a.g.k.**, 386.

³⁰⁸İdari başvurular, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak yalnızca ülkemizde değil başka ülkelerde de kullanılmaktadır. Örneğin Çin'de, vatandaşlar ilgili idare tarafından dikkate alınmak ve değerlendirilmek üzere, şikayetlerini sunabilirler. Bu yöntemlerden biri "letter-and-visit complaint" olarak ifade edilmektedir. Yöntem, hukuki bir prosedür olarak ifade edilmemekle birlikte bunlardan çok daha önce var olan politik bir mekanizma olarak gösterilmektedir. Çin Halk Cumhuriyeti kurulmadan çok daha önceki dönemde parti lideri, şikayet mektuplarını değerlendirmek üzere özel bir kurum ihdas etmiştir. Şikayetçi kimse, yargı yoluna başvurmasa dahi söz konusu şikayetini en yüksek idari organlar ve merkezi hükümet önünde dile getirebilmekte ve bu yolla uyuşmazlık çözüme kavuşabilmektedir. Bir diğer yöntem ise idari inceleme yöntemidir (Gao, 2019, **a.g.k.**, 109). Çin'deki idari inceleme kurumu ve gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Ma ve J. Wang (2018). The Development and Improvement of Administrative Review System. In: Building a Government Based on the Rule of Law. *Research Series on the Chinese Dream and China's Development Path*. Singapore: Springer (https://doi.org/10.1007/978-981-13-0999-1_8), s. 157-175. (Erişim Tarihi: 18.12.2021)

³⁰⁹Bazı düzenleyici ve denetleyici kurumların kendi görev alanlarına giren konulara ilişkin olan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yapma görevi olduğu hakkında bkz. Hasoğlu, 2016, **a.g.k.**, 1992.

³¹⁰A. Hasoğlu (2016). İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), s. 1989-1993.

alan kimselerin ilgisizliği değil, bu konuda halkın ve idarenin yeterince bilinçli olmaması ile idarenin uyuşmazlık çözümlerinde hızlı ve ucuz yolları tercih etmeyi benimsememiş olmasından kaynaklanmaktadır.³¹¹ 2003 yılında hazırlanmış olan Genel İdari Usul Yasası Taslağında alternatif uyuşmazlık çözümlerinin bir kısmına yer verilmiş idi. Uzlaşma, müzakere ve arabuluculuk yoluna başvurulmasına ilişkin esaslar bu Taslakta düzenlenmiştir.³¹²

İdarenin uyuşmazlıklarının yargısal yollara başvurulmadan çözümlenebilmesi için idarenin tek taraflı emretme mantığını ve otoriteden kaynaklanan üstünlük anlayışını, karşı tarafı da dikkate alır şekilde bir modele dönüştürmesi bir gereklilik olarak ifade edilmektedir. Zira ölkemizdeki bürokratik yapı biraz sonra bahsedilecek olan sulh yolunun da işlevi ve etkisini azaltmış, idareyi bireylerle iletişimde tek yönlü hareket eder şekilde konumlandırmıştır. Bu durumun açılması için bireylerle iletişimi sağlar şekilde eşitlikçi ve tek taraflı değil iki taraflılığı esas alan bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği ifade edilmektedir.³¹³

Uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümlenmesinin çok daha yaygın hale gelmesi pek çok faydayı beraberinde getirir de kişilerin hak arama hürriyetini kullanmalarını engellememesi gerekmektedir. Bu husus Avrupa Konseyi Aile Arabuluculuğu Hakkında Tavsiye Kararında da şu şekilde ifade edilmektedir: “*Dostane çözümlerinin yaygınlaşmasının istenmesine rağmen, arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözümlerinin gelişimi, vatandaşların adalete ulaşma hakkını (hak arama hürriyetini) kullanmalarını engellememelidir.*”

İdare hukukunda yargı dışı uyuşmazlık çözümlerinin kullanıldığı alanlar, bireysel idari işlemlere ilişkin taleplerin değerlendirilmesi, idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesi, idarenin özel hukuk sorumluluğunun meydana geldiği durumlarda uyuşmazlığın karşı tarafına bir miktar paranın ödenmesini konu alan taleplere ilişkindir. Hangi alternatif uyuşmazlık çözümlerinin uyuşmazlığı çözmeye uygun olduğu, uyuşmazlığın türüne göre değerliklik arz edebilecektir.³¹⁴

³¹¹Hohmann, 2018, **a.g.k.**, 91.

³¹²Yılmaz, 2012, **a.g.k.**, 96.

³¹³G. Özkan (2016). Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümleri. *International Conference on Eurasian Economies*, s. 266.

³¹⁴M. Özbek (2005). İdari Uyuşmazlıkların Çözümlerinde Yargılama Dışı Usuller (II). *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (57), s. 85.

İdari uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan yöntemlerin bir kısmında yargı yoluna başvurulmadan uyuşmazlık çözülürken bir kısmında yargı yoluna başvurulmuş veya alternatif yollarla çözülmektedir. Bu yollara başvurulduğunda idarenin denetlenmesi de sağlanabilmekte ve uyuşmazlık henüz doğmadan da çözüme kavuşturulabilmektedir.³¹⁵

İdare hukukumuzda başvuru dışı çözüm yollarına yer vermeden önce bir hususa değinilmesi faydalı olabilir. Görülmektedir ki, uzlaşma, sulh, anlaşma kavramlarıyla yargı dışı çözüm yollarına yer veren çeşitli kanunlardaki düzenlemeler içerik ve nitelik olarak birbirine benzemektedir, ancak farklı kavramlarla ve farklı şekillerde düzenlenmişlerdir.³¹⁶ İdare ile uyuşmazlığın diğer tarafını bir araya getiren ve fakat şekillerde hukuki düzenlemelere konu olan çözüm usulleri esasen tek bir ihtiyaca, yani tarafların anlaşması suretiyle çözüm bulunması ihtiyacına yöneliktir. Dolayısıyla bu başlık altında yer verilen usullerdeki kavram farklılığı yerine kurumun niteliği ve doğurduğu sonuçların göz önüne alınması faydalı olabilecektir.

Aşağıda ayrıntılarına yer verilecek olan alternatif çözüm usullerini tam anlamıyla arabuluculuk veya uzlaştırma gibi usullere benzer şekilde nitelendirmek zor gözükmektedir, dolayısıyla bunları kendine özgü çözüm usulleri şeklinde ifade etmek daha doğru olabilir. İdari uyuşmazlıklarda başvurulacak özellikle arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yollarına ilişkin olarak idare hukuku ilkelerine uygun ayrı bir kanun çıkarılması ve burada ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesi bu yollara işlerlik kazandırılması bakımından gerekli gözükmektedir.³¹⁷

2. İdare Hukukumuzda Başvuru Dışı Çözüm Yolları

2.1. Sulh³¹⁸

2.1.1. Genel olarak

Sulh, uyuşmazlık taraflarının kendi menfaat ve taleplerinin bir kısmından karşılıklı fedakarlık yapmak suretiyle ortak bir zeminde anlaşarak uyuşmazlığa son verdiği bir usuldür.³¹⁹ Medeni yargıda görülen uyuşmazlıklarda sulh yoluna başvuru ve hakimin sulh

³¹⁵A. Özkan (2016). Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Yargılama Sürecine Etkisi ve İdari Yargı Sisteminde İşlerliği. *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, CİEP Özel Sayısı, s. 617.

³¹⁶Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 43.

³¹⁷Korkmaz ve Kıyak, 2018, **a.g.k.**, 39.

³¹⁸Alman İdare Hukukunda sulh yolunun düzenlenişine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, 2012, **a.g.k.**, 94-95.

³¹⁹R. Çağlayan (2021). *İdari Yargılama Hukuku*. (13. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 169.

yoluna teşviki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) düzenlenmiştir. HMK'nın 137. maddesinde dilekçeler aşamasının ardından gelen ön inceleme aşamasında hakim veya mahkemenin, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlığın varlığı durumunda tarafları sulhe (veya arabuluculuğa³²⁰) teşvik edeceği hükme bağlanmıştır. Bundan başka, taraflara ön inceleme duruşması için çıkarılacak davetiyede sulh için gerekli hazırlığı yapmaları bildirilir (HMK, m. 139) ve ön inceleme duruşmasında da yine taraflara, üzerinde anlaşamadıkları hususları sulh veya arabuluculuk ile çözümleyebilecekleri hatırlatılır. Bu duruşmada hakim veya mahkeme, sulh ve arabuluculuk süreçlerinin esasları, işleyişi ve hukuki sonuçları konusunda tarafları aydınlatıcı bilgiler verecektir (HMK, m. 140).

Hakimin tarafları sulhe teşvik etmesinden başka, sulh kurumunun kendisi HMK'nın 313. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre sulh, "görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir". Davayı sona erdiren bir işlem olarak sulh, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların konu olduğu davalar bakımından geçerlidir.

Bir uyuşmazlığın çözümünde mahkeme önünde sulh yoluna başvurulabilmesi ise ancak tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildiği halde söz konusu olabilir. Bir başka ifadeyle, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir dava konusunun mevcut olmaması durumunda her ne kadar tarafların iradesi sulh olma yönünde olsa ve bu irade tutanağa geçirilmiş olsa dahi tarafların bu iradesi bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Sulhun hüküm ve sonuç doğurabilmesi, aynı zamanda sulhun ne üzerine yapıldığının belirli veya belirlenebilir olmasına da bağlıdır.³²¹

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlenişini aktardığımız sulh kurumu ile idari yargıda görülen uyuşmazlıkların çözümlenmesi mümkün değildir. Çünkü İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde yapılan atıfla Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmasının öngörüldüğü konular arasında sulh kurumu yer almamaktadır. HMK anlamındaki sulh idare hukukumuzda genel olarak düzenlenmiş değildir. Ancak idari uyuşmazlıkların yargı yerlerinde görülmesinden önce anlaşma

³²⁰Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 7/6/2012 tarih ve 6325 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle hakimin sulhe teşvik etmesini öngören bu hükme, arabuluculuk kurumunun ülkemizde yasal düzenlemeyle kabul edilmesinin ardından "veya arabuluculuğa" ibaresi eklenmiştir.

³²¹Sungurtekin-Özkan, 2005, **a.g.k.**, 354.

yoluyla çözümlenmesine imkan tanıyan çeşitli düzenlemelere idare hukukumuzda yer verilmiştir. 2011 yılında kabul edilip yürürlüğe konan 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname ile kabul edilen ilgililerin idari işlem veya eylemlerden kaynaklanan zararlarının giderilmesine yönelik olarak düzenlenen sulh yolu bu düzenlemelerin başında gelmektedir. Bundan başka, yine idare ile tarafların sulh yoluyla uyuşmazlıklarını çözümlenebileceklerini öngören düzenleme, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun'da yer almaktadır.³²²

2.1.2. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda sulh yoluna başvuru

Bu başlık altında açıklayacağımız 659 sayılı KHK ile düzenlenen sulh, bir usul işlemi değil bir maddi hukuk işlemidir. Bu anlamda yapılacak sulhun sonuçları hem maddi hukuk hem de usul hukuku bakımından ortaya çıkar.³²³ Sulh müessesesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda temas edilen bir müessesedir. Bu düzenlemeye göre hakim, sonuç alınmasının mümkün görüldüğü hallerde tarafları sulhe teşvik etmekle görevlidir. Hakimin bu işlevi kapsamında değerlendirildiğinde uyuşmazlığın çözümü bakımından hakimin arabulucu gibi hareket etme yetkisinin de bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.³²⁴

26/9/2011 tarihinde kabul edilip yürürlüğe giren 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri³²⁵ ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, bu idarelerde hukuk hizmetlerinin daha etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun olarak yürütülmesine ilişkin esasları

³²²Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 40.; 5393 sayılı Belediye Kanunu ile 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda bazı uyuşmazlıkların sulh yoluyla halline ilişkin hükümler yer almaktadır. Ancak söze konu uyuşmazlıkların özel hukuka tabi uyuşmazlıklar mı yoksa idare hukukuna tabi uyuşmazlıklar mı olduğu bu düzenlemelerden anlaşılammamaktadır (Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 41).; Belediye Kanunu'nda buna ilişkin yer alan hükümler, “*vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beşbin YTL'den fazla dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragate karar vermek*” şeklindeki 18/h maddesinde ve “*vergi, resim ve harçlar dışında kalan dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek*” şeklindeki 34/f maddesinde karşımıza çıkmaktadır. İl Özel İdaresi Kanunu'nun ilgili hükümleri ise, “*vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı yirmibeşmilyar Türk Lirasına kadar olan dava konusu uyuşmazlıkların anlaşmayla tasfiyesine karar vermek*” şeklindeki 7/e maddesi ile “*vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beşmilyar Türk Lirasına kadar olan ihtilafların sulhen halline karar verme*” şeklindeki 26/f maddesine yer almaktadır.

³²³Karaaslan, 2019, **a.g.k.**, 88.

³²⁴Tanrıver, 2006, **a.g.k.**, 172.

³²⁵Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay dâhil.

düzenlemektedir.³²⁶ KHK ile idarenin, taraf olduğu davalar, icra takipleri ve uyuşmazlıkların çözümü konusundaki genel yetkileri düzenlenmektedir.³²⁷ Yani, bu hükümler yalnızca idarenin adli veya idari uyuşmazlıklarının sulh yolu ile çözümüne ilişkin özel hükümler değil, aynı zamanda idarenin sayılan uyuşmazlıklarının çözümünde geçerli olacak genel hükümlerdir. Böylelikle denebilir ki, idarenin uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi söz konusu olduğunda bu hükümler, uygun düşüğü ölçüde uygulama alanı bulabilecektir. Ülkemizde Arabuluculuk Kanunu ve uygulaması kabul edilmeden önce yayımlanmış olan 659 sayılı KHK ile öngörülen uyuşmazlık çözüm usulü, aynı zamanda idarenin taraf olduğu arabuluculuk süreçleri bakımından da geçerli hükümler içermektedir.³²⁸

Bu KHK'nın 9. maddesinde, idarelerin adli yargıda açılmış bir davada taraf olduğu durumlarda karşı tarafı sulhe davet etmesinin esas olduğu düzenlenmiştir. Buna göre idareler aleyhlerine açılmış veya açılacak olan dava veya icra takipleri hakkında karşı tarafı sulhe davet edebilirler. Sulhe davet yazısının karşı tarafa tebliğ edilmesiyle birlikte uyuşmazlık konusu hak ve alacağa ilişkin kanuni süreler durur. Sulh sağlanamadığı takdirde ise bu hususun tutanağa bağlandığı tarihten itibaren süreler işlemeye devam eder. Bu KHK hükümleri uyarınca yapılan sulh anlaşması ilam niteliğinde belge niteliğini haizdir. Sulh anlaşmasında üzerinde uzlaşılan hususlara ilişkin olarak dava açılmaz (659 sayılı KHK. m. 10).

Aynı KHK'nın 12. maddesinde ise, idari uyuşmazlıklar dolayısıyla ilgililerin uğradığı zararların sulh yolu ile giderilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, idari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiği iddiasında olan kişiler, dava açma süresi içerisinde idareye başvurarak uğramış oldukları zararın giderilmesini talep edebilirler.³²⁹ Burada belirtmek gerekir ki, ortadaki uyuşmazlığı çözümü için sulh yoluna başvurabilecekler arasında yalnızca idari işlem veya eylemden dolayı hakları ihlal edilen kişiler yer almaktadır. Uyuşmazlığın diğer tarafı olan idarenin söz konusu uyuşmazlığın çözümünde

³²⁶Bunun dışında kalan idareler kendi kuruluş kanunlarının çizdiği çerçeve içerisinde kalmak kaydıyla adli uyuşmazlıklarının sulh yoluyla uyuşmazlık çözümüne başvurabilirler (Karaaslan, 2019, **a.g.k.**, 88).

³²⁷P. Çiftçi (2020). İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine Dair Özel Kurallar ve Uygulama Sorunlarının Değerlendirilmesi. *Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu*, s. 457.

³²⁸Çiftçi, 2020, **a.g.k.**, 457.

³²⁹İdari eylemler dolayısıyla hakları ihlal edilen kişilerin İYUK m. 13 uyarınca idareye yaptığı ön başvurular bu hüküm anlamında sulh başvurusu olarak kabul edilmektedir.

sulh yoluna başvurulmasını kendiliğinden öneremeyeceği bu hükümden anlaşılmaktadır.³³⁰

Sulh olmaya ilişkin başvuru işlemekte olan dava açma süresini durdurucu etkiye sahiptir. Yapılan sulh başvuruları belli bir konu veya talebe ilişkin değilse ilgili idari merci tarafından reddedilir. Usulüne uygun olarak yapılan ve idarece reddedilmeyen başvurular hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonuna³³¹ gönderilir. Komisyon, sulh başvurularını incelerken bilirkişi incelemesi de dahil olmak üzere her türlü inceleme ve araştırmayı yapar. Başvurunun konusu, zararı doğuran olay ve nedenleri, söz konusu zararın bir idari işlem veya eylem dolayısıyla meydana gelip gelmediği, idarenin tazmin sorumluluğunun mevcut olup olmadığı, zararın miktarı ve ödenecek tazminat tutarı komisyonca tespit edilecek hususlar arasında sayılmıştır. Komisyon, yaptığı inceleme sonucunda hazırlamış olduğu raporu bu KHK'nın 11. maddesi uyarınca karar vermeye yetkili mercilere sunar. Bu mercilerin sulh başvurusunu kabul etmesi üzerine sulh başvurusunda bulunan kimseye hazırlanan sulh tutanağını imzalaması için süre verilir (659 sayılı KHK m. 12/1-6).

İdarenin uyuşmazlıklarının sulh yoluyla çözümü ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hak ve menfaatlere ilişkin olabilir. Bu yönde olmak üzere, kamu hukukundan doğan vergi, ceza ve benzeri konulara ilişkin olarak bu KHK anlamında sulh yoluna başvurulamayacağı ancak özel borç ilişkilerinden, idarenin hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluğu uyarınca meydana gelen alacak ve borçlara ilişkin olarak sulh yoluna başvurulabileceğini belirtmek gerekir.

İdari uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesi yalnızca ilgililerin idari işlem veya eylem dolayısıyla zarara uğraması durumunda söz konusu olabilmektedir. Başka bir ifadeyle idari sözleşmelerden dolayı meydana geldiği iddia edilen zararların bu kapsamda değerlendirilmesi söz konusu değildir.³³² Kısaca ifade edilirse, yalnızca idari işlem veya eylemlerden kaynaklanan tazminat talepleri sulh yoluyla çözüme kavuşturulabilir.

³³⁰Çağlayan, 2021, **a.g.k.**, 170.

³³¹Bu komisyonun çalışma usulü ve esasları, "Hukuki Uyuşmazlık Değerlendirme Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"te düzenlenmektedir. İlgili yönetmelik için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatTur=3&MevzuatNo=20123178&MevzuatTertip=5>.

³³²Karaaslan, 2020, **a.g.k.**, 95.

Bundan başka örneğin idari işlemlerin kaldırılması, geri alınması yahut değiştirilmesine ilişkin talepler bu yolla çözüme kavuşturulamayacaktır.³³³

Tazminat miktarı ve tazminatın ödenme şekli üzerinde başvuru sahibi ile idarenin sulh olmaları halinde buna ilişkin bir tutanak düzenlenir ve taraflarca imzalanır. İmzalanan bu tutanak ilam hükmündedir. Sulh olunan miktar ise idare bütçesinden ödenmektedir. Sulh olunmasından ve tutanağın imza edilmesinden sonra sulh olunan konu veya miktara ilişkin olarak dava yoluna başvurulamaz (659 sayılı KHK, m. 12/7,9).

İdarelerin taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümünde bu KHK ile düzenlenen sulh yoluna başvurulmasına hakim olan birtakım ilkeler yine aynı KHK'nın 3. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, idarelerin taraf oldukları uyuşmazlıkların tarafların hak ve menfaatleri dengeli bir şekilde gözetilerek adil ve hakkaniyete uygun olarak ayrıca idareler bakımından usul ekonomisine uygun olacak şekilde çözümlenmesinin esas olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesi ve anlaşmazlıkların önlenmesine yönelik tedbirlerin gerektiğinde alınması noktasında hukuk birimlerine görüş bildirme görevi ve yetkisi verilmiştir.³³⁴ Bu sayede bahsi geçen uyuşmazlıkların yargı organları önüne gelmeden çözümü sağlanarak iş yükü anlamında yargı yerleri rahatlatılacaktır.

659 sayılı KHK ile sulh yolunun düzenlenmesinden önce İYUK'un 11. ve 13. maddeleri kapsamında yapılan başvurular, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda yer alan uzlaşmaya ilişkin düzenlemeler ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararın Karşılanması Hakkında Kanun uyarınca tarafların anlaşma sağlayabilmesi usulü mevcuttu³³⁵. Ancak bu alternatif çözüm yolları uygulamada etkin şekilde kullanılmamaktadır.³³⁶ 659 sayılı KHK ile öngörülen sulh yolu, bu alandaki eksikliği gidermeye yönelik olarak düzenlenmiş olmasına karşın uygulamada bu yola başvurulmadığı ifade edilmektedir. Zira idare, özellikle idari eylemler nedeniyle zarar gören vatandaşların yaptığı başvurular neticesinde kendiliklerinden ödeme yapmadıklarından İYUK'un 13. maddesinde öngörülen zorunlu idari başvuru hükmünün ve dolayısıyla 659 sayılı KHK'nın 12. maddesinde düzenlenen sulh yolunun işlerliği de

³³³Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 41.

³³⁴Özkan, 2016, Sulh Yoluyla Çözümü, **a.g.k.**, 265.

³³⁵5233 sayılı Kanun gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin Kanun kapsamına giren terör eylemleri ve terörle mücadele faaliyetleri dolayısıyla zarar gören kimselerin bu zararlarının sulh yoluyla hallerine ilişkin hükümleri düzenlemektedir.

³³⁶Karaaslan, 2020, **a.g.k.**, 90.

tartışmalı hale gelmektedir. Oysa İYUK'ta düzenlenen bu zorunlu başvurunun amacı, mahkemeye başvurmadan evvel bir uzlaşma sağlanabileceği, uzlaşma sağlanamadığı takdirde bunun belgelenmesi esası üzerine kuruludur. Uygulamada yapılan idari başvuru neticesinde ön karar olarak idarenin kusuru kabul ettiği ve tazminat talebine olumlu yanıt verdiği rastlanmamaktadır.³³⁷

Esasen İYUK'un 13. maddesi kapsamında idari eylemlerden zarar görenlerin yapacağı başvuruların sulh başvurusu olarak kabul edilmesinin İYUK'un 13. maddesinde öngörülen bu yolun işlerliğini sağlama amacı taşıdığı ifade edilmektedir. Çünkü bu düzenleme de tarafların dava açılmaksızın anlaşmasına yarayan bir düzenlemedir. Ancak 1982 yılından beri var olan 13. maddenin idarenin anlaşma yolunu tercih etmesi noktasında olumlu bir etkisi görülmemiştir. Bu maddeye işlerlik kazandırması öngörülen sulh müessesesinin şartları hukuki düzenlemelerde detaylı olarak açıklığa kavuşturulmadığından, kamu görevlilerinin kamu zararından sorumlu tutulmamak adına bu yola başvurma konusunda çekimser kaldığı da ifade edilmektedir.³³⁸ İdarenin bu tür başvurulara olumlu yanıt vermeyip kendiliklerinden ödeme yapmamasının sebebi olarak da, bütçelerinde bu zararları karşılayacak ödenek bulunmaması gösterilmektedir.³³⁹

Sulh yolunun düzenlenmesi ile amaçlananın yargı yerlerinin ağır iş yükünü azaltmak ve uyuşmazlıkların daha çabuk çözümünün sağlanması olduğu düşünüldüğünde, yapılan düzenleme ile bu amaca ulaşamadığı ifade edilmektedir. Sulh yoluna başvurunun tarafların inisiyatifine bırakılması, üst yönetici ile idareyi temsil eden komisyon üyelerine yeterli yasal güvencenin sağlanmamış olması, idari işlemin iptalini takip eden süreçte kanun yoluna başvurulması halinde bu aşamada zararın sulh yoluyla giderilme imkanının olmaması gibi sebepler bu çözüm yolunun işlevselliğini azaltıcı etki doğurmaktadır.³⁴⁰

İdari uyuşmazlıklar bakımından sulh yolunun düzenlenmiş olması kamu kurum ve kuruluşlarının vatandaşlarla karşı karşıya gelme durumunda takındığı tavırda değişiklik meydana getirebilecektir. Ancak düzenlenmiş olan bu yolun etkili ve verimli şekilde işletilebilmesi bir gerekliliktir. Kurum ve kuruluşlar ileride bir sorumluluk doğmaması

³³⁷Özkan, 2016, Sulh Yoluyla Çözümü, **a.g.k.**, 265.

³³⁸R. Çağlayan (2013). Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Yöntemler. *Ankara Barosu 5. Sağlık Hukuku Kurultayı Kitapçığı*, s. 340.

³³⁹Yılmaz, 2012, **a.g.k.**, 98.

³⁴⁰Özkan, 2016, Sulh Yoluyla Çözümü, **a.g.k.**, 260.

gayesiyle dava açmakta ve bu davaları sonuna kadar sürdürmektedirler. Ayrıca uzlaşma imkanı olan davalarda uzlaşma sağlanmamakta veya yeterli çaba gösterilmemektedir. Bu ve bu gibi durumlar pek çok uyuşmazlığın yargı yoluna taşınmasına sebebiyet vermektedir.³⁴¹

659 sayılı KHK ile düzenlenmiş olan sulh yolunun uygulamada işlerliğinin sağlanamadığından yukarıda bahsedilmiş idi. Bu yolun işlerliğinin sağlanmasına yönelik birtakım önerilere de yer vermek faydalı olabilir. Bu konudaki öneriler aynı zamanda idarenin uyuşmazlıklarında arabuluculuk yoluna başvurulması noktasında da geçerli olabilecektir. Bu yolun işlevsel hale getirilebilmesi için öncelikle zorunlu bir idari başvuru yolu olarak düzenlenmesi, görevli olacak hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu üyelerinin daimi olarak görev yapması, idareyi temsil etmek üzere görevlendirilen kamu görevlilerinin inisiyatif almasını kolaylaştıran düzenlemeler yapılması, kamuoyunda bu yollara başvurunun desteklenmesi ve teşvik edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

İdarenin uyuşmazlıklarında başvuru sulh yolunun ve diğer uyuşmazlık çözücü yolların etkisiz ve işlevsiz kalmasının bir sebebi de idare ile sulh olunduktan sonra sulh anlaşması ile kabul edilen kararların idarece uygulanıp uygulanmayacağı konusunda idareye güven duyulmamasıdır. İdarenin anlaşma ile belirlenen miktarı ödemeyip mahkeme kararı talep etmesi yönündeki yaklaşımı bu tür alternatif çözüm yollarına yapılacak başvuruları etkisiz ve işlevsiz hale getirmektedir.³⁴²

Bireyler ile idare arasındaki uyuşmazlıkların uzlaşma yoluyla çözümü bakımından kabul edilen sulh³⁴³, niteliği bakımından hem yargılama hukukuna hem de özel hukuka ait özellikler taşıyan bir sözleşme olarak ifade edilebilir.

2.2. Tahkim

Dünyadaki küreselleşme hareketlerine paralel şekilde kendini gösteren liberalleşme eğilimleri bilhassa idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların yargı dışında çözümlenmesi yolunu ortaya çıkarmıştır. Bu yönde olmak üzere, uyuşmazlıkları idari yargı düzeni dışında kesin olarak hükme bağlayan tahkim yoluna başvurulmaya

³⁴¹Özkan, 2016, Sulh Yoluyla Çözümü, **a.g.k.**, 262-263.

³⁴²Özkan, 2016, Sulh Yoluyla Çözümü, **a.g.k.**, 265-266.

³⁴³Arabuluculuk kurumunun temelinde sulh kurumunun olduğu görüşü de mevcuttur. Bkz. Sungurtekin-Özkan, 2005, **a.g.k.**, 356.

başlanmıştır.³⁴⁴ İdari sözleşmeler bakımından Fransa’da tahkim yoluna başvurulması, kamu tüzel kişilerinin menfaatlerin bu yöntemle korunmayacağı gibi düşünceler sebebiyle yalnızca kanun ya da uluslararası sözleşmelerde açık bir hüküm olması halinde mümkün olabilmektedir. Aksi halde Fransa’da, idari sözleşmelerde tahkim yoluna başvurulamayacaktır.³⁴⁵ Türk hukukunda ise idarenin özel hukuk sözleşmeleri zaten özel hukuk alanına dahil olduğundan bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna başvurulmasında bir sakınca görülmediği ifade edilmektedir. İdari sözleşmeler ise tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir alana ilişkin olduğundan idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından tahkim yasağı bulunduğu ifade edilmektedir. Ancak aşağıda da açıklanacağı üzere, yapılan yasal düzenlemelerle idari sözleşmelerden biri olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim usulüne başvurulması mümkün hale getirilmiştir. Bunun dışındaki idari sözleşmeler bakımından tahkim usulüne başvurulmasının caiz olmadığı söylenebilir.³⁴⁶

İdare hukukumuzda imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna başvurulması mümkündür. Ancak bu yolu açan süreç çok çabuk bir şekilde olmamıştır. Bunun sebebi olarak yargı yerlerinin direnç göstermesi ifade edilmektedir. Tahkim, kamu hizmeti imtiyaz³⁴⁷ sözleşmelerinde başvuru bir çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi usulü³⁴⁸

³⁴⁴Azrak, 2009, **a.g.k.**, 71.; İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi yargı yerlerinin iş yükünün azaltılması, para ve zamandan tasarruf edilebilmesi gibi faydalar sağlasa da bu yöntemin genç bir hukuk dalı olan ve içtihatlarla gelişen idare hukukunun gelişimi sınırlayabileceği yönünde bkz. N. Arat (2011). İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 69 (1-2), s. 904.

³⁴⁵Çağlayan, 2013, **a.g.k.**, 331.; Çağlayan, 2021, **a.g.k.**, 167.

³⁴⁶Çağlayan, 2021, **a.g.k.**, 168-169.

³⁴⁷Kamu hizmetinin görülme usullerinden biri olan imtiyaz usulü idarenin kâr, zarar ve masrafları özel kişiye ait olmak üzere belli bir kamu hizmetinin özel kişi tarafından kurulması ve/veya işletilmesine ilişkin olarak özel kişiyle yaptığı sözleşmeyi ifade etmektedir. Bu sözleşmede idare imtiyaz veren, sözleşmeci özel kişi de imtiyazcı olarak anılmaktadır (B. Keskin (2019). *Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 67).

³⁴⁸Özel kişilere gördürülebilecek hizmetler sınırsız değildir. Buna göre, silahlı kuvvetler, yargı maliye ve dışişleri gibi faaliyetler yalnız devletin yürüttüğü faaliyetler olup özel kişilere gördürülmesine kapalıdır. Sayılan hizmetler kamu tekeli ile yürütülmekte olan hizmetlerdir. Bunların dışında kalan faaliyetler idarenin bizzat kendisi tarafından emanet usulüyle görülebileceği gibi özel kişilere de gördürülebilir. Bu hizmetlerin gördürüleceği özel kişilerin belirli niteliklere sahip olması da gerekmektedir. Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülme usulleri çeşitlilik arz etmektedir (Y. Yayla (2009). *İdare Hukuku*. Ankara: Beta Yayıncılık, s. 89 vd.); Özel kişiler tarafından yürütülemeyecek kamu hizmetlerine “devletin tekelinde olan kamu hizmetleri”, özel kişiler tarafından da yürütülebilme kabiliyetini haiz kamu hizmetlerine “devletin tekelinde olmayan kamu hizmetleri” denmektedir. Örneğin, adalet, milli savunma, dış ilişkiler kurma gibi kamu hizmetleri devlet tekelinde olan kamu hizmetleri olarak kabul edilmektedir (Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 563); Kamu hizmetlerinin görülüş usullerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.** 565-575.; Keskin, 2019, **a.g.k.**, 63-87.

özellikle 1980’li yıllardan sonra artan bir eğilimle kendini göstermiştir.³⁴⁹ Ancak yargı yerleri kamu hizmeti niteliğini haiz hizmetlerin özel hukuk kişilerince görülmesi fikrine karşı çıkmışlardır. Milli ve milletlerarası tahkim yolunun ülkemizde uygulanmasına giden süreç özellikle elektrik üretiminde ortaya çıkan mali yükün özel sektörle işbirliği yapılarak karşılanması gerekliliği ile ilişkilendirilmiştir. Bunun yanında otoyol yapımı, enerji santralleri gibi büyük projeler için gerekli kaynak yabancı finans kaynaklarından giderilmekte, bu da devlet bütçesinin yükünü hafifletmektedir. Böylesi büyük projeleri gerçekleştirecek yabancı yatırımcılar yatırımın ekonomik boyutu kadar hukuki boyutu ile de ilgilenmektedir. Esasında, milletlerarası ticari uygulamaya bakıldığında bu şekildeki büyük ve uzun zaman yayılmış projelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar milli mahkemeler dışında ve tahkim yoluyla ile çözüme kavuşturulmaktadır.³⁵⁰ Türkiye’deki yabancı sermayenin sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların ulusal yargı kararıyla çözümlenmesinden şikayetçi olmasının da etkisiyle milletlerarası tahkim yolu öngörülmüş ve bu kurum Anayasa’da tüm imtiyaz sözleşmelerini kapsar şekilde düzenlenmiştir.³⁵¹ Zira bu tür sözleşmelerin konu olduğu milletlerarası ticarete yabancı yatırımcılar bakımından en önemli sorun uyuşmazlıkların çözüm yeri konusunda ortaya çıkmaktadır.

İmtiyaz sözleşmelerinin konusunu oluşturan işlemlerin mali değeri yüksek miktardadır. Söz konusu işe ilişkin sözleşmenin yerine getirilmesi uzun bir zaman dilimine yayılmakta, teknik işleri gerektirmektedir. Bu süreç içerisinde siyasi, ekonomik, politik olarak meydana gelen gelişmeler hukuki sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Böyle bir ortamda yabancı yatırımcılar uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesinden ve haliyle, bu uyuşmazlığın karşı tarafının söz konusu davada devlet olmasından çekince duymakta idiler.³⁵²

Hukukumuzda, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri bakımından tahkim yoluna başvurulmasında herhangi bir engel söz konusu değildir. Tartışma, bir kısım

³⁴⁹Azrak, 2009, **a.g.k.**, 78.; S. Çal (2009). *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 21.

³⁵⁰Akıncı, 2003, **a.g.k.**, 62.

³⁵¹Azrak, 2009, **a.g.k.**, 78.; Akıncı, 2003, **a.g.k.**, 34.; Anayasa değişikliğinin Genel Gereğesinde de imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yoluna başvurma imkanı tanınmasının sebebi olarak, söz konusu sözleşmelerin tarafı olan yabancı yatırımcıların sözleşme kaynaklı meydana gelebilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesini istemesi, gösterilmiştir (Keskin, 2019, **a.g.k.**, 79); Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri hakkında bkz. Akıncı, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 486-491.

³⁵²Akıncı, 2003, **a.g.k.**, 34.

sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olup olmadığına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesince yapılan değerlendirmelerde ortaya çıkmıştır.³⁵³ 1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ile özel hukuk hükümlerine tabi olacak şekilde şirketlerin elektrik üretimi ve dağıtımı konusunda yetkilendirilmesi düzenlenmiştir. Danıştay bu türden sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığını ve Anayasa'nın 155. maddesi uyarınca Danıştay'ın incelemesinden geçmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ardından çıkarılan 1994 tarih ve 3974 sayılı Kanun ve yine 1994 tarih ve 3996 sayılı kanunlara, bu kanunlarda yer alan kamu hizmetlerinin gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı ve imtiyaz teşkil etmeyeceğine dair hükümler konmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu tür düzenlemelerin Danıştay incelemesinden kurtulmaya yönelik yapıldığı kanaatiyle söz konusu hükümlerin iptaline karar vermiştir. Bu tutum karşısında yasama organı 1999 yılında 4446 sayılı kanunla Anayasa'da ve çeşitli kanunlarda yapılan değişikliklerle bir kısım kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümleri uyarınca görülmesine imkan tanınmıştır. Bu çerçevede, Anayasa'nın 47. maddesinde yerini bulan söz konusu değişiklik ile, artık Anayasa Mahkemesi bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine göre gördürülmesine imkan tanıyan yasal düzenlemeleri iptal edemeyecektir.³⁵⁴

1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 47. madde hükmüne yapılan eklemelerden başka, Anayasa'nın 155. maddesinde yapılan değişiklik ile Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisi yalnızca “düşüncesini bildirmek” görevine indirgenmiştir. Danıştay'ın artık sadece görüş bildirmekle yetkili olduğu imtiyaz sözleşmeleri, milli veya milletlerarası tahkim yoluna başvurulmak suretiyle idari yargı dışına çıkarılabilir hale gelmiştir.³⁵⁵

³⁵³ Akıncı, 2003, **a.g.k.**, 60.

³⁵⁴ Çağlayan, 2021, **a.g.k.**, 162-163.

³⁵⁵ Keskin, 2019, **a.g.k.**, 76.; Anayasa'nın 125. maddesine 1999 yılında eklenen hüküm ile imtiyaz sözleşmelerinde milli veya milletlerarası tahkim yoluna başvurulabilme imkanı açıkça ifade edilmiştir. Böylelikle kamu hukuku alanında tahkim kurumu, anayasal bir zemine kavuşturulmuş olmaktadır. Anayasa değişikliğine paralel olarak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunumuzun 2. maddesinde yer alan “*tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklar hariç kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyumsuzluklara ilişkin davalar*” ifadesi de tahkim şartı öngörülen imtiyaz sözleşmelerinin idari yargının görev alanının dışına çıkarıldığını göstermektedir (Çağlayan, 2021, **a.g.k.**, 164).

1999 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile yeni bir döneme girildiği, söze konu Anayasa değişikliğinin uygulamanın kapsamını oldukça genişlettiği ve bu suretle keskin bir değişim ve dönüşüm sürecine yol açtığı değerlendirilmiştir. Hatta bu sürecin sonunda kaotik bir durumun meydana geldiği ifade edilmektedir.³⁵⁶

Tahkim yoluna idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğanlar ve 3533 sayılı Kanun uyarınca meydana gelen uyuşmazlıklar dolayısıyla başvurulmaktadır.³⁵⁷ İdare hukukunda genel olarak tahkim yoluna başvurulması nadir görülmekle birlikte idarenin ve uyuşmazlığın diğer tarafının kanuna uygun olarak hukuki ilişki kurabildiği özel hukuk uyuşmazlıklarında bu yola başvurulabileceği ifade edilmektedir. Klasik idari uyuşmazlıklar dışında kamu-özel ortaklığı sözleşmelerinde, imtiyaz sözleşmelerinde ve ihalelerde kullanılmasının kurumun yapısına uygun düştüğü ifade edilmektedir.³⁵⁸

Sonuçta, konu hakkında yapılan yasal değişiklikler göz önüne alındığında, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince görülmesine ilişkin sözleşmelerde tahkim yoluna başvurulması iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Ya ortada kamu hizmetinin özel hukuk kişisine gördürülmesine ilişkin bir özel hukuk sözleşmesi olmalıdır (idarenin özel hukuk sözleşmelerinde tahkim yoluna başvurulmasında bir engel zaten bulunmamaktadır) ya da Anayasa'nın 125. maddesinde öngörüldüğü üzere kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi yapılırken bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenebileceğine ilişkin bir belirleme yapılmalıdır.³⁵⁹

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan tahkim yoluna başvurulabileceği³⁶⁰ hususu, Anayasa'da da ifade edilmiştir: "*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya*

³⁵⁶Çal, 2009, **a.g.k.**, 23.

³⁵⁷Spor federasyonlarının kendi faaliyet alanlarının yönetimi ve disiplinine ilişkin olarak aldıkları kararlar konusunda da tahkim yolu uygulanabilmektedir (Karaaslan, 2019, **a.g.k.**, 83). Spor federasyonları, kamu tüzel kişisi olduğu kabul edildiği takdirde buna ilişkin uyuşmazlıklar da idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar içerisinde değerlendirilebilecektir.

³⁵⁸de Graaf, Marseille ve Tolsma, 2014, **a.g.k.**, 591.

³⁵⁹Çağlayan, 2013, **a.g.k.**, 328.

³⁶⁰Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebilmesi Anayasa'da 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde mümkün hale gelmiştir.

milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir (AY, m. 125/1)."³⁶¹ Tahkim yolu öngörülmedi ise bunlardan doğan davalar Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca zaten ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın bakacağı davalar arasında yer almaktadır. Tahkim yoluna başvurulmasının söz konusu olduğu durumlarda uygulanmak üzere 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeleri Dair Kanun 22.01.2000 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun'a göre yabancılık unsuru taşıdığı tespit edilen kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca gerçekleştirilmektedir.³⁶² Belirtmek gerekir ki bu Kanun uyarınca, milletlerarası tahkim öngörülen imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda verilen hakem kararlarının tanınma, tenfiz ve iptali hususlarında Türk idari yargı mercileri görevli değildir.³⁶³

İdarenin sözleşmelerinde tahkim yoluna başvurulması şüphesiz, idari yargının iş yükünün azaltılması noktasında olumlu etki doğurmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde dahi sözleşmenin imzalanıp uygulanmaya başlanmasına kadarki uyuşmazlıklar idari yargıda görülmektedir.³⁶⁴

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün mümkün olabilmesinin birtakım olumsuz etkileri de ifade edilmektedir. Bunlardan biri, kamu hizmetlerinin amacı olan kamu yararının gözetilmesini ikinci plana itilmesinin söz konusu olmasıdır. Esasen bir özel hukuk müessesesi olan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hukuki ilişkilerde tarafların çıkarlarının gözetilmesinin ön planda olduğu tahkimde, kamu yararının gözetilmemesi söz konusu olabilmektedir. İmtiyaz sözleşmesinin konusu ise kamu yararının gerçekleştirilmek amacıyla yapılacak kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesidir.³⁶⁵ Bu bakımdan tahkim yolunun bu tür uyuşmazlıkların çözümü

³⁶¹Burada şunu da belirtmek gerekir ki, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmüş olması bu sözleşme nedeniyle menfaati ihlal olan üçüncü kişilerin sözleşmenin iptali için dava açmasına engel oluşturmamaktadır (Günday, 2011, **a.g.k.**, 351).

³⁶² Bu Kanun uyarınca gerçekleştirilen tahkim yargılamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, 2003, **a.g.k.**, 47 vd.

³⁶³ Azrak, 2009, **a.g.k.**, 80.

³⁶⁴ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 470.

³⁶⁵ Günday, 2011, **a.g.k.**, 353.

bakımından idare hukukunun kurallarına ve amacına tam manasıyla uygun düştüğünü söylemek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca her ne kadar yargı dışı bir çözüm yolu olarak avantajlı bir yöntem olduğu düşünülse de devletler arası ilişkilerin belirleyici olduğu bu tip çözüm usullerinde imtiyaz sözleşmeleri tahkim yoluyla baskı aracı haline dönüşüp kamu hizmetlerinin kamu yararına aykırı olarak yürütülmesine yol açabilmektedir. Bunun pek çok örneğine ulaşmak mümkündür.³⁶⁶ Milletlerarası tahkim yolunun bu etkilerini en aza indirmek ve kamu yararı amacını gözeterek bu uyuşmazlık çözüm yolundan en verimli bir şekilde yararlanmanın yolu, buna ilişkin kanuni düzenlemelerin ayrıntılı şekilde yapılması ve milletlerarası tahkimden yararlanacak yabancı şirketlerin sağlaması gereken şartların açıkça ve detaylı bir biçimde düzenlenmesi olabilir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların tahkim yoluna başvuruyla çözülmesinin gerçekleştirilebildiği bir başka örnek de 3533 sayılı Kanun'da yer almaktadır.³⁶⁷ Adı geçen kanunda yapılan düzenleme ile bu kanunun tahkim ile çözümlenmesini öngördüğü uyuşmazlıklar bakımından tahkim yoluna başvuru zorunludur. 3533 sayılı Kanunla düzenlenen tahkim yolu, imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklardan farklı olarak, medeni yargının konusuna girmektedir.³⁶⁸ Zira aşağıda da bahsedileceği gibi, bu tahkim yolu özel hukuka tabi uyuşmazlıklar bakımından başvurulabilen bir yoldur.

Bu Kanun'un 1. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, genel, katma ve özel bütçeyle idare edilen devlet daireleri ve belediyelerle sermayesinin tamamı Devlete veya belediye veya özel idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan uyuşmazlıklardan adliye mahkemelerinin görev alanına girenler bu kanunda gösterilen şekilde zorunlu tahkim yoluyla çözümlenmektedir. Bu yönde olmak üzere, genel bütçe kapsamındaki idareler arasında ortaya çıkacak ihtilaflar Cumhurbaşkanının belirleyeceği bir Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan tarafından, diğer (4. maddede yer alan) idarelerin kendi aralarında meydana gelen uyuşmazlıklar ile bu idareler ile genel bütçe kapsamındaki idareler arasında meydana gelen uyuşmazlıklar en yüksek dereceli hukuk mahkemesi başkanı veya hakimi tarafından "hakem" sıfatıyla çözüme kavuşturulur. Bu kanun kapsamına giren iş ve işlemlerin yapılabilmesi için taraflardan birinin yazılı

³⁶⁶Azrak, 2009, **a.g.k.**, 82-84.

³⁶⁷Özbek, 2005, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Usuller I, **a.g.k.**, 95.

³⁶⁸Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 37-38.

müracaatı gereklidir. Hakem, yapılacak işlemlerin ve tahkikatın süresini kendisi tayin edecektir (3533 s. K. m. 1-5). Kanunda ayrıca hakemin hakimin sahip olduğu yetkilerin tümünü kullanabileceği ifade edilmiştir. Hukuk mahkemesi hakiminin hakem olarak görev yaptığı uyuşmazlıklar bakımından bu durum yerinde karşılanabilirse de genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri arasında meydana gelen uyuşmazlıklar bakımından Cumhurbaşkanının belirleyeceği Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın hakem olduğu durumlarda hakimin sahip olduğu yetkileri kullanabilmesi bu kimseleri arabuluculardan ayırmaktadır. 3533 sayılı Kanun'un ikinci maddesi kapsamındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak için belirlenen bir hakem, yalnızca hakim tarafından yapılabilecek tahkikat işlemlerini dahi gerçekleştirebilmektedir. Bu Kanun uyarınca hakemler tarafından verilecek kararlar ilam hükmündedir (3533 s. K. m. 7).

Hakem sıfatıyla karar veren hakim tarafından verilen kararlara karşı HMK'ya göre istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge Adliye Mahkemesi, yapacağı inceleme sonunda hakem kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu kanaatinde olursa başvurunun reddine, aykırı olduğu kanaatine varırsa yeniden bir yargılama yaparak esas hakkında kesin olarak karar verir. İstinaf kanun yoluna başvuru halinde hakem kararının icrası kendiliğinden durur.

Özel hukuk kurumlarından biri olan tahkim kurumu, yukarıda belirtilen sözleşmeler dışındaki idari sözleşmeler bakımından bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak kullanılamamaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinde başvurulabilir hale getirilmesi de yargı yerlerinin direncinin kırılması ve yabancı yatırımcıların istekleri doğrultusunda gerçekleşmiştir. Dolayısıyla, Anayasa değişikliklerine konu imtiyaz sözleşmeleri dışındaki idari sözleşmelerde tahkim yasağı mevcuttur.³⁶⁹

2.3. Kamu Denetçiliği Kurumuna Başvuru Usulü (Ombudsmanlık Kurumu)

2.3.1. Genel olarak Kamu Denetçiliği Kurumu'nun (Ombudsmanlık) ortaya çıkışı

İsveç'te doğan ve gelişen denetim yolu olan ombudsman, dilimize kamu denetçisi olarak çevrilebilir.³⁷⁰ Ombudsman, "*kamu makamlarının yapmış oldukları işlemleri*

³⁶⁹ Çağlayan, 2013, **a.g.k.**, 333.

³⁷⁰ İsveç'in kendine özgü koşulları ve geçirdiği tarihsel sürecin etkisiyle ortaya çıkan Ombudsman, İsveççe'de "bir başkasının çıkarını koruyan kişi" anlamına gelmektedir. Kurumun ortaya çıkışı ve tarihsel kökeni hakkında ayrıntılı bilgiyi 2000 yılında gerçekleştirilen Ombudsman Hukuk Kurultayı'na katılan İsveç Parlamento Baş Ombudsmanı Claes Eklund'un bildirisinden edinebilmekteyiz. Bu bildiriye ulaşmak

parlamento adına denetleyen özel bir büro, ya da memura verilen addır."³⁷¹ Kelime anlamı itibariyle "delege, temsilci, arabulucu ve koruyucu" anlamlarını ihtiva eden ombudsman, yargısal denetimin etkisizliği, yetersizliği ve idarenin günümüzdeki gelişim ve dönüşümüne cevap verememesi; idarenin iç denetim mekanizmalarının da tek yönlü ve objektif olamayışı nedeniyle ortaya çıktığı ifade edilen bir kurumdur. Ombudsman, kamu kurum ve idarelerini denetlemesinin yanında idare ile yönetilenler arasında bir tür arabuluculuk görevi de ifa etmektedir. Bağımsız bir kamu görevlisi olarak, idare aleyhine yapılan şikayetleri değerlendirmekte, araştırmakta ve sonucu ilgililer ile kamuoyuyla paylaşmaktadır.³⁷²

Ombudsman, kamu makamlarının hakkaniyete uymayan uygulamalarını hukuk devleti anlayışı doğrultusunda ıslah eden, böylelikle hukuka olan inancı güçlendiren bağımsız bir kamu otoritesidir. Vatandaşlar, kamu makamlarının denetlendiği bağımsız yargı organına sahip olmanın yanı sıra, bağımsız bir otorite ile de denetlenen söz konusu makamlar karşısında çifte güvenceli bir konumda yer almaktadır. Ombudsman, kamu makamlarının hakkaniyete aykırı davranmayacağı, şayet davranırsa söz konusu aykırılığı bağımsız ve tarafsız bir otoritenin uyarısı doğrultusunda düzeltereği konusundaki taahhüdü konu alan, halk ile devlet iktidarı arasındaki centilmenlik sözleşmesinin bir ürünüdür.³⁷³

Ombudsmanın birden fazla işlevi bulunmaktadır. İlk olarak, bireylerin hak ve özgürlüklerine karşı meydana gelebilecek tehdit ve sınırlandırmalara karşı koruma işlevi bulunmaktadır. Bir başka işlevi, ombudsmanın varlık nedeni de olan idari makamların yetkilerini kötüye kullanımı karşısında sahip olduğu araştırma, inceleme ve denetleme işlevidir. Bir kanun hükmünün cevaz verdiği durumlarda Ombudsman, re'sen harekete geçebilmektedir. Bunlardan başka Ombudsmanın yönetimin gelişmesine katkı sağlama işlevi de bulunmaktadır.³⁷⁴

Ombudsman kavramının ülkemizdeki hukukçular tarafından değerlendirilmeye ve üzerinde konuşulmaya başlanması 1970'li yıllarda gerçekleşmiştir. Ombudsmanlık

için bkz. C. Eklund (2000). İsveç'te Parlamento Ombudsmanları. *Ombudsman Hukuk Kurultayı Bildiri Kitapçığı*, s. 475-486.

³⁷¹M. Akıncı (2010). *İsveç İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 149.

³⁷²Eroğlu, 1978, **a.g.k.**, 361.

³⁷³Akıncı, 2010, **a.g.k.**, 150.

³⁷⁴Akıncı, 2010, **a.g.k.**, 167-173.

kurumuna benzer bir kurumun Türkiye’de yasal düzenlemeye kavuşturulma çabaları ise 1990’lı yıllarda başlamıştır.³⁷⁵ Kurumun bugünkü adıyla kurulması ise Yedinci 5 Yıllık Kalkınma Planı ile öngörülmüştür. Kurumun kurulmasına ilişkin ilk hazırlık çalışmaları ise 1998 yılında Adalet Bakanlığı koordinatörlüğünde İnsan Hakları Üst Kurulu’na hazırlanan taslak ile gerçekleştirilmiştir.³⁷⁶

Ombudsman, niteliği itibariyle tam olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilmese de birey ve idare arasında vuku bulan anlaşmazlıkları uzlaşma zemininde çözüme bakımından katkı sağlayabilecektir. “Halk denetçisi” veya “kamu denetçisi” olarak da adlandırılabilen ombudsmanın kurulmasına dair ilk kez 15.7.2004 tarih ve 5227 sayılı Kanun ile olmak üzere girişimlerde bulunulmuştur. Bu Kanun ile kamu idareleri ve bunlara bağlı kuruluşlar, birlik ve işletmelerin gerçek veya tüzel kişiler hakkında tesis ettiği eylem ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak üzere “halk denetçisi” seçilmesi öngörülmekteydi. Ancak bu girişim çeşitli nedenlerle başarılı olamamıştır.³⁷⁷

Ülkemizde ombudsmanlık kurumunun hukuki statüye kavuşması büyük ölçüde Avrupa Birliği’ne üyelik sürecinin etkisiyle olmuştur.³⁷⁸ 2006 yılında kabul edilen (mülga) 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun 25.12.2008 tarih ve E. 2006/140, K. 2008/15 sayılı kararı ile iptal edilmesinin ardından³⁷⁹, 2010 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliği ile Anayasanın 74. maddesinin başlığı Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” olarak değiştirilmiştir. Böylelikle Kamu Denetçiliği Kurumu anayasal bir statüye sahip olmuştur. 14/06/2012 tarihinde kabul edilen ve 29/06/2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 6328 sayılı Kamu

³⁷⁵T. Erhürman (2000). Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 49(1), s. 155-156.; 1982 Anayasasında yer alan Devlet Denetleme Kurulu, kimi yazarlarca bir tür ombudsman olarak değerlendirilmiştir. Ancak Devlet Denetleme Kurulu, ombudsman gibi bağımsız olmayıp Cumhurbaşkanlığına bağlıdır ve Cumhurbaşkanı’nın talimatı ile harekete geçebilmektedir (Erhürman, 2000, **a.g.k.**, 155).

³⁷⁶H. S. Türk (2013). *I. Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumu Kitapçığı*, s. 32.

³⁷⁷Azrak, 2009, **a.g.k.**, 91. Ombudsmanın kuruluncaya kadarki sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Azrak, 2009, **a.g.k.**, 72-73.

³⁷⁸Odyakmaz, Çınarlı ve Avcıoğlu Aksoy, 2018, **a.g.k.**, 48.

³⁷⁹Bu Kanunun tümü Anayasa Mahkemesince oybirliği ile iptal edilmiştir. **Azrak**, iptal gerekçesini şu cümlelerle özetlemiştir: “*TBMM’nin Anayasada belirtilen görev ve yetkileri arasında Kamu Denetçiliği Kurumuna Başdenetçi ve denetçi seçme görev ve yetkisi bulunmadığı gibi, adı geçen kurumla TBMM arasında bu seçime olanak verecek, Anayasadan kaynaklanan, doğal sayılabilecek bir ilişki de söz konusu olmadığından yasa Anayasanın 87. maddesiyle uyumlu değildir. Açıklanan nedenlerle 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu, Anayasanın 6., 87 ve 123. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.*”

Denetçiliği Kurumu Kanunu³⁸⁰ ile kurumun kuruluş, görev ve çalışma usullerine ilişkin ilkeler; Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimleri, özlük hakları ve kurum personelinin atanmaları ile özlük haklarına ilişkin hükümler düzenlenmektedir (6328 s. K., m. 2).

Kamu Denetçiliği Kurumu, sağladığı katkıyla idari yargıdaki dava yoğunluğunun azaltılmasının yanında idari makamların da saydamlık ilkesine uygun olarak ve ciddiyetle görevlerini yapması bakımından bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁸¹ Yargı denetiminin sınırlı bir denetim yolu olması, geç işlemesi ve pahalı bir yöntem oluşu; idarenin kendi organları ile yaptığı denetimin yetersizliği karşısında daha hızlı işleyen, daha az şekilci, idarenin bünyesine kolaylıkla nüfuz edip keyfilikle mücadelede etkin biçimde işleyebilecek bir kuruma duyulan ihtiyaç ombudsmanı zorunlu ve yararlı kılan etkenler arasında gösterilebilir.³⁸²

Kurum, idare üzerinde herhangi bir yaptırım gücüne sahip olmamasına rağmen idari sürecin izlenebilir olmasını sağlaması bakımından idarenin hukuk içerisinde kalma davranışı göstermesini sağlayacaktır. Bununla birlikte, idari süreçte saydamlığın sağlanmasıyla idarenin karar alma sürecine şahit olan bir kimse yargı yerinde dava açmaktan vazgeçebilir. Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvuruda yapılan değerlendirmeler ve hazırlanan evraklar, bu süreçte uyuşmazlığın çözüme kavuşmaması durumunda dahi, açılan bir davada kullanılabilir olduğundan yargı süreci hızlanabilecektir.³⁸³

2.3.2. Kurumun tanımı ve işlevleri

Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK)'nu işlevi yönünden tanımlamak gerekirse, “bireyi devletin diğer kurumlarından koruyan bir devlet kurumu³⁸⁴” olarak ifade etmek mümkündür.³⁸⁵ **Erhürman**, Ombudsmanı içermesi gereken tüm unsurları kapsayacak şekilde, şu şekilde tanımlamaktadır: “*şikayet üzerine veya re'sen harekete geçerek, idarenin eylemleri, işlemleri ve davranışları üzerinde hukuka aykırılık ve yerindelik*

³⁸⁰İlgili kanun metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6328&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

³⁸¹Azrak, 2009, **a.g.k.**, 73.

³⁸²Eroğlu, 1978, **a.g.k.**, 362.

³⁸³Çolak, **a.g.k.**, 8-9.

³⁸⁴Z. Odyakmaz (2013). Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (14), s. 4.

³⁸⁵Uluslararası Barolar Birliği'nin Ombudsman Komitesi tanımı için bkz. Odyakmaz, 2013, **a.g.k.**, 5 ve Erhürman, 2000, **a.g.k.**, 160.; Ayrıca KDK'nın nitelikleri hakkında bkz. Odyakmaz, 2013, **a.g.k.**, 6-7.

*denetimi yapmaya ve hukuka aykırı bulduğu veya yerinde bulmadığı işlemlerin geri alınması, kaldırılması veya bu işlemlerden veya eylemlerden doğan zararın giderilmesi ve yurttaşlara yönelik uygunsuz davranışların düzeltilmesi için idare nezdinde girişimlerde bulunmaya ve hukuken bağlayıcı nitelikte olmayan kararlar almaya yetkili olan bağımsız bir devlet organı*³⁸⁶. KDK (Ombudsmanlık), kaynağını İsveç Kralı I. Charles'ın Osmanlı İmparatorluğunda mülteci olarak yaşadığı sırada “Kadı-ül Kudat” adlı Türk Başyargıçlık kurumundan esinlenmesinden almaktadır.³⁸⁷ 1809 yılında İsveç Anayasasında düzenlenmesiyle anayasal bir kurum haline dönüşen KDK'nın İsveç dışında yaygın hale gelmesi 1950'li yıllar ve sonrasına rastlamaktadır.³⁸⁸

Kurum, değişik ülkelerde farklı örgütlenme şekilleriyle kendini göstermektedir. Örneğin İngiltere'de hem merkezi idarenin hem de yerel yönetimlerin birbirinden ayrı ombudsmanı mevcuttur, böylelikle çok ombudsmanlı bir yapı benimsenmiştir. Avusturya'da kurul şeklinde, Fransa'da il il temsilcilik belirlenmesi şeklinde, İsveç ve Yeni Zelanda'da bir Baş Ombudsman başkanlığında çalışan birden fazla ombudsmanın oluşturduğu bir yapı şeklindedir. Türkiye için de, birden çok kişiden oluşan ancak sadece Ankara'da değil ülke genelinde örgütlenmiş bir yapının bu kurum için uygun düştüğü ifade edilmektedir.³⁸⁹

Fransa'da “médiateur³⁹⁰”, uzlaştırmacı olarak düşünülebilecek bir bağımsız otoriteyi ifade etmektedir. Bu kişiye yapılan başvuru idari veya yargısal nitelik taşımamakta olup bu kişilere yapılan başvurulara karşı yargı yoluna başvurulamayacağı ifade edilmektedir. Bu kişilerin her yıl sonunda Cumhurbaşkanı ve parlamentoya sunduğu raporların kamuoyuyla paylaşılması doğrudan bir etki doğurmasa da dolaylı olarak yönetimde şeffaflığın sağlanmasına büyük bir katkı sağlamaktadır. Médiateur'ün bundan başka, idareye “uygulama emri verme yetkisi” de bulunmaktadır. Bu emir yerine getirilmediği takdirde ilgili idarenin söz konusu emre uymadığı Resmi Gazete'de yayımlanırken aynı zamanda Devlet Şurası'na başvurularak emrin öngörülen yaptırımla

³⁸⁶Erhürman, 2000, **a.g.k.**, 160.

³⁸⁷Odyakmaz, 2013, **a.g.k.**, 5.; Türk, 2013, **a.g.k.**, 32.

³⁸⁸Odyakmaz, Çınarlı ve Avcıoğlu Aksoy, 2018, **a.g.k.**, 44.; Ombudsmanlık kurumunun diğer ülkelerde yaygınlaşması çok hızlı bir şekilde gerçekleşmiştir. 1970'li yılların sonuna gelindiğinde altmıştan fazla ülkede uygulandığı ifade edilmektedir (Eroğlu, 1978, **a.g.k.**, 361).

³⁸⁹Erhürman, 2000, **a.g.k.**, 161-163.

³⁹⁰Médiateur, hükümet tarafından seçilmekle birlikte, bu hükümetten bağımsız olarak hareket etmektedir (Azrak, 2009, **a.g.k.**, 75).

birlikte yerine getirilmek zorunda bırakılması ile karşılaşmaktadır. Söz edilen uygulama emri verme yetkisi sayesinde idare aleyhine idari yargıya yapılan başvuruların ciddi oranda azaldığı ve idarenin yargı kararlarını yerine getirmeme oranının düştüğü ifade edilmektedir.³⁹¹ Yerine getirdiği görevler dikkate alındığında Fransa'da médiateur'un ombudsmana benzer bir nitelik taşıdığı söylenebilir.

Ombudsman, sahip olduğu yetkileriyle bireyi devletin çeşitli kurumlarına karşı korurken kendisine olan güvenilirliği de sağlaması ve sürdürmesi gerekecektir. Bunun için belli koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir. Ombudsman, yeterli kaynak ve geniş araştırma yetkileriyle donatılmalı, her çeşit baskıdan ve denetlediği idari makamların organların etkisinden korunmalıdır.³⁹²

Ombudsmanlık kurumu, ülkeden ülkeye değişiklik gösteren ve bu ülkelerin özelliklerine göre şekillenen bir yapıya sahiptir.³⁹³ Ancak bir kuruma ombudsman denebilmesi için bazı unsurları içeriğinde barındırması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre ombudsman, başta idareyi denetleyen bir kurumdur. Bu denetim idarenin işlem, eylem ve davranışları üzerinde söz konusu olmaktadır³⁹⁴; kural olarak yasama ve yargı işlemlerinde söz konusu olmamaktadır.³⁹⁵ Kurumun denetim işlevini idari denetimden ayıracak bir unsur olarak, bağımsızlık özelliği ön plana çıkmaktadır; yürütme ve idareye bağlı bir kurumun yaptığı bir denetim, bu kurumun yaptığı denetimi idari denetimden ayırmayacaktır. Burada ilave etmek gerekir ki, kurumun üyelerinin seçilmesi ve görevden alınmasının Meclis tarafından gerçekleştirilmesi, bağımsızlık özelliğini zedeleyen bir

³⁹¹Azrak, 2009, **a.g.k.**, 74.

³⁹²Eklund, 2000, **a.g.k.**, 476.

³⁹³Ombudsman kurumunun diğer ülkelerdeki oluşum ve yapılanma sürecine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Akıncı, 2010, **a.g.k.**, 155-167.; Eroğlu, 1978, **a.g.k.**, 363-367.; Avrupa'da, Maastricht Anlaşması ile kurumsal yapıya kavuşan Avrupa Ombudsmanı (European Ombudsman) da faaliyet göstermektedir. Bu Ombudsman ikili bir rol oynamaktadır. Bir taraftan kendisine yapılan şikayetleri araştırırken AB vatandaşlarının hak ve hürriyetlerinin korunması gerektiği süreçleri kontrol eden bir kimse konumunda iken diğer taraftan kendi yetki alanının da ötesinde, kötü yönetime karşı bir dizi önlemler geliştirmektedir (J. Klučka (2007). The General Trends of EU Administrative Law. *The International Lawyer*, 41(4), s. 1052-1053. (<http://www.jstor.org/stable/40707829>))

³⁹⁴Ombudsmanın denetimi, idarenin yalnızca eylem ve işlemlerinin denetiminde değil, idarenin tutum ve davranışlarını da denetleyebilmesinde kendini gösterir. İdari yargı hali hazırda idarenin eylem ve işlemlerini denetlemektedir, idarenin tutum ve davranışlarının denetimi bunun dışında kalmaktadır. İdarenin tutum ve davranışlarından kastedilen, hukuka ve ahlaka aykırı olmamakla beraber bireyleri rahatsız eden ve şikayet konusu hallerdir. Örneğin vatandaşın işlerinin hemen görülebilecek yerde gereksiz yere uzatılması, yine vatandaşa devlet dairelerinde yapılan görgü kurallarına aykırı hitap ve muameleler bu kapsamda değerlendirilebilir (Odyakmaz, 2013, **a.g.k.**, 9).

³⁹⁵İsveç ve Finlandiya'da ombudsman, yalnızca idarenin denetlenmesini değil yargı organları ve bunların yargısal işlemleri üzerinde de denetimi sağlamaktadır (Erhürman, 2000, **a.g.k.**, 158); İsveç'te yargı organlarının ombudsman tarafından denetimi hakkında bkz. Eklund, 2000, **a.g.k.**, 483-484.

unsur değildir.³⁹⁶ Çünkü ombudsman sahip olduğu yetkileri TBMM'den almaktadır. Meclis kurumun üyelerini atayıp görevden alabilir ancak görevinin yerine getirilmesinde emir ve talimat veremez. İdareyi denetleyen bağımsız bir kurum olmasından başka, kurumun kararlarının hukuken bağlayıcı nitelik taşımaması bir kuruma ombudsman denebilmesi için sağlanması gereken üçüncü unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, ombudsmanın verdiği kararlar idarenin işlemleri üzerinde hiçbir etki doğurmamakta, ancak tavsiye kararı niteliği taşımaktadır. İlgili idarenin kurumca verilen tavsiye kararlarına uymaması halinde karşılaşılabilecek bir yaptırım öngörülmektedir.³⁹⁷

2.3.3. Kurumun verdiği kararların hukuki niteliği

Kamu Denetçiliği Kurumu'na yapılan başvurular dar anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilmemektedir. Zira ombudsman uyuşmazlığı çözüme kavuşturmanın yerine yapılan şikayetleri inceleyerek ilgili idareye veya vatandaşlara tavsiyelerde bulunmaktadır. Kurum kendisine yapılan başvuruları yalnızca hukuka uygunluk yönünden değil aynı zamanda yerindelik yönünden de incelemektedir. Kamu Denetçiliği Kurumu'nca verilen tavsiye kararlarına uyulması halinde uyuşmazlık yargı yoluna başvurulmaksızın çözüme kavuşacağından, bu çözüm yolunu geniş anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde değerlendirmek mümkündür.³⁹⁸

Ombudsmanın temel olarak yaptığı, şikayete neden olan sorunu belirleyip uyarı ve çeşitli bildirimler yoluyla sorunu düzeltmeye çalışmaktır. Bunu yaparken kullandığı yetkiler ise “yayımlama” ve “açık eleştiri” yetkileridir.³⁹⁹ İdari makamlar bu yetkilere karşı koyamamakta ve ombudsmanın istemi doğrultusunda hareket etmek durumunda kalmaktadırlar. Ombudsman yönetimin her kademesindeki birimlerde araştırma, inceleme ve denetleme yapma yetkisine sahiptir. Ombudsman, yargı makamlarının aksine tez-antitez-sentez yöntemine başvurmaksızın şikayet konusu ile ilgili soruşturma yapar gerekli görürse “değerlendirme” ve “öneride bulunma” yollarını izler.⁴⁰⁰ Tam anlamıyla

³⁹⁶Pek çok ülkede yasama organının uzantısı konumunda görülen ombudsman, parlamentonun ve idari makamları denetlemekle yükümlü yargının dışında yer alır (Akıncı, 2010, **a.g.k.**, 151).

³⁹⁷Erhürman, 2000, **a.g.k.**, 157-159.

³⁹⁸Odyakmaz, Çınarlı ve Avcıoğlu Aksoy, 2018, **a.g.k.**, 42.

³⁹⁹İsveç'te ombudsman gizlilik içerenler de dahil olmak üzere tüm belge ve dosyaları inceleme yetkisine sahip olduğu gibi gerektiğinde savcılardan yardım isteme yetkisine de sahiptirler. Bunun yanında ombudsmanın kamu görevi sırasında yasaları çiğneyen görevliler aleyhine cezai soruşturma açabileceği gibi disiplin soruşturması da açabilir (Eklund, 2000, **a.g.k.**, 479-480).

⁴⁰⁰Akıncı, 2010, **a.g.k.**, 150-151.; Eroğlu, ombudsmanın yetkilerini soruşturma açmak, tenkit etmek, idarenin aksayan yönlerini kamuoyuna duyurmak ve açıklamak şekilde ifade etmektedir (Eroğlu, 1978, **a.g.k.**, 363).

hakim gibi hareket etmese dahi ombudsmannın faaliyetleri yarı-yargısal olarak değerlendirilebilir. Bunun sebebi ombudsmannın gördüğü işlev sayesinde vatandaşların temel haklarını korumasının yanında, faaliyetlerinin mahkemelerinkine benzeyen birtakım usul kurallarına tabi olmasıdır.⁴⁰¹

Ombudsman idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri dolayısıyla yapılan şikayetleri araştırma, inceleme ve yayınlama yetkisine sahiptir. Ombudsman, şikayetlerin incelenmesi sonucunda şikayetçinin haklı olduğu kanaatine varılırsa bu haksızlığı doğuran kararın değiştirilmesi veya şikayetçiye tazminat ödenmesi konusunda idareye tavsiyede bulunur. Ombudsman, uyuşmazlığın çözümünde tarafların ortak bir karara varmasına yardımcı olması ve süreç sonunda tarafları bağlayıcı karar alamaması bakımından arabulucuya benzemektedir. Yapılan şikayetleri değerlendirmesi sonucu idari merciler veya diğer kar amacı gütmeyen kuruluşlara yönelik olarak tavsiyelerde bulunabilmesi yönünden ise arabuluculuktan ayrılmaktadır.⁴⁰²

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak ombudsmannın konumuz bakımından incelenmesi gereken kısmı bu kurumun verdiği kararın sonuçlarıdır. Şikayet hakkında kararını veren ombudsman şikayetçinin haksız olduğu kanaatine varırsa bu konudaki kararını ilgili idare ve şikayetçiye bildirecek ve dosyadan elini çekecektir. Şikayetçi açısından ret kararı anlamına gelen bu durumda herhangi bir üst başvuru yolu bulunmamakta, dava açma süresi geçirilmemişse yargı yoluna başvurma imkanı bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, kurumun işlevselliğini artırmak⁴⁰³ ve dava açma süresinin kaçırılma tehlikesini önleme bakımından ombudsmana başvurunun dava açma süresini durdurması düzenlemesinin yapılması isabetli olabilir. Ombudsmannın şikayetçiye haklı bulması halinde ise ilgili idareye başvurularak kararın yerine getirilmesi istenecektir. İdare, çeşitli şekillerde kararı yerine getirebilir. İdare kararı yerine getirmezse ilgili idarenin hiyerarşik olarak üstü olan makama başvurulur. Yine sonuç alınmazsa ombudsman hazırlayacağı özel raporu Meclise sunar ve Meclis denetimi yoluna başvurur. Son aşama olarak, hiçbir mekanizma sonuç vermezse artık kamuoyu

⁴⁰¹Klučka, 2007, **a.g.k.**, 1053.

⁴⁰²Özbek, 2005, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Usuller I, **a.g.k.**, 122.

⁴⁰³Ombudsmannın etkililiğini sağlama hususunda gerekli olan ilkeler şu şekilde ifade edilmektedir: Bağımsızlık ve tarafsızlık, görünebilirlik ve ulaşılabilirlik, profesyonellik, geniş araştırma yetkisine sahip kılınma, hakkaniyete uygun çözüm önerme yetkisi ile donatılma, kamuya karşı sorumluluk (Akıncı, 2010, **a.g.k.**, 173-181.

denetimine başvurulacaktır. Bu bakımdan Ombudsmannın medyayla sıkı bir ilişki içerisinde olması ve hazırladığı raporları medya aracılığıyla kamuoyuna sunması verdiği kararların dikkate alınıp yerine getirilmesinin sağlanmasında büyük bir öneme sahiptir.⁴⁰⁴

2.4. İdari Başvuru Yolu ile Uyuşmazlıkların Çözüm Usulü

2.4.1. Genel olarak idari başvuru kavramı

Hukuki tanımıyla başvuru (müracaat) kavramı, bir kimsenin bir talepte veya istekte bulunmak üzere ilgili devlet makamına başvurması anlamını taşımaktadır. Yapılan bu başvurular karşısında devlet makamları tarafından verilecek kararların sonuçları da birbirinden farklılık arz edeceğinden bu başvuruların çeşitli şekillerde ayrımının yapılması gerekmektedir. Kişilerin yapmış olduğu bu başvurular esasen iki grupta, idari ve yargısal olarak incelenebilir.⁴⁰⁵ İdari başvurular, uyuşmazlıkların yargı yoluna taşınmadan çözümlenebilmesi noktasında fayda sağlamasının yanı sıra hak arama özgürlüğünü sağlamada önemli rol oynamakta ve kamu yararının korunmasında bir araç görevi görmektedir.⁴⁰⁶ Nitekim hakları ihlal edilen kimselerin idari makamlara başvuru yapabilme hakkı hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde hem de ulusal hukukumuzda Anayasal güvenceye bağlanmıştır. Bu bağlamda Anayasa'da düzenlenen hak arama özgürlüğü (AY, m. 36), temel hak ve hürriyetlerin korunması (AY, m. 40) ve dilekçe hakkı (AY, m. 74) kişilerin idari makamlara başvurması ile yakından ilintilidir.⁴⁰⁷

Bir devlette uyuşmazlıkları çözümlmek, kural olarak yargı organına atfedilmiş bir yetkidir. Ancak bazı hallerde -istisnai olarak- yürütme organı veya onun uzantısı konumundaki idare, uyuşmazlıkları çözümleyici konumda yer alabilir.⁴⁰⁸ İdari başvurular yoluyla kişiler yargı yoluna başvurarak elde edebilecekleri bir sonucu bu yola başvurmaya gerek kalmadan idareye başvurmak suretiyle de elde edebilecektir.⁴⁰⁹ Konumuz bakımından da idari başvuruların bu işlevi önem taşımaktadır.

⁴⁰⁴Erhürman, 2000, **a.g.k.**, 177-178.; Eroğlu, 1978, **a.g.k.**, 363.

⁴⁰⁵L. Duran (1946). İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 12(1), s. 132.

⁴⁰⁶Yıldırım, 2006, **a.g.k.**, 57-59.

⁴⁰⁷Y. Sezer ve H. Bilgin (2008). Danıştay Kararlarında İdari Başvurular. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(4), s. 339.

⁴⁰⁸Yıldırım, 2006, **a.g.k.**, 12.

⁴⁰⁹T. Tan (2020). *İdare Hukuku*. (9. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi, s. 653. Tan, İYUK'un 11. maddesi uyarınca yapılan idari başvurular bakımından bu cümleyi kullanmaktadır. Biz, idari başvuru yollarının tamamının böyle bir fayda sağladığını düşündüğümüz için bu cümleyi idari başvuru yollarının genelini kapsar şekilde kullanmış bulunmaktayız.

İdari başvurulara hem organik hem de işlevsel açıdan pek çok tanım getirilmiştir. Yalnızca organik ölçüte göre yapılan bir tanımın tüm idari başvuruları kapsar şekilde olmayacağı ifade edildiğinden tüm idari başvuruları kapsayan bir tanım olarak şu tanım verilebilecektir: “*Kişilerin menfaatleri bulunan ve idari işlev kapsamına giren konularda, kamusal makamlara yaptıkları başvuruların tümü ile; kamu yararını korumak amacıyla yetki verilen kamu görevlilerinin veya kamu tüzel kişilerinin diğer idari makamların yaptığı idari işlemlerin iptali, değiştirilmesi veya geri alınması gibi nedenlerle, yine yasaların gösterdiği idari işleve sahip makamlara yaptıkları idare hukukuna ilişkin başvurulardır.*” Tanımdan da çıkarılacağı üzere idari başvurunun unsurları, başvuru yapan kişi veya makamların varlığı (gerçek kişiler veya kamu görevlileri ve kamu tüzel kişileri), başvuruda bulunulmasında bir çıkar veya menfaatin bulunması, idari fonksiyon ifa eden bir makama başvuruda bulunulması ve başvurunun konusunun idare hukukuna dahil bir konu olmasıdır.⁴¹⁰

İdari başvurular, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda ve çeşitli kanunlarda farklı şekillerde düzenleme alanı bulmuştur. Uyuşmazlıkların yargı yerine başvurmadan çözümlenmesine imkan tanıyan bu düzenlemeler öncelikli olarak İYUK’ta düzenlenen usule ve ardından diğer kanunlarda yer bulan başlıca düzenlemelere yer verilerek incelenecektir.

2.4.2. İdari Yargılama Usulü Kanun’unun 10., 11., ve 13. maddeleri çerçevesinde yapılan idari başvurular

Yargı dışı bir çözüm yolu olarak değerlendirilebilecek idari başvuru yollarının başlıcalarına İYUK’un 10. ve 11. ve 13. maddelerinde rastlanmaktadır. İdari başvurular⁴¹¹, idari nitelik taşımakta olup başvuru sonucu verilen kararlar da idari niteliktedir. Bunlar kesin hüküm niteliğini ve kudretini haiz değildirler.⁴¹²

İlgililer haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylem yapılması için idari makamlara başvuruda bulunabilirler (İYUK m. 10). Burada henüz kişi adına tesis edilmiş bir işlem veya eylem mevcut değildir. Ancak ilgili kişiler buna ilişkin taleplerini anılan kanunu maddesi uyarınca ilgili makamlara iletebilirler. Bundan başka, ilgililer henüz bir idari dava açılmamışken haklarında tesis edilen idari işlemin

⁴¹⁰Yıldırım, 2020, **a.g.k.**, 30-40.

⁴¹¹İdari başvurular hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Eroğlu, 1978, **a.g.k.**, 358-360.

⁴¹²Eroğlu, 1978, **a.g.k.**, 359.

kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem tesis edilmesi için üst makama, üst makam yoksa işlemi tesis eden makama dava açma süresi içerisinde başvuruda bulunabilir (İYUK m. 11). Bu başvuru usulüne aynı zamanda hiyerarşik başvuru da denmektedir.⁴¹³ Bu yolla veya işlemi yapan idari makamın üst makamı bulunmaması halinde bu makama yapılan başvurular yargı yoluna başvurmaya bir alternatif teşkil etmektedir. Zira işlemi tesis ederken hukuka uygun davranma yükümlülüğü altında bulunan idare, yapılan başvuru neticesinde kendini hukukilik ve yerindelik açısından denetleme imkanı bulabilmekte ve fark ettiği hukuka aykırılıkları düzeltme olanağına sahip olmaktadır. Daha önce de bahsedilen, kendi kendini denetim yani “özdenetim” yolu da idareyi sulh içerisinde işlemlerini hukuka uygun hale getirme hususunda uyarıcı bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴¹⁴

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 13. maddesi uyarınca yapılacak başvurular, aynı Kanununun 10. ve 11. maddesi uyarınca yapılacak başvurulardan farklılık arz etmektedir. Öyle ki, 13. madde uyarınca yapılacak başvurular, yasama organınca zorunlu bir yol olarak öngörülmüştür.⁴¹⁵ Buna göre, idari eylemlerden dolayı hakları ihlal edilmiş olan kimseler dava açmadan önce idarenin söz konusu eylemi dolayısıyla haklarının yerine getirilmesini ve uğradıkları zararın giderilmesini talep etmelidirler.⁴¹⁶ İdari eylemlerin konu olduğu tam yargı davalarında dava açma süresinin başlaması bakımından gerekli olan bu başvuru sonucu idarece verilecek karara ön karar denmektedir.⁴¹⁷ Daha önce bahsedilen 659 sayılı KHK’nın 12. maddesi gereğince, İYUK’un 13. maddesi kapsamında yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak değerlendirilmek durumundadır.

⁴¹³Yıldırım, 2006, **a.g.k.**, 83.

⁴¹⁴Yıldırım, 2006, **a.g.k.**, 142.

⁴¹⁵Sezer ve Bilgin, 2008, **a.g.k.**, 355.; Yasama organınca zorunlu kılınan çeşitli kanunlardaki idari başvuru örnekleri hakkında aynı kaynağa bakınız.

⁴¹⁶“Madde 13 – 1. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir. 2. Görevli olmayan adli yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, birinci fıkrada öngörülen idareye başvurma şartı aranmaz.”

⁴¹⁷Tan, 2020, **a.g.k.**, 1142.

Dolayısıyla belirtmek gerekir ki, idari eylemlerden dolayı zarar gören kişilerin yapacakları ön karar başvurusu artık bir sulh başvurusu niteliğindedir.⁴¹⁸

Bu tür başvurular ile idari yargı makamlarına yapılan başvurular arasında birtakım farklar bulunmaktadır. Yargısal makama yapılan başvurular hem idari işlemler hem de idari eylemler bakımından gerçekleştirilebilecekken işlemi yapan makama başvurular ancak idari işlemler konusunda yapılabilir. İdari işlemi yapan makama başvurulması üzerine gerçekleştirilecek idari denetim hem hukukilik hem de yerindelik açısından yapılabilirken idari yargı makamının denetimi yalnızca hukukilik bakımından gerçekleştirilebilir. Son olarak, idari işlemi yapan makama yapılacak başvurular idari nitelikte iken idari yargı makamına yapılan başvurular yargısal nitelik taşımaktadır.⁴¹⁹

İdari başvuru yollarının meydana gelen uyuşmazlıkları azaltmak noktasında bir rol oynadığı kabul edilmekle birlikte idari makamlar ortaya koydukları iradeyi değiştirmeleri pek gözlenen bir durum değildir. Dolayısıyla bu çözüm yolundan beklenen yararın tam anlamıyla gerçekleştirmediği ifade edilmektedir.⁴²⁰ Ancak bu yollar sayesinde en azından uyuşmazlıkların bir kısmı çözüme kavuşturulabilecektir.

2.4.3. Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen idari başvuru yolu

Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenmiş olan ve ihalelere yönelik olarak başvurulacak yollar da yargı yerlerinde dava açılmadan önce başvurulacak ve çıkabilecek bir uyuşmazlığın mahkemede görülmesinden önce çözülebileceği yollardır. 4734 sayılı Kanun'a göre ihale sürecinde meydana gelen hukuka aykırı eylem ve işlemler dolayısıyla hakları ihlal edildiği veya hak kaybına uğrayacağı muhtemel olduğu iddiasında bulunan aday veya istekli ile istekli olabilecek kişiler önce idareye “şikayet” başvurusunda bulunacaklar, bu başvurunun reddedilmesi durumunda ise Kamu İhale Kurumu'na “itiraz şikayet” başvurusunda bulunacaklardır.⁴²¹ Yapılacak bu başvurular, dava açılmadan önce başvurulması gereken zorunlu mekanizmalardır. İtiraz şikayet başvurularının incelenmesi sonucu Kurum, ihalenin iptaline, düzeltme yapılmak yoluyla giderilebilecek hususların bulunması halinde düzeltici işlemin belirlenmesine veya başvurunun reddine gerekçeli olarak karar verir (4734 s. K. m. 54/11). Kamu İhale

⁴¹⁸A. Cidecigiller (2015). *İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 83.

⁴¹⁹Yıldırım, 2006, **a.g.k.**, 80.

⁴²⁰Asiltürk, 2014, **a.g.k.**, s. 32.

⁴²¹Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 515.

Kurumu tarafından verilen bu kararlara karşı, dava açma süresi içerisinde iptal davası açılabilir. Görüldüğü gibi, uyuşmazlığın dava aşamasına gelmeden idari başvuru yoluyla çözüme kavuşturulabilmesi mümkündür.

2.5. Kamulaştırma Kanunu'nda Öngörülen Uzlaşma Usulü

2.5.1. Satın alma usulünün öncelikli olarak denenmesi usulü

Kamulaştırma Kanunu'nda yer alan ve idarelerin tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından gerçekleştireceği kamulaştırmalarda satın alma usulünün öncelikli olarak denenmesini öngören düzenleme, taşınmaz mal sahipleri ile idari arasında söz konusu olabilecek uyuşmazlıkların yargıya taşınmadan uzlaşma yoluyla çözülmesi bakımından bir örnek teşkil etmektedir.⁴²² Kamulaştırma yapacak idare, satın alma yolunu denemek üzere bir veya daha fazla uzlaşma komisyonu görevlendirmektedir.⁴²³ Böylece satın alma yolu denenmediği takdirde ortaya çıkması muhtemel olan anlaşmazlıklar, bu yolun denenmesi ve malikle müzakere edilmesi suretiyle uyuşmazlık aşamasına geçilmeden çözüme kavuşma imkanı bulmaktadır. Her ne kadar tarafların anlaşamaması durumunda süreç, idarenin taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine başvurarak ilgili

⁴²²Kamulaştırma işlemi, idari aşama ve adli aşama olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. İdari aşamanın sonunda denenilen satın alma usulüyle başarıya ulaşılamadığı durumlarda adli aşamaya geçilmektedir. Satın alma usulü denendiği takdirde başarılı olunursa adli aşamaya gerek kalmayacaktır (Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 640).

⁴²³Kamulaştırma Kanunu m.8: “İdarelerin, bu Kanuna göre, tapuda kayıtlı olan taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırmalarda satın alma usulünü öncelikle uygulamaları esastır.

Kamulaştırma kararının alınmasından sonra kamulaştırmayı yapacak idare, bu Kanununun 11 inci maddesindeki esaslara göre ve konuyla ilgili uzman kişi, kurum veya kuruluşlardan da rapor alarak, gerektiğinde Sanayi ve Ticaret Odalarından ve mahalli emlak alım satım bürolarından alacağı bilgilerden de faydalanarak taşınmaz malın tahmini bedelini tespit etmek üzere kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla kıymet takdir komisyonunu görevlendirir.

Ayrıca idare, tahmin edilen bedel üzerinden pazarlıkla satın alma ve trampa işlemlerini yürütmek ve sonuçlandırmak üzere kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla uzlaşma komisyonunu görevlendirir.

İdare, kıymet takdir komisyonunca tespit edilen tahmini bedeli belirtmeksizin, kamulaştırılması kararlaştırılan taşınmaz mal, kaynak veya bunların üzerindeki irtifak haklarının bedelinin peşin veya bu Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılıyor ise, bu fıkradaki usullere göre taksitle ödenmesi suretiyle ve pazarlıkla satın almak veya idareye ait bir başka taşınmaz malla trampa yoluyla devralmak istediğini resmi taahhütlü bir yazıyla malike bildirir.

(Değişik beşinci fıkra: 20/8/2016-6745/31 md.) Malik veya yetkili temsilcisi tarafından, bu yazının tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde, kamulaştırmaya konu taşınmaz malı pazarlıkla ve anlaşarak satmak veya trampa isteği ile birlikte idareye başvurulması hâlinde; komisyonca tayin edilen tarihte pazarlık görüşmeleri yapılır, tespit edilen tahmini değeri geçmemek üzere bedelde veya trampada anlaşmaya varılması hâlinde, yapılan bu anlaşmaya ilişkin bir tutanak düzenlenir ve anlaşma konusu taşınmaz malın tüm hukuki ve fiili vasıfları ile kamulaştırma bedelini, malikin kimlik bilgilerini ve taşınmazların tapuda tesciline veya terkinine dair kabul beyanlarını da ihtiva eden tutanak, malik veya yetkili temsilcisi ve komisyon üyeleri tarafından imzalanır. Bu tutanak malikin ferağ beyanı ve tapuda idare adına yapılacak tescilin hukuki sebebi sayılır.”

idarenin taşınmazı kendi adına tescil isteminde bulunmasıyla devam etse de sürecin başında hem malikin hem de idarenin zaman ve para kaybı yaşamadan anlaşma imkanının mevcut olması önemli bir husustur.

Tarafların kamulaştırma bedelinde anlaşamaması halinde uyuşmazlık yargı yoluna taşındıktan sonra hakim tarafları duruşmaya çağırır. Belirlenen günde gerçekleştirilen duruşmada hakim tarafları taşınmazın bedelinde anlaşmaya davet eder. Hakimin duruşmada tarafları bedelde anlaşmaya davet etmesi yargısal arabuluculuk (judicial mediation)'a örnek oluşturmaktadır.⁴²⁴ Anlaşma sağlanırsa uyuşmazlık bu noktada sona erer. Anlaşma sağlanmadığı takdirde kamulaştırma bedeli mahkeme tarafından tespit edilir. Söz konusu taşınmazın değerini tespit için mahkeme bilirkişiler marifetiyle mahallinde keşif yapar. Bilirkişiler, Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinde yer alan esaslara göre taşınmazın değerini tespit ederler. Hakim gerektiği takdirde yeni bir bilirkişi kurulu da tayin edebilir. Bu işlemlerin sonucunda tarafların ve bilirkişilerin rapor veya beyanlarına dayanarak adil ve hakkaniyete uygun bir kamulaştırma bedeli tespit eder (Kamulaştırma Kanunu m. 10). Kanunun düzenlemesinden anlaşılacağı üzere hakim kararına esas olarak bilirkişilerin tespit ettiği değeri kabul etmektedir. Dolayısıyla yargılama sürecine bilirkişi raporunun yön verdiği söylenebilir. İşte bu türden uyuşmazlıklarda yargı yoluna başvurulmadan önce ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurma şeklinde bir çözüm yolunun kabul edilmesi hem mahkemenin iş yükünün azaltılması hem de uyuşmazlığın tarafı olan idarenin ve taşınmaz malikinin tarafsız üçüncü kişi yardımıyla kolaylıkla sonuca ulaşip tatmin olması bakımından faydalı olabilecektir.⁴²⁵

2.5.2. Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesinde öngörülen usul⁴²⁶

Kamulaştırma Kanunu'na 5999 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 18 Haziran 2010 tarihinde eklenen düzenleme ile, kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazlara ilişkin mülkiyet hakkından doğan talepler Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. maddesi uyarınca hükme bağlanacaktır. Malikin bedel talep etmesi halinde bu bedelin tespit edilmesi ve bu maddeye göre yapılacak diğer işlemlerde öncelikli olarak uzlaşma usulünün denenmesi dava şartı olarak düzenlenmiştir.

⁴²⁴Özbek, 2005, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller I, **a.g.k.**, 97.

⁴²⁵Özbek, 2005, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller I, **a.g.k.**, 98.

⁴²⁶Detaylı açıklamalar için bkz. Kaplan 2020, **a.g.k.**, 42.

İdarenin daveti veya malikin başvurusu üzerine başlatılabilen bu usulde, Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesine göre teşekkül ettirilecek kıymet takdir komisyonu aynı Kanununun 11. ve 12. maddelerine göre uyuşmazlığa konu taşınmaz veya hakkın bedelini tespit etmektedir. Ardından idarenin daveti veya malikin müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içinde talep sahibi kimse uzlaşma görüşmelerine davet edilir. Uzlaşma görüşmeleri, hukuki veya fiili engel bulunmadığı takdirde davete icabet tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılır ve uzlaşmaya varılıp varılmadığı, malik veya temsilcisi ile komisyon üyeleri tarafından imzalanan bir tutanağa⁴²⁷ bağlanır. İdare ve malik arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren üç ay içinde malik veya idare tarafından bedel tespiti davası açılabilir. Açılacak davanın çözüm yeri ise asliye hukuk mahkemeleridir.

2.6. Vergi Hukukunda Öngörülen Yargı Dışı Çözüm Yolları

Vergi hukukunda, uyuşmazlıkların yargı yoluna başvurulmadan çözülmesini sağlayan alternatif çözüm yolları yer almaktadır. Vergi uyuşmazlıklarının çözümünde başvuru yolları idari yollar ve yargısal yollar olmak üzere esasen iki başlık altında sistematize edilebilir. Vergi uyuşmazlıklarının idari aşamada çözümü, vergi dairesi ile vergi yükümlüsü arasında meydana gelen uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümlenmesine ilişkin süreçleri ifade etmektedir. Uyuşmazlık yargıya taşınmadan önce bu yollara başvurma zorunluluğu olmadığı gibi, uyuşmazlık idari aşamada çözümlenemezse akabinde yargı yoluna başvurma imkanı da mevcuttur. Bu çözüm yollarından uzlaşma ve hata düzeltmeye hem vergi aslı hem de vergi cezaları bakımından başvurulabilmektedir.⁴²⁸

Vergi uyuşmazlıklarının idari aşamada çözümlenmesini sağlayan yolların başında uzlaşma ve hata düzeltme kurumları gelmektedir. Bunlardan başka, cezalarda indirim ile pişmanlık ve ıslah kurumları da vergi uyuşmazlıklarının barışçıl yollarla çözümünde başvurulabilecek yollar arasında gösterilmektedir.

“Belli miktardaki vergi tarhiyatı ile kesilen ceza üzerinde vergi dairesi ile yükümlünün pazarlık sonucu anlaşmaları” şeklinde tanımlanan uzlaşma kurumunun

⁴²⁷“Bu tutanak ile uzlaşma görüşmelerine ilişkin bilgi ve belgeler, açılacak davalarda taraflar aleyhine delil teşkil etmez” (Kamulaştırma Kanunu, geçici 6. m.).

⁴²⁸M. Öncel, A. Kumrulu ve N. Çağan (2008). *Vergi Hukuku*. (15. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi, s. 169-170.

amacı vergi alacağıının yargı yerlerinin göreceği bir uyuşmazlığa konu olmadan hızlıca hazineye aktarılmasını sağlamaktır.⁴²⁹ Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) Ek 1. maddesinde düzenlenen uzlaşmanın konusunu ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilmiş vergiler ve bunlara ilişkin vergi ziyai cezaları ile 1 Ocak 2022 tarihi itibarıyla 6800 Türk lirasını aşan usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının tahakkuk edecek miktarları oluşturmaktadır. Konusunu bu türden bir vergi aslı veya cezasının oluşturduğu uyuşmazlıklarda uzlaşma yoluna başvurulabilmesi için Kanunda yazılı durumlardan⁴³⁰ birinin gerçekleşmesi halinde, yine Kanunda yer alan uzlaşmaya ilişkin hükümler çerçevesinde idare ile mükellef/adına ceza kesilen kimse arasında yargı yoluna başvurmaksızın çözüme varılabilir. Uzlaşmaya varılması durumunda ise, üzerinde uzlaşılan vergi ve cezaya ilişkin dava açılmaz (VUK, Ek m. 7/3).

Vergi uyuşmazlıklarının idari aşamada çözümünü öngören bir başka çözüm yolu ise vergi hatalarının düzeltilmesidir. Vergi hatalarının düzeltilmesi, vergilendirme işlemlerinde meydana gelmiş bazı sakatlıkların yargı yoluna başvurulmadan giderilmesini içeren bir süreçtir.⁴³¹ Hata düzeltme kurumu, VUK'un 116 ila 126. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu Kanunun 116. maddesine göre vergi hatası, *“vergiye mütaallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması”* şeklinde ifade edilmektedir. Devamında ise bu Kanunun 117. ve 118. maddelerinde, vergi hatasının türleri olan, hesap hataları ve vergilendirme hatalarının ne şekilde gerçekleşebileceğine yer verilmektedir. Bu hesap hatası veya vergilendirme hatalarından birini bünyesinde taşıyan vergilendirme işlemine karşı, vergi alacağıının tabi olduğu beş yıllık genel zamanaşımı⁴³² süresi içinde kalınmak şartıyla söz konusu hata yükümlünün başvurusu üzerine düzeltilebilir.⁴³³ Vergi

⁴²⁹Öncel, Kumrulu ve Çağan, 2008, **a.g.k.**, 170.; Vergi dairesi ile yükümlü arasında verginin tarhından önce de anlaşma sağlanması mümkündür. Bu yönde olmak üzere, VUK'un Ek 11. maddesinde tarhiyat öncesi uzlaşma kurumu düzenlenmiştir. Uzlaşma kurumu hakkında detaylı bilgi için ise bkz. Öncel, Kumrulu ve Çağan, 2008, **a.g.k.**, 170-173.

⁴³⁰VUK Ek 1. maddesine göre bu şartlar, vergi ziyasına sebebiyet verilmesinin kanun hükümlerine yeterince nüfuz edilmemesi; bu Kanunun 369. maddesinde yer alan yanılma halinin mevcut olması; yine bu Kanunun 116, 117 ve 118. maddelerinde yazılan vergi hataları veya bu hataların dışında her türlü maddi hatanın bulunduğu ileri sürülmesi; uyuşmazlık konusu hakkında yargı kararları ile idarenin görüş farklılığı olduğunun ileri sürülmesi durumlarıdır.

⁴³¹Öncel, Kumrulu ve Çağan, 2008, **a.g.k.**, 173.

⁴³²Beş yıllık zamanaşımı süresi dışında ayrıca düzeltme zamanaşımı süreleri de VUK'un 126. maddesinde yer almaktadır.

⁴³³*“Mükellefler, vergi muamelelerindeki hataların düzeltilmesini vergi dairesinden yazı ile isteyebilirler”* (VUK, m. 122/1). *“Vergi dairesinin ilgili servisi düzeltme talebini kendi mütalaasını da ilave ederek,*

yükümlüsü, vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra da düzeltme talebinde bulunabilir. Ancak bu talebinin reddolunması halinde şikayet yolu ile Maliye Bakanlığı'na başvuruda bulunmak mümkündür⁴³⁴ (VUK, m. 124/1). Düzeltme ve şikayet başvurusu olarak öngörülen bu yolda, Vergi Usul Kanunu'nun 118. maddesinde sayılan sebeplerle sınırlı olarak vergi hatasının gerçekleşmesi halinde ilgilinin bu hatalı işlemin düzeltilmesi talebi üzerine herhangi bir uyuşmazlık meydana gelmeden düzeltilebilmektedir. Ancak vergi hatalarının kanunda sınırlı sayıda ifade edilmiş olmasının sınırlı bir fayda sağladığı ifade edilmektedir.⁴³⁵

Cezalarda indirim, mükellef veya vergi sorumlusunun, adına ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergi veya vergi farkını ve vergi ziyayı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının yarısını ihbarnamelerin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili vergi dairesine başvurarak vadesinde veya 6183 sayılı Kanunda belirtilen türden teminat göstererek vadenin bitmesinden itibaren üç ay içinde ödeyeceğini bildirmesi halinde kesilen vergi cezalarında ilgili maddelerde gösterilen oranlarda indirim yapılmasıdır. Vergi Usul Kanunu'nun 376. maddesinde hüküm altına alınmış bu kurum ile vergi aşı veya vergi cezasını dava konusu yapmayan mükellef veya vergi sorumlusu, indirim dışı kalan cezaları süresinde ödediği takdirde ciddi oranda indirim imkanı söz konusu olmaktadır.⁴³⁶ Böylelikle ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık yargı yoluna başvurulmadan, vergi ödevlilerine indirim imkanı tanınarak giderilebilir. En azından yargı yerlerine yapılacak başvurularda azalma sağlayabilecek bir kurumdur.

Bu başlık altında bahsedilecek son çözüm yolu pişmanlık ve ıslah kurumudur. Vergi Usul Kanunu'nun 371. maddesinde düzenlenen bu kurum, beyana dayalı vergilerde⁴³⁷ vergi kanunlarına aykırı fiili işleyen veya bu fiillerin işlenişine iştirak eden kimselerin söz konusu aykırı davranışı bir dilekçe ile ilgili makama kendiliğinden haber vermesi halinde, bazı şartlar altında⁴³⁸ vergi ziyayı cezası kesilmesini önlemektedir. Vergi

düzeltilme merciiine gönderir. Düzeltme mercii talebi yerinde gördüğü takdirde, düzeltmenin yapılmasını emreder; yerinde görmediği takdirde, keyfiyet düzeltmeyi isteyene yazı ile tebliğ olunur" (VUK, m. 123).

⁴³⁴ "Bu madde gereğince il özel idare vergileri hakkında valiliğe ve belediye vergileri hakkında belediye başkanlığına müracaat edilir" (VUK., m. 124/2).

⁴³⁵ Asiltürk, 2014, **a.g.k.**, 34.

⁴³⁶ Y. Karakoç (2017). *Vergi Yargılaması Hukuku*. (4. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 59.; Cezalarda indirim kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. Karakoç, 2017, **a.g.k.**, 58-63.

⁴³⁷ Beyana dayalı bir vergi türü olan emlak vergisinde bu kurum uygulama alanı bulmaz. "Bu madde hükümleri, emlak vergisi ile ilgili olarak uygulanmaz" (VUK, m. 371/son).

⁴³⁸ Söze konu şartlar aynı maddede düzenlenmektedir. Bu şartlar, "1. Mükellefin keyfiyeti haber verdiği tarihten önce bir muhbir tarafından her hangi resmi bir makama dilekçe ile veya şifahi beyanı tutanakla

ceza hukukuna özgü bu kurum, vergi kabahati veya suçu işleyen mükelleflere bir fırsat tanınıp vergi kaçakçılığı suçlarının kovuşturulmadan ve failer veya suça iştirak eden kimseler hakkında cezaya hükmedilmeden uyuşmazlıkların çözümlenmesine hizmet eden bir kurumdur. Mükelleflerin pişmanlığı karşısında devlet de cezalandırmadan vazgeçmek suretiyle mükellefin pişmanlığını hukukileştirmektedir.⁴³⁹

Yukarıda verilen ve mükellefler ile idare arasında meydana gelen uyuşmazlıkların uzlaşma yoluyla hallini öngörülen bu düzenlemeler geniş anlamda sulh yoluyla uyuşmazlık çözüm usulüne örnek oluşturmaktadır. Vergi idaresi veya mükellef uzlaşma sağlanması amacıyla harekete geçebilmekte ve bu yolla uyuşmazlıklar çözüme kavuşturulabilmektedir.⁴⁴⁰

2.7. Diğer Kanunlarda Düzenlenen Yargı Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Yukarıda açıklanan yargı dışı yollardan başka, çeşitli kanunlarla öngörülmüş uyuşmazlık çözüm usulleri de bulunmaktadır. Köy Kanunu'nda uyuşmazlıkların, tarafların bir araya getirilmesi suretiyle çözümlenmesini ve yargı yoluna taşınmadan hallini öngören çeşitli düzenlemeler de yer almaktadır. İki köy arasında nizalı sınırların çizilmesi için Hükümetin emriyle iki köyün ihtiyar heyetinin toplanarak meseleyi kendi aralarında düzeltmesi şeklindeki düzenleme, sınırın büyütülüp küçültülmesi başka bir köy dokunuyorsa yine aynı şekilde halledilmesi yönündeki düzenleme uyuşmazlıkların müzakere yoluyla hallini öngörmektedir (Köy Kanunu m. 5). Ayrıca yine aynı Kanun'un 53. maddesinde, "*İhtiyar meclisleri köylünün iki tarafın uzlaşmasıyla bitirilebilen her türlü işlerini görürler.*" şeklinde ifade edilmek suretiyle uyuşmazlıkların yargı yoluna taşınmadan (kanunun ifadesiyle) sulh yoluyla çözümüne imkan tanınmaktadır. Bunlar

tevsik edilmek suretiyle haber verilen husus hakkında ihbarda bulunulmamış olması (Dilekçe veya tutanağın resmi kayıtlara geçirilmiş olması şarttır.).2. Haber verme dilekçesinin yetkili memurlar tarafından mükellef nezdinde haber verilen olayın ilgili olduğu vergi türüne ilişkin bir vergi incelemesine başlandığı veya olayın ve ilgili olduğu vergi türünün takdir komisyonuna intikal ettirildiği günden evvel (Kaçakçılık suçu teşkil eden fiillerin işlendiğinin tespitinden önce) verilmiş ve resmi kayıtlara geçirilmiş olması.(2) 3. Hiç verilmemiş olan vergi beyannamelerinin mükellefin haber verme dilekçesinin verildiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde tevdi olunması. 4. Eksik veya yanlış yapılan vergi beyanının mükellefin keyfiyeti haber verme tarihinden başlayarak onbeş gün içinde tamamlanması veya düzeltilmesi. 5. Mükellefçe haber verilen ve ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin, ödemenin geciktiği her ay ve kesri için, 6183 sayılı Kanununun 51 inci maddesinde belirtilen nispette uygulanacak gecikme zammı oranında bir zamlarla birlikte haber verme tarihinden başlayarak onbeş gün içinde ödenmesi" şeklindedir.

⁴³⁹Karakoç, 2017, **a.g.k.**, 64-65. Pişmanlık ve ıslah kurumunun kapsamı ve kurum hakkında detaylı bilgi için bkz. Karakoç, 2017, **a.g.k.**, 65-70.

⁴⁴⁰Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 42.

niteliği gereği idari uyuşmazlık olarak kabul edilmeseler dahi idare hukukunda yer alan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanımına dair örnek oluşturmaktadırlar.⁴⁴¹

Düzenleyici ve denetleyici kurumlardan bazıları bir kısım idari uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma yetkisi ile donatılmıştır. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği uyarınca, borsa yönetim kurulunun müşteriler ve borsa üyeleri arasında meydana gelen uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararlar bakımından Sermaye Piyasası Kurulu'na (SPK) itiraz edilebilmesi mümkündür. SPK'nın uyuşmazlık hakkında verdiği karar kesin olup bu kararlar aleyhine idari yargıya başvurulabilir. Bundan başka, Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu'na, bilgi edinme başvurusu yapılan idari makamın zımnî veya açık ret kararına karşı yapılan itirazları çözüme kavuşturma görevi verilmiştir. Bu yollarla hukuki açıdan tatmin olan kimseler dava yoluna başvurmadan vazgeçebileceğinden, yargının yükü de hafifletilmiş olacaktır.⁴⁴²

İdare ile uyuşmazlıkların uzlaşma yoluyla çözüme kavuşturulabilmesini mümkün kılan bir başka düzenleme de 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 18. maddesinde bulunmaktadır.⁴⁴³ Yine, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Hizmetleri Hakkında Kanun'un 26. maddesi⁴⁴⁴ ile Orman Genel Müdürlüğüne İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun 36. maddesinde⁴⁴⁵ alternatif çözüm yollarına yer

⁴⁴¹Hasoğlu, 2016, **a.g.k.**, 1991.

⁴⁴²Azrak, 2009, **a.g.k.**, 75-76.

⁴⁴³Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 42.; İlgili düzenlemenin uzlaşmayı konu alan 3. ve 4. fıkrası şu şekildedir: “Başkan, incelemenin özelliğine göre, görüşlerin alınmasından sonra, resen veya talep üzerine tarafları uzlaşmaya davet edebilir. Uzlaşma, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali olduğu iddia olunan uygulamaya son verilmesi veya mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümleri içerebileceği gibi mağdura belli bir tazminatın ödenmesi biçiminde de olabilir. Uzlaşma en geç bir ay içinde sonuçlandırılır. Uzlaşma müzakereleri sırasında yapılan tespitler, alınan beyanlar veya açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturamada ya da davada delil olarak kullanılamaz. Uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmayan başvurular ve incelemeler hakkında ilgili rapora ilişkin müzekkere yirmi gün içinde Kurula sunulur. Bunun üzerine Kurul, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali yapıp yapılmadığına ilişkin karar verir.”

⁴⁴⁴Sulh yoluyla çözüm yetkisi - Madde 26-(1): “Genel Müdürlüğün görev alanına giren işlerin yürütülmesi ile ilgili olarak, Genel Müdürlük ile kamu kurum ve kuruluşları, gerçek veya tüzel kişiler arasında ortaya çıkabilecek, ivedilikle çözümlenmesi yarar görülen, bir sözleşme bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, henüz yargı mercilerine, hakeme veya icraya intikal etmemiş olan uyuşmazlıklarda; kovuşturulmasında veya yüksek dereceli merci ve mahkemelerce incelenmesini istemekte fayda umulmayan dava ve icra takiplerinden vazgeçilmesinde; anlaşma veya sözleşmelerin değiştirilmesinde veya bozulmasında; tanınacak veya terk edililecek hak ve işe karşılık gelen menfaatlardan; a) 1.000.000 Türk Lirasına kadar olanların sulh yolu ile halinde Genel Müdür, b) 1.000.001 Türk Lirasından 10.000.000 Türk Lirasına kadar olanların sulh yolu ile halinde Genel Müdürün teklifi üzerine Bakan, c) 10.000.001 Türk Lirasından fazla olanların sulh yolu ile halinde ise Cumhurbaşkanı, yetkilidir. (2) Bu maddede belirtilen parasal sınırların karşılığı her yıl merkezî yönetim bütçe kanununda gösterilir. Bu madde kapsamında yapılan işlemler, Genel Müdürlüğün ilgili yıla ait faaliyet raporunda gösterilir.”

⁴⁴⁵Bahsi geçen hüküm, “Anlaşmazlıkların halli” başlığı ile ilgili Kanunda, 445. dipnotta verilen hükme benzer şekilde ve yalnızca parasal sınırları değişik olarak düzenlenmiştir.

verilmiştir. Buna göre, bu kurumların görev alanına giren işlerin yürütülmesine ilişkin olarak, aralarında bir sözleşme bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, Genel Müdürlük ile kamu kurum ve kuruluşları, gerçek veya tüzel kişiler arasında meydana gelen ve henüz yargı yerlerine taşınmamış, icraya konu olmamış veya hakeme ulaşmamış uyuşmazlıkların sulh olunarak çözümlenmesi mümkündür. Belirtmek gerekir ki söz konusu Müdürlükler ile sulh yoluyla halledilebilecek uyuşmazlıklar konusu belirli bir miktarda para içeren uyuşmazlıklardır.⁴⁴⁶

3. İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözümü

3.1. İdarenin Özel Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk Yoluna Başvurulması

3.1.1. Genel olarak

İdarenin faaliyetlerine kural olarak kamu hukuku hükümleri hakimdir. Ancak idarenin bazı faaliyetlerine istisnai olarak özel hukuk hükümlerinin hakim olduğu durumlar da mevcuttur. İdarenin faaliyetlerine hangi hükümlerin hakim olacağını belirlemek ortaya çıkan bir uyuşmazlığın çözümünde görevli yargı kolunu tespit edebilmeye yarar. Bu yönde bir ayırım Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde önem arz etmektedir.⁴⁴⁷ Zira, bu sistemin geçerli olduğu ülkelerde ve ülkemizde devlet ve dolayısıyla idare, özel hukuk kişilerinde görülmeyen birtakım üstün yetki ve ayrıcalıklara sahip olmakta, bu faaliyetlere ayrı bir hukuki rejim hakim olmakta ve idarenin bu faaliyetleri adliye makamlarının müdahalesine açık olmamaktadır.⁴⁴⁸

İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır (AY, m. 125). İdarenin meydana getirdiği faaliyetler kişiler ile idare arasında uyuşmazlıklara sebep olmaktadır. Bu uyuşmazlıklar esasen idarenin iki tür faaliyetinden ileri gelmektedir; idare eylem ve işlemleri ile kişilerin mal veya şahıs varlığında zararlar meydana getirmiş olabilir veya idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka aykırı olduğu kişiler tarafından öne sürülebilir.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 43.

⁴⁴⁷Ulusoy, 2019, **a.g.k.**, 34-35.

⁴⁴⁸S.S. Onar (1952). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. İstanbul: Marifet Basımevi, s. 39-40. Açıklanan idari rejimin karakterleri ve kriterleri hakkında bkz. Onar, **a.g.k.**, s. 50-52.; “İdarenin işlem ve eylem yaparken açıkladığı irade ise özel hukuktaki gerçek ve tüzel kişilerinkine oranla hukuksal açıdan üstün bir konum ve güçtedir” (İ. H. Özay (1994). *Günüşğinde Yönetim*. İstanbul: Alfa Yayınları, s. 12).

⁴⁴⁹H. Kalabalık (2020). *İdari Yargılama Usulü Hukuku*. (14. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınları, s. 27.

İdarenin yargısal denetiminin gerçekleştirilmesinde özel hukuk kişileri arasında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde görevli olan adli mahkemelerin yanında idare ile kişiler arasında meydana gelen uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulduğu idari rejimin⁴⁵⁰ uygulanmasından kaynaklanan davaların görüldüğü genel yetkili idari yargı mahkemeleri yer almaktadır.⁴⁵¹ Bu bakımdan idarenin tarafı olduğu uyuşmazlıkların bir kısmına özel hukuk hükümleri uygulanmakta ve bu uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenmekte iken bir kısmına idare hukuku hükümleri egemen olmakta ve bu tür uyuşmazlıklar idari yargıda çözüme kavuşturulmaktadır.⁴⁵²

Ülkemizde idarenin taraf olduğu davaların çokluğu malumdur. Bu davalar hem uzun bir süreç sonunda sonuca bağlanmakta hem de bu süreçte idare ve uyuşmazlığın diğer tarafı gereksiz masraflarla karşı karşıya kalmaktadır. Görülen davaların sonucunun ise vatandaşların zararlarını (kararın verildiği tarih itibarıyla) karşılar nitelikte olmadığı belirtilmektedir. Vatandaşların idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından yargı yoluna yoğun bir biçimde başvurmalarının sebebi “idarenin hukuka uygun hareket edeceği inancının” toplumda yerleşmemiş olmasıdır. Kamu kurum ve kuruluşları da çoğu zaman uyuşmazlık çözücü konumda olmak yerine uyuşmazlık çıkarıcı olarak hareket etmekte ve çözüm üretme yeteneklerini kullanmamaktadırlar.⁴⁵³ Bu sıkıntıların yanında

⁴⁵⁰İdari rejimden söz edilebilmesi için şu üç unsur bir arada bulunmalıdır: “yürütme organı içinde ve onu uzantısı konumunda olduğu halde ayrı ve kendi kendine davranabilme yeteneği de bulunan bir idare; idareye özgü bir bağımsız hukuk kuralları bütünü yani idare hukuku; başlı başına bir varlık olan ve kendine özgü bir hukuku bulunan idarenin, adli yargıdan ayrı bir düzen oluşturan ve işleyen genel yetkili bir idari yargı aracılığıyla denetlenmesidir” (Özay, 1994, **a.g.k.**, 137).; İdari rejimin Türkiye’de başlangıcı ve gelişimi hakkında bkz. Yayla, 2009, **a.g.k.**, 105.; Onar, 1952, **a.g.k.**, 71-79. İdari rejimin Fransa’da ortaya çıkışı hakkında bkz. Eroğlu, 1978, **a.g.k.**, 371-373.; İdari rejimin çeşitli ülkelerdeki gelişimi hakkında bkz. Onar, **a.g.k.**, s. 52-66.; İfade edilmektedir ki, Fransa’da idari rejim idareyi genel mahkemelerin yargı denetiminden kurtarmak üzere ortaya çıkmış, Fransız idari sistemi ABD ve İngiltere’deki adli idare sistemine tahammül edememişlerdir (Yayla, 2009, **a.g.k.**, 106).; Adli idare sistemi İngiltere, ABD ve diğer Anglo-Amerikan ülkelerinde uygulanmakta olup idare tıpkı birey gibi düşünülmekte ve idarenin faaliyetlerine bireylere uygulanan ortak hukuk (common law) hakim olmaktadır. Bu sistemde idarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluk denetimi bireylerin faaliyetlerinin denetime tabi tutulduğu ortak mahkemelerce gerçekleştirilmektedir (Günday, 2011, **a.g.k.**, 24-25).; Adli idare sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yayla, 2009, **a.g.k.**, 106-107.; K. Gözler (2019). *İdare Hukuku Cilt I*. (3. Baskı), Bursa: Ekin Yayınevi, s. 57.; Eroğlu, 1978, **a.g.k.**, 373-374.; Karatepe, 1988, **a.g.k.**, 18-19.; Onar, 1952, **a.g.k.**, 66-71.

⁴⁵¹Kalabalık, 2020, **a.g.k.**, 29.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 71.; Gözler, 2019, **a.g.k.**, 58.; Karatepe, 1988, **a.g.k.**, 19.

⁴⁵²İdari rejim içerisinde istisnai olarak idarenin bazı faaliyetlerine özel hukuk hükümlerinin uygulanması ve bunlardan doğan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi ile karşılaşmaktadır. Bu hallerde dahi söz konusu idari faaliyetin bir kısmında idare hukuku hükümleri geçerli olmakta, bir kısmına özel hukuk hükümleri hakim olmaktadır. Uygulanacak özel hukuk hükümleri de, bireylerin özel hukukta tabi olduğu şekliyle uygulanmamaktadır. Zira idare bu türden bir faaliyetinde de kamu yararı gözetmek durumunda olduğundan sözleşmenin konusu ve karşı tarafını serbestçe seçme imkanına sahip değildir (Günday, 2011 **a.g.k.**, 25).

⁴⁵³Çolak, **a.g.k.**, 1.

idari yargıda kimi davaların idare tarafından gereksiz yere uzatıldığı ve mahkemelerin meşgul edildiğine dahi rastlanmaktadır.⁴⁵⁴

Adil yargılanma hakkının sağlanması ve mahkemelerdeki iş yükünün azaltılması alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması suretiyle mümkün olabilir. Böylece hem yargının iş yükünde bir azalma meydana gelecek hem de vatandaş ile idare arasında dostane bir yaklaşımla ve mücadelecisi değil müzakereci bir tavırla⁴⁵⁵ uyuşmazlıkların çözümü yargı yoluna nazaran daha kısa sürede gerçekleştirilebilecektir.

Bahsedilen sorunların bertaraf edilmesi ve idarenin uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk yolunun benimsenmesi 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda yapılan değişiklik ile mümkün hale gelmiştir. Bu değişiklik ile HUAK'ın 2. maddesinin (e) bendi, biraz sonra detaylı olarak inceleyeceğimiz “idare” kavramına yer vermiş ve arabuluculuk uygulaması bakımından idare kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmuştur.

3.1.2. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İdari Makamlar ile Özel Kişiler Arasındaki Dava Alternatifleri Konusunda Rec(2001) 9 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, “İdari Makamlar ile Özel Kişiler Arasındaki Dava Alternatifleri Konusunda Rec(2001) 9 Sayılı Tavsiye Kararı” ile üye devletlere, idari makamlar ile özel hukuk kişileri arasında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına da yer verilmesi ve bunların teşvik edilmesi konusunda tavsiyede bulunmuştur. Bu tavsiye kararının temelinde; mahkemelerin iş yükünün azaltılması, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan adil yargılanma hakkının uzun süren idari davalarla zarar görmesinin önüne geçilmesi, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yollara başvurulmasının idare ile halkı yakınlaştıracak bir argüman olması, bu alternatif çözüm yollarının mahkemeye taşınan davalara nazaran daha basit, çabuk ve ucuz şekilde uyuşmazlığın çözüme kavuşmasına hizmet etmesi, uyuşmazlıkların sınırları belirli olan kanun maddeleri ile çözümlenmesi yerine hakkaniyete uygun olacak şekilde takdir hakkının daha fazla kullanılabilmesine imkan sağlaması ve uyuşmazlıkların çözümünde mahkemece kullanılan usullerin söz konusu uyuşmazlık bakımından her zaman en uygun yol

⁴⁵⁴Özbek, 2005, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller I, **a.g.k.**, 93-94.

⁴⁵⁵Özbek, 2005, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller I, **a.g.k.**, 95.

olmayabileceği gibi gerekçeler yatmaktadır. Bu amacı gerçekleştirmek üzere kullanılacak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ise tavsiye kararının konusunda şu şekilde ifade edilmektedir: idarece yeniden inceleme, uzlaşma, arabuluculuk, müzakere yoluyla çözüm ve tahkim.

Tavsiye Kararında, idari makamlarla özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının teşvik edilmesi ve bu yolların neler olduğu belirtildikten sonra alternatif yollarla çözüme kavuşturulabilecek uyuşmazlıkların türüne dair belirleme yapılmıştır. Buna göre, “*Alternatif dava yollarına, ya genel olarak izin verilmelidir ya da uygun görülen belirli tür davalarda, özellikle, birel idari işlemler, sözleşmeler, hukuki sorumluluk ve genel olarak, bir para tutarı ile ilgili olan davalarda izin verilmelidir. Alternatif yolların uygunluğu, söz konusu anlaşmazlığa göre değişir.*” Tavsiye Kararında da yer alan bu ifadelerden anlaşılacağı üzere bir uyuşmazlık çözüm yolunun söz konusu uyuşmazlığın çözümü bakımından uygun olup olmadığı uyuşmazlığın karakterine göre değişiklik arz edebilecektir. Uyuşmazlık yargı dışı yollarla çözüme uygun ise bu durumda hangi alternatif yolun uyuşmazlığın çözümünde kullanılacağı tespit edilmesi gereken ikinci husustur. Hangi uyuşmazlıklar için yargı dışı yollara başvurulabileceği Tavsiye Kararında ya genel olarak izin verilebileceği ya da uygun görülen belirli davalar bakımından izin verilebileceği şeklinde ifade edilmiştir.

Söz konusu tavsiye kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nden görev alan İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu’nca 1999 yılında başlatılmış olan çalışmalar sonucunda alınmıştır. İdari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların dava yoluna alternatif yöntemlerle çözümlenmesi amacı doğrultusunda Portekiz Adalet Bakanlığı ile ortak bir çalışma yürüten Avrupa Konseyi Lizbon’da “idari merciler ile özel kişiler arasında dava yoluna alternatifler, uzlaştırma, arabuluculuk ve tahkim” konulu çok taraflı bir konferans düzenlemiştir. Konferansın sonlanmasını müteakip iştirak eden katılımcılar konu hakkındaki çalışmaların devam etmesi noktasındaki görüşlerini ifade etmişlerdir. Bu sürecin akabinde İdare Hukuku Proje Grubu tarafından Avrupa Konseyi’ne üye olan devletler ve gözlemci devletlerden bilgiler toplanmış, idari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde üye devletlere yol göstermesi amacıyla ortak ilkeleri ortaya koymaya yönelik çalışma başlatılmıştır. Daha sonra, Proje

Grubu ve çalışma grubunca gerçekleştirilen toplantılarda Bakanlar Komitesi'nin taslak tavsiye kararı hazırlanmıştır.⁴⁵⁶

Daha önce de ifade edildiği gibi, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuk uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yolları daha yaygın olarak kullanılabilir. Bir tarafını idarenin oluşturduğu, idarenin kamu gücünü kullanarak hareket ettiği uyuşmazlıklarda idarenin bu uyuşmazlıkta egemen taraf konumunda olması sebebiyle tek çözümün yargı yolu olduğu noktasında bir değerlendirme yapılabilir. Ancak uyuşmazlığın niteliği izin verdiği ölçüde, kamu hukukundan ve özellikle idare hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların giderilmesinde çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmak mümkündür.⁴⁵⁷

İdarenin uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurulmasının nedenleri aslında bu çözüm yolunun sağladığı faydalardan kaynaklanmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, genel olarak uyuşmazlıkların çözümünde sağladığı faydaların yanı sıra bir tarafını idarenin oluşturduğu idari uyuşmazlıkların çözümü bakımından da faydalar sağlamaktadır. Örneğin; kamu görevlilerinin yargılama konusu olduğu davalarda memurun bu süreçten olumsuz etkilenmesini ve veriminin düşmesini engellemesi, idare ile bireylerin dostane ilişkiler geliştirerek ve gerektiğinde uzman görüşüne başvurularak taraflarca arzu edilen sonuca ulaşılabilmesini sağlaması bu faydalardan başlıcalarıdır.⁴⁵⁸

3.1.3. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda arabuluculuk

3.1.3.1. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre idarenin taraf olduğu ve arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olan uyuşmazlıklar*

HUAK'ın 2. maddesinde düzenlenen tanımlar başlığı altında idare kavramı ve bu kavramın içerisine giren kurum ve kuruluşlar belirtilmiştir. Buna göre 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

⁴⁵⁶Özbek, 2005, Yargılama Dışı Usuller II, **a.g.k.**, 89-90.

⁴⁵⁷Hasoğlu, 2016, **a.g.k.**, 1987.

⁴⁵⁸Z. Odyakmaz (2006). İdarî Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları (Türk Mevzuatı ve Uygulamaları). Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara 3 – 5 Nisan 2006. *Türkiye Adalet Akademisi Yayınları*, s. 69 – 70.

kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmelerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları” ifade etmektedir.

Arabuluculuk Kanunu’nda, kanunun amaç ve kapsamı düzenlenirken hangi tür uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu hususu da açıklanmıştır. Buna göre, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir. Özel hukuk uyuşmazlıklarından ise ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar arabuluculuk faaliyeti ile çözümlenebilir.⁴⁵⁹ Fakat aile içi şiddet iddiasını ihtiva eden uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir (HUAK m. 1). Kanunla yapılan belirleme dikkate alındığında, ilk olarak ifade edilebilecek husus, kamu hukukuna tabi uyuşmazlıkların arabuluculuk faaliyeti ile çözüme kavuşturulamayacağıdır. Daha sonra özel hukuk uyuşmazlıklarından hangilerinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar olduğu belirlenmelidir. Kural olarak, özel hukuk alanına dahil olan uyuşmazlıklarda, hukuki ilişkinin tarafı olan kimselerin bundan kaynaklanan hakları üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi mümkündür.⁴⁶⁰

Kanunda yer alan “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemler” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ve buna göre, hangi uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu hususunun tespiti önem arz etmektedir.⁴⁶¹ Söz konusu ifade Yargıtay uygulamasında “kamu düzeninden sayılmayan iş ve işlemler”e karşılık gelmek üzere kullanılmaktadır. Kamu düzeni kavramının tek bir tanımını vermek ise mümkün değildir. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre kamu düzeni kavramı, “*Bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılması için bu kurala aykırılığın ülkenin hukuk düzeninin temel ilkelerinden biriyle çatışması ya da ülkenin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunludur*” şeklinde ifade edilmiştir. Kamu düzenine dahil olan durumların sayma yöntemiyle tek tek ifade edilmesi mümkün değildir. Çünkü söz konusu durumlar,

⁴⁵⁹Üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşıyamamasının bir önemi bulunmamaktadır (Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 52).

⁴⁶⁰M. Atalı, İ. Ermenek ve E. Erdoğan (2020). *Medenî Usûl Hukuku*. (3. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 99.

⁴⁶¹Şıpka’ya göre, yalnızca bu ifadenin kullanılması hangi tür uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğunu belirleme noktasında yeterlidir. Bu ifade kullanılmakla, kamu düzeni ve emredici hukuk kurallarının hakim olduğu uyuşmazlıklarda arabuluculuk kurumu uygulanamayacaktır (Şıpka, 2007, **a.g.k.**, 174).

zaman içerisinde değişiklik gösterebilmektedir. Kavramın kendisi dahi içeriği tam olarak belirli olmayan bir kavramdır.⁴⁶²

Doktrinde de ifade edildiğine göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar, kamu düzeninden sayılmayan ve tarafların sulh olmak suretiyle uyuşmazlığa son verebileceği türden olanlardır. Kanun koyucu, bu şekilde ifade etmek yerine, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Direktifi Tasarısının 1 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “bu kanun, medenî ve ticarî uyuşmazlıklarda uygulanır” şeklindeki ifadeyi benimseyebilirdi. Bu şekilde ifade etmekle arabuluculuğun kapsamı geniş bir çerçevede açıklanmış olurdu. Arabuluculuğun henüz gelişmeye başladığı ülkemizde ise bu hüküm kötüye kullanılmaya da açıktır. İkinci bir yöntem olarak, arabuluculukla çözümlenecek uyuşmazlıklar bir liste halinde verilip genel olarak ifade edilebilir idi. Kanun koyucumuz ikinci yöntemi tercih etmiştir. Daha etkili bir yöntem olarak, yine genel anlamda kapsamı açıklanıp sınırlı sayıda olmayan bir örnekleme ile hangi uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebileceği açıklanmış olsaydı daha yerinde olabileceği de ifade edilmektedir.⁴⁶³ Belirtmek gerekir ki, “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemler” ifadesi de mevzuatımıza yabancı bir ifade değildir, böyle ifade edilmekle dinamik bir yapıyı, gelişime ve değişime açık bir yapıyı içerisinde barındırmaktadır.⁴⁶⁴ Zira zaman içerisinde toplumda ve hukuki yapıda meydana gelen değişim ve gelişimlerle söz konusu iş ve işlemlerde de artış veya değişiklik meydana gelmesi muhtemeldir.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuk yoluyla çözümlenebileceği açıklandıktan sonra, idarenin ne tür uyuşmazlıklarının bu kapsama dahil olacağı tespit edilmelidir. İdarenin de tıpkı özel hukuk kişileri gibi, özel hukuk hükümlerine tabi olan tasarruflarda bulunması mümkündür. Örneğin idarenin akdettiği kira sözleşmesinin⁴⁶⁵ uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların, yine idarenin İş Kanunu hükümlerine tabi olmak üzere istihdam ettiği işçiler ile arasında meydana gelecek olan uyuşmazlıkların, kamulaştırmanın adli aşaması

⁴⁶²T. Bilge (2014). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu*. İstanbul: Sümer Kitabevi, s. 96.

⁴⁶³Uyumaz ve Erdoğan, 2018, **a.g.k.**, 161.

⁴⁶⁴Tanrıver, 2020, **a.g.k.**, 52.

⁴⁶⁵İdarenin taraf olduğu bir sözleşme türü olarak kira sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. F. Ayhan. (2013). *İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 42-59.

kapsamında meydana gelen ve konusu para olan uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümlenebilmesi mümkündür.⁴⁶⁶ Bunların yanında, kamu ihalelerinde de, ihale kararının akabinde imzalanan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yerinin adli yargı olduğu ve bu uyuşmazlıklara uygulanacak hükümlerin özel hukuk hükümleri olduğu⁴⁶⁷ dikkate alındığında, bu türden uyuşmazlıklar için de arabuluculuk müessesinin işlevsel olduğu söylenebilir.⁴⁶⁸

3.1.3.2. Arabuluculukta idarenin temsili

6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu 15. maddesinin 8. fıkrasında arabuluculuk müzakerelerinde idarenin temsilinin nasıl sağlanacağını belirlemiştir. Buna göre, bu müzakerelerde idareyi üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan bir komisyonun temsil edeceği ifade edilmektedir. Bu şekilde belirlenen komisyon görüldüğü gibi üç üyeden oluşmaktadır. Hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği avukat ya da hukuk müşaviri, komisyonun doğal üyesi konumundadır.⁴⁶⁹ Bu komisyon, aynı fıkraya göre, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenleyip beş yıl boyunca saklamak durumundadır.

Yukarıda bahsi geçen hükümlerin devamında yer alan fıkrada (m. 15/10) bu maddenin (15. maddenin) uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça hazırlanıp yürürlüğe konacak bir yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda Adalet Bakanlığınca çıkarılan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında idarenin temsilini de kapsamaktadır (HUAKY m. 2). Buna 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. Hukuk biriminin veya kurum avukatının olmadığı hallerde komisyon üyelerinin tamamı üst yönetici tarafından*

⁴⁶⁶G. Fiş Üstün (2020). Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(1), s. 14.

⁴⁶⁷Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 471.

⁴⁶⁸Kamu ihale sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında sayıldığından bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna da başvurulabilir. Yargı yerleri de bunların özel hukuk sözleşmeleri olmaları sebebiyle tahkim yoluna başvurulmasında bir sakınca görmemektedir (Çağlayan, 2021, **a.g.k.**, 168).

⁴⁶⁹Fiş Üstün, 2020, **a.g.k.**, 16.; Hukuk birimi olmayan idarelerde üç üyeyi de belirleme yetkisinin idarenin en üst amiri olduğu ifade edilmektedir (Fiş Üstün, 2020, **a.g.k.**, 17).

belirlenir. Yedek komisyon üyeleri de aynı usulle seçilir” (HUAKY m.18) şeklinde düzenlenmiştir.

Yönetmelik, arabuluculuk müzakereleri sırasında görev yapacak komisyonun yapısı ve çalışma usulü hakkında da düzenlemeler içermektedir. Bu hükümlere göre Komisyonunda görev yapacak asil ve yedek üyeler⁴⁷⁰ iki yıl görev yapmak üzere seçilirler.⁴⁷¹ Komisyon kendisini vekil ile temsil ettiremez. Süresi dolan üye yeniden seçilebilmektedir. Komisyonunda kararlar oy birliği ile alınmaktadır.⁴⁷² Komisyon üyeleri arabuluculuk sürecinde karar alma hususunda tam yetkilidir.⁴⁷³ Komisyon, ihtiyari arabuluculuk veya dava şartı arabuluculuk farkı gözetilmeksizin süreç içerisinde bağımsız şekilde karar alma yetkisine sahiptir. Ancak bu durum, arabuluculuk sürecinin başlatılması için geçerli değildir. Komisyonların bu yetkisi bulunmamakta olup süreci re’sen başlatabilmeleri mümkün değildir. İhtiyari arabuluculukta ilgili idarenin en üst amirinin talimatı, dava şartı arabuluculukta davayı idarenin açması halinde hukuk biriminin veya müşavirliğinin yazısı ve ilgili amirin onayı ile, dava şartı arabuluculuğun ihtiyari arabuluculuğa dönmesi halinde en üst amirin bu konudaki oluru ile komisyonlar görevlerini yapacaklardır.⁴⁷⁴

Arabuluculuk müzakereleri sonunda komisyon tarafından gerekçeli bir rapor düzenlenir ve bu rapor beş yıl boyunca saklanır. Komisyonun bir de sekretarya hizmetlerini yürüten birimi bulunmaktadır. Komisyon üyeleri arabuluculuk müzakeresi görevleri kapsamında bu sekretarya aracılığıyla ilgili özel ve kamu kurum ve

⁴⁷⁰Yedek üyelerin komisyonunda yer alması durumu 6325 sayılı Kanun’da doğrudan zikredilmemektedir. Yedek üyelerin belirleneceği ifadesi HUAKY’de yer almaktadır. “*Asıl üyenin katılmadığı toplantıya yedek üye katılır.*” Bu şekilde ifade edilmekle birlikte kanunda bu düzenlemeye yer verilmemiş olması yönetmeliğin kanuna aykırı olduğunu sonucuna götürülebilmektedir. Ancak yönetmelikte yer alan bu hükmün asil üyelerin mazeretleri nedeniyle sürecin sekteye uğramasını engellemeye yönelik olduğu kabul edilebilir (Fiş Üstün, 2020, **a.g.k.**, 17).

⁴⁷¹İki yıllık süre dolmadan üyeliğin kendiliğinden veya iradi olarak sona ermesi durumunda nasıl bir uygulama yapılacağına kanun ve yönetmelikte belirtilmemiş olması doktrinde eleştirilmiştir (Fiş Üstün, 2020, **a.g.k.**, 18).

⁴⁷²Komisyonunda kararların oy birliği ile alınacağı ifadesi Kanunla değil Yönetmelik ile belirlenmiş bir husustur. Dolayısıyla bu noktada, oy çokluğunun da yeterli olabileceği noktasında görüşler mevcuttur. Oy çokluğu esasının kabul edildiği durumda ise karara katılmayan üyenin diğer üyelerce idareyi zarara uğratmakla itham edilebileceği tehlikesinin mevcut olduğu ifade edilmektedir (Fiş Üstün, 2020, **a.g.k.**, 19).

⁴⁷³Çiftçi, 2020, **a.g.k.**, 461.; İdarenin üst yöneticisi tarafından seçilmek suretiyle görevlendirilen bu kimselerin amirlerinin iradelerinden uzak bir şekilde karar vermeleri ve tam yetkili olmalarının görevlendirilme esasıyla çelişmesi hakkında bkz. Fiş Üstün, 2020, **a.g.k.**, 17.

⁴⁷⁴Fiş Üstün, 2020, **a.g.k.**, 20.

kuruluşlarıyla yazışma yetkisine sahiptir. Komisyon ve sekreteryasının çalışma usul ve esasları ilgili idareler tarafından belirlenmektedir (HUAKY m. 18).

Arabuluculuk faaliyeti sırasında idareyi temsil eden komisyon görevlilerinin sorumluluğu bakımından genel sorumluluk hükümlerinden farklı bir esasın benimsendiği ifade edilmelidir. 6325 sayılı Kanun m. 15/9'a göre komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları iş ve işlemler dolayısıyla açılacak tazminat davaları bu komisyonda yer alan üyelerin şahsına karşı değil Devlet aleyhine açılabilir. Bu suretle Devlet bir tazminat ödemek durumunda kalırsa komisyon üyelerine her türlü kusurdan değil, yalnızca görevin gereklerine aykırı davranmak suretiyle görevin kötüye kullanılmasından⁴⁷⁵ dolayı rücu edebileceği düzenlenmiştir. Yapılan bu düzenlemeyle birlikte komisyon üyelerinin daha serbest çalışabilmeleri mümkün hale gelmiştir.⁴⁷⁶ Bu şekilde, görevlerinin görevlerine aykırı hareket ettikleri mahkeme kararıyla ortaya konmadıkça, idari ve mali açıdan sorumlulukları yoluna başvurulamayacaktır (HUAKY m. 18/7). Devlet aleyhine tazminat davası açılması durumunda mahkeme ilgili komisyon üyelerine davayı re'sen ihbar eder (HUAKY, m. 18/9).

Komisyonların yaptıkları işler ve aldıkları kararlardan dolayı zarara uğrayanlar yalnızca bireyler değil ilgili idarenin kendisi de olabilir. Böyle bir durumda ilgili idare yine Devlet aleyhine açılacak davada husumet, Hazine ve Maliye Bakanlığına yöneltilecektir. Kamu personelinin davranışı nedeniyle ortaya çıkan bu zararın tazmini idari yargı organlarınca hükme bağlanacaktır. Bu durum Anayasa'nın 129. maddesinde düzenlenen "*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*" hükmü ile de bağdaşmaktadır. Zira komisyon üyesi olan kimse de bir memur veya kamu görevlisidir ve görevi kötüye kullanma niteliğindeki eylemleri mahkeme kararıyla sabit olan bu kimsenin uğrattığı zarar Devlet aleyhine açılacak dava ile talep edilecektir, ilgili

⁴⁷⁵Görevi kötüye kullanma suçu Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde: "*(1) 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. (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmada ihmâl veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

⁴⁷⁶Çapar, 2020, a.g.k., 2531.

kişiden/kişilerden doğrudan talep edilemeyecektir. Zarara uğrayan idarenin Devlet aleyhine açtığı davada zararın karşılanması söz konusu miktarın bir kurumdan alınıp yine Devletin başka bir kurumuna verilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu durumun ortaya çıkmasında “fedakarlığın denkleştirilmesi” ilkesinin rol oynadığı ifade edilmektedir.⁴⁷⁷

İdare, merkez teşkilatının yanında taşra teşkilatlarında da komisyonlar kurabilir. İlgili idareler arabuluculuk müzakerelerini yürütmek üzere yapılacak arabuluculuk davetlerinin yapılacağı adres, kayıtlı elektronik posta adresi ve telefon numarasını HUAKY'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde (2 Temmuz 2018 tarihine kadar) internet sitelerinde yayınlamalıdır.⁴⁷⁸ Müzakereler kapsamında yapılacak davetlerde bu bilgiler esas alınacaktır (HUAKY, m. 18). Bu şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte, bu bilgilerin idareler ve bunların taşra teşkilatları tarafından internet ortamında yayınlanmadığı ifade edilmektedir. Arabulucuların uyuşmazlığın tarafı idareye kolayca ulaşabilmesi bakımından önem arz eden bu husus uygulamada karşılaşılan bir sorun olarak gösterilmektedir.⁴⁷⁹

Arabuluculuk görüşmelerinin yürütülmesi sırasında idarenin temsili bakımından bazı sorunların söz konusu olduğu da belirtilmektedir. Özellikle, görüşmelerin ayarlanabilmesi ve tutanakların imzalanması noktasında, pandemi sürecinin de etkisiyle birlikte birtakım kanun dışı yöntemlerin benimsendiği ve tarafların yüz yüze bir araya getirilmesi yönteminden kaçınıldığı ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti ve sürecinin yürütülmesine ilişkin olarak yeterli düzeyde bilgi sahibi olmaması, sürecin uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaya yönelik bir yöntem olarak görülmeğe ziyade idarenin bir an önce geçmesi gereken bir aşamadan ibaret olarak görülmesi arabuluculuk faaliyetini etkisiz ve işlevsiz bir faaliyet haline getirmektedir.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷Fiş Üstün, 2020, **a.g.k.**, 20-22.

⁴⁷⁸İdarenin taşra teşkilatında bir komisyon oluşturması halinde buna ilişkin adres, kayıtlı elektronik posta adresi ve telefon numarası ilgili idarenin internet sitesinde ayrıca paylaşılmalıdır (Fiş Üstün, 2020, **a.g.k.**, 18).

⁴⁷⁹Çiftçi, 2020, **a.g.k.**, 461.

⁴⁸⁰Çiftçi, 2020, **a.g.k.**, 464.; Bu sorunlar hakkında çözüm önerileri için bkz. Çiftçi, 2020, **a.g.k.**, 466.

3.2. İdarenin Kamu Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuğun Uygulanabilirliği

3.2.1. Genel Olarak

Arabuluculuk hala gelişmekte olan ve yasa koyucuların yeterli düzenlenmeleri yapmak için hala üzerinde çalıştığı bir kurumdur. Avrupa Birliği uygulamasına bakıldığında, bazı üye devletlerin arabuluculuğu diğerlerine nazaran çok daha çabuk veya çok daha yavaş benimsediği gözlenmektedir. Özellikle kamu hukuku uyuşmazlıkları içerisinde yer alan vergi hukuku uyuşmazlıklarının 2004'ten bu yana İsviçre, Belçika, Hollanda gibi ülkelerde arabuluculuk yoluyla çözümlendiği ifade edilmektedir. Almanya'da 2000 yılından bu yana her on hakimden biri arabuluculuk ile uyuşmazlık çözümünde aktif bir biçimde arabulucu olarak görevi yapmaktadır. Yine Belçika'da hem özel sektörde hem de kamuda arabuluculuk kurumu yer almakta ve arabulucular uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözüm yolunu araştırmaktadır.⁴⁸¹ Ülkemizde ise henüz idarenin kamu hukukuna tabi uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuk kurumunun uygulama alanı bulunmamaktadır.

3.2.2. Yabancı ülkelerde uygulama alanı

3.2.2.1. Fransa

Fransa'da idare hukukunun doğuşunun, Conseil d'Etat'nın (Fransız Danıştay'ı) kuruluşuyla gerçekleştiği kabul edilmektedir. Fransa'daki idare hukuku kültüründen dolayı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları uzun bir süre boyunca doğal karşılanmamıştır.⁴⁸² Birçok Fransız hukukçuya göre ise alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (uluslararası) özel hukuk ve özellikle özel hukuk sözleşmeleri ile ilişkilendirilmiştir. İdare hukukunun kendine özgü kuralları olması gerektiği düşüncesinden dolayı, kaynağı özel hukuk olan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini idare hukukuna dahil etme konusuna sıcak bakılmamıştır.

Yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan tahkim, aksine kanun hükmü bulunmadığı müddetçe idari davalarda yasak iken alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ise çeşitli sebeplerden dolayı bir dirençle karşılaşmıştır. Kamu hizmeti kavramına ve Fransız

⁴⁸¹O. O. Markova (2018). Modernization of The Administrative Legislation in Ukraine: Through the Prism Of Europe Experience, s. 161. (http://www.lsej.org.ua/3_2018/46.pdf) (Erişim tarihi: 28.09.2021)

⁴⁸²R. Boustia ve A. Sagar (2014). Alternative Dispute Resolution in French Administrative Proceedings. *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Berlin: Springer, s. 57.

idare hukukunun merkezi bir kavramı olan hukukilik kavramına yapılan yoğun vurgu, geleneksel normlar hiyerarşisi ve hukuka uygunluk bloğunun benimsendiği bir yapıya sahip Fransız idare hukukunda esnek ve informal alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kabul edilmesi ve uygulanması hayli zordur.⁴⁸³ Öyle ki, 1986 yılında Fransa’da bir idari hakim, görülmekte olan davayı arabuluculuk yoluyla çözümediği dolayısıyla soruşturma geçirmiş, ancak cezaya hükmedilmemiştir. Fakat daha sonra, 8 Şubat 1995 tarihinde yürürlüğe giren Kanun ile, basit uyuşmazlıkların idari hakimler tarafından re’sen arabulucuya sevk edilebileceği kabul edilmiştir.⁴⁸⁴

Fransa’da idari sözleşmeler uzlaştırmaya ilişkin hükümler içerebilmektedir. Bundan başka, uzlaştırma⁴⁸⁵ ve arabuluculuğa ilişkin olarak çeşitli araçlar da mevcuttur. İdari merciler bünyesinde örgütlenmiş olan arabulucular olarak görev alan Ombudsmanlar şu kamu hizmetlerine ilişkin olarak dahili arabuluculuk (internal mediation) görevi yürütmektedirler: toplu taşıma hizmetine ilişkin şikayetler, ulusal demiryollarından kaynaklanan şikayetler, posta hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan şikayetler, milli eğitim hizmetleri kaynaklı şikayetler, gaz ve elektrik tüketicilerinin şikayetleri. Ayrıca iskan uyuşmazlıkları dışında belediyenin yürüttüğü tüm hizmetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkları değerlendirmek üzere Paris Belediyesi Ombudsmanı da bulunmaktadır. Dahili arabuluculuk ile görevli arabulucu memurlar (ombudsmanlar) çok çeşitli alanlarda faaliyet göstermektedir. Fransız Danıştay’ı 2010 yılında gerçekleştirdiği çalışmada bu kişileri belirten bir liste yapmıştır, ancak liste sınırlı sayı ilkesine tabi değildir.

Dahili arabuluculardan başka, harici arabulucular da Fransa’da faaliyet göstermektedir. Bunlar kamu idarelerinin de dahil olduğu uyuşmazlıkları çözümlmek üzere yetkili kılınmışlardır. Özel veya kamu sağlık kuruluşlarının yürüttükleri hizmetten kaynaklanan şikayetlerin çözümlenmesinde, devlet memurları disiplin hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, imar kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ve

⁴⁸³Bousta ve Sagar, 2014, **a.g.k.**, 59-60.

⁴⁸⁴Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 8.

⁴⁸⁵Fransa’da İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun L. 211-4. Maddesi uyarınca idare mahkemelerinin uzlaştırma görevi bulunmaktadır. Mahkemenin uzlaştırmamaya ilişkin kararına karşı konulamaz. Ayrıca mahkemeler uzlaştırma yetkilerini kendi yetki alanlarının kapsamı dışında icra edemezler (Bousta ve Sagar, 2014, **a.g.k.**, 69).

idarenin sözleşmelerinde başvuru tarafları uzlaştırıcı mekanizmalar bu alanlarda mevcuttur.⁴⁸⁶

Fransa'da idari yargıda görülen uyuşmazlıklarda arabuluculuk sisteminin uygulanabilir olduğu kabul edilmektedir. Uzlaşma yoluyla bu uyuşmazlıkların çözümü hali hazırda 2011'den beri istinaf mahkemelerinde uygulanmakta olup henüz Danıştay'da uygulanmamaktadır. Sulh kurumu ise 2012 yılından beri idari yargı hakimlerince başvurulabilen bir yoldur. İdari uyuşmazlıklarda arabuluculuk yolunun kullanılması konusunda ise Fransa'da tüm idari davalarda bu yola başvurulmasının önünü açacak şekilde bir reformun yapılması düşünülmektedir.⁴⁸⁷

3.2.2.2. İngiltere

İngiltere, idari uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılabilirliğini kabul eden ve uzunca bir süre alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaşma döneminde öncü olan ülkelerden biridir. İdari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun uygulanması ombudsmanın arabuluculuk görevi ifa etmesiyle bağlantılıdır. Parlamento Ombudsmanı İngiltere'de 1967 yılından beri merkezi hükümetin kötü yönetimine ilişkin vatandaşlardan aldığı şikayetler doğrultusunda harekete geçerek soruşturmalar gerçekleştirmektedir.

2001 yılında İngiltere Adalet Bakanlığı'na yayınlanan bir belge⁴⁸⁸ ile uygun olan tüm davalar bakımından diğer tarafların da kabul etmesi halinde uyuşmazlığın alternatif yollarla çözümlenebilmesine imkan tanınmıştır. Bu düzenlemenin ardından 2008-2009 yıllarını kapsayan raporda, geçmiş yıllara kıyasla, idare ile vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurularak çözümlenmesine olan ilgi gözle görülür şekilde artmıştır. Bu çözüm yolları arasında en sık başvurulana olarak arabuluculuk göze çarpmaktadır. Örnek vermek gerekirse, 2008-2009 döneminde Savunma Bakanlığı, askeri eğitim sırasında öldürülen bir askerin ailesi ile aralarında meydana gelen uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturmuştur. Yine, Hazine Avukatları Birimi, hapisane hizmetlerine ilişkin olarak mahkumların şikayetleri sonucu meydana gelen pek çok uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözümlenmiştir. Ödenmeyen vergilere ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıklar da yine İngiltere'de arabuluculuk yolu

⁴⁸⁶Bousta ve Sagar, 2014, **a.g.k.**, 70-73.

⁴⁸⁷Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 13.

⁴⁸⁸Pledge Commitments 2001 on Alternative Dispute Resolution.

kullanılarak çözüme kavuşturulmuş uyuşmazlıklar arasında gösterilmektedir. Verilen örnekler değerlendirildiğinde görülecektir ki, vatandaşlar ile idare arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk kurumu geniş ölçüde uygulama alanına sahiptir.⁴⁸⁹

3.2.2.3. Almanya

Almanya’da arabuluculuk, özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından hali hazırda başvurulan bir yöntemdir. Aile hukuku uyuşmazlıklarında, patent uyuşmazlıklarında mahkeme dışı arabuluculuğa sıkça başvurulduğu ifade edilmektedir. İdari yargıda ise mahkeme içi arabuluculuk yoluna başvuru artış göstermekle birlikte mahkeme dışı arabuluculuk yoluna başvuru yüksek maliyetli büyük projeler için söz konusu olmaktadır.

Almanya’nın birçok eyaletinde idari yargıda arabuluculuk kullanılmaktadır. Mahkemelerde görevli arabulucu hakimler tarafların uzlaşma talebiyle mahkemeye başvurması üzerine kendilerine havale edilen uyuşmazlıkları çözümleyebilmektedirler. Ancak bu türden hakimlerin uyuşmazlığın esasını karara bağlama konusunda yetkileri yoktur. Bu uygulamanın yasal bir dayanağı ise bulunmamaktadır.⁴⁹⁰

3.2.2.4. İspanya

İspanya’da idari uyuşmazlıklarda yargı yoluna başvurmadan önce arabuluculuk veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmaya ilişkin olarak yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 2008 yılında çıkarılan Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvuruya İlişkin AB Direktifi’nin ardından arabuluculuğa ilişkin ilk genel kanun 2012 yılında çıkarılmıştır. Bu kanunla arabuluculuğun temel prensiplerine ilişkin düzenlemeler ortaya konmuş ve medeni yargıya dahil uyuşmazlıklar bakımından başvurulabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla belirtmek gerekir ki, söze konu yasal düzenleme idari davaları, ceza davalarını, iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkları ve tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamamakta idi.

2001 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İdari Makamlar ile Özel Kişiler Arasındaki Dava Alternatifleri Konusunda Rec (2001) 9 Sayılı Tavsiye Kararı, İspanyol

⁴⁸⁹S. Kavalné ve I. Saudargaitė (2011). Mediation in Disputes Between Public Authorities And Private Parties: Comparative Aspects. *Jurisprudence*, 18(1), s. 256-259.

⁴⁹⁰Yılmaz, 2012, **a.g.k.**, 92-93.

hukukçular ve idare hukuku üzerinde neredeyse hiç etkili olmamıştır. Ancak İspanya'nın idare hukukuna ilişkin temel yasası⁴⁹¹ 1992 yılından beri idare ve vatandaşlar arasında meydana gelen uyuşmazlıkların anlaşma yoluyla çözümlenebilmesine imkan tanımaktadır. Söz konusu yasa ayrıca, kamu yararına aykırı olmadığı ve üzerinde anlaşmaya varılamayacak bir konuya ilişkin olmadığı sürece, idari yargıda görülen uyuşmazlıkların anlaşmayla sonuçlanmasına izin vermektedir.⁴⁹²

3.2.2.5. Belçika

Belçika'da idari uyuşmazlıklar için arabuluculuk yöntemine olan ihtiyaç, bir tramvay güzergahı için 2007 yılında verilen planlama izni ve yapı ruhsatının 28 Nisan 2011 tarihinde iptal edilmesi üzerine söz konusu izne sahip vatandaşın yaptığı şikayette kendisini göstermiştir. Yapı ruhsatı iptal edildiğinde tüm işlerin üçte ikisinin tamamlanmış ve 45 milyon euro'luk bir yatırım yapılmıştı. Söz konusu iptal kararı üzerine hükümetle diyaloga girişen vatandaş bundan bir sonuç da elde edemedi. Danıştay'ın kararı ise kesindi. Eğer vatandaş ve idare söz konusu uyuşmazlığı uzlaşma çerçevesinde çözümlenebilmiş olsaydı hukuki prosedürlerin işletilmesi gerekmezdi. İdari arabuluculuk kurumu bu noktada, yargısal süreçlere başvurmadan tarafların problemini çözebilirdi. Yine, Danıştay tarafından verilen ve arabuluculuk yöntemine olan ihtiyacı ortaya koyan çeşitli iptal kararları da mevcuttur. Örneğin, beş yıl boyunca Antwerp Belediyesinin hiç iletişime geçmediği ve bu sırada Belediyeden gelecek yeni emirleri bekleyen çalışanın zorunlu olarak emekli edilmesi işlemi veya bir polis memurunun gasp ve sahtekarlığa teşebbüsten suçlu bulunmasından ötürü meslekten çıkarılması işleminin iptalinde olduğu gibi kararları mevcuttur.⁴⁹³

Belçika'da yargısında arabuluculuk iki türdür. Bunlardan birincisi Federal Ombudsmana başvuru şeklinde gerçekleşmektedir. Bu başvuru yolunu işletmeden önce takip edilen prosedür arabuluculuğun pek çok özelliğini içermektedir. Bu yüzden Belçika'da doktrinde ombudsman, bir arabuluculuk türü olarak da tanımlanmaktadır. Benzer kullanıma parlamento dokümanlarında da rastlanmaktadır.

⁴⁹¹30/1992 Law (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) LRJPAC.

⁴⁹²S. Galera, P. Acosta ve H. Soletto (2014). ADR Tools in Spanish Administrative Law. *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Berlin: Springer, s. 253-255.

⁴⁹³Vandenhende, Warnez ve Veny, 2016, **a.g.k.**, 2-3.

Ombudsman ile arabuluculuk arasında belirgin farklılıklardan söz edilebilir. Arabuluculuk süreci, sürece dahil olan tarafların tamamen gönüllülüğü esasına dayalı iken Ombudsman yapılan bir şikayet neticesinde harekete geçmektedir. İkinci olarak, arabuluculukta tarafların eşitliği söz konusu iken Ombudsman idari işlemi iptal etme kudretine sahip olmasa bile idari otorite olarak davranan makamlara önerilerini içeren raporlar gönderebilir. Bundan başka, arabuluculuk sürecinde arabulucu tarafların iddialarını değerlendirmez ve sadece çözüme ulaşılmasına yardımcılık ederken Ombudsman'ın önerilerinin değerlendirilmemesi aleyhine başvuruda bulunulan idari makamlar üzerinde bir baskı unsuru olarak değerlendirilebilir. Arabuluculuk ile arasındaki farklar bir kenara, Belçika'da Ombudsman alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının önemli bir türü olarak değerlendirilmektedir.

Arabuluculuğun kullanılabileceği ikinci bir yol olarak Belçika'da, arabuluculuğun kullanımına tarafları yönlendiren bir konseyin varlığıdır. "Council for Permit Disputes" adı verilen konsey aslında imar izni verilmesine, imar izninin reddine veya imar izninin kayıt ve geçerliliğine ilişkin talepleri karara bağlayan sonradan kurulmuş bir mahkemedir. 13 Temmuz 2012 tarihli kararname ile yasa koyucu Konsey'e başvuru sürecinde idari arabuluculuğa imkan tanıyan bir düzenleme ortaya koymuştur. Böylelikle Flaman Şehir Planlama Kanunu'nun 4.8.5. maddesi uyarınca Konsey uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözümlenmek üzere arabulucuya havale edebilir hale gelmiştir. Ancak bu, Konsey için bir zorunluluk değildir. Arabuluculuk yoluyla bir anlaşmaya varıldığı takdirde Konsey ancak kamu düzenine, yönetmeliklere veya kentsel gelişim yönergelerine aykırı olan anlaşmaların reddine karar verebilir.⁴⁹⁴

3.2.2.6. Hollanda

Hollanda'da idari usul kanunları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına açık bir biçimde izin vermemektedir. Ancak gayri resmi çözüm yollarının uyuşmazlıkların çözümünde daha iyi bir araç olduğu konusunda hemfikir olan kimselerin çokluğu, Genel İdari Usul Kanunu'nun⁴⁹⁵ bu konuda idari makamların ve idare mahkemelerinin nasıl davranacağına ilişkin sevk ettiği hükümler hakkında farklı yaklaşımların ortaya çıkışına neden olmuştur.

⁴⁹⁴Vansdenhede, Warnez ve Veny, 2016, **a.g.k.**, 4-6.

⁴⁹⁵General Administrative Law Act (GALA).

İdari uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğa başvurulmasına ilişkin olarak denebilir ki, Hollanda'da bu yöntem Zwolle Bölgesi'nde görev yapan bir idari hakim tarafından 2000 yılında keşfedilmiştir. Bu yöntemde mahkeme kararının yanında arabuluculuk süreci de yer almaktadır. Arabuluculuk süreci mahkeme yargılamasından önce gerçekleşmektedir. Öncelikle, arabuluculuğun uygun olup olmadığı bir dava ile test edilmiş, bu sürecin devamında arabuluculuk denenmiştir. Söz konusu süreç incelendiğinde görülmüştür ki, tarafların sürece gayri resmi bir yaklaşım çerçevesinde dahil olması gerekmektedir. Bu sürecin ardından idari hakimlerin önlerine gelen uyuşmazlığı arabuluculuğa sevk etmesi standart bir uygulama haline gelmiştir. İdari yargı ilk derece mahkemelerinin her birinde arabuluculuk masası ve arabulucuların listesi yer almaktadır.

İdare hukukunda arabuluculuk söz konusu olduğunda bazı sınırlamalar göz önünde bulundurulmalıdır. İdare yetkilerini kullanırken hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kalmalıdır. Ayrıca üçüncü kişilerin de menfaatinin konu olduğu davalar var ise bu kişilerin de menfaatleri dikkate alınmalıdır. Arabuluculuk süreci başarı ile sonuçlandığında taraflar bir anlaşma imzalayacaktır. İdari makamlar bu anlaşmayı uygulayacakları vakit yine birtakım idari usulleri gözetmek durumundadırlar. Hollanda medeni hukuku uyarınca bu anlaşmalar olağan mahkemelerde icra edilebilir niteliktedir. Eğer idare anlaşma koşullarını yerine getiremeyecekse bu durumda zarara uğrayan kimsenin bu zararının karşılanması yoluna gidilebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşma idari makamların bu yönde tesis edeceği idari işlemlerin yerini alamaz. Dolayısıyla idare, anlaşmanın akabinde gerekli idari işlemleri yapacaktır.⁴⁹⁶

3.2.2.7. ABD

ABD'de Adalet Bakanlığı ve diğer bazı kurumların taraf olduğu hukuk davalarının fazlalığı ve bu ağır iş yükünün getirdiği zorluklar neticesinde uyuşmazlıkların çözümünde daha etkili yolların kullanılması arayışı hükümet kurumları ve idare hukukuna da sirayet etmiştir. Amerika'da hükümetin ve özellikle Adalet Bakanlığı'nın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullanmaya başlaması uzun bir süreçte mümkün olmuştur. Bunun çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Amerikan toplumunun köklü mücadelecilik kültürü ve dolayısıyla

⁴⁹⁶P. Langbroek, M. Remac ve Paulien Willemsen (2014). The Dutch System of Dispute Resolution in Administrative Law. *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Berlin: Springer, s. 137-139.

uyuşmazlığın taraflarının birbirlerini hasım konumunda görmeleri, bazı avukatların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının daha fazla masraf gerektirdiğini ve devletin menfaatlerini yeterince koruyamayacağını düşünmeleri gibi sebepler bu sürecin uzamasında etkili olmuştur.⁴⁹⁷ Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin bu bakış açısının değişmesiyle de birlikte 1998 verilerine bakıldığında ABD Adalet Bakanlığı'nın taraf olduğu hukuk davalarından yalnızca %7'sinin mahkemede duruşma yapılmak suretiyle görülme aşamasına geçtiği gözlenmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sağladığı faydaların farkına varan ABD Hükümeti uyuşmazlıkların çözümünde bu yollara başvurulmasını teşvik etmiş ve bu yönde olmak üzere 1990 yılında kongrede iki kanun kabul edilmiştir. Bunlardan ilki "İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu (Administrative Dispute Resolution Act)" dur. Bu Kanunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının pek çoğuna yer verilmiştir. Ancak bu çözüm yollarının kullanılabilmesi için hem idarenin hem de uyuşmazlığın diğer tarafı kişinin bu yollara başvurulmasını kabul etmesi gerekmektedir. Adı geçen kanun yürürlüğe girmeden önce de idari kurumlar uyuşmazlıkların çözümünde alternatif çözüm yollarını kullanmaktaydılar.

Bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra 1998 yılında kabul edilen Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Kanunu da idari uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yollara başvurulmasında etkili olmuştur. Ancak esasen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının idare hukukunda yayılmasında etkili olan düzenleme, uyuşmazlıklarda idareye müzakereye dayalı kural koyma yetkisi veren ve bu konuda teşvik eden 1990 tarihli Negotiated Rule Making Act (Müzakereye Dayalı Kural Koyma Kanunu) olmuştur. Bu kanuni düzenlemelerin yanında Başkanlık ve Adalet Bakanlıkları tarafından yayınlanan çeşitli belgelerde de idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygun düştüğü ölçüde kullanılması, idarelerin bu konuda teşvik edilmesi ve avukatların bu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin olarak eğitilmelerinin gerekliliğine işaret edilmiştir.⁴⁹⁸

ABD'de ayrıca çeşitli idari kurumların hukuk müşavirlerinden kurulu bir de Federal Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Konseyi⁴⁹⁹ bulunmaktadır. Adalet Bakanı bu kuruluşun

⁴⁹⁷Özbek, 2005, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller I, **a.g.k.**, 100-101. Ayrıntılı açıklama için aynı kaynağa bakınız.

⁴⁹⁸Özbek, 2005, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller I, **a.g.k.**, 103-111.

⁴⁹⁹Federal Alternative Dispute Resolution Council.

başkanlığını da yürütmektedir. Konsey, hükümet için yayınladığı tavsiye kararlarıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başarısına katkı sağlamıştır.

ABD’de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygın olarak kullanıldığı ve yüksek oranda başarılı olunduğu uyuşmazlıklara Posta Teşkilatı ve Hava Kuvvetleri Bakanlığı’nın bir kısım uyuşmazlıkları örnek verilebilir. Posta Teşkilatı özellikle iş yeri şikayetleri konusunda alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak “değiştirici arabuluculuk” yöntemini kullanarak etkili sonuçlara ulaştığı ifade edilmektedir. Hava Kuvvetleri Bakanlığı ise şirketlerle yaptığı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ve iş yerinden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmuş ve bu uyuşmazlıkların çok büyük bir kısmını zamandan ve paradan tasarruf ederek çözmeyi başarmıştır. Yine Sağlık ve İnsan Hizmetleri Bakanlığı tıbbi tedavileri karşılayamayacak kadar fakir kimselerin bu tedavilerinin yürütülmesinde kullanılan giderlere ilişkin olarak meydana gelen idari uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullanmaktadır. Çevre Koruma Kurumu ile bir elektrik şirketi arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünde de arabuluculuk yöntemi kullanılmış ve arabuluculuğun sağladığı esneklik sayesinde bir mahkemenin sağlayabileceği çözümleri aşan faydalar elde edilmiştir.⁵⁰⁰

3.2.3. Türkiye’de uygulanabilirliği

3.2.3.1. Genel Olarak

Bir uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenebilmesi için başta uyuşmazlığın taraflarının anlaşma ve bir çözüme varma konusunda istekli olmaları gerekmektedir.⁵⁰¹ Ancak idarenin taraf olduğu taraf olduğu kamu hukuku uyuşmazlıkları bakımından bazı kısıtlar da değerlendirilmelidir. Zira idare, kamu yararı amacıyla kamu hizmetleri yürüten bir organizmadır. Şu husus da göz ardı edilmemelidir ki, idare özel hukuk işlemleri gerçekleştirirken dahi kamu yararı amacıyla hareket etmek durumundadır.⁵⁰²

Genel anlamda idare hukukunda arabuluculuk yöntemine başvurulmasında bir sakınca olmadığı ifade edilmektedir.⁵⁰³ Dolayısıyla, uyuşmazlığın yapısına uygun düşüğü sürece arabuluculuk yönteminin idarenin kamu hukukundan kaynaklanan

⁵⁰⁰Özbek, 2005, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller I, **a.g.k.**, 114-116.

⁵⁰¹Vandenhende, Warnez ve Veny, 2016, **a.g.k.**, 3.

⁵⁰²Fiş Üstün, 2020, **a.g.k.**, 14.

⁵⁰³Fiş Üstün, 2020, **a.g.k.**, 15.

uyuşmazlıkları bakımından da uygulanabilmesi ihtimali bulunmaktadır. Fransa'da da idari yargıda arabuluculuk uygulamasının kapsamına pek çok uyuşmazlık türünün dahil edilmesi ve bu yönde düzenlemeler yapılması düşünülmektedir.⁵⁰⁴ İdari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulmasının sakıncaları ve bu yola başvurulmasının önündeki engellere ilerleyen kısımlarda değinilecektir.

İdari uyuşmazlıklarda arabuluculuk yoluna başvurunun mümkün olması halinde bunun dava açma sürelerine etkisi de değerlendirilmesi gereken hususlar arasındadır. Bu halde, arabuluculuk yoluna başvurulduğunda dava açma süresinin işlemeyeceği ifade edilmektedir. Mahkeme öncesinde arabuluculuğa başvurulması halinde durum böyledir. Tarafların birisi arabuluculuk sürecini devam ettirmeme konusunda irade belirtirse veya arabulucu davanın bu yolla çözümlenemeyeceği konusunda rapor bildirirse dava açma süresi işlemeye başlayacaktır.⁵⁰⁵

İdarenin taraf olduğu ve kamu hukuku ilişkisinin hakim olduğu bir uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olup olmadığına ilişkin elimizde uygulamadan edinilebilecek somut veriler mevcut değildir. Yukarıda aktardığımız yabancı ülke uygulamaları ve Adalet Bakanlığınca konu hakkında yapılan çalışmalar da dikkate alınarak hangi kamu hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenebileceğine ilişkin incelemeler yapılacaktır.

3.2.3.2. İdarenin arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli kamu hukuku uyuşmazlıklarının belirlenmesi

İdarenin kamu hukukundan kaynaklanan bir kısım uyuşmazlıkları görece arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli kabul edilebilirken diğer bir kısım uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli değildir. Buna göre arabuluculuk kurumunun bu tür uyuşmazlıklardan hangilerini çözümlenmede başvuru kaynağı olabileceği konusunda bazı kriterler ortaya konabilir.

Arbuluculuk günümüzde pek çok türden uyuşmazlığın çözümünde başvurulabilen bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. İdari uyuşmazlıklar bakımından ise arabuluculuğun kabul edilebilirliğine ilişkin pek çok soru işareti bulunmaktadır. Buradaki soru şudur ki, idari makamlar kamu yararı söz konusu olduğunda gerçek veya tüzel özel hukuk kişisiyle,

⁵⁰⁴Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 9.

⁵⁰⁵Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 13-14.

kendisini de bağlayıcı bir anlaşma yapabilir mi? İdari makamlar, her zaman gözetmekle yükümlü oldukları kamu yararını müzakere konusu yapabilirler mi?⁵⁰⁶

İdari davaların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla çözüme kavuşup kavuşamayacağını değerlendirebilmek için söz konusu uyuşmazlık konusu üzerinde idarece kullanılan kamu gücünün etkisi incelenmelidir. En başta söylenmelidir ki, idarenin kamu gücüne başvurmadığı her türden idari uyuşmazlık arabuluculuk yoluyla çözümlenebilir. Diğer idari uyuşmazlıklar için ise, kamu gücünün ne kuvvette kullanıldığı değerlendirilmelidir. Bundan başka bir de hakimin söz konusu uyuşmazlığa yargısal açıdan müdahalesinin ne denli gerekli olup olmadığı da değerlendirilmesi gereken kriterler arasındadır.⁵⁰⁷

İdarenin kamu gücünü kullanmadığı, ihalelere ilişkin davalarda, taşeron davalarında, kamu alımları davalarında, imar ve çevre hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, idarenin taraf olduğu anlaşmalarda, özel sektörle yapılan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, ecrimisil davaları, işgaliye davalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda⁵⁰⁸ arabuluculuk yoluna başvurulabilir.⁵⁰⁹ Bunlar haricinde, idari yaptırımlar, disiplin hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, belediye mevzuatının uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, not tespit işlemleri, idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğundan doğan zararlara ilişkin tazminat talepleri ve buna benzer pek çok uyuşmazlık yargı dışı çözüm yollarıyla⁵¹⁰, özellikle arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli uyuşmazlıklardır. İdarenin sorumluluğunun söz konusu olduğu davalarda özellikle bu yolun işe yarayacağı fakat tamamıyla hukuka uygunluk açısından

⁵⁰⁶C. Dragos, B. Neamtu ve R. Suci (2014). The Dynamic of Administrative Appeals and Other ADR Tools in Romania. *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Berlin: Springer, s. 446.

⁵⁰⁷Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 7 ve 13.

⁵⁰⁸Taraflarını kamu idareleri, veya kamu idareleri ile özel kişilerin oluşturduğu çevre hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulabilmesi mümkündür (Özbek, 2009, **a.g.k.**, 513).

⁵⁰⁹Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, s. 8.; Fransa'da hazırlanması öngörülen, 21. Yüzyılda Adalet Tasarısı ile bazı davaların idari yargının görev alanı dışında çıkartılmasının da düşünüldüğü ifade edilmektedir. Buna göre, aile yardımı, işsizlik yardımı, dezavantajlı gruplara yapılan yardımlar, lojman yardımlarının konu olduğu uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalar ve engellilik statüsü tanınmasına ilişkin davalara hakimin bir katkısı olmadığı ve bu sebeple idari yargı alanının dışına çıkarılacak bunların zorunlu arabuluculuk ile çözümlenmesinin daha uygun olacağı ifade edilmektedir. (Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 13-14).

⁵¹⁰Özkan, 2016, Sulh Yoluyla Çözümü, **a.g.k.**, 266.

incelenmesi gereken idarenin yetki aşımı davalarında uygun olmayabileceği ifade edilmiştir.⁵¹¹

Arabuluculuk kurumu, tarafların birbirleri ile sürekli ilişkiler içerisinde olduğu uyuşmazlıklar bakımından da uygulanmaya elverişlidir.⁵¹² Örneğin, kamu görevlilerinin bünyesinde çalıştıkları idare ile aralarında meydana gelen uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli niteliktedir. Nitekim Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağında Fransız Danıştay Onursal Üyesi Jacques Biancarelli'nin de ifade ettiği üzere, memurların küçük disiplin cezalarının konu olduğu uyuşmazlıklar kamu gücünün kullanılmadığı (veya kamu gücünün yoğun biçimde kullanılmadığı-S.K.) uyuşmazlıklardır ve idari yargı yerleri önüne getirilmesine gerek bulunmamaktadır.⁵¹³

Kamu görevlileri hakkında tesis edilen idari işlemlerin iptali yoluna başvurulmadan önce arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın giderilmesi sağlanabilir. Nitekim Alman İdari Usul Kanunu'nun 54. maddesine göre, "Kamu hukuku alanındaki biri ilişki mevzuat yasaklamadıkça sözleşme ile kurulabilir, kaldırılabilir veya değiştirilebilir. Kamu görevlisi idari işlem yapmak yerine, hakkında idari işlem tesis edeceği kimse ile sözleşme imzalayabilir." İdari işlemi yapacak kamu görevlisi bu sözleşmeyi, hakkında idari işlem tesis edebileceği kimseler açısından yapabilir. Yani, bu anlamda bir sözleşme yapılabilmesi için astlık ve üstlük ilişkisinin söz konusu olması gerekmektedir.⁵¹⁴

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklardan hangilerinin yargıya başvurulmadan, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla giderilebileceğinde ölçü olarak, hakimin söz konusu uyuşmazlığa müdahalesinin gerekip gerekmediği esas alınabilir.⁵¹⁵ Bizce, uyuşmazlık konusu üzerinde etkili olan kamu gücünün yoğunluğu ve hakimin müdahalesinin gerekip gerekmediği ölçütleri birlikte değerlendirilmelidir. Bir öneri olarak belirtmek gerekirse, sulh başvurusu meselesinde belirttiğimiz gibi, bu başvuru yolu da bazı uyuşmazlıklar bakımından ya zorunlu olarak düzenlenmelidir veyahut idare mahkemelerinde Danıştay'dakine benzer şekilde bir tetkik hakimliği oluşturulup bu hakim hangi uyuşmazlığın mahkemeye başvurulmaksızın çözümlenebileceği konusunda karar verici olarak konumlandırılmalıdır. Bu hakimin yargı dışı yollarla

⁵¹¹Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 15.

⁵¹²Özbek, 2009, **a.g.k.**, 513.

⁵¹³Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 8.

⁵¹⁴Yılmaz, 2012, **a.g.k.**, 95.

⁵¹⁵Özkan, 2016, Sulh Yoluyla Çözümü, **a.g.k.**, 266.

çözömlenebileceğine karar verdiği uyuşmazlıklar niteliğine göre ya sulh yoluyla ya da arabuluculuk yoluyla çözümlenebilir. Kamu hukuku karakteri ağır basan uyuşmazlıklar bakımından ise “arabulucu hakim” şeklinde bir makam oluşturulması ve bu hakimin uyuşmazlığı arabuluculuk yöntem ve teknikleri ile çözümlenmesi de değerlendirilebilecek seçenekler arasında ifade edilebilir.

İdari yargıda görölen uyuşmazlıkların arabuluculuk ile çözümlenmesinin öngöröldüğü durumlarda, idare ile yapılan anlaşmanın icrasının nasıl gerçekleşeceği de cevaplanması gereken bir sorudur. İdarenin taraf olduğu ve kamu hukuku ilişkisinin hakim olduğu bir uyuşmazlıkta idare her durumda takdir yetkisi içerisinde hareket edemediğinden ve kamu yararını gözetmek durumunda olduğundan uyuşmazlığın karşı tarafı ile yapılan anlaşmanın bir idari hakimin onamasına tabi tutulması gerekebilir.

İdare ile uyuşmazlığın karşı tarafı olan kimse arasında yapılan anlaşmayı değerlendirecek olan hakimin şu dört husus yönünden bir inceleme yapması gerektiği ifade edilmektedir: tarafların⁵¹⁶ imzasının anlaşma tutanağında yer alıp almadığı, arabuluculuk sürecinin usuli açıdan doğru bir biçimde işletilip işletilmediğı, anlaşmanın kamu düzenine uygun olup olmadığı ve son olarak idarenin vermesi gerekenden fazlasını verip vermediğı. Son madde bakımından söylenebilir ki, idare kural olarak, uyuşmazlık mahkemede çözüme bağlanmış olsaydı mahkemenin kararına göre vereceğinden fazlasını arabuluculuk anlaşması sonucunda vermemelidir. Bu kriterler bakımından varılan anlaşmayı değerlendiren hakim, anlaşmanın hatalı olduğu kanısında varırsa idarece yeniden bir dava açılabilençeği ifade edilmektedir. Anlaşmanın uygun olduğu değerlendirmesi yapılır ise de anlaşma, icra edilebilirlik kuvveti kazanmış olacaktır.⁵¹⁷

İdari yargı alanında arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılabilmesi için birtakım düzenlemelerin de yapılması gerekmektedir. Örneğın, gerekli görmesi halinde arabulucunun bilirkişi incelemesi yaptırabilmesi, gizlilik ilkesinin ihlali halinde öngörölen yaptırımların ağırlaştırılması, arabuluculuk sürecinin yürütölmesi esnasında gerçekleşecek masraflara ilişkin olarak adli yardım kurumuna benzer bir kurumun ihdas edilmesi dava açma süresinin durmasına ilişkin olarak hükümlerin konması şeklinde düzenlemeler yapılmasının faydalı olacağı ifade edilmektedir.⁵¹⁸

⁵¹⁶Burada bahsedilen taraf ifadesinden idareyi arabuluculuk görüşmelerinde temsil edecek komisyon üyeleri ile uyuşmazlığın karşı tarafı olan kimse anlaşılmalıdır.

⁵¹⁷Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 10.

⁵¹⁸Asiltürk, 2014, **a.g.k.**, 39-40.

İdari dava türleri bakımından arabuluculuğun elverişli olup olmadığı noktasında bir değerlendirme yapmadan önce kısaca hangi tür uyuşmazlıkların yapısının bu türden bir yöntemle çözümlenebileceğinden bahsetmek gerekir. Konusu belli bir parayı içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebileceği konusunda görüşler mevcuttur. Bunun yanında kamu görevlileri hakkında tesis edilen disiplin cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların da arabuluculuk yoluyla çözümlenebileceği ifade edilmektedir. Bunların dışında, teknik bakımdan ayrı uzmanlık gerektiren uyuşmazlıklarda, özellikle imar hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların ve düzenleyici işlemlerin iptalini içeren uyuşmazlıklarda bu yola başvurulamayacağı yönünde görüşler mevcuttur.⁵¹⁹

İdari yargıda uygulamada iki dava türü ile karşılaşılmaktadır. Bunlar, iptal davası ve tam yargı davasıdır. İdari sözleşmelerden doğan davalar şeklinde üçüncü bir dava türünün kabul edilip edilmediği tartışmalı olup biz bu tartışmalara girmeden inceleme kolaylığı adına bu davaların da arabuluculuğa elverişli olup olmadığını ayrı bir başlık altında değerlendirmenin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

3.2.3.3. İptal davasına konu olan uyuşmazlıklarda arabuluculuk

3.2.3.3.1. Genel olarak iptal davası ve bu dava türünün nitelikleri

İdari yargı kolunda görülen davaların başında iptal davası gelmektedir.⁵²⁰ İptal davası İdari Yargılama Usulü Kanunumuzun 2. maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır: “*idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan*” davalardır. İptal davaları, idarenin hukukun sınırları içerisinde hareket etmesini sağlayan, objektif nitelikte olan ve konusunu idari işlemlerin oluşturduğu bir idari dava türü olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵²¹

İptal davasının nitelikleri kısaca şu şekilde ifade edilebilir: iptal davalarının konusunu, idarenin tek yanlı olarak tesis ettiği işlemler oluşturmaktadır; bu dava ile amaçlanan, kişilerin hukuka aykırı işlemlerin sonuçlarından korunmasıdır; mahkemenin vereceği iptal kararının sonuçları kural olarak yalnızca davanın taraflarını bağlamakla birlikte, üçüncü kişileri ilgilendiriyorsa onlar hakkında da hüküm ve sonuç doğurur; iptal davası açabilmek bakımından menfaat ihlali şartı yeterli görülmektedir; iptal davası ile

⁵¹⁹Asiltürk, 2014, **a.g.k.**, 37.

⁵²⁰Çağlayan, 2021, **a.g.k.**, 433.

⁵²¹Çağlayan, 2021, **a.g.k.**, 434-435.; İptal davası hakkındaki açıklamalar için bkz. Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 171-172.

anayasal hukuku düzeni korunmakta olup bu dava kamu düzenindedir; iptal davasına konu olan idari işlemler söz konusu işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla yürürlükte olan hukuk kurallarına göre hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmaktadırlar; iptal davasına konu edilebilecek idari işlemler⁵²² yalnızca kesin ve yürütülebilir nitelikteki idari işlemlerdir.⁵²³

İptal davaları idari makamların kamu hizmetlerini yürütürken gerçekleştirmiş oldukları işlemlerden dolayı menfaati ihlal edilen kişilerin söz konusu işlemin hukuk aleminden kaldırılması amacıyla açmış oldukları davanın adıdır. İptal davasında söz konusu idari işlem/işlemlerin tamamının veya bir kısmının iptali talep edilebilir. İptal davasında idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu, amaç unsurları bakımından hukuka uygun olup olmadıkları noktasında mahkemece değerlendirme yapılır. Bu unsurlardan en az birinde hukuka aykırılık içeren idari işlemler iptal edilir.

İptal davaları idarenin kamu gücünü kullanarak tek yanlı iradesiyle tesis etmiş olduğu idari işlemler aleyhine açılır. Bu davada idari işlemin hukuka aykırılığı dava konusu yapılır, idari işlemin ihtiyaca uygun olmadığı gerekçesiyle iptal davası açılmaz. Mahkemece iptal kararı verildiği takdirde bu karardan yalnızca iptal davası açan kimse değil davaya konu kararı ilgilendiren herkes yararlanmaktadır. İdare mahkemesi idari işlemin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirirse davaya konu idari işlemin tamamını veya bir kısmını iptal edebilecektir, iptal edilen işlemin yerine daha uygun olacağını düşündüğü yeni bir işlemi mahkeme kendisi tesis edemeyecektir. Davacı iptal kararının ardından, idari işlem dolayısıyla uğradığı zararların giderilmesini talep edecek ise bu zararını idareden bir tam yargı davası açarak talep etmelidir.⁵²⁴

3.2.3.3.2. İptal davasının konusu olarak idari işlem

İptal davasının konusunu oluşturan idari işlem kısaca, “hukuki sonuç doğurmaya yönelik, kamu gücü ayrıcalığına⁵²⁵ dayanan irade açıklamalarıdır”. Kamu tüzel kişisi

⁵²²“İptal davasına konu edilebilecek işlemler, idari makamların idare işlevine ilişkin olarak tesis ettikleri, muhatapları yönünden çeşitli hak ve yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamalarıdır” (Danıştay 12. Dairesinin E. 2013/6822, K. 2014/1612 ve 13.3.2014 tarihli kararı).

⁵²³Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 217-218.

⁵²⁴Karatepe, 1988, **a.g.k.**, 242-243.

⁵²⁵İdare hukukunu diğer hukuk dallarından ayıran özellik idarenin uygulamalarında kamu gücüne başvurusudur. Kamu gücü ayrıcalıkları ise kavram olarak “özel hukukta görülmeyen, özel hukuku aşan birtakım yetki ve durumlar” olarak ifade edilebilir (Gözler, 2019, **a.g.k.**, 96-97).; Kamu gücü ayrıcalıkları kavramı ve kamu gücü ayrıcalıkları kavramının diğer benzer kavramlardan ayırt edilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. S. Öztoprak (2019). *İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları*. Ankara: Yetkin Yayınları,

veya özel hukuk tüzel kişisi olduğuna bakılmaksızın, kamu gücü ayrıcalığına dayanarak tesis edilen bir hukuki işlem idari işlemdir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara idari yargıda bakılmaktadır.⁵²⁶

İdarenin gerçekleştirdiği her işlem idari işlem olarak değerlendirilmez. Bu bakımdan “idarenin işlemleri” ile “idari işlem” kavramları birbirinden ayrılır. İdarenin kamu kudreti kullanmadan yalnızca sahip olduğu tüzel kişiliğinden kaynaklanan hak ve borçlara sahip olabilme kabiliyetine dayanarak yaptığı işlemler idari işlem niteliğinde değildir. Çoğu kez sözleşme şeklinde ortaya çıkan bu işlemler, idarenin özel hukuka tabi işlemleri, idari işlem değildir.⁵²⁷

Bir idari işlemin iptal davasına konu olabilmesi için salt bu idari işlemin varlığı yeterli olmayıp kesin ve yürütülebilir, yani icrai bir işlemin söz konusu olması gerekmektedir.⁵²⁸ İdari işlem, idarenin kişiler hakkında hukuki sonuç doğuracak şekilde tesis ettiği tek yanlı irade açıklamalarıdır. Herhangi bir hukuki sonuç doğurmayan, icrai olmayan yani kesin ve yürütülebilir⁵²⁹ nitelikte olmayan işlemler idari işlem olarak kabul edilmemektedir.⁵³⁰

İdari işlemler, tek yanlı ve iki yanlı olmak üzere iki başlıkta incelenmektedir. Tek yanlı idari işlemler işlemin yöneldiği kimsenin rıza ve iradesine bakılmaksızın idarenin tek yanlı irade açıklaması sonucu yapılan işlemleri ifade etmektedir. İki yanlı idari işlemler ise idare ile işlemin diğer tarafı konumundaki kimsenin karşılıklı irade açıklamalarının uyması sonucu ortaya çıkmaktadır. İdari sözleşmeler iki yanlı idari işlemler içerisinde değerlendirilir.⁵³¹

s. 41-45.; Adı geçen eserde kamu gücü ayrıcalıkları ile özel hukuku aşan hüküm ve şartlar kavramları arasında bir karşılaştırmaya gidilmiş ve buna ilişkin görüşlere yer verilmiştir. Bu çalışmada kamu gücü ayrıcalıkları kavramı ile özel hukuku aşan hüküm ve şartlar kavramı aynı anlama gelecek şekilde kullanılmış ve kullanılacaktır.

⁵²⁶Gözler, 2019, **a.g.k.**, 763.

⁵²⁷Günday, 2011, **a.g.k.**, 121.

⁵²⁸Çağlayan, 2021, **a.g.k.**, 440.

⁵²⁹İdari işlemlerin icrailiği hakkında bkz. Yayla, 2009, **a.g.k.**, 109-113.

⁵³⁰Yayla, 2009, **a.g.k.**, 108-109.; İcrai nitelikte olmayan işlemler; hazırlık işlemleri, bildirici işlemler, idarenin iç işleyişine ilişkin işlemler iptal davasına konu olmazlar (Çağlayan, 2021, **a.g.k.**, 443-445).

⁵³¹Günday, 2011, **a.g.k.**, 122.

Tek yanlı idari işlemler bireysel işlemler ve düzenleyici işlemler olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Bireysel işlemler⁵³² belli kişi ve durumlara yönelik tesis edilmektedir. Düzenleyici işlemler ise genel ve soyut hukuk kuralı meydana getiren işlemlerdir.⁵³³ İptal ve tam yargı davasına konu olabilmek bakımından bu iki idari işlem türü arasında bir ayırım yapılmamakta ve aynı hukuki rejime tabi olarak kabul edilmektedirler. Ancak bireysel işlemlerin iptal edilmesi halinde karar yalnızca davanın taraflarını etkilemekte iken düzenleyici işlemlerin iptali halinde verilen bu karar herkesi etkilemektedir.⁵³⁴

3.2.3.3.3. İptal davasına konu olan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebilirliği

İdari işlemlerin hukuka aykırılığının ileri sürülmesi halinde çıkabilecek uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliği, söz konusu idari işlemin ihlal ettiği menfaatin belli bir kişinin özel menfaati mi yoksa herkese karşı ileri sürülebilen bir menfaati mi ihlal ettiği noktasındaki ayırım ile tespit edilebilir. Buna göre, “*kişilerin sahip oldukları haklarla, hukuki sorumluluklarıyla ve bir miktar tazminat ödenmesini konu alan talepleriyle ilgili uyuşmazlıklar*” arabuluculuk yolu ile uyuşmazlık çözümü için uygun kabul edilmektedir.⁵³⁵ Denebilir ki, hukuka aykırılığı ileri sürülen bir idari işlem kişinin kendisi için özel olarak tesis edilmiş ve sadece ihlali kendisinin ileri sürebileceği türden bir işlem ise arabuluculuğa elverişli, menfaat ihlalinin çok geniş kişileri ve kitleleri kapsadığı durumlarda ise elverişli değildir.

Genel düzenleyici işlemlerin iptali hususunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması mümkün olmamaktadır. Ancak, bireysel idari işlemin iptaline ilişkin bir talep söz konusu ise arabulucu, idarenin verdiği kararı etkilemeyecek şekilde çözüm önerileri sunabilir ve bu suretle tarafların uzlaşmasını sağlayabilir. Örneğin yapı ruhsatı verilmesi işlemi bireysel bir idari işlemdir. Bu idari işleme karşı komşu arazi

⁵³²Bireysel idari işlemler tek yanlı olarak tesis edilme, icrailik, hukuka uygunluk karinesinden yararlanma ve yargısal denetime tabi olma gibi özellikler taşımaktadır. Bu özellikler hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Günday, 2011, **a.g.k.**, 123-126.

⁵³³İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi, idareye Anayasa, kanunlar ve uluslararası antlaşmalarla verilmiş görevlerden kaynaklanmaktadır. İdare söz konusu görevleri yerine getirirken çeşitli eylem ve işlemler tesis etmek durumundadır. Bu eylem ve işlemler yapılırken eşit ve güvenilir biçimde yapılması, kişiye özel farklı uygulamalardan kaçınılması için genel, soyut ve nesnel kurallara dayanılmalıdır. Danıştay da, idarenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin temelini idarenin görev ve sorumluluğu esası olarak göstermektedir (Yayla, 2009, **a.g.k.**, 143-144).

⁵³⁴Günday, 2011, **a.g.k.**, 122-123.

⁵³⁵Özbek, 2005, Yargılama Dışı Usuller (II), **a.g.k.**, 101.

sahipleri iptal davası açtıkları takdirde işlemin hukuka aykırılığına kanaat getiren mahkeme ruhsatı iptal edecektir. Ancak, arabuluculuk yoluna başvurulması halinde yapı ruhsatı talep eden kimse iptal davası açacak kimselerle bir araya gelip uzlaşmaya varabilir. Bu neticede hem ruhsat iptal edilmemiş hem de dava yoluna başvurulmamış olunur.⁵³⁶

İdarenin genel düzenleyici işlemlerinin meydana getirdiği menfaat ihlalinde, buna ilişkin taleplerin yargı dışı yollarla çözüm imkanı mümkün gözükmemektedir. Bu durum AB'ye üye tüm ülkelerin ulusal hukuk sistemlerinde böyledir. Ancak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İdari Makamlar ile Özel Kişiler Arasındaki Dava Alternatifleri Konusunda Rec(2001) 9 Sayılı Tavsiye Kararı'nın hazırlanmasında görev alan İdare Hukuku Proje Grubu, özel durumlara ilişkin genel düzenleyici işlemlerden dolayı menfaati ihlal edilenler ile idare arasındaki uyuşmazlıkların iptal davası ile giderilmek yerine yargı dışı yollar ile çözümlenebileceği görüşünü savunmaktadır. Buna örnek olarak caddelere araç park etmeye ilişkin genel düzenleyici işlemler dolayısıyla menfaati ihlal edilen kimseler ile idare arasındaki uyuşmazlık gösterilebilir.⁵³⁷

Belirtmek gerekir ki, idarenin işlem veya eylemlerinin hukuka uygunluğunun bir özel hukuk kişisi ile müzakere konusu yapılması kabul edilebilir bir durum değildir. Dolayısıyla idari makamlar sadece yargılama sürecini sonlandırmak veya uyuşmazlığın yargıya taşınmasını önlemek için böyle olmadığı halde hukuka aykırı bir işlem tesis ettiklerini veya bir karar verdiklerini kabul etmemelidirler. İkinci olarak, arabuluculuk yoluna başvurulmasının neticesinde, sadece arabuluculuk görüşmesinde taraf olarak yer alan kimseyi etkileyecek hukuka aykırı bir idari karar bu yolla benimsenebilir. Müzakere veya arabuluculuğun sonucu, ilgilinin mahkemedeki talebinden vazgeçmesi şeklinde gerçekleşir. Ancak bu sonuç ilgilinin talebinden vazgeçmesi halinde davanın konusuz kalacağı ve kamu yararı gereği mahkemenin re'sen karar vermek zorunda olmadığı bir yargılama sürecinde geçerli olabilir.⁵³⁸

⁵³⁶Özbek, 2005, Yargılama Dışı Usuller (II), **a.g.k.**, 102-103.

⁵³⁷Özbek, 2005, Yargılama Dışı Usuller (II), **a.g.k.**, 95-96.; İdare Hukuku Proje Grubu'na göre, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılabilmesi için idari işlemler “sadece bireysel ve genel alanda yapılan dar anlamdaki (sitricio sensu) idari işlemleri kapsamaz, fakat; kamu idaresi tarafından yapılan, kamu yetkisinin uygulanmasını gerektirmeyen bir işlem veya hareketsizlik olarak anlaşılan herhangi bir davranışa ilaveten, idari kararlar ve idari mercilerce yapılan sözleşmeleri de” ifade edecek şekilde geniş anlamda tanımlanmaktadır (Özbek, 2005, Yargılama Dışı Usuller (II), **a.g.k.**, 95).

⁵³⁸Bousta ve Sagar, 2014, **a.g.k.**, 446-447.

Uzlaştırıcı veya arabulucular idari işlemin iptalini kendileri gerçekleştiremezler. Bu kimselerin rolü, söz konusu idari işlemin hukuka aykırı olduğu veya yerinde olmadığına ilişkin kanaatleri varsa idari işlemin geri alınması veya iptali hususunda ilgili idari mercii iknaya çalışmaktan ibaret olacaktır.⁵³⁹ Belirtilmelidir ki, idari işlemlerin konu olduğu uyuşmazlıklarda arabuluculuk kurumuna başvurunun mümkün olması halinde, idarenin verdiği kararlarda başvurulacak itiraz ve dava yolunun gösterilmesinin yanı sıra arabulucuya nasıl ve ne suretle başvurulacağına da gösterilmesi gerekecektir. Nitekim Fransa’da da, arabuluculuğun uygun düştüğü uyuşmazlıklar bakımından bu yönde bir düzenleme planlanmaktadır.⁵⁴⁰

İdari yargıda görülen sınav sonuçlarına ilişkin iptal davalarının da yargı organı önüne gelmeden çözüme kavuşturulabilmesine ilişkin bir model önerisinden bahsetmek faydalı olabilir. Sınav sonuçlarına ilişkin itirazı olan öğrenci kendi üniversitesinden Üniversitelerarası Kurula iletilmek üzere başvurusunu yapabilir. Bu aşamadan sonra ÜAK bünyesinde oluşturulacak bir birim başka bir üniversiteden oluşan üyelerden teşekkül ettirilecek itiraz kurulunu kurarak yeniden inceleme süreci yargı organına başvurulmaksızın gerçekleşebilir.⁵⁴¹ Bu öneriye benzer şekilde ifade edilebilir ki, hakimlerin yapabileceği iş ve işlemler dışında bir uzman veya uzman kurulunun görüşü ile çözülebilecek itiraz ve uyuşmazlıklar her kurum ve kuruluşun bünyesinde oluşturulabilecek arabuluculuk biriminin atayacağı bağımsız ve tarafsız uzmanların görüşleri doğrultusunda ve arabuluculuk biriminin uyuşmazlığın çözümüne refakat etmesiyle çözüme kavuşabilir.

Özetle ifade edilecek olursa, idarenin tesis ettiği bireysel işlemlerin konu olduğu uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlenebilir. Ancak, düzenleyici işlemlerin konu olduğu uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olmadığı ifade edilmişti. Kanaatimizce, yalnızca idari işlemin tesis edildiği kimsenin menfaatini ihlal edecek olan; uyuşmazlığın çözümünde hakim müdahalesine duyulan ihtiyaç az olan ve çözümlenmesi basit olan uyuşmazlıklar, arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olabilir. Bu bakımdan yukarıda örneklerini vermiş olduğumuz⁵⁴² ve iptal davasının

⁵³⁹Odyakmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 35.

⁵⁴⁰Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 14.

⁵⁴¹Konuralp, 2001, **a.g.k.**, 507.

⁵⁴²Bkz. “İdarenin arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli kamu hukuku uyuşmazlıklarının belirlenmesi” başlığı.

konusunu oluşturan uyuşmazlıkların bu kriterler değerlendirilerek arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olup olmadığının tespiti mümkün olabilir, örnekler çoğaltılabilir.

İdari eylemler dolayısıyla zarar gören kimselerin bu zararın giderilmesi talebiyle idareye yaptığı başvurunun sulh başvurusu olarak kabul edileceği yukarıda belirtilmiş idi. Aynı durum idari işlemler dolayısıyla menfaati ihlal edilen kimseler için de benzer şekilde geçerli olabilir. Nasıl ki idari eylemler dolayısıyla zarar gören kimseler İYUK'un 13. maddesi gereği idareye başvurmakta ve bu başvuru sulh başvurusu kabul edilmekte ise, (uygun düşen uyuşmazlıklarda) idari işlemler dolayısıyla menfaati ihlal edilen kimselerin de İYUK'un 11. maddesi gereği ilgili idareye yaptığı başvuru arabuluculuk başvurusu olarak kabul edilebilir. Böylece idareler de kararını gözden geçirme imkanı bulabilir ve bir kısım uyuşmazlıkların iptal davası ile çözümlenmesine ihtiyaç kalmayabilir.

3.2.3.4. İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk

3.2.3.4.1. Genel olarak idari sözleşmeler

İdare, görevlerini yerine getirirken ihtiyacı duyduğu mal ve hizmetleri her zaman tek yanlı işlemler yapmak suretiyle elde edemez. Dolayısıyla çoğu zaman idare, karşılıklı iradelerin uyuşması ile meydana gelen sözleşme yapma yoluna başvurabilir.⁵⁴³ Temel olarak sözleşme ve idare kavramları birbiriyle bağdaşmamaktadır. Kamu hizmetinin görülmesi amacıyla idarenin akdettiği sözleşmeler doğal olarak kamu kudretinin içerisinde barındırdığı özellikleri de bünyesinde taşımaktadır. İdarenin sahip olduğu üstün irade karşısında sözleşmenin karşı tarafı idare ile eşit konumda olamamaktadır. Ancak zaman içerisinde kamu hizmeti kavramının değişikliğe uğraması, kamu hizmetlerinin yayılması ve çoğalması sonucunda sözleşme kavramı da zamanla medeni hukuktaki niteliğini değiştirerek idare hukukuna geçip idare hukukuna uygun, kendine özgü bir yapıya bürünmüştür.⁵⁴⁴

⁵⁴³Karatepe, 1988, **a.g.k.**, 65.; İdarenin sözleşme yapma yoluna başvurması çeşitli sebeplerle açıklanabilir. Görülecek bir kamu hizmeti için yeterli maddi kaynak bulunmaması, teknik araç, gereç ve personelin bulunmaması başta gelen sebepler arasındadır. Bunların yanında idare alışlagelmiş usullerle söz konusu kamu hizmetini yerine getiremeyebilir veya piyasayı düzenlemek özel kişilerle rekabet imkanları oluşturabilmek ve kimi zaman tüketiciyi korumak gibi sebeplerle de özel hukuk hükümlerine tabi olacak sözleşmeler yapabilir (Yayla, 2009, **a.g.k.**, 163). ; “Kamu hizmetlerinin kullanımında her zaman idari usullere başvurulmaz. Mukavelelerin aktinde bazı hallerde hususi hukuka da müracaat olunur. Özellikle Birinci Cihan harbinden sonra devletin iktisadi hayata müdahalesi devleti çeşitli sanai, ticari ve sosyal faaliyetlerde bulunmaya zorlamıştır” (Eroğlu, 1978, **a.g.k.**, 18).

⁵⁴⁴Onar, 1952, **a.g.k.**, 1144.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 469.

İdarenin taraf olduğu sözleşmelerin tümü idari sözleşme olarak kabul edilmemektedir.⁵⁴⁵ İdare, kamu gücü kullanmaksızın sahip olduğu hak ehliyetine dayanarak genel hükümlere tabi olan sözleşmeler de yapabilmektedir. Burada idare, tıpkı bir özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket ederek özel kesimle rekabete açık alanlarda sözleşmeler yapmaktadır.⁵⁴⁶

Bundan başka, idarenin belli usullere tabi olmak üzere yaptığı ve kamu hizmet ve faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi için ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin temini amacıyla yaptığı sözleşmeler bulunmaktadır. Bu sözleşmeleri akdederken idare, özel hukuk kişileri gibi tamamen serbesti içerisinde hareket edemez. Belli kurallara ve sınırlamalara tabi olacak şekilde, kamu yararına en uygun sözleşmeciyi belirlemek durumundadır.⁵⁴⁷ Bu tür sözleşmelerin konusunu haberleşme hizmeti alma, bakım ve onarım hizmet alma, koruma ve güvenlik hizmeti alma, bina yapımı, otoyol yapımı, havalimanı yapımı ve benzerleri oluşturmaktadır. Bu tür sözleşmelerin akdedilmesi de, idarenin şartnameyi⁵⁴⁸ tek taraflı olarak tespit etmesinin dışında özel hukuk hükümlerine tabi olarak ve idare ile özel hukuk kişinin eşit konumda kabul edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir.⁵⁴⁹

İdarenin diğer kısım sözleşmeleri ise idare hukuku hükümlerine tabi olup bunlara idari sözleşme⁵⁵⁰ denmektedir. Bu noktada, “idari sözleşme” kavramı ile “idarenin sözleşmeleri” kavramını ayırmak gerekmektedir.⁵⁵¹ İdarenin sözleşmeleri, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler olarak iki başlık altında incelenmektedir.⁵⁵² Söz konusu ayırımın temelini ise sözleşme taraflarının eşit konumda olup olmaması oluşturmaktadır. Özel hukuk kişisiyle yapılacak sözleşmenin koşullarının belirlenmesinde taraflar arasında eşitliği bozucu bir durum yaratan kamu gücü

⁵⁴⁵Keskin, 2019, **a.g.k.**, 90.

⁵⁴⁶Yayla, 2009, **a.g.k.**, 164.; Onar, 1952, **a.g.k.**, 1146.

⁵⁴⁷Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 496.

⁵⁴⁸Şartnameler idarenin genel düzenleyici işlemi niteliğinde olup sözleşmenin karşı tarafı bunlar üzerinde söz hakkına sahip değildir. Bu şartları peşinen kabul etmek durumundadır, her hangi bir değişiklik veya düzeltme talep etme, kısmen kabul etme veya reddetme hakkına sahip değildir (Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 484).

⁵⁴⁹Yayla, **a.g.k.**, s. 164-165.; İdarenin kamu hizmetlerinin bazı kısımları için akdettiği bu tür özel hukuk sözleşmelerinde de teşkilat ve faaliyet bakımından idari usullere tabi olması söz konusu sözleşmeleri idari sözleşme haline getirmemektedir. İdari sözleşme sayılmak için idari sözleşmenin kamu gücüne dayanması ve kamu gücünün unsur ve karakterlerini içermesi gerekir (Onar, 1952, **a.g.k.**, s. 1146).

⁵⁵⁰İdari sözleşme kurumunun tanımı ve gelişimi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Keskin, 2019, **a.g.k.**, 92-95.

⁵⁵¹Onar, 1952, **a.g.k.**, 1145-1146.

⁵⁵²Günday, 2011, **a.g.k.**, 183-184.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, **a.g.k.**, 469.; Karatepe, 1988, **a.g.k.**, s. 65.

ayrıcalıklarının kullanılıp kullanılmaması önem taşımaktadır. Sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesi ise, idari sözleşme veya idarenin özel hukuk sözleşmesi olması fark etmeksizin idare tarafından belirleneceğinden kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılıp kullanılmaması sözleşmenin türünü belirlemede bir ölçüt olarak başvuru kaynağı olarak kabul edilemeyebilir.⁵⁵³

Danıştay, imtiyaz sözleşmesini konu alan idari sözleşmelere ilişkin ilk kararında idari sözleşmelerin niteliğine vurgu yapmıştır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Bayındırlık Bakanlığı ile İstanbul Tramvay şirketi arasındaki uyuşmazlık hakkında 26 Şubat 1936 tarihinde verdiği bu kararında “idari sözleşme” şeklinde ayrı bir sözleşme türünün mevcut olduğunu, bu tür sözleşmelerin idare hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri içerdiğini belirtmekte ve bunların idare kudretine dayalı idari usullerden biri olduğuna işaret etmektedir.⁵⁵⁴

İdari sözleşmeleri idarenin akdettiği özel hukuk sözleşmelerinden ayıran bazı noktalar bulunmaktadır. İdari sözleşmelerde idare kamu yararı amacı gütmekte ve kamu yararının temsilcisi konumunda olarak sözleşmeye katılmaktadır. İdari sözleşmenin karşı tarafı olan ve özel çıkar güden diğer sözleşmeci ile idare, eşit konumda değildir. Özel hukuk ilişkilerinde söz konusu hukuki ilişkinin temeli tarafların eşitliği iken idare kamu yararını gözetmek durumunda olduğundan karşılıklı ilişkilerinde kişilerle eşit olmayan bir konumda yer almakta, kamunun ihtiyaçları söz konusu olduğunda eşitlikten farklı bir usulle ilişkiler kurmaktadır.⁵⁵⁵ İdari sözleşmelerde yapılacak sözleşmenin konusu, amacı ve şekli belli kurallara tabi olarak önceden belirlenmiştir. Sözleşmenin şartları da daha önceden konmuş bu kurallara bağlı kalınarak belirlenir. Ancak özel hukuk sözleşmelerinde taraflar sözleşmenin amacını, şeklini ve konusunu serbestçe belirlerler.⁵⁵⁶ İdari sözleşmelerde kamu yararı özel yarardan üstün tutulacağından dolayı bu sözleşmeler adi özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuki rejime tabidir. İdarenin

⁵⁵³Öztoprak, 2019, **a.g.k.**, 64.

⁵⁵⁴Onar, 1952, **a.g.k.**, 1145.; İdare sözleşmenin yargı kararlarına bir yansıması da “Zingal Uyuşmazlıkları” ile olmuştur. Uyuşmazlık Mahkemesi buna ilişkin kararında idari sözleşmeleri, devletin kamu kudretine başvurmaksızın ve birey gibi hareket ederek akdettiği özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak bir kamu hizmetinin işletilmesi ile düzenlenmesi amacını taşıyan ve idari ilke ve kuralları esas alan sözleşmeler olarak belirtmiştir (Keskin, 2019, **a.g.k.**, 94).

⁵⁵⁵Eroğlu, 1978, **a.g.k.**, 3.

⁵⁵⁶Karatepe, 1988, **a.g.k.**, 66.

özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara adli yargıda bakılırken idari sözleşmelerden kaynaklanan davalara idari yargıda bakılmaktadır.⁵⁵⁷

Bir idari sözleşmeden bahsedebilmek için öncelikle sözleşmenin bir tarafını idarenin oluşturması gerekmektedir. Sözleşmenin diğer tarafı ise özel bir kişi olabileceği gibi tüzel kişiliğe sahip başka bir kamu tüzel kişisi de olabilir. İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığı kanunda açıkça sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde görevli yargı kolunun gösterilmesi veya sözleşmenin kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı tabi olduğunun belirtilmesi ile tespit edilebilir. Kanunda buna ilişkin bilginin yer almadığı durumlarda ise sözleşmenin mahiyetine bakılması gerekecektir. Buna göre, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu veya kuruluşu olduğu; sözleşmenin konusunu bir kamu hizmetinin devamlı olarak yürütülmesinin oluşturduğu ve sözleşmenin amacının kamu yararı olduğu; sözleşmede idareye diğer sözleşmeciye nazaran üstün ve ayrıcalıklı yetkilerin tanındığı⁵⁵⁸ bir sözleşme idari sözleşme niteliğindedir.⁵⁵⁹ Danıştay içtihatlarına göre, sözleşmede yapılması kararlaştırılan iş ile kamu hizmeti arasında zorunlu bir ilişkinin bulunması, sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde idari yargının görevli olduğunun kabul edilmiş olması; Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatlarına göre ise, sözleşmeye konu kamu hizmeti ile sözleşmeci özel hukuk kişisinin doğrudan kamu hizmetine katılması dışında bir ilişkinin bulunması, sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi, sözleşmenin uzun süreli olması ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde idari yargının görevli olduğunun kabul edilmesi, idari sözleşmelerin ölçütleri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷Günday, 2011, **a.g.k.**, 184.; İdarenin özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmeler arasındaki farklara ilişkin olarak bkz. Keskin, 2019, **a.g.k.**, 96.

⁵⁵⁸İdare, kamu yararını gözetebilmesi adına üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olmaktadır. İdari sözleşmelerde kişisel yarar ve kamu yararı karşı karşıya kaldığından özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak idareye kanundan veya kamu hukuku ilkeleri kaynaklı olarak bu üstün yetki ve ayrıcalıklar tanınmıştır. İdarenin özel hukuku aşan bu ayrıcalıklarının net olarak belirlenmesi mümkün değildir. Söz konusu yetki ve ayrıcalıklar sözleşmenin her aşamasında mevcut olabilir (Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 483-484.); İdare bir faaliyetinde, eylem veya işlemlerinde kamu gücü ayrıcalıkları kullanarak hareket etmekte ise yani özel hukukta yer almayan imtiyazlara sahipse bu faaliyet, eylem veya işlemler idare hukukuna tabi olup bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara idari yargıda bakılır. Tam aksine, idarenin kamu gücü kullanmadan yürüttüğü bir faaliyet, gerçekleştirdiği bir eylem veya işlem mevcut ise bunlara özel hukuk hükümleri uygulanır ve bunlardan doğan uyuşmazlıklara adli yargıda bakılır (Gözler, 2019, **a.g.k.**, 95-96).

⁵⁵⁹Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 480-484.; İdari sözleşmelerin ölçütleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Keskin, 2019, **a.g.k.**, 96-104.; Onar, 1952, **a.g.k.**, 1149-1154.

⁵⁶⁰Keskin, 2019, **a.g.k.**, 99.

Bir sözleşmede en az bir tane özel hukuku aşan kamu gücü ayrıcalığı veya yükümlülüğü mevcut olduğu takdirde bu sözleşmenin ilgili hükümleri bakımından idare hukuku hükümlerine başvurulacağı söylenebilir.⁵⁶¹

İdari sözleşmelerin konusu, kamu hizmetinin doğrudan işletilmesi veya hizmetin işletilmesine katılınması şeklinde olabilir. İdari sözleşmeler kamu hizmeti ile doğrudan ilişkili olduğundan bu türden sözleşmelerde idare özel hukuk sözleşmelerinde tarafların yararlanmadığı birtakım üstün yetki ve ayrıcalıklara sahip olmaktadır. Esasen, idareye birtakım üstün yetki ve ayrıcalıkların tanınması kamu yararının bir gereğidir.⁵⁶² Bu üstün yetki ve ayrıcalıklar şöyle sıralanabilir: idarenin sözleşmenin karşı tarafı hakkında tek yanlı işlemler tesis edebilmesi, verilen iş üzerinde devamlı olarak denetim sağlayabilmesi, sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilmesi, gerektiğinde imtiyazı tümüyle satın alabilmesi, sözleşmenin karşı tarafı hakkında sözleşmede öngörülme-yen zorlayıcı tedbirlere re'sen başvurabilmesi, sözleşmeye konu kamu hizmetinin değişen şartlara bağlı olarak geliştirilmesi ve buna göre yeni tesisler yapılması gibi.⁵⁶³ İdare, bu yetkilerini karşı tarafta kusur olduğuna bakılmaksızın kullanabilir. Bu yetkilerin idare tarafından kullanılabilmesi için idari sözleşmede bir hüküm yer alması gerekmemektedir.⁵⁶⁴

İdare sayılan üstün ve ayrıcalıklı yetkileri bulunmasına karşın idari sözleşmelerin bedele ait hükümlerinde tek taraflı değişiklikler yapamaz. İşte bu noktada, bedele ait uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk yolunun kullanılabilirliğine ilişkin değerlendirmeler yapmak gerekmektedir. İdari sözleşmeler içerisinde imtiyaz sözleşmeleri, idari sözleşmelerin karakteristik özelliklerini en çok taşıyan sözleşme türüdür. Yukarıda verilmiş olan idari sözleşmelere ilişkin ilk Danıştay kararında da bu husus ifade edilmektedir.⁵⁶⁵ Bu yüzden yapılacak değerlendirmeler daha çok imtiyaz sözleşmeleri bakımından değer taşımaktadır.⁵⁶⁶

⁵⁶¹“Bir konunun idare hukukunun uygulama alanına girebilmesi için o konunun bütün yönleriyle idare hukukuna tabi olması şart değildir. Bu konuda en az bir kamu gücü ayrıcalığının veya en az bir kamu gücü yükümlülüğünün bulunması yeterlidir” (Gözler, 2019, **a.g.k.**, 103).

⁵⁶²Keskin, 2019, **a.g.k.**, 97.

⁵⁶³Yayla, 2009, **a.g.k.**, 166-167.; Özel hukuku aşan yetkiler içeren kamu gücü ayrıcalıkları hakkında bkz. Gözler, 2019, **a.g.k.**, 96-106.; Onar, 1952, **a.g.k.**, 1146-1149.

⁵⁶⁴Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 484.

⁵⁶⁵Onar, 1952, **a.g.k.**, 1145.

⁵⁶⁶İmtiyaz sözleşmelerinde alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkime başvurulmaktadır. Bu yola başvurulması diğer alternatif çözüm yollarına başvurulmasına engel teşkil etmemektedir. Uzlaştırma ve

3.2.3.4.2. İdari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebilirliği

İdari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda çözüme kavuşturulmaktadır. Ancak bu uyuşmazlıkların hangi tür davaya konu olabileceği bakımından tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmalar Fransız hukukunda ve Türk hukukunda farklı yönde gelişmiştir. Fransız hukukunda idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların iptal davasına konu olamayacağı yönünde içtihatlar baskın iken bizim hukukumuzda Danıştay bu tür uyuşmazlıkların iptal davasına konu edileceği yönünde içtihat geliştirmiştir.⁵⁶⁷

İdari sözleşmelerde, sözleşmenin imza aşamasından önceki işlemler iptal davasına konu edilebilmektedir. Bunun gibi, konusunu bir kamu hizmetinin yürütülmesinin oluşturduğu sözleşmenin düzenleyici hükümleri, şartname hükümlerine aykırı idari işlemler; sözleşmenin akdedilmesi veya akdedilmemesinin reddi işlemi iptal davasına konu olabilmektedir. Ancak sözleşmenin imzalanmasından sonra uygulanma aşamasında meydana gelen uyuşmazlıklar iptal davasına konu edilemeyecektir.⁵⁶⁸ İdari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi dava türüne konu olacağı tartışma konumuzu oluşturmadığından bu tür uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye ne derece elverişli olduğu üzerinde durmak gerekir.

İdari sözleşmelerin akdedilmesinden önce sözleşmeci tarafın seçildiği ihale süreci ilgili idare tarafından yürütülen, kamu gücünün kullanıldığı ve idarenin tek yanlı iradesinin hakim olduğu bir süreçtir.⁵⁶⁹ Kamu ihaleleri bakımından konuyu ele alacak olursak, idareye itirazın şikayette bulunan ve ihale sürecinde hukuka aykırılıklar gerçekleştiğini ileri süren kimse tazminat karşılığında bu itirazından vazgeçip yargı yoluna da başvurmadığı takdirde gerçekleşen bu olayın kamu yararına hizmet edip etmeyeceği tartışmalı hale gelmektedir. İhale sürecinde gerçekleşen hukuka aykırılıklar sırf yargı masrafları ve benzeri harcamalardan kurtulmak için göz ardı edilmeli midir sorusu akıllara gelmektedir.⁵⁷⁰ Dolayısıyla, ihale sürecinde meydana gelen hukuka

arabuluculuk da sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümünde başvurulabilecek yollardır (Özbek, 2005, Yargılama Dışı Usuller (II), **a.g.k.**, 102).

⁵⁶⁷Çağlayan, 2021, **a.g.k.**, 450-452.

⁵⁶⁸Çağlayan, 2021, **a.g.k.**, 452-458.

⁵⁶⁹B. Akyılmaz, M. Sezginer ve C. Kaya. (2021). *Türk İdari Yargılama Hukuku*. (6. Baskı), Ankara: Savaş Yayınevi, s. 92.

⁵⁷⁰Dragos, Neamtu ve Suci, 2014, **a.g.k.**, 449.

aykırılıklar sebebiyle meydana gelen uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olmayan uyuşmazlıklardır, denebilir.

İdari sözleşmelerden dolayı tam yargı davasına konu olabilecek bir zararın oluşması gündeme gelebilir. Hem idare hem de sözleşmenin karşı tarafı söz konusu idari sözleşmeden dolayı zarara uğramış olabilir. İdarenin sözleşmeyi tek yanlı feshi sebebiyle veya sözleşmede birtakım tek yanlı değişiklikler yapması sebebiyle sözleşmenin karşı tarafı zarara uğrayabilir. Veya tam tersi ihtimalde, idarenin sözleşmenin zamanında veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle zarara uğraması söz konusu olabilir.⁵⁷¹ İşte bu türden uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli uyuşmazlıklar olarak gösterilebilir.

3.2.3.5. Tam yargı davalarına konu olan uyuşmazlıklarda arabuluculuk

3.2.3.5.1. Genel olarak tam yargı davaları ve nitelikleri

Devlet zaman içerisinde büyüyen faaliyet alanıyla ve yaptığı hizmetlerin yaygınlaşmasıyla toplum hayatında çok daha fazla yer almaya başlamıştır. Bu sebeple toplum içinde ilişkide bulunduğu kimselere zarar verebilmektedir. Herkesin neden olduğu zararı gidermekle yükümlü olduğu sorumluluk ilkesi devlet bakımından da aynı şekilde geçerlidir.⁵⁷² İşte, idarenin kendi işlem ve eylemlerinden meydana gelen zararları tazmin etmekle yükümlü olması hususu da Anayasamızın 125. maddesinde düzenlenmiştir: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”.

Tam yargı davaları idari eylemler ve işlemler dolayısıyla hakları ihlal edilen kimselerin söz konusu hakkının yerine getirilmesine ilişkin açacakları davayı ifade etmektedir. Bu davaların konusunu idari işlemler, idari eylemler veya idari sözleşmeler oluşturmaktadır. Davayı açacak kimsenin bu davayı açabilmesi için bir hakkının ihlal edilmiş olması ve söz konusu hak ihlalinin kişisel ve doğrudan olması gerekmektedir. Tam yargı davasının sonucunda mahkemece hükmedilecek karar kural olarak davanın taraflarını ilgilendirmekte olup menfaati ihlal olunan kimsenin subjektif hakkını korumaya yönelik bir davadır.⁵⁷³

İdarenin mali sorumluluğunun söz konusu olacağı hukuki rejim yürütülen faaliyetin niteliğine göre farklılık arz etmektedir. İdare özel hukuka tabi bir faaliyet yürütmekte ise

⁵⁷¹Kaplan, 2020, **a.g.k.**, 280.

⁵⁷²Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 126.

⁵⁷³Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, İdari Yargılama, **a.g.k.**, 109-112.

böyle bir faaliyetten kaynaklanan zararlar özel hukuk hükümlerine göre, idare kamu hukukuna tabi bir faaliyet yürütmekte ise bu faaliyetten kaynaklanan zararlar idare hukuku kurallarına göre tazmin edilecektir. Esasen, kamu hukuku alanındaki mali sorumluluğun tespit edilmesinde kamu hukuku esasları ile çelişmeyen özel hukuk hükümlerine kaynak olarak başvurulmaktadır. Böyle olmakla birlikte idari rejimi benimseyen ülkelerde idarenin sorumluluğu kendine özgü kuralları olan özerk bir sorumluluk hukuku olarak kendini göstermektedir.⁵⁷⁴

İdarenin sorumluluğuna yol açan kusur özel hukuktakinden farklılık arz eder. İdare faaliyetlerini gerçek kişi idare ajanları ve memurlar eliyle gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla idarenin sorumluluğunu doğuran bir kusur bu kimselerden biri tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak söz konusu kusuru gerçekleştiren kimsenin belirlenmesi ve kusurun kişiselleştirilmesi mümkün ve doğru değildir. İşte idarenin sorumluluğuna yol açan kusur, “*bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında veya sebebiyle, idarenin belli bir kamu görevlisine atıf ve izafe edilmesi mümkün bir kişisel kusur dolayısıyla ortaya çıkmış olmayan; kamu hizmetinin bizzat kuruluş, işleyiş ve teşkilatlanmasındaki aksaklık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik ve sakatlık şeklinde karşımıza çıkan kusura hizmet kusuru*” şeklinde ifade edilir.⁵⁷⁵

Sosyal devlet anlayışının gelişmesi devletin yerine getirdiği kamu hizmetlerinin sayı ve çeşidinde artış meydana getirmiştir. Böylelikle devletin sorumluluk esaslarında da değişiklik meydana gelmiştir. Artık devlet yalnızca faaliyetlerindeki kusurdan dolayı meydana gelen zararların yanında, faaliyetinde kusur olmasa dahi meydana gelen zararların tazmininden sorumlu tutulmaktadır. İdarenin sorumluluğunda esas olan kusur sorumluluğu olmakla birlikte, idarenin kusuru mevcut değilse kusursuz sorumluluğun şartlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilecek, şartlar oluşmuşsa kusursuz sorumluluk ilkelerine başvurulup zararın tazmini sağlanabilecektir. Kusursuz sorumluluk birtakım ilkelere de dayanmaktadır. Bu ilkeler, risk ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ve sosyal risk ilkesi şeklindedir.⁵⁷⁶

⁵⁷⁴Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 126-127.

⁵⁷⁵Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 127. Hizmet kusurunun özellikleri hakkında bkz. Akyılmaz vd., **a.g.k.**, s. 128-129.

⁵⁷⁶Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2021, **a.g.k.**, 131.

Tam yargı davasına konu olan ve bir zararın giderilmesini içeren talepler veya hukuka aykırı fiillerden kaynaklanan kişisel talepler, arabuluculuk veya uzlaştırma yoluna başvurulması ile karşılanabilecek taleplerdir.⁵⁷⁷

3.2.3.5.2. Tam yargı davalarına konu olan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebilirliği

Bir idari işlemde dolayı hakkı ihlal edilen kimse idareden buna ilişkin tazminat talep ettiğinde, idarenin söz konusu işlemi geri alması karşısında tazminat talebinden vazgeçeceğine ilişkin bir arabuluculuk anlaşması bahse konu edilebilir. Söz konusu anlaşma hukuka aykırı olmama koşulunun yanında, başka bir özel hukuk kişisini içermemeli ve kamu yararına zarar vermemelidir. Anlaşmanın tarafı olan kimseden başka üçüncü kişileri de ilgilendiren uyuşmazlıklarda, anlaşmaya itirazlar söz konusu olduğunda itiraz eden tarafı içermeyen herhangi bir anlaşma yapılmamalıdır. Bu yüzden arabuluculuk sürecinde şeffaflığın sağlanması ve uyuşmazlıkla ilgili olan tarafların her birinin dinlenmesi gereklidir. Yine, bir idari işlemin lehine tesis edildiği kişi karşısında bu işlemde dolayı zarar gören üçüncü bir kimse olabilir. Bu takdirde lehine işlem tesis edilen kişi ile zarar gören üçüncü kişi arasında arabuluculuk görüşmeleri yapıp zarar görene uygun bir tazminat verilmesi karşılığında anlaşma sağlanması mümkün olabilir. Zarar gören kimse henüz idareye başvurmamışsa bu anlaşma idarenin dahili olmadan da gerçekleşebilir. Ancak zarar gören kimse bir idari başvuruda bulunmuşsa, bu süreçte yapılan anlaşma olaya konu idari işlemi tesis eden idare tarafından uyuşmazlığı sonlandıran resmi bir belge olarak kabul edilmelidir. İdare yapılan bu anlaşmayı kabul etmezse idari başvuruya cevap vermeli ve zarar gören kimse ile arasındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmalıdır. Bu süreçlerde anlaşma gerçekleşmeyip uyuşmazlık yargı organları önüne geldiğinde zarar gören kişi ile lehine idari işlem tesis edilen kimse anlaşmaya varırlarsa mahkeme anlaşmayı bir mahkeme kararıyla kabul edebileceğinden, farklı kurallar geçerli olacaktır.

İdare tesis ettiği işlemlerde ve akdettiği sözleşmelerde kamu yararını gözetmek durumundadır. Kamu yararını korumanın en iyi yöntemine karar vermek her zaman kolay olmamaktadır. Tesis edilen idari işlem geri alındığında, lehine işlem tesis edilen kimsenin tazminat davası açma ihtimali mevcutsa bu durumda idarenin uyuşmazlığı sona erdirmek bakımından sergileyebileceği en iyi yaklaşım her iki tarafla arabuluculuk yapmaya

⁵⁷⁷Özbek, 2005, Yargılama Dışı Usuller (II), a.g.k., 102.

çalışmaktır. Mahkemeye başvurmak ilgili kişiler için riskli ise bu durumda arabuluculuk problemi daha hızlı çözmek bakımından iyi bir tercih olacaktır. İdarenin iki tarafı uzlaştıramaması halinde yapabileceği şey söz konusu idari işlemi geri alıp lehine işlem tesis edilen kimseye tazminat ödemektir. Aksi durumda uyuşmazlık yargıya taşındığında idare hem lehine işlem tesis ettiği kimseye hem de ilgili üçüncü kişiye tazminat ödemek durumunda kalabilir.⁵⁷⁸

İdari işlemler dolayısıyla zarar gören kimseler idareye başvurmadan doğrudan tam yargı davası açabilirler. Ancak idari eylemler dolayısıyla zarar görenlerin öncelikle ilgili idareye başvurup ön karar alması gerekmektedir. Bu yolla, idari eylemden zarar gören kimseler idare ile anlaşma çerçevesinde bir araya gelme ortamı ararlar. Bu başvuru ile kanun koyucunun beklediği amaç zarara uğrayan taraf ile idarenin anlaşmasının sağlanmasıdır.⁵⁷⁹

Arbuluculuk, idari eylemlerden kaynaklanan tazminatların konu olduğu uyuşmazlıkların çözümlenmesinde başvurulabilecek bir yoldur. Zarar gören kimsenin İYUK'un 13. maddesi kapsamında yaptığı başvuruyu değerlendiren idare söz konusu eyleminin hukuka aykırı olduğunu kabul edip ilgili kişinin zararını tazmin etmeyi kabul ederse kişi mahkemeye başvurma hakkından vazgeçebilecektir.

İdarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğunun söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda arabuluculuk kurumunun uygulanabilirliğine ilişkin ayrı ayrı değerlendirme yapmak faydalı olabilir. İdarenin hizmet kusurunun söz konusu olduğu, yani hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya gerektiği gibi işlememesi durumlarından birinin mevcut olduğu ve bunlardan zarar gören kimselerin ilgili idareye başvurup zararlarının giderilmesini talep ettiği uyuşmazlıklarda arabuluculuk yolunun işletilmesi mümkün olabilir. Bu uyuşmazlıklar bakımından zaten sulh yoluna başvuru mümkündür. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bu yol ondan beklenen işlev ve faydayı gerçekleştirilememektedir. Bir kere, sulh yoluna başvuru ancak zarara uğrayan kişi tarafından başvurulması halinde işletilebilen bir yoldur. Yani yalnızca idare dışındaki tarafın bu yöndeki talebi halinde sulh olunabilmektedir. Ancak arabuluculuk kurumunun bu uyuşmazlıklar bakımından uygulamaya konması halinde, ilgili idare de daha

⁵⁷⁸Dragos, Neamtu ve Suci, 2014, **a.g.k.**, 446-448.

⁵⁷⁹Yıldırım, 2006, **a.g.k.**, 167-168.

uyuşmazlık doğmadan tespit ettiği zararları zarar gören kimseye arabulucuya başvuruyu teklif ederek çözümlenebilme imkanına sahip olmaktadır.

Hizmet kusurundan doğan ve konusunu idari eylemlerin oluşturduğu uyuşmazlıklar, aynı zamanda kamu gücünün kullanılmadığı uyuşmazlıklara örnek oluşturmaktadır. İdarenin tek yanlı olarak tesis ettiği ve kişilerin hukuki durumlarında değişiklik meydana getirici bir eylem burada söz konusu değildir. Konunun giriş kısmında bahsettiğimiz şekilde, kamu gücünün kullanılmadığı uyuşmazlıklarda arabuluculuk yoluna başvurulabileceği ifadesine bu uyuşmazlık türleri de örnek oluşturmaktadır. Burada tek tek saymak mümkün değildir ancak örneğin, sağlık hizmetlerinin gereği gibi yürütülmemesinden kaynaklanan tazminat taleplerinden, yol üzerinde belediyenin açtığı ancak kapatmadığı çukura bir kimsenin düşmesi ve bundan dolayı ileri sürdüğü tazminat taleplerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda kamu gücü kullanımı bulunmamaktadır.⁵⁸⁰ Dolayısıyla bu tür taleplerin söz konusu olduğu uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğun kullanımı teorik olarak mümkündür. Benzer bir durum idarenin kusursuz sorumluluğu sebebiyle doğan tazminat talepleri için de geçerlidir. Bu tür uyuşmazlıklar kamu gücünün kullanılmadığı, kişisel bir hak ihlalinin mevcut olduğu ve hakimnin yargısal müdahalesine yoğun bir gereksinim duyulmaksızın çözümlenebilecek uyuşmazlıklardır. Zira ilgili idarenin kendisine başvuran kimse ile anlaşarak tazminat talebini kendiliğinden yerine getirmesi örneğinde olduğu üzere, hakimnin bu noktada yargısal değerlendirmesi söz konusu olmamaktadır.

3.3. İdari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulanmasında Karşılaşılabilecek Engeller

İdarenin kamu hukukundan kaynaklanan bir uyuşmazlıkta arabuluculuğa başvurmasını sınırlandıran nedenler çeşitlidir. Anayasa veya kanunlardan kaynaklanan bir sınırlandırma mevcut olabilir, bu durumda idare yetkilerini bu düzenlemelerin gösterdiği şekilde ve kamu yararı doğrultusunda kullanmalıdır. Buna ilişkin bir çözüm olarak da, arabuluculuk anlaşma belgesine çekince konulabileceği ifade edilmektedir. Buna göre idare, haklı bir nedenin varlığı ve kamu yararının gerektirmesi halinde anlaşmadan vazgeçebilecektir. İdare, doğrudan Anayasa ve kanunlar tarafından açıkça

⁵⁸⁰Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 8.; Fransız Danıştay Yedinci Daire Başkanı Guard Christine Maugüe Paris Çalışma Ziyareti Toplantısında sorumluluk davalarında arabuluculuğun işleyebileceğini düşündüklerini ve özellikle hastanelerde meydana gelen kötü muamelelerden kaynaklanan davaların buna örnek oluşturabileceğini ifade etmiştir (Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 19).

öngörölmüş bir sınırlandırma olmasa dahi, normlar hiyerarşisine uygun olarak saydamlık ve iyi yönetim ilkelerini de dikkate alarak hareket etmelidir. Bunun yanında bir üçüncü sınırlandırma olarak söylenebilir ki, her ne kadar arabuluculuk idare ile uyuşmazlığın diğeri tarafı arasında gerçekleşse de üçüncü kişileri etkileyebilir.⁵⁸¹

İdari yargıda arabuluculuk uygulamasında karşılaşılması muhtemel engellerden birisi kamu hukuku ve özel hukuk uyuşmazlıklarının birbirinden farklılık arz etmesinden ileri gelmektedir. Kamu hukuku-özel hukuk ayrımı hala geçerliliğini korumakta olan bir ayrımdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak bahsettiğimiz kurumlar daha çok özel hukuk ile bağlantılı olarak gelişme göstermiştir. Dolayısıyla, kamu hukuku uyuşmazlıkları bakımından bu alanda benimsenen yenilikler nispeten daha azdır. Bu sonuçta, idari uyuşmazlıkların ombudsman ile, özel nitelikli kuruluşlara başvurulması ile bir kısmının çözülebilir olması da etkili olmuştur.

Özel hukuk uyuşmazlıkları ve kamu hukuku kaynaklı uyuşmazlıkları nitelik itibariyle birbirinden farklılık arz etmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının medeni yargıya alternatif yöntemler olarak ortaya çıktığı düşünöldüğünde, bu yöntemlerin kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanması konusunda tereddütler mevcut olmuştur. Medeni yargı ve idari yargı arasındaki amaçsal ve işlevsel farklılıklar, bu yargı kollarında görölen özel hukuk uyuşmazlıkları ile idari uyuşmazlıklar arasındaki farklılıklar bu tereddütün sebebi olarak gösterilebilir. Zira tarafların eşit muamele gördüğü, karşılıklı iradelerin uyum içerisinde olduğı özel hukuk uyuşmazlıkları ile bir tarafını kamu gücü kullanan idari makamların oluşturduğı idari uyuşmazlıkların çözümleri farklı usullere tabi olacaktır.

İdarenin, özel hukuk ilişkilerinden farklı olarak üstün ve ayrıcalıklı konumda olmasını sağlayan kamu gücüne sahip oluşu ve iradesini ortaya koyarken birtakım ilkelere bağlı kalmak durumunda oluşu mevcut bir idari uyuşmazlığın alternatif yollarla ve özellikle arabuluculuk ile halline engel oluşturabilir. İradesini serbest bir biçimde değil de belirli kurallar ölçüsünde ortaya koyabilen idare sorumluluğı bakımından da farklı sorumluluk hükümlerine tabi olması sonucunu doğurmaktadır. Bundan başka, idarenin iradesini kullanarak gerçekleştirdiğı tasarruflar kamu yararı amacını yerine getirmeye

⁵⁸¹Vandenhende, Warnez ve Veny, 2016, **a.g.k.**, 3.

yönelik tasarruflardır. Özel hukuk ilişkilerinde kamu yararına karşılık bireysel yarar söz konusu olmaktadır.⁵⁸²

Özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü, uyuşmazlığın taraflarının bireysel menfaatlerini dengede tutmaya yönelik şekilde medeni yargıda gerçekleştirilmektedir. Diğer yandan idari yargıda uyuşmazlığın bir tarafı olan özel hukuk gerçek veya tüzel kişinin özel menfaati ile idarenin kendisine verilen görev ve yetkileri kullanmasının sebebi olan kamu menfaati arasındaki dengenin sağlanmasına ve böylelikle idarenin hukuka uygun şekilde davranmasını sağlamaya yönelik bir yargılama yapılmaktadır. Medeni yargılamanın işlevi uyuşmazlıkta haklı olan tarafı tespit etmek ile sınırlı iken idari yargı mahkemeleri idarenin hukuk içerisinde kalmasını, kamu yararı ile bireysel yararın kamu düzenine uygun olarak dengelenmesini sağlamakta; gerektiğinde yasama ve yürütme organlarına danışma görüşü vermekte ve içtihat yaratma işlevi yerine getirmektedir.⁵⁸³

Medeni yargı ile idari yargı arasındaki farklılıklar göz önüne alındığında, genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının idari yargıda uygulanmasında zorluklar ve engeller olduğu kabul edilmelidir. Ancak, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile hem idarenin hukuka uygunluğunun denetlenmesi hem de menfaati veya haklı ihlal edilen kimsenin haklarına kavuşması mümkündür. Böylelikle idare de kendi tesis ettiği hatalı işlem ve eylemleri fark edip bu hatasını kabul ederek hak iddiasında bulunan vatandaş ile uzlaşma sağlamaktadır. Bu durum, idarece aynı hataların tekrar edilmemesi bakımından da yol gösterici olmaktadır.⁵⁸⁴

İdari yargının bahsedilmiş olan yapısal özelliklerinden kaynaklanan çekincelerin dışında kamu hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde direnç gösterilmesinin başlıca bazı sebepleri mevcuttur. Başta, arabuluculuğun tarafların eşitliğini temel alan yapısı karşısında bir tarafta vatandaş ve diğer tarafında idarenin bulunduğu uyuşmazlıklarda güç dengesizliği bulunmaktadır.⁵⁸⁵ Bundan başka, bireyin temel hak ve özgürlükleri söz konusu olduğunda, yapılması gereken anlaşma yoluyla çözüme varılması değil bireyin haklarını koruyacak bir

⁵⁸²Arat, 2011, **a.g.k.**, 892-896.

⁵⁸³Arat, 2011, **a.g.k.**, 900.

⁵⁸⁴Karaaslan, 2019, **a.g.k.**, 86.

⁵⁸⁵Arabuluculukta taraflar arabulucuya tüm açıklamaları yapabilseler dahi, silahların eşitliği prensibinin uygulanması konusunda tereddüt yaşamaktadırlar (Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 9).

kararlılık içerisinde hareket edilmesidir. Ve daha önce de bahsettiğimiz gibi, tarafların çıkarlarının üzerinde, korunması gereken bir ulusal çıkar, bir kamu yararı mevcut olabilir. Şeffaf ve hukuka uygun olarak hareket etmesi gereken idari makamların kapalı kapılar ardında arabuluculuk görüşmeleri gerçekleştirmesi, idarenin davranışlarının hukuka uygunluğunun denetlenmesini engelleyen bir yapıya bürünebilir.⁵⁸⁶

İdarenin taraf olduğu bir uyuşmazlıkta dava açılmadan önce, hatta daha idari işlemin tesis edilmesi sırasında bu işlemde doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü için idare bünyesinde yer alacak alternatif uyuşmazlık çözüm programlarının oluşturulmasının yararlı olacağı yönünde görüşler bulunmaktadır.⁵⁸⁷ Yargı yoluna başvurulmadan uyuşmazlıkların çözümü her zaman daha yararlı bir yöntem olsa da bu çözümler idari işlemlerin yapısına ters düşebilir.

Yargılamaya aleniyet ilkesinin hakim olması karşısında arabuluculuğun gizli şekilde yürütülmesinin ortaya çıkardığı olumsuzluk da bir engel olarak ileri sürülmüştür. Ancak, uzlaşma belgeleri üzerinde yapılan idari ve mali denetime benzer şekilde arabuluculuk antlaşma belgelerinde de bu yönde bir denetim yapılması ortaya çıkabilecek suiistimalleri bertaraf edebilecektir.⁵⁸⁸ Uyuşmazlıkta idarenin karşısında yer alan kişilerin gizlilik konusundaki çekincesi arabulucunun bağımsızlığı konusundaki tereddütlerden de kaynaklanabilir. Kişilerin arabulucuya aktardığı bilgilerin ifşa edilmesi konusunda duyduğu endişe, arabuluculuk yoluna başvurulmasının önünde engeller oluşturabilir.⁵⁸⁹ Bir tarafını idarenin oluşturduğu uyuşmazlıklarda tarafların eşitsizliğinde dolayı arabulucularda idare yanlı bir tutumun gelişmesi söz konusu olabilir. Bu durum Arabuluculuk Etik Kuralları'na gerektiği takdirde yapılacak eklemelerle bertaraf edilebilir. Arabuluculara ek güvenceler sağlanarak bağımsızlıklarını korumakta tereddüt etmemeleri sağlanabilir.

Kanuni düzenleme ile idarenin belirli bir şekilde hareket etmesinin öngörüldüğü, idarenin bağlı yetki içerisinde hareket etmesinin gerektiği durumlarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının idare hukuku ve idari yargının yapısına uygun düşmeyeceği

⁵⁸⁶L. Boule (1993). ADR Applications in Administrative Law. *Acta Juridica*, s. 142-143.

⁵⁸⁷Özbek, 2005, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller I, **a.g.k.**, 95.

⁵⁸⁸Karaaslan, 2019, **a.g.k.**, 87.

⁵⁸⁹Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 9.

düşünülebilirse de, idarenin takdir yetkisi çerçevesinde hareket ettiği durumlarda bu yöntemlerin kullanılması uygun olabilir.⁵⁹⁰

Uyuşmazlığın tarafı olan idari makamların anlaşmak yerine bir hakim kararı araması ve bu karar yönde işlem tesis etmesi noktasında ısrar ve direnci de bir engel olarak ifade edilmelidir. Gerçekten de, idari makamlar modern uyuşmazlık çözüm usullerine alışkın değildir. İdare ile uyuşmazlığın karşı tarafını oluşturan kimse bir anlaşmaya varmış olsa dahi ödeme yapmak için hakim kararı isteme yönünde bir eğilim, idari makamlarca hala benimsenmektedir. Ödemeyi yapan memurların sorumluluk almak istememesi de bu sonucu doğuran sebepler arasında ifade edilmektedir.⁵⁹¹

Bir engel olarak ifade edilmese de, arabuluculuk yolunun bu alanda yaygınlaşması içtihat hukuku olan ve henüz genç bir hukuk dalı olan idare hukukunun gelişimi üzerinde olumsuz etki yaratabilecektir.

⁵⁹⁰Arat, 2011, **a.g.k.**, 906.

⁵⁹¹Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı, 2016, **a.g.k.**, 9.

SONUÇ

Uyuşmazlık, meydana gelen bir anlaşmazlığın dış dünyada karşılık bulması halinde ortaya çıkmaktadır. Karşılıklı menfaatler arasındaki dengenin bozulması ortaya uyuşmazlığı çıkarmakta ve söz konusu uyuşmazlık dava yoluna veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulmak suretiyle giderilmeye çalışılmaktadır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında değerlendirilmekte, hatta bu çözüm yolları arasında nispeten daha sık başvurulması olarak karşımıza çıkmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ilk kez ABD’de kullanılmış ve daha sonra Kıta Avrupası ülkelerinde yayılmış ve gelişim göstermiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını ifade etmek üzere kullanılan “alternatif” kavramı, yargının yerini tutmayan, yargı ile yarışmayan ve fakat yargıya göre daha basit, ucuz ve kolay çözümleri içerdiğinden dolayı tercih edilmekte olan bir kavramdır. Başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yolları; kısa duruşma (mini-trial), vaka saptaması, tarafsız ön değerlendirme, arabulucu-tahkim (med-arb), müzakere ve arabuluculuktur.

Arbuluculuk, tarafların kendi iradeleriyle tarafsız üçüncü bir kişinin aralarındaki iletişimi sağlaması suretiyle bir araya gelerek mevcut uyuşmazlığı çözümlene imkanına kavuştuğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu uyuşmazlık çözüm yolu şimdiki anlamıyla olmasa da eskiden beri uyuşmazlık çözümünde başvurulmakta olan bir yoldur. Anglo-sakson kaynaklı olan arabuluculuk kurumu, daha sonra Kıta Avrupası ülkelerinde yayılmış ve gelişim göstermiştir. Bu doğrultuda olmak üzere, arabuluculuğun uyuşmazlık çözümünde etkin bir araç olarak kullanılmasını önceleyen Avrupa Birliği, üye devletlerin dikkate alması amacıyla bu konuda pek çok tavsiye kararı yayınlamıştır.

Bir uyuşmazlık meydana geldiğinde söz konusu uyuşmazlığın tarafı olan kimseler kendi menfaatlerinin tam olarak yerine getirilmesini istemektedirler. Böyle bir durumda taraflar arasında gerilim üst boyutlara ulaşmaktadır. Bunun sonucunda tarafsız üçüncü bir kimsenin uyuşmazlık çözümünde yardımına ihtiyaç duyulabilir. Bu noktada arabulucu devreye girmektedir. Uyuşmazlık çözümünde arabulucu, taraflar arasında dengeyi gözetken bir konumda bulunmalıdır. Hakim tarafından gerçekleştirilebilecek işlemleri yapamayacak olan arabulucu, uyuşmazlık çözümündeki rolüne göre farklı isimlendirmelerle anılabilmektedir. “Kolaylaştırıcı arabuluculuk” ve “değerlendirici arabuluculuk” arabulucunun rolüne göre değişiklik göstermekte olan arabuluculuk

modelleri arasında değerlendirilmektedir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun kural olarak kolaylaştırıcı arabuluculuk modelini benimsediği söylenebilir. Ancak 12/10/2017 tarihinde 7036 sayılı Kanun ile Arabuluculuk Kanunu'nda yapılan değişiklik neticesinde, tarafların çözüm üretememesi halinde arabulucuya çözüm önerilme imkanı tanındığından bu noktada arabulucunun rolü değerlendirici arabuluculuğa dönüşebilmektedir. Kanaatimizce, arabulucunun uyuşmazlık çözümünde üstleneceği rol, söz konusu uyuşmazlığın türüne göre esnek bir biçimde kendini gösterebilmelidir, bu konuda katı bir yaklaşım benimsenmemelidir.

Arabuluculuk, bazı ilkeler üzerine kuruludur. Bu ilkeler Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yer aldığı gibi, uluslararası metinlerde yer alan düzenlemeleri içermektedir. Bağlayıcı karar verme yetkisi bulunmayan tarafsız bir arabulucunun varlığı, gönüllülük veya iradilik ilkesi, eşitlik ilkesi ve gizlilik ilkesi bahsi geçen ilkelerin başlıcalarıdır.

Uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilebilecek tek yol yargı yolu değildir. Kişiler, bu durumu kavrayıp aralarındaki uyuşmazlıkları anlaşarak çözüme kavuşturma yolunu tercih edebilirler. Uyuşmazlık çözümünde arabuluculuk yolunun tercih edilmesinin nedenleri çeşitlidir. Başta; basit, ucuz ve kolay bir yol olması bir tercih sebebidir. Bundan başka, kaybedeni olmayan bir çözüm usulü olması; tarafların geçmişte yaşananlara değil geleceğe odaklanmalarını sağlaması; her iki tarafın da belirli ölçüde menfaatlerini korumasına imkan tanınması; tarafların, mücadeleciler bir yapıya bürünmek yerine ılımlı bir tavır içerisinde olması; esnek çözümler üretilebilme imkanının mevcut olması; varılabilecek çözümlerin yargı yoluna nazaran daha fazla olması; sürecin gizlilik içerisinde yürütülmesi arabuluculuğun uyuşmazlık çözümünde tercih edilmesini sağlayan diğer nedenler arasında gösterilebilir.

Arabuluculuğu başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde ifade etmekten başka, niteliği hakkında farklı görüşlerin ileri sürüldüğü diğer uyuşmazlık çözüm yollarından da ayırmak gerekmektedir. Bunun için tahkim ve uzlaşmanın arabuluculuk kurumundan ayrılan yanlarına değinilmiştir.

Arabuluculuk süreci anlaşmayla sonlanabileceği gibi, arabulucunun arabuluculuk için çaba harcanmasının gereksiz olduğu yönündeki tespiti, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak sona ermesi, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi hallerinde sona ermektedir.

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar, tıpkı diğer uyuşmazlıklarda olduğu gibi kural olarak yargı yoluna başvurmak suretiyle çözümlenmektedir. İdarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlayan en etkili araç da yargı yolu denetimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak yargı denetiminin sınırlı olarak gerçekleşmesi ve geç sonuç vermesi idarenin yargı dışı yollarla denetlenmesini gündeme getirmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve idare hukukunda başvuru olan bir kısım çözüm usulleri yargı dışı denetim araçları olarak ifade edilmiştir.

İdare hukukumuzda başvuru ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını da içeren yargı dışı usuller; sulh, tahkim, Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvuru, idari başvuru yolu ve çeşitli kanunlarda öngörülmüş olan diğer usullerden oluşmaktadır. İdarenin uyuşmazlıklarının arabuluculuk yolu ile çözümlenmesi ise 2017 yılında İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklik ile mümkün hale gelmiştir. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 2001 yılında, İdari Makamlar ile Özel Kişiler Arasındaki Dava Alternatifleri Konusunda Rec(2001) 9 Sayılı Tavsiye Kararı'nı kabul ederek idare ile kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yollara başvurulmasını üye devletlere tavsiye etmiştir. Bu Tavsiye Kararı'na göre, ya genel olarak veyahut belirli bazı dava türleri bakımından izin verilmesi tavsiye edilmiştir. Özellikle bireysel idari işlemler, sözleşmeler, sorumluluk hukukundan kaynaklanan ve genel olarak konusu bir miktar para içeren uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümlenmesi tavsiye edilmiştir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. Maddesinin tanımlar başlığı altında yapılan değişiklik ile bu Kanun'a göre idare kavramının neyi ifade ettiği açıklanmıştır. Sayılan idareler ile kişiler arasında meydana gelen, özel hukuk alanına dahil ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar arabuluculuk yolu ile çözümlenebilecektir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlık tabirinden, kamu düzeninden sayılmayan ve tarafların sulh olmak suretiyle son verebileceği uyuşmazlıklar anlaşılabilir. İdarenin de, bu türden uyuşmazlıkları arabuluculuk yoluyla çözümlenebilmektedir. Bu durumun söz konusu olması halinde idarenin bir komisyon tarafından temsili gündeme gelmektedir. Müzakerelerin yürütülmesi idarenin dışındaki diğer taraf ile Kanun'a uygun olarak teşekkül ettirilerek komisyon arasında gerçekleşmektedir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda öngörülen idarenin arabuluculuk yoluyla çözümlenebilecek uyuşmazlıkları dışında kalan kamu hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye uygunluğu çalışmada

incelenmeye çalışılmıştır. Söz konusu mesele henüz ülkemizde uygulaması olmayan ve idari rejimin geçerli olduğu ülkelerde yakın zamanlarda tartışılmakta olan bir meseledir. Bu doğrultuda olmak üzere, çalışmada çeşitli Kıta Avrupası ülkelerindeki konuya ilişkin uygulamalara ulaşılabildiği ölçüde yer verilmiştir.

İdare hukukumuzda uyuşmazlık çözümünde genel olarak arabuluculuk yoluna başvurulmasının sakıncalı olmadığı ifade edilmektedir. Ancak idarenin kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarında arabuluculuk yoluna başvurulabilmesi bakımından irdelenmesi gereken bazı hususlar bulunmaktadır. İdare, kamu gücünü kullanarak hareket eden bir cihaz olarak gerçek kişilerle veya özel hukuk tüzel kişileriyle eşit konumda kabul edilmemektedir. Bu bakımdan idarenin taraf olduğu bir uyuşmazlık meydana geldiğinde uyuşmazlığa konu olayda idarece kamu gücünün kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bundan başka, hakimin mevcut bir uyuşmazlığa yargısal müdahalesinin ne derece gerekli olup olmadığı da değerlendirilmesi gereken bir başka ölçüt olarak ifade edilebilir.

Arbuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli kamu hukuku uyuşmazlıklarına idari yaptırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, disiplin hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, belediye mevzuatının uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, not tespit işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar örnek verilebilir. Bu örneklerin çoğaltılması mümkündür. Ayrıca idarenin sorumluluğu gereği tazminat olarak bir miktar paranın konu olduğu uyuşmazlıklar da arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olan uyuşmazlıklardır, denebilir. Fakat tamamiyle hukuka uygunluk denetimi gerektiren, hakimin yargısal müdahalesi olmaksızın çözümlenemeyecek uyuşmazlıklar, arabuluculuk yoluyla giderilmeye elverişli olmayabilir.

İdari yargı kolunda görülen davaların konu olduğu uyuşmazlıkların yargı yoluna başvurulmaksızın arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye uygun olup olmadığı çalışmanın son inceleme konusu olmuştur. Burada iptal davalarına konu olan uyuşmazlıkların, idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların ve tam yargı davalarına konu edilen uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye uygun olup olmadığı hususu incelenmiştir.

İptal davalarının konusu idarenin tek yanlı olarak tesis etmiş olduğu işlemler oluşturmaktadır. Bu davada idari işlemin yetki, şekil, sebep konu ve amaç unsurları bakımından hukuka uygun olup olmadığı incelenmektedir. İdari işlemler bireysel işlemler ve düzenleyici işlemler olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Bireysel

işlemlerin iptali yalnızca davanın taraflarını etkilemekte iken düzenleyici işlemlerin iptali herkesi etkilemektedir. İptal davalarına konu olan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye uygun olup olmadığı konusundaki değerlendirme de bu ayrım dikkate alınarak yapılabilir. Bireysel işlemlerin iptalinin etki alanı dar olduğundan bu işlemlerin dava konusu olduğu uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olabilir. Nitekim memurların disiplin uyuşmazlıkları bu duruma örnek oluşturabilecek niteliktedir. Düzenleyici idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların ise arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile giderilemeyeceğinin kabul edildiğini belirtmek gerekir.

İdari sözleşmeler kamu hizmetlerinin görülmesi amacıyla idarenin akdettiği sözleşmeler arasında yer almaktadır. İdarenin yaptığı özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak ele alınması gereken idari sözleşmeler belli usullere tabi olarak gerçekleştirilmektedir. Sözleşmenin bir tarafını idarenin oluşturduğu, konusu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olan ve kamu yararı amacı taşıyan sözleşmeler idari sözleşmeler içerisinde değerlendirilmektedir. Bu sözleşmelerde idare sözleşmenin diğer tarafının sahip olmadığı birtakım üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmış durumdadır. Böyle bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın ihale sürecini kapsayan kısmı dışında, bedele ve sözleşmenin uygulanması sırasında meydana gelen durumlardan ötürü söz konusu olan tazminat taleplerine ilişkin kısmının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi mümkün olabilir.

İdarenin her türlü eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararın yine idare tarafından tazmin edilmesi gerektiği anayasamız tarafından kabul edilmektedir. İdari işlem veya eylemlerden dolayı hakkı ihlal edilen kimseler bu taleplerini tam yargı davası ile ortaya koymaktadır. Bu talepler incelenirken maddi olay bakımından idarenin mali sorumluluğunun söz konusu olup olmadığı inceleme konusu yapılmakta ve davanın sonucunda hakkı ihlal edildiği kanısına varılan kimseler lehine bir miktar paranın, tazminatın ilgili idare tarafından ödenmesine hükmedilmektedir. Çalışmada da belirtildiği gibi, konusunu bir miktar paranın oluşturduğu, hakimin yargısal müdahalesine yoğun bir biçimde ihtiyacın bulunmadığı ve kamu gücünün kullanılmadığı uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olabilir. Dolayısıyla bu türden uyuşmazlıkların konu edildiği davaların yargı yoluna başvurulmadan arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi mümkündür, denebilir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, M. (2010). *İsveç İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Akıncı, Z. (2003). *Milletlerarası Tahkim*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2021). *Türk İdare Hukuku*. (14. Baskı), Ankara: Savaş Yayınları.
- Albayrak, H. (2018). Eşitlik ve tarafsızlık ilkelerinin zorunlu arabuluculuk bağlamında yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 17 Etik Özel Sayı, 12-24.
- Arat, N. (2009). *Türk İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Arat, N. (2011). İdari uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile halli önündeki engeller. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 69 (1-2),891-906.
- Asiltürk, M. (2014). Arabuluculuk müessesesinin idari yargılama hukuku uyuşmazlıklarının çözülmesinde uygulanabilirliği. *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(95), 29-40.
- Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2020). *Medenî Usûl Hukuku*. (3. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Attree, R. (2013). The impact of the EU mediation directive.
- Ayhan, F. (2013). *İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Azrak, A. Ü. (2009). İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri. *Danıştay İdari Yargı Sempozyumu*, 71-85.
- Bilge, T. (2014). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu açısından kamu düzeni kavramı. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu*. İstanbul: Sümer Kitabevi.
- Boulle, L. (1993). ADR applications in administrative law. *Acta Juridica*, 138-156.
- Bousta, R. ve Sagar, A. (2014). Alternative Dispute Resolution in French administrative proceedings. *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Berlin: Springer.
- Bulur, A. (2007). Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve arabuluculuk yöntemi. *Ankara Barosu Dergisi*, (4), 30-46.

Bulur, A. (2010). Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çerçevesinde irdelenmesi ve bir düzenleme önerisi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (89), 196-241. ("35/A")

Carver, T. ve Vondra, A. (1994). Alternative Dispute Resolution: Why it doesn't work and why it does. *Harvard Business Review*, 72(3), 120-130.

Cidecigiller, A. (2015). *İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Coşar, V.A. (2011). *Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı*.

Çal, S. (2009). *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Çağlayan, R. (2013). Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan idari uyuşmazlıkların çözümünde yargı dışı yöntemler. *Ankara Barosu 5. Sağlık Hukuku Kurultayı Kitapçığı*.

Çağlayan, R. (2021). *İdari Yargılama Hukuku*. (13. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Çapar, A. (2020). İdarenin taraf olduğu hukuki uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yöntemi. *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, 7(59), 2526-2535.

Çiftçi, P. (2020). İdarenin taraf olduğu arabuluculuk süreçlerine dair özel kurallar ve uygulama sorunlarının değerlendirilmesi. *Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu*, 453-466.

Çolak, N. İ. İdari uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yolları. https://www.ilkercolak.com.tr/idari-uyusmazliklarda-alternatif-cozum-yollari/#_ftn5

De Graaf, K.J., Marseille, A. T. ve Tolsma, H. D. (2014). Mediation in administrative proceedings: a comparative perspective. *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Berlin-Heidelberg: Springer.

Deren-Yıldırım, N. (2007). Tahkim ve objektif açıdan tahkime elverişlilik. *Yavuz Alangoya İçin Armağan*.

Dragos, C., Neamtu, B. ve Suci, R. (2014). The Dynamic of Administrative Appeals and Other ADR Tools in Romania. *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Berlin: Springer.

Duran, L. (1946). İdari müracaatlar ve bunlar karşısında idarenin sükutu meselesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 12(1), 130-199.

Eklund, C. (2000). İsveç'te parlamento ombudsmanları. *Ombudsman Hukuk Kurultayı Bildiri Kitapçığı*.

Ekmeççi, Ö. vd., (2019). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- Ekmekçi, Ö., Özekes, M. ve Atalı, M. (2018). *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*. (1. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Ercan, İ. (2007). Aile mahkemesinde uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözülmesi. *Yavuz Alangoya İçin Armağan*.
- Erhürman, T. (2000). Türkiye için nasıl bir Ombudsman formülü?. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 49(1), 155-180.
- Eroğlu, H. (1978). *İdare Hukuku*. Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını.
- Fiş Üstün, G. (2020). Arabuluculuk faaliyetlerinde idarenin yeri ve yetkisi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(1), 13-23.
- Galera S., Acosta P. ve Soletto, H. (2014). ADR Tools in Spanish Administrative Law. *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Berlin: Springer.
- Gao, Q. (2019) Deference to the administration in judicial review in China. *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, (39). (https://doi.org/10.1007/978-3-030-31539-9_5)
- Goldberg, S.B., Sander, F.E. ve Rogers, N.H. (1992). *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*. (2. Baskı).
- Göksu, M. (2020). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Gözler, K. (2019). *İdare Hukuku Cilt I*. (3. Baskı), Bursa: Ekin Yayınevi.
- Günday, M. (2011). *İdare Hukuku*. (10. Baskı), Ankara: İmaj Yayınevi.
- Hasoğlu, A. (2016). İdare hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 1981-1996.
- Hohmann, B. (2018). Possibilities for the application of alternative dispute resolution methods in the administrative procedure. *European Journal of Multidisciplinary Studies*, 3(4), 90-98.
- Ildır, G. (2003). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. (1. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Işık, O. (2011). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı çerçevesinde arabuluculuk yönteminin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile karşılaştırılması. *Terazi Hukuk Dergisi*, (64), 14-25.
- Kalabalık, H. (2020). *İdari Yargılama Usulü Hukuku*. (14. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınları.
- Kaplan, G. (2020). *İdari Yargılama Hukuku*. (7. Baskı), Bursa: Ekin Yayınevi.

- Karaaslan, M. (2019). İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile giderilmesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (140), 71-113.
- Karakoç, Y. (2017). *Vergi Yargılaması Hukuku*. (4. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Karatepe Ş. (1988). *İdare Hukuku*. İzmir: Anadolu Matbaacılık.
- Kavalné, S. ve Saudargaitė, I. (2011). Mediation in disputes between public authorities and private parties: comparative aspects. *Jurisprudence*, 18(1), 251-265.
- Kekeç, E. K. (2014). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Keskin, B. (2019). *Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Klučka, J. (2007). The general trends of EU Administrative Law. *The International Lawyer*, 41(4), 1047-1054.
- Konuralp, H. (2001). Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve bilirkişilik. *TBB ve Samsun Barosu Bilirkişilik Sempozyumu Kitapçığı*.
- Korkmaz, F. ve Kıyak, E. (2018). 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda getirilen değişikliklerin değerlendirilmesi. *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 31-56.
- Küçükgüngör, E. (2004). Spor Hukuk Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 22(4), 47-76.
- Langbroek, P., Remac, M. ve Willemsen P. (2014). The Dutch system of dispute resolution in administrative law. *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Berlin: Springer.
- Ma, H. ve Wang, J. (2018). The development and improvement of administrative review system. In: *Building a Government Based on the Rule of Law. Research Series on the Chinese Dream and China's Development Path*. Singapore: Springer (https://doi.org/10.1007/978-981-13-0999-1_8)
- Markova, O. O. (2018). Modernization of the administrative legislation in Ukraine: through the prism of Europe experience.
- Murray J.S., Rau, A.S. ve Sherman, E.F. (1996). *Mediation and Other Non-Binding Processes*. New York: The Foundation Press.
- Odyakmaz, Z. (2013). Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) kurumunun tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun bazı maddelerinin değerlendirilmesi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (14), 1-85.

Odyakmaz, Z., Çınarlı, S., Avcıoğlu Aksoy, E. (2018). *İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri*. (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Onar, S.S. (1952). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. İstanbul: Marifet Basımevi.

Öncel, M., Kumrulu, A. ve Çağan, N. (2008). *Vergi Hukuku*. (15. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.

Özay, İ. H. (1994). *Günüşığında Yönetim*. İstanbul: Alfa Yayınları.,

Özbek, M. (2004). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. (1. Baskı), Ankara: Yaklaşım Yayınları.

Özbek, M. (2005). Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” konulu tavsiye kararı. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(2), 71-102. (“Aile Arabuluculuğu”)

Özbek, M. (2005). İdari uyuşmazlıkların çözümünde yargılama dışı usuller (I). *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (56), 90-132. (“Yargılama Dışı Usuller I”)

Özbek, M. (2005). İdari uyuşmazlıkların çözümünde yargılama dışı usuller (II). *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (57), 82-134.

Özbek, M. (2007). Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi önerisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 56(1), 183-231. (“Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”)

Özbek, M. (2007). Avrupa Birliğinde alternatif uyuşmazlık çözümü. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (68), 265-320. (“Avrupa Birliğinde”)

Özbek, M. (2009). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. (3. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Özbek, M. (2010). Anayasal hak ve hürriyetler ile yargılamaya hakim olan ilkeler ışığında arabuluculuk.

Özkan, A. (2016). Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargılama sürecine etkisi ve idari yargı sisteminde işlerliği. *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, CİEP Özel Sayısı, 616-634.

Özkan, G. (2016). Tazminat uyuşmazlıklarının idari yargı öncesi sulh yoluyla çözümü. *International Conference on Eurasian Economies*, 260-267. (“Sulh Yoluyla Çözümü”)

Özmumcu, S. (2013). Arabulucunun rolü kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71(1), 1369 – 1389.

Öztoprak, S. (2019). *İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Parkinson, L. (2017). *Aile Arabuluculuğu*. Adalet Bakanlığı Yayınları.

- Polat, M. (2010). *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Rogers, N.ve McEwen, C. (1989). *Mediation*. The Lawyers Co-operative Publishing Co.
- Sezer, Y. ve Bilgin, H. (2008). Danıştay kararlarında idari başvurular. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(4), 337-366.
- Stitt, A.J. (1998). *Alternative Dispute Resolutions for Organizations*. Toronto.
- Sungurtekin-Özkan, M. (2005). Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi çerçevesinde avukatın uzlaşma sağlama yetkisi. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, (2), 353-369.
- Şahin Ceyhan, Ş. (2013). Uyuşmazlık çözümüne Llewellyn'in gözünden bakmak: hukuk uğraşları kuramı. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan.
- Şıpka, Ş. (2007). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu tasarısının değerlendirilmesi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (12), 163-175.
- Tan, T. (2020). *İdare Hukuku*. (9. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.
- Tanrıver, S. (2006). Hukuk uyuşmazlıkları bağlamında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve özellikle arabuluculuk. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (64), 151-177. ("Özellikle Arabuluculuk")
- Tanrıver, S. (2013). Genel olarak arabuluculuk ve uzlaştırma kavramları ve aralarındaki temel farklılıklar. *Ankara Barosu 5. Sağlık Hukuku Kurultayı Kitapçığı*.
- Tanrıver, S. (2020). *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Taşpolat-Tuğsavul, M. (2012). *Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Trachte-Huber, W. ve Huber, S.K. (1998). *Mediation and Negotiation: Reaching Agreement in Law and Business*. Ohio: Anderson Publishing Co.
- Türk, H. S. (2013). *I. Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumu Kitapçığı*.
- Ulusoy, A. D. (2019). *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Uyumaz, A. ve Erdoğan, K. (2015). Aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1), 119-169.
- Vandenhende, L., Warnez, B. ve Veny, L. (2016). The way to mediation in Belgian Administrative Procedural Law.

Winkle, J.R. (2013). *Rules on Alternative Dispute Resolution Annotated*. Thomson Reuters.

Yayla, Y. (2009). *İdare Hukuku*. Ankara: Beta Yayıncılık.

Yerdelen, E. (2013). Tıp ceza hukukunda uzlaşma. *V. Sağlık Hukuku Kurultayı Kitapçığı*.

Yıldırım, R. (2006). *İdari Başvurular*. (2. Baskı), Konya: Mimoza Yayınları.

Yıldırım, M. K. (2007). İhtilafların mahkeme dışı usullerle çözümlenmesi hakkında. *Yavuz Alangoya İçin Armağan*. (“Mahkeme Dışı”)

Yılmaz, E. (2015). *(Mini) Hukuk Sözlüğü*. (6. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları. (“Sözlük”)

Yılmaz, D. (2012). Türk ve Alman idare hukukunda arabuluculuk ve sulhe ilişkin düzenlemeler. *Terazi Hukuk Dergisi*, (70), 92-100.

sozluk.gov.tr.

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf

<https://www.rebeccaattreemediator.com/category/publications/>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008L0052>

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e1f76

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=95754&pkanunnumarasi=6325>

<http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-hakkinda/anayasal-hak-ve-hurriyetler-ile-yargilamaya-hakim-olan-ilkeler-isiginda-arabuluculuk>

<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf>

<https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatTur=3&MevzuatNo=20123178&MevzuatTertip=5>

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6328&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008L0052>