



**KTO KARATAY ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

TÜRK HUKUKUNDA AİLE ARABULUCULUĞU

Cemre ATÇEKEN

Yüksek Lisans Tezi

KONYA

Mart 2021

TÜRK HUKUKUNDA AİLE ARABULUCULUĞU

CEMRE ATÇEKEN

KTO Karatay Üniversitesi
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tezli Yüksek Lisans Programı

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KIZIR

Konya
Mart 2021

KABUL VE ONAY

Öğrenci Cemre ATÇEKEN tarafından hazırlanan “Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğu” başlıklı bu çalışma, 12 Mart 2021 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans/Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyesi: **Dr. Öğr. Üyesi Banu Bilge SARUHAN** _____
Necmettin Erbakan Üniversitesi

Jüri Üyesi: **Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Mert DOĞU** _____
KTO Karatay Üniversitesi

Tez Danışmanı: **Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KIZIR** _____
Necmettin Erbakan Üniversitesi

Jüri tarafından kabul edilen bu çalışmanın Yüksek Lisans/Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Prof. Dr. Hüseyin Bekir YILDIZ
Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Enstitü tarafından onaylanan Yüksek Lisans/Doktora tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını basılı veya dijital biçimde arşivleme ve aşağıda belirtilen koşullar dahilinde erişime açma iznini KTO Karatay Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle, Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak ve gelecekteki çalışmalar (makale, kitap, lisans, patent vb.) için tezimin tamamının veya bir bölümünün kullanım hakları yalnızca bana ait olacaktır.

Tezimin bütünüyle kendi çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izinle kullanılması zorunlu olan kaynakları, yazılı izin alarak kullandığımı ve istenildiğinde izinlerin suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayımlanan “Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge” kapsamında, tezim, aşağıda belirtilen koşullar haricince, YÖK Ulusal Tez Merkezi ve KTO Karatay Üniversitesi Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

Enstitü / Fakülte Yönetim Kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir.¹

Enstitü / Fakülte Yönetim Kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ... ay **en fazla 6 ay** ertelenmiştir.²

Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir.³⁴

12 Mart 2021

Cemre ATÇEKEN

¹ MADDE 6(1) Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.

² MADDE 6(2) Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.

³ MADDE 7(1) Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.

⁴ MADDE 7(2) Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

ETİK BEYAN

KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tez Hazırlama ve Yazım Kurallarına uygun olarak Dr.Öğr.Üyesi Mahmut KIZIR danışmanlığında tarafımdan üretilen bu tez çalışmasında; sunduğum tüm veri, enformasyon, bilgi ve belgeleri bilimsel etik kuralları çerçevesinde elde ettiğimi, tüm değerlendirme, analiz, bulgu ve sonuçları bilimsel usullere uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım kaynakların tümüne bilimsel normlara uygun biçimde atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

12 Mart 2021

Cemre ATÇEKEN

TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın yürütülmesi sırasında desteğini esirgemeyen sayın danışmanım Dr.Öğr.Üyesi Mahmut Kızır'e, komitemdeki hocalarım Banu Bilge Saruhan ve Hakkı Mert Doğu'ya, yoğun çalışmalarım sırasında bana sabır ve saygı göstererek en büyük desteği veren eşim Mustafa Atçeken ve daha küçük kızım Defneme, sadece mesleki değil hayat üstadım annem Ayşe Özyurt ve babam Halil İbrahim Özyurt'a, aynı mesleği icra ettiğim ve teknik desteğini aldığım kardeşim Kürşat Özyurt'a, enerjisini esirgemeyen motivasyon kaynağı kardeşim Berkhan Özyurt'a, benim için bir kayınvalide ya da kayınpederden çok gerçekten anne baba olan Annem Huriye Atçeken ve eski Köy Hizmetleri Müdürü Babam Lütfi Atçeken'e, Ablam Fatma Atçeken ve canım yeğenim Evren Ceylan'a, arkadaştan ziyade kız kardeşim dediğim Cennet Özen Kula'ya destekleri için çok ama çok teşekkür ederim. Adını saymadığım küçük büyük destek gösteren herkese minnettarım. Enerjisine güvenen biri olarak, gerek avukatlık mesleğini icra ediyormam, gerekse kızımın yeni doğmuş olması dolayısıyla ciddi anlamda zorlandığım bir süreçti. Ancak böyle önemli bir konuda tez yazıyor olmaktan gurur duyuyorum, ufakta olsa bir katkı sağlamış olmayı umut ediyorum.

Mart, 2021

Cemre ATÇEKEN

ÖZET

Cemre ATÇEKEN

Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğu

Yüksek Lisans

Konya, 2021

Uyuşmazlık, insanoğlu var olduğu sürece kaçınılmaz bir durumdur ve bizler toplumsal yaşam içerisinde farklı alanlarda yaşadığımız anlaşamama halinde hukuki çözüm yollarına başvururuz. Yargı organlarının bu görevi üstlenmesinin yanı sıra uyuşmazlıkların çözümü için seçimlik nitelikteki alternatif çözüm yolları da mevcuttur. Her hukuk sistemi içerisinde var olan bu alternatif yöntemler, Türk Hukuk Sistemi içerisinde de mevcut olup, kullanılmasındaki amaç, daha az masraflı, daha kısa ve daha kolay bir yöntem olmasıdır. Müzakere, kısa duruşma, uzlaşma, arabuluculuk vb. sayılabilecek bu yöntemlerle ilgili hukuk sistemimiz içerisinde de olumlu mevzuat değişiklikleri yapılmıştır. Bu değişiklikler doğrultusunda en fazla uygulama alanı bulan yöntem ise arabuluculuktur.

Öncelikle iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, sonrasında ise ticari uyuşmazlıklarda zorunlu hale getirilen bu sistem son olarak tüketici uyuşmazlıklarında da dava şartı olarak kabul edilmiştir. Şimdi de aile hukuku açısından gündeme gelmiştir. Tarafların aralarında yaşamış oldukları uyuşmazlığa ilişkin tarafsız üçüncü bir kişinin müdahalesi doğrultusunda etkin bir çözüme ulaşmayı amaçlayan arabuluculuk sistemi, aile hukuku alanında uygulanması noktasında bir hayli tartışmalara gebe kalmıştır. Tartışmaların sonucunda ne karara varılırsa varılsın, adalet ve Türk halkı için hayırlısı olması esastır. Bu hususta herkes üzerine düşen görevi layıkıyla yerine getirmeli, gereken özeni göstermelidir.

Bu çalışma içerisinde ilk olarak arabuluculuğa dair genel bilgiler verilecek, arabuluculuğun tanımı, kökeni ve tarihsel gelişimi, özellikleri, arabuluculuk süreci ve bu sürece hakim olan ilkeler üzerinde durulacaktır. Sonrasında ise asıl konu başlığımız olan Türk Hukuku'nda aile arabuluculuğu işlenecek, aile uyuşmazlıklarından doğan davaların arabuluculuğa elverişliliği ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Arabuluculuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Aile Arabuluculuğu, Aile Hukukunda Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk

ABSTRACT

Cemre ATEKEN

Meditiation in Family Law

Ph. D. Thesis

Konya, 2021

Disputes are inevitable as long as human beings exist and in case of disputes we experience in different areas of social life, we pursue legal remedies. In addition to the judicial bodies assuming this task, there are also alternative solutions for dispute resolution. These alternative methods which exist in every law system is also available in the Turkish Legal System. The purpose of using these alternative methods is that they are less costly, shorter and easier. Positive legislative changes have also been made in our law system thanks to these methods such as negotiation, short court hearing, conciliation, mediation, etc. The method that is employed mostly among these methods is mediation.

This system which was made compulsory for disputes regarding labor law first and then for commercial disputes was finally accepted as a cause of action in consumer disputes. It has now come to the fore in terms of family law. The mediation system aims to reach an effective solution regarding the dispute between the parties with the intervention of an impartial third person and its application in law of domestic relations has run into fierce controversy. Whatever decision is reached as a result of the discussions, it is essential that it is beneficial for justice and The Turkish people. In this regard, everyone should fulfill their duty properly and exercise due diligence.

In this study first of all general information on mediation will be given, the definition, origin and historical development of mediation, its features, the mediation process and the principles governing this process will be elaborated. Afterwards family mediation in Turkish Law will be discussed, which is our main subject and then the eligibility of cases arising from family disputes will be discussed.

Keywords

Alternative Dispute Resolution, Mediation, Law of Mediation in Legal Disputes, Family Mediation, Mediation Law in Disputes Arising From Family Law

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
BİLDİRİM	ii
ETİK BEYAN.....	iii
TEŞEKKÜR.....	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	ix
1. GİRİŞ	1
2. ARABULUCULUK KAVRAMI, ARABULUCULUĞUN KÖKENİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ, DİĞER DÜNYA ÜLKELERİNDE ARABULUCULUK İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER, UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN DİĞER ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI, ARABULUCULUK FAALİYETİNE HAKİM OLAN İLKELER, ARABULUCULUK SÜRECİ	4
2.1. Arabuluculuk Kavramı.....	4
2.1.1. Arabuluculuk Tanımı	4
2.1.2. Arabuluculuk Yönteminin Özellikleri.....	6
2.1.3. Arabuluculuk Çeşitleri	8
2.2. Arabuluculuğun Kökeni Ve Tarihsel Gelişimi	15
2.3. Diğer Dünya Ülkelerinde Arabuluculuk İle İlgili Düzenlemeler.....	19
2.3.1. Amerika birleşik devletleri.....	19
2.3.2. Almanya	21
2.3.3. Avusturya	22
2.3.4. İngiltere	22
2.3.5. Japonya.....	23
2.4. Uyuşmazlıklara İlişkin Diğer Alternatif Çözüm Yolları.....	24
2.4.1. Müzakere.....	26
2.4.2. Vakıaların Saptanması Yöntemi	27
2.4.3. Tarafsız Ön Değerlendirme.....	28
2.4.4. Kısa Duruşma.....	28
2.4.5. Uzlaşma.....	29
2.4.6. Tahkim	30
2.5. Arabuluculuk Faliyetine Hakim Olan İlkeler.....	31
2.5.1. İradeye Bağlı Olma	32

2.5.2. Tarafsızlık ve eşitlik.....	34
2.5.3. Gizlilik	36
2.6. Arabuluculuk Süreci.....	37
2.6.1. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması	37
2.6.2. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi	39
2.6.3. Arabuluculuk Süreci Sonrası Başvurulabilecek Kanun Yolları.....	40
2.6.4. Arabuluculuk Sözleşmesi.....	41
3. AİLE KAVRAMI, EVLİLİK KAVRAMI, AİLE HUKUKU	43
3.1. Aile Kavramı.....	44
3.1.1. Ailenin Korunmasının Önemi	45
3.1.2. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülükler	47
3.1.3. Aile Hukukunun Temel İlkeleri	50
3.2. Evlilik Kavramı.....	54
3.2.1. Evlenmenin Şartları ve Hukuki Niteliği.....	56
3.2.2. Evliliği Sona Erdiren Sebepler.....	60
4. AİLE HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ.....	70
4.1. Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği	70
4.2. Şiddet İddiasını İçeren Aile Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği.....	75
4.3. Aile Arabuluculuğu.....	77
4.3.1. Aile Arabuluculuğu Tanımı	79
4.3.2. Aile Arabuluculuğunun Amaçları	81
4.3.3. Aile Arabuluculuğunun Temel İlkeleri	83
4.4. Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği.....	84
4.4.1. Nişanın Sona Ermesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk	84
4.4.2. Evliliğin Sona Ermesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk.....	93
5. SONUÇ	132
KAYNAKLAR	137
ÖZGEÇMİŞ	145

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m	: Adı geçen makale
a.g.r.	: Adı geçen rapor
a.g.y.l.t.	: Adı geçen yüksek lisans tezi
AB.	: Avrupa Birliği
ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AD.	: Adalet Dergisi
ADB.	: Arabuluculuk Daire Başkanlığı
ADR	: Alternative Dispute Resolution
ASBÜHFD.	: Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: bent
bkz.	: Bakınız
bs.	: Basım
C.	: Cilt numarası
CEDAW	: Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türölü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnotu
E.	: Esas numarası
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK.	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK.	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK.	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar numarası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde numarası
MİHDER.	: Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi

RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
SIDA.	: Arabuluculuk Kanunu Avrupa Konseyi İsveç
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
syf.	: sayfa
T.	: Tarihli
TAA	: Türkiye Adalet Akademisi
TAB	: Türkiye Arabulucular Birliği
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TDK	: Türk Dil Kurumu
TESK	: Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TNB	: Türkiye Noterler Birliği
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TÜBİTAK	: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu
TÜSSİDE	: Türkiye Sanayi Sevk ve İdare Enstitüsü Uluslararası Kalkınma İşbirliği Ajansı
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
YÖK	: Yükseköğretim Kurulu
Yön.	: Yönetmelik

1. GİRİŞ

Konunun Takdimi

İnsanoğlu tek başına yaşayabilen bir varlık değildir ve toplum içerisinde birlikte yaşam sürdürür. Bu birliktelikler zaman zaman taraflar arasında uyuşmazlıklara neden olur. Günlük hayatta her alanda doğabilecek bu uyuşmazlıkların çözümü için ise hukuk sistemi var olmuştur. Hukuk sisteminin etkin olduğu dünya devletlerinde yasama, yürütme ve yargı organları oluşturulmuş, uyuşmazlıkların çözümü için hukuk devletinin üç erkenden biri olan yargı organı görevlendirilmiştir. Ancak her zaman her problem için yargı organlarına başvurmak gerek zaman gerek maddi ekonomi açısından sağlıklı bir işleyiş değildir. Bu sebeple alternatif çözüm yolları öngörülmüştür.

Dünya ülkelerinde yaygın şekilde kullanılan ve Avrupa Birliği' ne bağlı ülke ve aday ülkelere tavsiye niteliğinde olan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, Türk Hukuk Sistemi içerisinde de aktif şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Bu çözüm yolları müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların saptanması, kısa duruşma, tahkim ve en sık kullanılan yöntem olarak arabuluculuktur. Fakat bunlar sınırlı şekilde sayılmış değildir, örnekleri çoğaltılabilir⁵.

Türkiye'de 07.06.2012 tarihinde kabul edilen "6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu" çerçevesinde, tarafsız üçüncü bir kişinin uyuşmazlığı çözmek amacıyla müdahale ettiği arabuluculuk sistemi ülkemizde de geçerlilik kazanmıştır. İlk olarak iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, sonrasında ticari uyuşmazlıklarda ve tüketici uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulan arabuluculuk sisteminin, Türk Adalet Bakanlığı tarafından yapılan çalışmalar doğrultusunda aile hukukunda da uygulanması öngörülmüştür. Henüz yasa tasarısı halinde olsa da her gün bu konuda önemli adımlar atılmakta, ciddi çalışmalar yapılmaktadır.

Arabuluculuğun aile hukukunda uygulanması düşüncesi doğru mudur? Belki de en çok tartışma bu konuda yaşanmaktadır. İş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukukunda daha cesur davranılmasına karşın aile hukukunda çekimser yaklaşılmaktadır. Elbette ki

⁵ UYUMAZ, Alper/ ERDOĞAN, Kemal, (Şubat 2016), *Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, DEÜHFD. , syf.119-169, C.17, S.1 , syf.119.

bunun sebebi, ailenin önemli bir kavram olması ve toplumun çekirdeğini oluşturmasından kaynaklanır. Önemi gereği ciddi bir hassasiyet ve önemli bir çalışma isteyen aile hukukunda arabuluculuk, Avrupa Konseyi destekli bir proje olup, uygulanması halinde hukukçu arabulucuların yanı sıra alanında uzman psikolog ve sosyologların da istihdam edilmesi ile gerçekleştirilmesi planlanmaktadır. Aile hukukuna ilişkin, boşanma, velayet, tazminat, nafaka, mal paylaşımı, çocukla kişisel ilişki kurulması gibi alanlarda ara bulunması hedeflenirken, aile içi şiddet içeren boşanmaların kapsam dışı bırakılması düşünülmektedir. İsbetli bir karar olup aksi halde daha büyük kaos ortamı doğabilir.

Birlikte yaşamının teminatı olan yargı, her geçen gün yükü artan bir kurum haline gelmekte, iş yükünün artması dolayısıyla uyuşmazlıkların çözümü için yapılan başvuruların çözüm süreçleri uzamaktadır. Keza bu sürecin uzamasının taraflar açısından olumsuzluklarının en sık yaşanacağı alan, aile hukukudur. İşte bu noktada da yargı tıkanıklığını gidermek adına yenilikler yapmak isabetli bir karar olup, aile hukukunda arabuluculuk sisteminin de doğru uygulandığı takdirde yepyeni bir soluk getirmesi hedeflenmektedir.

Konunun Önemi

Toplum içerisinde yaşanan uyuşmazlıkların çözümü için yerel mahkemelere başvuru, oldukça uzun soluklu bir süreçtir. Yargılama aşamasının bu denli uzun olması hem maddi hem de manevi açıdan yıpratıcı olduğu gibi sonucunda sağlıklı bir barış ortamı da her zaman sağlanamamaktadır. Bu durum ülkeleri yargı noktasında alternatif çözüm yolları bulmaya itmiştir. Bu çözüm yolları içerisinde en çok kabul gören arabuluculuk, ülkemizde 07.06.2012 tarihinde yürürlüğe giren “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” ile kabul edilmiş, 26.01.2013 tarihli “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği” ile de kanuni bir destek kazanmıştır. Arabuluculuk yöntemi ile getirilen bu yeniliklerin asıl amacı yargı organını saf dışı bırakmak değildir. Tam aksine yargı yükünün azalması ve hak arama yolunun hızlanmasına hizmet eden bir sistemdir. Ayrıca dostane bir çözüm şekli olmasından kaynaklı daha olumlu sonuç elde edilmesi mümkündür. Çoğu zaman sürecin uzun ve yorucu olması, masraflı olması uyuşmazlığa konu taraflar üzerinde gerginlik yaratırken, barışçıl bir yol ile mahkemeye

taşınmadan sonuç alınması mantıklıdır⁶. İşte tüm bu yararları göz önüne alındığında arabuluculuk ideal bir çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkar. Burada önemli olan sistemin sağlıklı işlemesi, bunun için tarafsız 3. kişi konumundaki arabulucuların üzerine düşeni layıkıyla yapmalarındır. Bu anlamda da gerekli eğitimler alınmalı, alanında uzman kişiler sürece dahil olmalıdır.

Arabuluculuk sistemi gerek dünya ülkelerinde, gerekse ülkemizde her geçen gün gelişmekte ve bu alanda çalışmalar yapılmaktadır. Ancak konu başlığımız olan aile hukukunda arabuluculuk noktasında henüz hukuk sistemimiz içerisinde temel bir çalışma yapılmamıştır. 2012 yılında yürürlüğe giren “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” (HUAK), ihtiyari ve zorunlu olmak üzere iki tür arabuluculuk çeşidini kabul etmekte, bu arabuluculuk çeşitlerine ilişkin düzenlemeler içermektedir. İhtiyari ya da zorunlu ayrımı yapmaksızın hangi uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğuna dair genel bilgiler içeren HUAK, uyuşmazlık türlerini tahdidi olarak saymaksızın, arabuluculuk için elverişli olan uyuşmazlıkların tespitinde kabul edilen ölçütleri ifade etmektedir. Bu nedenle arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar doktrinde tartışmalara sebebiyet vermektedir. Arabuluculuğa elverişliliği tartışma konusu olan uyuşmazlıklardan birisi de aile hukukundan doğan uyuşmazlıklardır⁷. Aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk yönteminin uygulanmasına karar verilerek, işlemeye başlaması halinde sağlıklı bir sistematik için bu alanda ayrı bir kanun çalışması yapılması gerekmektedir. Bu sistematik için de aile hukukuna ve arabuluculuğa ilişkin iç mevzuatımız incelenmeli, diğer ülkelerdeki sistemler dikkate alınarak, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Aile Arabuluculuğu Hakkındaki Tavsiye Kararı” ışığında çalışmalar gerçekleştirilmelidir⁸. Uyuşmazlıkları büyültmeden, kalıcı nitelikte ve toplumsal barışı sağlamayı hedefleyen arabuluculuk sistemi, tüm esaslarıyla en doğru şekilde topluma tanıtılmalı, bu hususta gerekli güven sağlanmalıdır.

⁶ ROBERTS, Marian, (2014), *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, Farnham, syf.2.

⁷ DAĞLIOĞLU, Duygu, (2020), *Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, ASBÜHFD2., S.2, syf.551-587, Ankara, syf.551-552.

⁸ ŞİMŞEK, Erdem, (2018), *Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu İle İlgili Değerlendirme*, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, syf.57-79, Ankara, syf.58.

2. ARABULUCULUK KAVRAMI, ARABULUCULUĞUN KÖKENİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ, DİĞER DÜNYA ÜLKELERİNDE ARABULUCULUK İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER, UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN DİĞER ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI, ARABULUCULUK FAALİYETİNE HAKİM OLAN İLKELER, ARABULUCULUK SÜRECİ

2.1. Arabuluculuk Kavramı

Dünya üzerinde birlikte yaşıyor olmanın gereklerinden biri de uyuşmazlıklar ve çıkar çatışmalarıdır. Bir arada yaşayan insanoğlunun her an her konuda anlaşması mümkün değildir. Yaşanan taraf uyuşmazlıkları günlük özel yaşamımızda ya da iş hayatında karşımıza çıkabilir. İşte bu noktada çözüme ulaşmak bazen tarafların kendilerini aşmakta, yargıyı devreye sokmaktadır. Ancak yargı, herkese her zaman vaktinde yetişemeyecek kadar meşgul bir birimdir. Bu meşgulliyeti azaltarak, tarafların ortak yol bulmaları için geliştirilen yöntemlerden biri arabuluculuktur ve temelinde toplum barışını sağlamak anlayışı yer alır.

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde yer alan, bu uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin tüm nitelikleri bünyesinde barındıran, geçmiş insanlık tarihi kadar çok eskilere dayanmakla birlikte hukuki temelleri taze atılmış, devlet yargısına yardımcı olması amacı ile geliştirilmiş bir çözüm yöntemidir. Terim olarak Latince ortayı bulmak ya da yarıya bölmek anlamındaki “mediare” sözcüğünden türeyen Arabuluculuk (Mediation)⁹, kelime anlamından da anlaşılacağı üzere arabulmayı hedef alan bir yöntemdir. Taraflar arasında doğru iletişim kurmayı sağlayarak, iletişimsizlikten doğan sorunları çözmeye yardımcı olur¹⁰.

2.1.1. Arabuluculuk Tanımı

Arabuluculuk üzerine farklı farklı birçok tanım yapılmışsa da yapılan tanımlardan çıkan her payda ortaktır. 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu 2.maddesinde yapılan tanıma göre “arbuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak

⁹ Batı toplumlarında, uyuşmazlık çözüm yöntemleri için uygulanan bir prosedür olarak kabul edilirken, Arapçada kendi isteği doğrultusunda yönlendirme yapmak, Çince de ise, uyuşmazlığın çözümü için girişimde bulunmak ve sorunları çözümlenmek olarak kabul edilmiştir. Bkz. ÖZMUMCU, Seda, (2012) *Uzakdoğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, 2.Basım, İstanbul, (ÖZMUMCU, Uzakdoğu’da Arabuluculuk), syf.273.

¹⁰ ÖZBEK, Mustafa Serdar, (2013) *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 3.Basım, C.1, Ankara, (ÖZBEK, Alternatif Çözüm). syf.238.

amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.”(HUAK. m.2)

Amerikan Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Danışma Kurulu'nun tanımına göre; “arabuluculuk, uyuşmazlık içindeki tarafların, uyuşmazlığın içeriğine veya çözüme ilişkin belirleyicisi olmayan, fakat sürece ilişkin olarak tavsiye veya karar verme yetkisi bulunan bir uyuşmazlık çözümü uygulayıcısı yardımı ile uyuşmazlık konularının belirlenmesi, çözüm önerilerinin getirilmesi, alternatiflerin değerlendirilerek bir anlaşmaya varılması çabası içeren bir süreçtir¹¹.”

Bazı yazarlar ise¹² genel anlamda arabuluculuğu, uyuşmazlığa konu tarafları bir araya getirerek, doğru iletişim yöntemleriyle bu yöntemleri uygulayacak tarafsız 3. bir kişinin varlığı aracılığıyla söz konusu uyuşmazlığı çözüme ulaştırmayı hedefleyen iradi bir yöntem olarak tanımlamaktadır. Yani bu sistem içerisinde uyuşmazlık tarafsız ve bağımsız 3. bir kişi aracılığıyla, dostane bir yöntem ile çözümlenir.

Arabuluculuk yöntemi, sadece hukuki ilişkilerin çözüme kavuşturulması değil, uluslararası ilişkilerin düzenlenmesi noktasında da aktif kullanılan bir yöntemdir. Yöntem içerisinde arabulucu konumundaki taraf, uyuşmazlık hakkında bir karar verme yetkisine sahip olmayıp, dava yoluna gitmeden uyuşmazlığa konu tarafları anlaşdırmayı sağlayan yani orta yolu bulan kişi konumundadır. Kararı verecek olan taraflardır. Arabulucu, bulmuş olduğu çözüm yöntemini taraflara zorla kabul ettiremez. Çünkü

¹¹ KEKEÇ, Elif Kısmet, (2011), *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlıkların Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara, syf.23.

¹² PAYNE, Julien David, (Ocak 1984), *The Mediation of Family Disputes*, syf.84. bkz. www.researchgate.net/publication/308891700_The_Mediation_of_Family_Disputes; ROBERTS, Marien, (Şubat 2020), *Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulama Esasları*, Ankara, 4.Basımdan Çeviri , , syf.9. Diğer tanımlar için bkz. KAPLAN GÜLER, (2014), Beyhan, *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, İstanbul, syf.29; TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis, (2012), *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, syf.26; TANRIVER, Süha, (2006), *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara, , (TANRIVER, Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış) syf.827; ŞAHİN, Hüseyin Güngör, (2008), *Arabuluculuk*, Ankara, syf.44 vd., SABUNCUOĞLU, Zeyyad Ziya, (2016), *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Bursa, syf.21.

sistem içerisindeki konumu hakim ya da hakem değil, tarafların aralarında anlaşmalarına yardımcı olan kişidir¹³.

Hukuki niteliği itibarıyla arabuluculuk, devlete ait yargı organları ile yarışan, mahkemeler yerine geçen bir sistem değildir. Daha çok bu yargısal yolların yanında var olan alternatif nitelikteki bir yöntemdir. HUAK içerisinde de sınırları çizildiği gibi, kamu düzeninden olmayan ancak ve ancak özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanabilecek bir çözüm yöntemidir¹⁴.

2.1.2. Arabuluculuk Yönteminin Özellikleri

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde arabuluculuk yönteminin tercih edilmesinin birtakım sebepleri vardır. Diğer yöntemler ile kıyaslama yapılacak olursa artılarının çok daha fazla olduğu görülür. Bu artılar arabuluculuk sisteminin özelliklerinden kaynaklanır¹⁵.

Her şeyden önce bu sistem ile hedeflenen, sosyal barış ortamının sağlanmasıdır. Sosyal barış, tek bir topluluğun değil tüm toplumun huzur ortamından doğar. Küçük büyük, zayıf güçlü ayırmaksızın herkese eşit davranıldığı takdirde barış ortamı oluşur. Arabuluculuk kurumu da tam olarak bunu hedefler ve sosyal barışın sağlanması amacıyla, yasal zemin çerçevesinde hareket eder¹⁶. Bu sosyal barış ortamının sağlanması noktasında da sadece taraflar arası hukuki ilişkiler değil uluslararası ilişkiler de arabuluculuk faaliyetinin konusu dahilindedir. Özellikle son yıllarda uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için tercih edilen bir yöntem olmaktadır¹⁷.

Daha önce de belirttiğimiz gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, adından da anlaşılacağı üzere alternatif nitelikte olup tamamen gönüllük esasına dayanmaktadır. Yargı organının yerine geçen bir sistem olmayıp aksine mahkemelere yardımcı bir

¹³ ROBERTS, syf.12, (çeviri); PAYNE, syf. 85; BERCOVİTCH, Jacob, (1991), *International Mediation*, syf.3-6, Chicago, syf.3.

¹⁴ TANRIVER, Süha, (2006), *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuğu*, TBB Dergisi, S.64, Ankara, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuğu), syf.151.

¹⁵ TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuğu), syf.151.

¹⁶ ÖZBEK, Mustafa Serdar, *Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargulamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk*, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IX, Arabuluculuk, Ankara, 2010, Bildiri Metni, s.107-154, Ankara, 2012, (ÖZBEK, Arabuluculuk) syf.110.

¹⁷ BERCOVİTCH, syf.3; ROBERTS, syf.12, (çeviri); PAYNE, syf. 85.

yöntemdir. Taraflar bu yöntemde başvurmakta özgürdürler. Aralarında anlaşamayacaklarını anladıkları noktada tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişinin yardımı ile ortak noktayı bulmaya çalışırlar. Bu çabanın olumlu bir sonuç vermemesi halinde ise yargıya başvuru hakkı ortadan kalkmaz¹⁸.

Tarafların karşılıklı iletişim halinde olmalarının esas olduğu bu yöntem sayesinde, taraflar kendi isteklerini en doğru şekilde ifade edebilirler ve bu sayede karşılıklı menfaatler dengesi kurularak her iki tarafın da kazanç sağladığı bir sonuç ortaya çıkar. Kazan-kazan ilkesinin hakim olduğu bu yöntem sayesinde, geçmiş değil gelecek baz alınır ve en doğru sonucun yani her iki tarafın da çıkarlarının gözetildiği bir sonucun elde edilmesi için emek harcanır¹⁹.

Bu yöntemin diğer bir özelliği de sürecin tamamen gizlilik esasına dayanıyor olmasıdır. Şöyle ki, aralarında uyuşmazlık bulunan her iki taraf da, bağımsız ve tarafsız üçüncü kişi konumundaki arabulucu da bu ilkeyi çiğneyemez. Aksi kararlaştırılmadıkça süreç dahilindeki hiçbir bilgi ve belge karşı taraf ya da başka bir üçüncü kişi ile paylaşılmaz. Yine bu arabuluculuk sürecinde toplanan veriler mahkemede delil olarak kullanılamaz. Bu da tarafların yöntemde olan güvenini artırır ve taraflar arasında yıpranma payını da en aza indirgeyerek aradaki ilişkinin tahribini önler²⁰.

Arabuluculuk yönteminin diğer bir önemli özelliği de, yöntem içerisinde taraflar arası yaşanan uyuşmazlıkların çözümü için atanan arabulucuların alanında uzman, deneyimli ve iletişim konusunda yetenekli bireyler olmasıdır. Her ne kadar arabulucuların kamu görevlisi olup olmadığına dair doktrinde tartışmalar²¹ olsa da sınavla mesleğe kabul ediliyor olmaları ve uzman kişiler olması esastır. Arabuluculuk faaliyetinin en sağlıklı işleyişi için doğru iletişim ve tarafların birbirlerini doğru anlayabilmeleri önemlidir. Burada görev, arabulucuya düşer. Tamamen tarafsız ve de bağımsız konumdaki üçüncü

¹⁸ TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk) syf.158; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.28; ÖZBEK, (ÖZBEK, Arabuluculuk), syf.117.

¹⁹ TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk), syf.158.

²⁰ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Eylül, 2017, syf.29 [https://www.arabuluculukmerkezi.com /yayinlar/kitapcik/temel-arabuluculuk-egitimi-katilimci-kitabi/](https://www.arabuluculukmerkezi.com/yayinlar/kitapcik/temel-arabuluculuk-egitimi-katilimci-kitabi/); TANRIVER, (TANRIVER Özellikle Arabuluculuk), syf.158; ATIŞ, İrfan, *Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi* Sakarya İktisat Dergisi, C.8, S.1, syf.74-84, Sakarya, 2019, syf.79.

²¹ Bkz. EROL, Muammer, (2018), *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, Ankara, syf.139.

kişi arabulucu, sorular sormak yöntemiyle tarafların sorunlarını ve isteklerini anlamaya odaklanmalıdır²².

2.1.3. Arabuluculuk Çeşitleri

Arabuluculuk faaliyetinin değişik yönlerden sınıflandırılması yapılabilir. Bu sınıflandırma yapılırken esas alınması gereken kriterler, arabuluculuk faaliyetinin gelişim süreçleri, başvurunun taraf iradelerine bırakılıp bırakılmaması, uygulanacak kanun hükümleri ve faaliyet türlerinin farklılıklarıdır. Gelişim süreçleri göz önüne alındığında arabuluculuk; geleneksel arabuluculuk, modern arabuluculuk ve yargısal arabuluculuk olarak üçe ayrılır. Bu ayrımın esas alınması gereken arabuluculuk faaliyetinin uygulama alanı olan toplumun geleneksel altyapısıdır. Bu tarz bir çözüme uygun mudur? Sosyal yapı kontrolü değerlendirildiğinde herhangi bir aykırılık var mıdır? Karar alınırken neler göz önüne alınmalı ve bu kararlar kimin ya da neyin ışığında alınmalıdır? Tüm bu soruların farklı farklı cevapları arabuluculuk yönteminin gelişim süreçleri noktasında ayrışmasına neden olur²³.

Yaşanan uyuşmazlık sonrasında tarafların arabuluculuk yöntemine başvurmalarının kendi iradelerine bırakılıp bırakılmaması ise ihtiyari ve zorunlu arabuluculuk türlerini ortaya çıkartır²⁴. Keza HUAK bu iki tür arabuluculuk çeşidini kabul etmiş olup, ihtiyari ve zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlemeleri hüküm altına almıştır²⁵.

Uygulanacak kanun hükümleri nazara alındığında ise arabuluculuk, adi ve nitelikli olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Faaliyet esaslarına göre tasnif edildiğinde de kolaylaştırıcı, değerlendirici ve dönüştürücü arabuluculuk çeşitleri karşımıza çıkar²⁶.

2.1.3.1. Geleneksel-modern-yargısal arabuluculuk

Geleneksel arabuluculuk yönteminde, arabulucu uyuşmazlığa konu taraflara öyle bir öneride bulunmalıdır ki getirilen çözüm önerisi o toplumun görüşlerine uygun bir çözüm şekli olsun. Burada en önemli unsur toplumsal etik kurallarıdır. Arabulucu

²² TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.26; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, syf.29.

²³ EROL, syf.22; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, syf.35.

²⁴ EROL, syf.22 vd.; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, syf.35.

²⁵ DAĞLIOĞLU, syf.551.

²⁶ EROL, syf.22; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, syf.35.

bağlayıcı nitelikte olmayan bir çözüm önerisi sunar ve karar vermek taraflara bırakılır. Tarafların önemseydiği ise kazanmak ya da kaybetmek olgusudur. Arabuluculuk faaliyetinin sonunda kararın uygulanabilirliği ve toplum tarafından kabulü, arabulucu konumundaki kişinin beceresi, yeteneği ve itibarı ile ilişkilidir. Arabulucu kendisini ne kadar ispat etmiş ise güven de buna bağlı olarak artar²⁷.

Modern arabuluculuk yönteminde ise, taraflar kendi çözüm önerilerini kendileri üretir ve fikir olarak sunarlar. Ortak noktada buluşmaları esas olup bu görev arabulucuya düşmektedir. Arabulucunun bir kamu görevlisi sıfatı olmayıp arabulucu, tarafların ortak menfaatleri doğrultusunda ve de uzmanlığı gereği sürece dahil olur. Çözüm önerisinde bulunamaz. Ancak buradaki en önemli görevi, taraflar arasında sağlıklı iletişim sürecini yürütmektir. Esas olan taraf menfaatleridir ve her iki tarafın da istekleri gözetilmelidir. Yani kazan-kazan ilkesi hakimdir. Burada kararların uygulanabilirliği, her iki taraf için de ortak noktanın bulunduğu olan inanç ve diğer yargısal aşamanın hem maddi hem de manevi yönden yorucu olması, mahkeme sürecinin masraflı olması ile orantılıdır ki bu yüzden arabuluculuk tercih sebebidir²⁸.

Yargısal arabuluculuk türünde üçüncü kişi kamu görevlisi sıfatına haizdir ve sürecin işleyişi yargısal niteliktedir. Burada hakim taraflar için bir çözüm önerisi sunar ve öneri hükme esas olabilecek bir öneridir. Bu yöntemde her iki tarafın da kazanması söz konusu olmaz. Bir taraf kazanırken diğeri kaybeder. Alınacak kararın uygulanabilir olması, dava sürecinin taraflarca uzatılmasının maliyetli olması ve hakimin işinde etkin olup, vermiş olduğu önerinin arkasında durabilmesi vb. durumlar ile orantılıdır²⁹.

2.1.3.2. İhtiyari-zorunlu arabuluculuk

Uyuşmazlığa konu tarafların arabuluculuk yöntemine başvurularında serbest olup olmamalarına göre yapılan ayırmadır. İrade serbestiliği ilkesinden yola çıkılarak, tarafların dava açmadan önce herhangi bir zorunlulukları da olmamasına rağmen arabulucuya başvurmaları, ihtiyari arabuluculuk yöntemidir. Uyuşmazlığa konu taraflar aralarında serbestçe tasarruf edebilecekleri her türlü özel ilişkileri ile ilgili arabulucuya

²⁷ EROL, syf.22.

²⁸ ÖZBEK, (ÖZBEK, Alternatif Çözüm), syf.631-661.

²⁹ EROL, syf.22.

başvurabilirler. Nitekim arabuluculuk yönteminin gönüllülük esasına dayandığı gerçeğini düşünecek olursak, bu yönteme başvurup başvurmama konusunda tarafları özgür kılmak, irade serbestiliği ve seçme özgürlüğü prensibi ile de uygunluk gösterir³⁰. HUAK içerisinde yapılan düzenlemeye bakıldığında uyuşmazlığa konu taraflar arabuluculuk sürecini başlatma, süreci devam ettirme ve süreci sonlandırma konusunda tamamen serbest bırakılmışlardır.(HUAK m.3) Yani arabuluculuk, tarafların iradesine bağlı işleyen bir kurumdur³¹.

Zorunlu arabuluculuk yani dava şartı arabuluculuk, 07.06.2012 tarihli HUAK m.18/a ve 02.06.2018 tarihinde kabul edilen HUAK Yönetmeliğinin ‘‘Dava Şartı Olan Arabuluculuk’’ başlıklı ikinci bölümü içerisinde madde 22-28 arasında düzenlenmiştir. Zorunlu arabuluculuk yönteminde taraflar dava yoluna gitmeden önce bu yönteme başvurmak zorundadırlar. Başvuru taraf iradelerine bırakılmayıp, dava şartı haline getirilmiştir. Bu dava şartının yerine getirilmemesi halinde dava şartı yokluğu sebebiyle davanın reddi gerekir. Her ne kadar arabuluculuk yöntemi gönüllülük esaslı bir yöntem olsa da mevzuat içerisinde yapılan değişiklikler ile bu yönteme başvuru zorunlu hale getirilmiştir. Burada gerek tarafların hukuki menfaati gözetilmekte, gerekse yargının iş yükünün azaltılması hedeflenmektedir. Zorunlu hale getirilmesi ile benimsetilmek istenmesi aynı amaca hizmet etmektedir. Türk Hukuk Mevzuatı içerisinde öncelikle iş hukukunun belli alanları daha sonrasında da ticari uyuşmazlıklara ve tüketici uyuşmazlıklarına ilişkin belli konularda arabulucuya başvuru zorunlu hale getirilmiştir. Son dönemde mevcut çalışmalar da aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda bu düzenlemenin getirilmesini öngörmektedir³².

Mevcut sistemimizde nasıl ki aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar için arabuluculuğun elverişliliği tartışmalı ise arabulucuya başvurulması kabul edildiği takdirde bu başvurunun ihtiyari ya da zorunlu olması hususu da tartışmalıdır. Ancak bu durum için bir genelleme yapılması doğru olmayıp, her bir uyuşmazlık için somut olayın özelliklerine göre ayırım yapılması gerektiği gerçeği yadsınamaz. ‘‘Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R (98) 1 Sayılı

³⁰ ÖZMUMCU, Seda, (2016), *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sürecine Genel Bir Bakış*, İstanbul, (ÖZMUMCU, Karşılaştırmalı Hukuk), syf.839.

³¹ TANRIVER, Süha, (2019) *Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler*, Ankara, (TANRIVER, Bazı Düşünceler), syf.112.

³² ÖZMUMCU, (ÖZMUMCU, Karşılaştırmalı Hukuk), syf.829 vd.

Tavsiye Kararı'nda", arabuluculuk yönteminin zorunlu olmaması gerektiğini kabul edilmiştir³³. İstanbul Sözleşmesi madde 48 içerisinde de bu durum ifade edilmektedir³⁴. Ancak zaten İstanbul Sözleşmesi, aile içi şiddete ilişkin bir anlaşma olup, zaten aile içi şiddetin varlığı halinde zorunlu arabuluculuk hatta arabuluculuk uygulama alanı bulamaz, bulamamalıdır. Keza şiddetin varlığı halinde sağlıklı bir iradede söz edilemez.

Aile içerisinde yaşanan uyuşmazlıkların temelinde yatan sebep iletişimsizlik olup, yaşanan olumsuzluklar da bu sorundan kaynaklanmaktadır. Öyle ki taraflar yaşadıkları bu olumsuzlukların varlığı yanı sıra bir de yargıya intikal eden ayrılık sürecinde daha da yıpranmaktadır. Sadece uyuşmazlığın tarafları olan bireyler değil müşterek çocuklar da bu süreçten negatif yönde etkilenmektedir³⁵. Eğer ki arabuluculuk gerçekten de uygulanabilir durumlar için zorunlu hale getirilir ve bu süreç arabulucu tarafından sağlıklı yönetilirse, bu durum hem tarafları bireysel faydasına hem de kamu düzeninin sağlanmasına faydalı olacak, hem de yargının yükünü ciddi oranda azaltacaktır³⁶. Fakat dava şartı arabuluculuk yani zorunlu arabuluculuk, mevcut yasal düzenleme olan "6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu" kapsamına giren konularda mümkün olup, kanun kapsamında değerlendirilemeyen, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri ve kamu düzeninden kaynaklanan konularda zaten mümkün değildir. Bu durumda aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk çözüm yönteminin uygulanması için yeni bir yasal düzenleme yapılması şarttır.

³³ Council Of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R (98) 1 on Family Mediation. Strasbourg:1998.<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?docum entId=09000016804ecb6e>.

³⁴ İstanbul Sözleşmesi 48.madde; "Zorunlu anlaşmazlık giderme alternatif süreçlerinin veya hüküm vermenin yasaklanması" "1. Taraflar bu Sözleşme kapsamında yer alan her türlü şiddet olayıyla ilgili olarak, arabuluculuk ve uzlaşma da dahil olmak üzere, zorunlu anlaşmazlık giderme alternatif süreçlerinin yasaklamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır." Bkz. Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi, No.210, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, (2011) İstanbul, , syf.17 ([https:// rm.coe.int](https://rm.coe.int)).

³⁵ DAĞLIOĞLU, syf.578.

³⁶ DAĞLIOĞLU, syf.578; AKKAYA, Tolga, (2014), *Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci Aile Danışmanlığı*. , syf.23-61, Ankara Barosu Dergisi, C.4, Ankara, syf.29; Aksi yönde bkz. ÖZBEK, Mustafa Serdar, (2005), *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı* DEÜHFD C.7, S.2, syf.71-102, (ÖZBEK, Tavsiye Kararı); Amerika Birleşik Devletleri'nde aile arabuluculuğu yönteminin popüler hale gelmesiyle aile içi yaşanan şiddetin artmasının paralellik gösterdiği tespit edilmiştir. Yapılan araştırmalar sonucu, kadınların evliliği bitirmek istemesi üzerine daha fazla şiddet olayına maruz kaldığı, bu sebeple de arabuluculuk çözüm yöntemi ile aile içi şiddetin tehlike bir yakınlık gösterdiği konusunda bkz WHEELER, Laurel,(2002), *(Mandatory Family Mediation and Domestic Violence*. Southern Illinois University Law Journal C.26, S.3, syf.559-574, California, syf.561.

2.1.3.3. Adi-nitelikli arabuluculuk

Uygulanacak kanun hükümlerine göre yapılan ikili ayırım; adi arabuluculuk, nitelikli arabuluculuk ayırımıdır. Adi arabuluculuk yönteminde herhangi bir kanun maddesine bağlı kalmaksızın hareket edilir. Burada taraflar diledikleri kişiyi arabulucu olarak görevlendirmekte serbesttirler. Tarafların anlaşmaları halinde imzalanacak sulh anlaşmasına uyulmaması durumunda başlatılacak icra işlemleri ise genel icra hükümlerine göre yapılır³⁷.

Nitelikli arabuluculuk yönteminde ise kanunlar çerçevesinde hareket edilir. Yasal düzenlemelere göre seçilen arabulucular, kendilerine özel tutulan sicile kaydedilerek, bu kayıt dahilinde göreve atanırlar. Bu faaliyet gerçekleştirilirken de kanun içerisinde yazılı emredici kuralların dışına çıkamazlar. Arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan anlaşmaya uyulmaması halinde mahkeme kanalıyla verilen icra edilebilirlik şerhi işleme konulur. Böylece ilam niteliğinde bir belge elde edilir ve ilamlı icra hükümlerine göre işlem yapılır³⁸.(HUAK m. 18)

2.1.3.4. Kolaylaştırıcı- değerlendirici- dönüştürücü arabuluculuk

Arabuluculuk yöntemini faaliyetlerine göre ayrıştıracak olursak, kolaylaştırıcı, değerlendirici ve dönüştürücü arabuluculuk karşımıza çıkar. Buna göre kolaylaştırıcı arabuluculuk, taraf katılımının önemli olduğu, uyuşmazlığa konu tarafların ortak menfaatinin esas alındığı arabuluculuk türüdür. Arabulucu burada taraflar için en sağlıklı iletişim ortamını sağlamakla yükümlüdür. Varsa iletişim engelleri kaldırılır, birbirlerinin en net haliyle görülmesi sağlanır, tarafların ortak noktaya getirilebilmesi için empati yapmaya teşvik edilir. Arabulucu kendisi bir çözüm önerisi üretmek ve bu

³⁷ Tarafların diledikleri kişiyi arabulucu olarak görevlendirmelerinde ki serbestlik ilkesi ele alındığında daha çok geleneksel bir arabuluculuk yöntemi uygulandığı görülür. Öyle ki toplum içerisinde itibar kazanmış ya da taraflara güven vermiş herhangi bir kişide arabulucu olarak görevlendirilebilir. Bkz. Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, syf.35.

³⁸ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, syf.35; ‘‘HUAK m.18’de arabuluculuk faaliyetinin sonunda bir anlaşmaya varılması halinde, bu anlaşmanın kapsamı, şekli ve sonuçları düzenlenmiştir. Arabuluculuk faaliyetinin niteliği gereği anlaşmaya varılması halinde de sıkı kurallar konulmamıştır. Anlaşmanın kapsamı ve şekli taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Arabuluculuğun anlaşmayla sonuçlanması halinde faaliyetin sonunda tutulan tutanak bir anlaşma belgesi niteliğindedir. Bu belge, bir önceki maddeye uygun olarak, arabulucu taraflar veya vekillerince imzalanacaktır.’’ TBMM Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu İle Adalet Komisyonu Raporları (1/486), S. Sayısı: 233, syf.14 (<http://www.tbmm.gov.tr>).

öneriyi empoze etmekten uzak, tamamen tarafların iletişimi sayesinde kendi çözüm önerilerini kendilerinin buldukları bir ortam sağlamalıdır. Bunu yaparken aydınlatıcı, iletişimi kolaylaştırıcı ve uzlaşmayı teşvik edici bir yol izler. Mümkün olduğunca tarafsızlığını, bağımsızlığını korumalıdır aksi halde kendisinden şüphe edilmesi kaçınılmaz olur. Bir tarafı kayıran herhangi bir yorum yapmamalı, bir tavsiyede bulunmamalıdır. Aynı şekilde hukuki tavsiyeler ve hukuki bilgiler vermekten de kaçınılmalıdır. Herhangi bir tartışma ortamı oluştuğunda bu tartışmaya en az şekilde müdahale ederek daha çok tartışmaya yön vermelidir. Tarafların anlaşabilmeleri için önemli olan birbirlerini doğru anlamaları ve ortak bir menfaat dengesinde kalabilmeleridir. Bu yöntemdeki sakınca ise, anlaşmak için çabalanan bu arabuluculuk sürecinde karşılıklı verilen gizli nitelikteki bilgilerdir. Öyle ki anlaşamamaları halinde bu bilgilerin kötüye kullanılması riski söz konusudur. Diğer bir sakınca da bu yöntemde tarafların pozisyonlarının, statülerinin, maddi imkan ya da müzakere becerilerinin birbirinden farklı olması durumunda ortaya çıkar. Bu yöntem, güçlü-zayıf ayrımı yapılması vb. olumsuzluklar doğurabilir³⁹.

Değerlendirici arabuluculuk, adından da anlaşılacağı üzere arabulucunun değerlendirme yaptığı bir yöntemdir. Burada zayıf konumdaki taraf belirlenerek, zayıf yönlerine ilişkin bir değerlendirme ile hakimin nasıl bir karar verebileceği taraflara aktarılır. Davaya gidildiği takdirde çıkacak muhtemel sonuç hakkında tahminler yapılarak, tavsiyelerde bulunulur. Bu yolla tarafların uyuşmazlıkları noktasında anlaşma sağlayabilmeleri hedeflenir. Burada tarafların ortak menfaatlerinden çok hak ve haklılıkları ön plandadır. Bu hak ve haklılığa karar vererek tavsiyelerde bulunacak arabulucu, bağımsız, tarafsız, kültürlü, bilgili ve deneyimli olmalıdır. Burada arabulucunun bu meziyetleri önemlidir ki doğru tavsiyelerde bulunabilsin. Aksi halde amaç, hakim gibi karar vermek ya da süreci yargılama sürecine döndürmek değildir. Süreç yine arabuluculuk ilkeleri çerçevesinde işler. Sürecin sonunda verilen öneriler somut nitelikte önerilerdir. Bu yöntemi hızlı bir çözüm elde etmek isteyen taraflar ya da aralarındaki ilişkinin önemli olmadığı kişiler tercih eder. Kolaylaştırıcı arabuluculuk ve değerlendirici arabuluculuk

³⁹ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, syf.35; Kolaylaştırıcı arabuluculuk yöntemi, işçi-işveren ilişkileri kişilerin özel ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar, kiradan doğan uyuşmazlıklar, aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar gibi alanlara tercih edilir. Türk Hukuk Mevzuatı içerisinde de kanunlarda düzenlenen arabuluculuk yöntemidir. Bkz. EROL, syf.23; ÖZMUMCU, Seda, (2013), *Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk*, C.71, S.1, syf.1369-1389, İstanbul, (ÖZMUMCU, Arabulucunun Rolü), syf.1370 vd.

fonksiyonel anlamdaki diğer arabuluculuk türlerine temel oluşturur. İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde hakimlerle tarafların yapmış olduğu sulhe ilişkin konferanslardan esinlenilerek ortaya çıkarılan değerlendirici arabuluculuk, “çözüm bulucu arabuluculuk” ya da “formüle edici arabuluculuk” olarak da adlandırılmaktadır⁴⁰.

İlişkili arabuluculuk olarak da adlandırılan dönüştürücü arabuluculuk, uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktan çok tarafların geliştirilmesine hizmet eder. Bu sayede bireyler karşılaştıkları zorluk karşısında güçlü olmayı, mücadele etmeyi öğrenirler. Beraberinde empati kurmayı, karşı tarafa da saygı duymayı öğrenirler. Amaçlanan kısa vadede somut sorunlara çözümden çok uzun vadede doğabilecek sorunların önüne geçmektir. Dönüştürücü arabuluculukta hedeflenen yüzde yüz hemen sulh sağlamak değil, yanlış anlamaların önüne geçmek, empati kurmayı öğrenmek, olaylara başka pencerelerden bakmayı becerebilmektir. Akran arabuluculuğunda sıklıkla kullanılan bu yöntem, ciddi bir altyapı çalışması ve önemli bir eğitim süreci gerektirmektedir⁴¹.

2.1.3.5. Türk hukuk sisteminde arabuluculuk sistemine benzer düzenlemeler

Arbuluculuk yöntemi çok kısa bir süre önce yasalaşmasına rağmen ülkemizin çok da yabancı olmadığı bir yöntemdir. Arabulmak toplum gereği bir alışkanlığımız olup, küslük milletçe sevdiğimiz hatta tabiri caizse becerebildiğimiz bir durum değildir. Gerek ailelerde, akraba arasında, gerekse ticari hayatta esnaf kardeşimizle yaşadığımız sorunda hep araya giren birileri olur. Bunun hukuki anlamda değerlendirilmesi yapılacak olursa yine bu kavrama uzak olmadığımız görülür. Arabuluculuğa yasal bir zemin oluşturulmadan önce de hukuk mevzuatımızda dağınık bir şekilde bu sisteme ilişkin maddeler yer alır. Her alanda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri benimsetilmeye çalışılmış böylelikle küçük uyuşmazlık diyebileceğimiz yargıyı meşgul etmeye gerek olmayan sorunlar için bu sistemler teşvik edilmiştir⁴².

⁴⁰ EROL, syf.23-24; ÖZMUMCU, (ÖZMUMCU, Arabulucunun Rolü), syf.1370 vd.; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, syf.35-36 vd.

⁴¹ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, s.35-36 vd.

⁴² KONURALP, Haluk, (1999), Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara, syf.7-8.

Mevzuatımız içerisinde arabuluculuk sistemine benzer; 06.03.2003 tarihli 4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 29.Maddesi İle Değişik Madde 22/V Düzenlemesi⁴³, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Madde 35/a Düzenlemesi⁴⁴, 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun Madde 7/I Düzenlemesi⁴⁵, 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Madde 7/I Düzenlemesi⁴⁶, 7155 Sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunun 20.maddesi⁴⁷ ile 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A Maddesi⁴⁸ gibi düzenlemeler yer alır.

2.2. Arabuluculuğun Kökeni Ve Tarihsel Gelişimi

Güncel hayatta yaşanan bir uyuşmazlığın tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi yardımıyla çözüme kavuşturulması çok da yeni olmayıp neredeyse insanlık tarihi kadar

⁴³ 06.03.2003 tarihli 4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 29.Maddesi İle Değişik Madde 22/V “Değeri beş yüz milyon liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunludur.” 14.03.2003 tarihinde 25048 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.(<http://www.resmigazete.gov.tr>); Mevcut düzenleme arabuluculuk olarak değerlendirilemez, özel bir dava şartıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.85.

⁴⁴ 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Madde 35/a, “ taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığı uzlaşma yöntemiyle kısa sürede ve en az masrafla çözmek için uygulanacak usul ve esasları belirlemek üzere düzenlenmiştir.” (<http://www.barobirlik.org.tr>).

⁴⁵ 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun Madde 7/I, “Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanmadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.” Mevcut düzenleme gereği hakim, esasa görmeden önce somut olayın özelliğine göre tarafları sulhe teşvik edecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. . TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.81.

⁴⁶ 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Madde 7/I, “ İş mahkemelerinde şifahi yargılama usulü uygulanır. İlk oturumda mahkeme tarafları sulhe teşvik eder. Uzlaşmadıkları ve taraflar veya vekillerinden birisi gelmediği takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilir.” (<http://www.mevzuat.gov.tr>).

⁴⁷ 7155 Sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunun 20.maddesi, “(1) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. (2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.” (<http://www.resmigazete.gov.tr>).

⁴⁸ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A Maddesi, “ (1) Bu Kanunun 4.maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. (2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.

eski bir yöntemdir⁴⁹. İlk olarak Mezopotamya ve Sümer uygarlıklarında kendisini gösteren bu sistemin, Eski Mısır, Yunanistan, Çin ve Uzak Doğu'daki temelleri de binlerce yıl öncesine dayanmaktadır. Bu toplumlarda tarihi gelişim sürecinde arabuluculuğa başvuru noktasındaki taraf iradeleri, kendi aralarında yapmış oldukları sözleşmede şart olarak belirlenmiştir⁵⁰. Yine bunun yanı sıra Kur'an-ı Kerim ve diğer ilahi din kitapları içerisinde de benzer anlatımlar mevcuttur.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve özellikle de arabuluculuğun doğuşu ve gelişimi konusundaki en aktif ülkelerden birisi Amerika Birleşik Devletleri'dir. İlk olarak 1940'lı yıllarda sendikalara ilişkin uyuşmazlıklarda denenmiş, bu sistem başarılı olmuş, 1960'lı yıllarda da yaşanan Vietnam Savaşı sonrası çatışmalar ve anlaşmazlıklar için kanun çıkarılarak bu yöntemin benimsenmesi için komite oluşturulmuştur. Böylece yaşanan yargısal tıkanıklıkların önüne geçilmiştir⁵¹. Daha sonrasında da sistemin başarılı olması ile beraber, ticari uyuşmazlıklarda, kilise, okul, aile ve komşuluk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda kullanılır hale gelmiştir⁵².

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine duyulan ilgi yakın zamanda Kıta Avrupası'nda da kendini göstererek, modern arabuluculuk denilen, geleneksel arabuluculuk yönteminden oldukça farklı, tarafların menfaat ve haklarını gözetilen, iradilik ve ihtiyarilik ilkelerinin ön planda olduğu, kazan-kaybet anlayışı yerine kazan-kazan anlayışının benimsendiği, arabulucu konumundaki kişinin tamamen profesyonel, tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişi konumunda olduğu sistem uygulanmaya

⁴⁹ PARKINSON, Lisa, *Family Mediation, Appropriate Dispute Resolution in a New Family Justice System*, Aile Arabuluculuğu, Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi, syf.17.

⁵⁰ ÖZBEK, Mustafa Serdar, (2001), *Avukatlık Kanunu 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk*, Ankara Barosu Dergisi, 3.Sayı, Ankara, (ÖZBEK, Avukatlık Kanunu), syf.113-139, Aynı yönde bkz. EROL, syf.18; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.32.

⁵¹ YAKUT, Bahadır, (2010) *Arabuluculuğun Kanunla Düzenlenmesi Bakımından Amerika Birleşik Devletleri Örneği*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 1.sayı, Ankara, (YAKUT, Arabuluculuk), syf.35 vd; KAPLAN GÜLER, syf.26.

⁵² ŞAHİN CEYLAN, Şule, (2009), *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, İstanbul, syf.301; KAPLAN GÜLER, syf.26; ABD içerisinde uygulanan alternatif çözüm yöntemleri ve özellikle arabuluculuk yöntemi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. MACUNCU, Muhsin, (2010), *Amerikan Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Özel Sayı:1, İstanbul, syf.75 vd.

başlanmıştır⁵³. Modern arabuluculuk adı verilen bu arabuluculuk yöntemini geleneksel arabuluculuktan ayıran da tam olarak budur; arabulucu. Geleneksel arabuluculukta arabulucu konumundaki üçüncü kişi, halkın içinden, halkın güvenini kazanarak taraflar arası ara bulmayı hak etmiş kişidir. Modern arabuluculuk yönteminde ise, sosyal konumu önem arz etmeyen arabulucu, tamamen profesyonel, anlaşmazlığın tarafları arasında eşitlik ilkesi çerçevesinde hareket edip, onlara yol gösteren kişidir. Bunu yaparken de kesinlikle taraflar üzerinde bir otorite oluşturamaz, baskı kuramaz⁵⁴.

Çağdaş arabuluculuk olarak da adlandırılan bu sistem, 1970’li yıllarda ABD’de de kullanılmaya başlanmışsa da kavram olarak Amerika’dan Almanya’ya ve diğer Avrupa ülkelerine yayılması 1990’lı yılların başına tekabül eder. Arabuluculuk yöntemi için Avrupa geneli düşünüldüğünde çok da hızlı bir gelişme göstermediği söylenebilir. Ancak bu yayılımı artırmak, gelişmesini sağlamak için birtakım uluslararası çalışmalar yapılmıştır. Özellikle de Avrupa Konseyi’ne üye ülkeler için geliştirilen ADR (Alternative Dispute Resolution) sistemine yoğun ilgi yaşanmıştır. 2002 yılında Avrupa Birliği Komisyonu tarafından çıkartılan Yeşil Kitap (“Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap”)⁵⁵ içerisinde arabuluculuk ile ilgili genel kurallar tespit edilmiştir. Bu kitap, komisyona üye devletler ve diğer devletler ile arabuluculuk komisyonları, barolar ve araştırmacılar tarafından yoğun ilgi görmüş, arabuluculuğun geliştirilmesi noktasında büyük katkı sağlamıştır⁵⁶.

Ülkemiz açısından bakılacak olursa, her ne kadar modern arabuluculuk sistemi çok yeni uygulanmaya başlanmışsa da yaşanan bir uyuşmazlığa getirilen barışçıl çözüm yolu yöntemi Osmanlı İmparatorluğu’ndan bu yana uygulama alanı bulmaktadır. Kanunlaştırılma süreci çok yeni olan bu sistem, aynı zamanda bu yöntemin belli bir kesimce ücret karşılığı işi haline gelmiştir ki bu bahsedilen kesim olan arabulucular, sınavla getirilen bir komisyon şeklinde tamamen profesyonel bir şekilde görev

⁵³ EROL, syf.18; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.32; ÖZBEK, (ÖZBEK, Alternatif Çözüm), syf.590; KAPLAN GÜLER, syf.27.

⁵⁴ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.32

⁵⁵ Türkçe çevirisi için bkz. ERİŞİR, Evrim/ TEKİN, (2008/1), *Ceren, Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap*, MİHDER, S.9, syf.191-165

⁵⁶ ÖZBEK, Mustafa Serdar, (2007/68), *Avrupa Birliği’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, TBBB, syf.265-320, (ÖZBEK, Avrupa Birliği), syf.318

yapmaktadır⁵⁷. Avrupa’da getirilen üç önemli düzenleme; “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki 2002 Tarihli Tavsiye Kararı, 2 Temmuz 2004 Tarihli Avrupa Etik Kuralları ve 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi”, arabuluculuk konusunda Türkiye’ye de yol gösterici olmuştur⁵⁸. 1995 yılında başlayan çalışmalarla bazı akademisyenlerce arabuluculuk konusundaki ilk bilimsel çalışma, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) ile Türkiye Sanayi Sevk ve İdare Enstitüsü (TÜSSİDE)’nin yönetiminde 04-06 Ocak 2006 tarihinde TÜSSİDE Gebze-Kocaeli tesislerinde gerçekleştirilmiştir⁵⁹. Burada ilk fikri temelleri oturtulan arabuluculuk yöntemi için çalışmaları yürütmek ve takip etmek adına Türkiye’nin önemli akademisyenlerinden, uygulama içerisindeki hukukçulardan, TBB, TESK, TOBB vb. çeşitli meslek ve ticaret örgütlerinden oluşan bir bilim komisyonu kurulmuştur⁶⁰. Bu komisyonun yaptığı çalışmalar sonucunda hazırlanan veriler 03.06.2008 tarihinde TBMM’ye sevk edilmiş, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı” , 07.06.2012 tarihinde 6325 Sayılı Kanun olarak kabul edilerek yasal bir zemin kazandırılmıştır⁶¹. Akabinde 26.01.2013 tarihinde “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği” kabul edilerek bu yasal zemin sağlamlaştırılmıştır⁶².

Bu kanun ve yönetmeliğin yayımlanması sonrasında bu sistemin çalışabilmesi için Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde “Arabuluculuk Dairesi Başkanlığı” (ADB) ve yine bu kurul bünyesinde de Kanun ve Yönetmeliğe dair arabuluculuk faaliyetlerini yerine getirmek için, Arabuluculuk Sicil Bürosu, Arabuluculuk Hizmetleri Bürosu, Arabuluculuk Eğitim Bürosu, Arabuluculuk Denetim Bürosu ve Arabuluculuk Proje Bürosu kurulmuştur. 6325 Sayılı Arabuluculuk Kanunu gereği, “Arabuluculuk Kurulu” oluşturulmuş olup bu kurulda, YÖK, TBB, TNB,

⁵⁷ KEKEÇ, syf.37.

⁵⁸ KAPLAN GÜLER, syf.28-29.

⁵⁹ EROL, syf.21.

⁶⁰ Oluşturulan bu bilim komisyonu içerisinde Prof.Dr.Hakan PEKCANITEZ ve Prof.Dr.Muhammet ÖZEKEŞ gibi önemli akademisyenler görev almıştır.

⁶¹ 22.06.2012 tarihli 28331 Sayılı RG’de yayımlanmıştır.

⁶² <http://www.adb.adalet.gov.tr> (01.01.2018).

TOBB, TESK ve TAA gibi kurumların temsilcileri ile hakimlerden oluşan 15 kişilik bir heyet görev yapmaktadır⁶³.

Aktif bir şekilde çalışmalarına devam eden ADB ve Arabuluculuk Kurulu, modern dünya ülkelerinin etik ve uygulama kurallarını baz alarak ve de ülkemiz sosyal-kültürel yapısına uyumlu hale getirerek “Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları”nı kabul etmiştir⁶⁴. Sonrasında yapılan önemli çalışmalar sonucu ilk olarak iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümü, daha sonra ticari uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk ve tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için arabuluculuk yöntemi ülkemizde aktif olarak uygulamaya başlanmıştır.

2.3. Diğer Dünya Ülkelerinde Arabuluculuk İle İlgili Düzenlemeler

Yaşanan problemlere daha kısa yoldan, daha ucuz ve daha etkili bir çözüm arama anlayışı elbette ki her insanın ve de her devletin işine gelecek bir durumdur. Bu bağlamda arabulmanın hukuki temellerini ilk atan toplum Amerika Birleşik Devletleri olup, asıl konumuz olan aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğun ilk temelleri de yine bu toplumda atılmıştır⁶⁵.

ABD içerisinde filizlenen bu yöntem zamanla İsviçre’den Japonya’ya, Almanya’dan Hindistan’a, Avusturya’dan İngiltere’ye birçok ülkede uygulama alanı bulmuştur. Gerek Anglo-Sakson ülkelerinde gerek Asya Pasifik ülkelerinde gerekse Kara Avrupası ülkelerinde her geçen gün uygulama alanı genişlemekte ve önemi artarak gitmektedir⁶⁶.

2.3.1. Amerika Birleşik Devletleri

⁶³ <http://www.adb.adalet.gov.tr>.

⁶⁴ KAPLAN GÜLER, syf.29.

⁶⁵ EROL, syf.27; COŞAR, Vedat Ahsen, (2011), *Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı*, Ankara, syf.8.

⁶⁶ EROL, syf.27; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.46; 1998 yılından bu yana Avrupa Birliği içerisinde uyuşmazlıkların çözümü için mahkeme dışı çözüm çalışmaları yapılmaktadır. 1999 yılında Tampere’de düzenlenen zirvede Avrupa Birliği’ne üye devletler, uyuşmazlıkların çözümü için mahkeme dışı yöntemlerin kullanılması noktasında teşvik edilmiştir. Bunun sonucunda Avrupa Birliği’ne üye birçok devlet, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesine ilişkin yasal düzenlemelere yer vermiştir. Bkz. ÖZBEK, (ÖZBEK, Avrupa Birliği), syf.265.

ABD hukuki yaklaşım olarak diğer Kara Avrupası ülkelerinden ayrılmaktadır. Teoriden çok pratiğe önem vererek, pratik çözüm odaklı bir yaklaşım sergileyen bu ülke, arabuluculuk yönteminin de ilk uygulama alanı olmuştur⁶⁷.

Geleneksel arabuluculuk olarak adlandırılan sistemde arabulucu, toplumun ileri gelenlerinin arasından seçilerek, toplumdaki her kesime hitap edebilen, uyuşmazlığa konu taraflardan bağımsız üçüncü kişidir. Bu yöntem çok eski zamanlardan beri uygulanırken, Amerika bu sistemi değiştirerek modern bir arabuluculuk yöntemi geliştirmiştir. Modern arabuluculuk yönteminin sistematüğinde daha çok hak olgusu esas alınırken, tarafların karşılıklı menfaatleri de göz önünde bulundurulur. Bu hak ve menfaatleri gözetecek kişi ise tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi konumundaki arabulucudur. İşte geleneksel ve modern arabuluculuk ayrımı da burada önem kazanır. Modern arabuluculukta arabulucu, daha profesyonel ve alanında uzman konumdadır. Amerika da bu anlayıştan yola çıkarak modern arabuluculuk yönteminin temellerini atmış, birçok dünya devletine örnek teşkil etmiştir⁶⁸.

Amerika'da yargının iş gücünün artması ve uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kaldığı inancı, modern arabuluculuk yönteminin ortaya çıkmasında temel etken olmuştur. Davalarla dolup taşan mahkemeler sonucu, uyuşmazlığın mağdur olan tarafları kendi aralarındaki sorunları çözemedikleri gibi gerek maddi, gerekse manevi yönden yıpranmışlardır. Bu sebepler sonucunda alternatif yöntemler aranarak, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları" kavramı gündeme gelmiştir⁶⁹.

ABD'de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde en sık uygulama alanı bulan arabuluculuk, 35'ten fazla eyalette gerek taraf iradesine bağlı olarak gerekse uyuşmazlığa konu tarafları zorlayarak yani zorunlu bir sistem olarak kullanılmıştır.1990'lı yılların sonunda New York, Florida, California eyaletlerinde uygulanmaya başlayan arabuluculuk faaliyetleri, alanında uzman, sertifikalarını tamamlamış, sınavlardan geçmiş kişilerce yerine getirilmiştir. Alternatif bir çözüm yöntemi olan arabuluculuk, her eyaletin kendi hukuksal düzenine göre farklılıklar

⁶⁷ ŞAHİN CEYLAN, syf.193; EROL, syf.28; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.32

⁶⁸ BUHRING-UHLE, (1995) Christian, *Alternative Streitbeilegung in Handelsstretigkeiten*, Gottwald, Walther/Strempel Dieter, Streitschlichtung, Köln, syf.65.

⁶⁹ NOLAN-HALEY, M.Jacqueline, (2001), *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, St.Paul, Minn, syf.6 vd.; SANDER, E.A. Frank, (1995), *Gerichtliche und Aussergerichtliche Streitbeilegung Überblick über die Erfahrungen in den USA*, Köln, syf.31.

gösterse de genel anlamda kabul gören, eğitim ve uzmanlık gerektiren profesyonel bir çözüm yöntemi olduğudur⁷⁰.

2.3.2. Almanya

Arabuluculuk yöntemi, 1990'lı yılların başında Amerika'dan sonra Almanya'da da uygulanmaya başlanmıştır. Bu yıllarda arabuluculuk, Almanya'da daha çok dar gelirli kişilerin başvurduğu bir yöntem iken⁷¹ günümüzde hızlı ve etkin yöntem olması sebebi ile herkes tarafından aktif kullanılır hale gelmiştir. "Uzlaşma, yargılamadan daha iyidir." ("Schlichten ist besser als Richten") düşüncesiyle hareket eden Almanya⁷², bu alternatif yöntemin daha da geliştirilmesi ve daha çok alanda uygulanabilir hale gelmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu düşüncenin sonucunda "Alman Medeni Usul Kanunu'nun Meriyet ve Tatbiki Hakkında Kanun 15/a maddesi" ile yaşanan küçük uyuşmazlıkların mahkeme öncesinde sulhe teşviki ön şart olarak kabul edilerek arabuluculuk zorunlu hale getirilmiştir⁷³. Buna karşılık Almanya'da 2001 yılına kadar bu çözüm yöntemlerinin kullanılması ile önemli bir başarı elde edilememiştir. Bunun genel sebebi, zorunlu olarak getirilen sulh teşvikinin yanlış uygulanmasıdır. Usul doğru şekilde uygulanmadan esasa geçilmiştir⁷⁴.

Alman Hukuku'nda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin en önemli gelişme, 25.07.2012 tarihli Arabuluculuk Kanunu'dur. Bu kanun ile ülke içerisinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasının teşviki amaçlanmıştır⁷⁵. Yapılan değişiklikler doğrultusunda farklı bir uygulama olarak, arabuluculuk eğitimi ile

⁷⁰ BUHRING-UHLE, syf.64 vd.; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.33 vd.; ÖZTÜRK, Hatice, (2006), *Arabuluculuk Eğitimlerinde Eğitimci Tutum ve Görüşlerine Yönelik Bir Araştırma: Türkiye Barolar Birliği Modeli* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Halkla İlişkiler ve Tanıtım Anabilim Dalı), Ankara, syf.19.

⁷¹ Arabuluculuk yöntemi daha az masraflı ve daha hızlı bir yöntem olması sebebi ile 1990'lı yıllarda Almanya'da sadece dar gelirli kişiler tarafından tercih edilen ikinci sınıf bir adalet olarak görülmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. YAKUT, Bahadır, (2010), *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.67-68, syf.35-63, İstanbul, (YAKUT, Alternatif Uyuşmazlık), syf.47.

⁷² TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.35.

⁷³ SEVİM, Onur Utku, (2016), *Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, syf.50.

⁷⁴ KRAFKA, Alexander/ SCHMIDT, Uve/ HECK, Wolfgang/ PRUTTING, Hans/ TAXIS, Norbert, (2003), *Aussergerichtliche Streitschlichtung* München, syf.7.

⁷⁵ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.37.

ilgili konulmuş standart bir kurallar bütünü yoktur. Yine arabulucu olabilmek için hukuk fakültesinden mezun olmak ya da herhangi bir sertifika almak da zorunlu değildir. Bu hususta Adalet Bakanlığı'nın da herhangi bir denetimi yoktur⁷⁶ ki bu durumda ne kadar sağlıklı bir işleyiş söz konusu olur tartışılır.

2.3.3. Avusturya

Avusturya'da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin ilk adım arabuluculuk yönteminde atılırken, arabuluculuğa ilişkin ilk adım ise aile hukukunda atılmıştır. 1999 yılında getirilen “Evlilik Hukukundaki Değişikliklere İlişkin Kanun” ile ilk düzenlemeler boşanmaya ilişkin konularda uygulanmış, bu uygulama sonucunda özellikle boşanma ile ilgili konularda arabuluculuk çözüm yönteminin kullanılmasına karar verilmiştir. Sonrasında da çocuk hukukuna ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiş, hazırlanan yeni bir kanun ile özellikle de çocukların himaye edilmesine ilişkin kararlarda arabuluculuk çözüm yönteminin uygulanmasına karar verilmiştir. Her iki kanunda da arabuluculuk ile ilgili temel düzenlemelere yer verilmesine karşın, arabuluculuğun tanımı, özellikleri, kimlerin nasıl arabulucu olacağı gibi konularda bir düzenleme yapılmamıştır⁷⁷.

Arabuluculuğa ilişkin bir kanun çıkarılması gerekliliğini gören Avusturya Adalet Bakanlığı, 2001 yılı Aralık ayında “Mahkeme içi Arabuluculuğa İlişkin Tasarı” başlığı ile hazırlanan tasarıyı hiçbir değişiklik yapmaksızın 2003 yılında “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun” adı ile parlamentonun oy birliği sonucunda kabul etmiş, bu kanun 01.05.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷⁸.

2.3.4. İngiltere

İngiltere'de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmaya başlanması ABD içerisindeki değişiklikler sonrasında olmuştur. İngiliz hukuk sisteminin prosedürcü, katı

⁷⁶ KUTLUK, Abdülkadir, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü görevlendirmesi üzerine 25.09.2017 tarihinde hazırlanan “Almanya’da Mahkeme İçi Arabuluculuk” konulu Yurt Dışı Ziyaret Raporu, syf..3.

⁷⁷ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.38.

⁷⁸ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.38; İSFEN, Osman, (2006/3), *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Avusturya)*, MİHDER, syf.1325-1334, 2006.

ve kurumsal yapısı düşünülündüğünde elbette ki arabuluculuğa geçiş aşaması hiç de kolay olmamıştır. ABD örnek alınarak yapılan ilk çalışmalar 1970'li yıllara tekabül etse de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve özellikle de arabuluculuk ile ilgili önemli çalışmalar 1990'lı yıllarda yapılabilmektedir. Hukuki zemin ve sosyal altyapının hazırlanması süreci neredeyse 25 yıl sürmüştür⁷⁹.

İlerleyen yıllarda arabuluculuk ile ilgili önemli projeler yapılmış, bu yöntemin gelişmesi için büyük ölçüde çaba sarf edilmiştir. Her alanda olduğu gibi arabuluculuk ile ilgili olarak da profesyonelliği esas alan İngiliz Hukuku, arabulucu olmayı da zorunlu eğitim ve stajlara bağlamıştır⁸⁰.

Aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar için arabuluculuk yönteminin uygulanmaya başlanması ise yapılan istatistikler sonucu artan boşanmaların ve bu boşanmalara bağlı gelişen olumsuz durumların araştırılması sonucunda olmuştur. Her toplumda olduğu gibi İngiliz toplumunda da evlenmek kadar boşanmak da hayatın bir gerçeği kabul edilmişse de bu boşanmanın yarattığı olumsuz durumları en aza indirmek bir devlet görevi sayılmıştır. Bu görevi üstlenen yasa koyucular, bu hususta araştırmalar yapılmasına karar vermiş, yapılan araştırma sonuçları ise sürecin sonucunda olumsuz olarak etkilenen tarafları ve özellikle de müşterek çocuklar üzerindeki psikolojik durumları gözler önüne sermiştir⁸¹.

2.3.5. Japonya

Japonya'da taraflar arasında yaşanan bir anlaşmazlığın çözümü için Budizm ve Konfüçyüsçülük felsefelerinden yola çıkılarak çözüm aranır. Arabuluculuğun geleneksel temeli bu felsefelere dayanmakla birlikte, modern anlamda arabuluculuk konusunda mahkeme bağlantılı arabuluculuk sistemi benimsenmektedir⁸². Bu anlamda

⁷⁹ SEVİM, syf..64.

⁸⁰ ÖZTÜRK, syf..33.

⁸¹ ROBERTS, syf.33

⁸² Mahkeme bağlantılı arabuluculuk sisteminin yanı sıra uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak, dava yolu, resmi veya özel kurumlarca yapılan tahkim, müzakere, uzlaşma ve iradi arabuluculuk sistemleri uygulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, syf.18.

ilk resmi uygulama, “01.04.2007 tarihli 151 Sayılı Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu”dur⁸³.

Yaşanan uyuşmazlıkların çözümü için yargı yolunu, mahkeme bağlantılı arabuluculuğu, tahkimi, müzakereyi ve uzlaşma yöntemini uygulayan Japonya, bu yöntemlerden en çok mahkeme bağlantılı arabuluculuğu uygulamaktadır⁸⁴. Japon Hukuku’na göre arabulucu olmak için avukat olma şartı yoktur. Avukatların yanı sıra ADR sertifikasını tamamlamış kişiler de arabuluculuk yapabilmekte ancak mahkeme sırasında ifade vermeyi reddetme hakları bulunmamaktadır⁸⁵.

2.4. Uyuşmazlıklara İlişkin Diğer Alternatif Çözüm Yolları

Yakın bir tarihe kadar, uyuşmazlıkların çözümü klasik bir şekilde mahkemeler aracılığı ile gerçekleştirilmekte, istisnai olarak da tahkim uygulanmakta idi. Bu sebeple ki yargılama süreci uzun yıllar alıyor, süreç içerisinde taraflar maddi ve manevi olarak ciddi bir kayba uğruyordu. Söz konusu bir para alacağı ise zamanla bu alacak talebi anlamsızlaşıyor, hukuki bir uzlaşmama hali ise, seneler geçtikçe taraflar daha da geriliyordu. Söz konusu bu durum da halkın adalete olan güvenini zayıflatmakla birlikte toplumsal barışı zedeler bir hal alıyordu⁸⁶. Öyle ki bu durum taraflara ihkak-ı hakkı yani kendi haklarını kendilerinin araması fikrini düşündürür hale getiriyordu. Tüm bu olumsuzluklar karşısında zamanla yenilikçi bir yaklaşımla alternatif çözümler üretilmiş, aralarında en tercih edilir olan arabuluculuk ülkemizde de uygulanır hale gelmiştir⁸⁷.

“Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları(Alternatif Dispute Resolution) , tarafsız üçüncü bir kişinin, uyuşmazlığı çözümlene noktasında yardımcı olduğu ve çözüme tüm destekleriyle katkıda bulunduğu, resmi mahkemelerin yanı sıra seçimlik nitelikteki çözüm yollarıdır”⁸⁸. Yani taraflar bu çözüm yönteminde kendi istekleri doğrultusunda

⁸³ DÜR, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabuluculuğun Hak ve Yükümlülükleri, Ankara, 2017, syf..233; ÖZMUMCU, (ÖZMUMCU, Uzakdoğu’da Arabuluculuk), syf.114; EROL, syf.53.

⁸⁴ EROL, syf.53.

⁸⁵ DÜR, syf.234-238.

⁸⁶ EROL, syf.57.

⁸⁷ ŞANLI, Cemal, (2002), *Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi İle Çözülmesi ve Milletlerarası Ticaret Odası’nın ADR Kuralları*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, syf.57-58.

⁸⁸ ÖZBEK, (ÖZBEK, Alternatif Çözüm), syf.167.

tarafsız üçüncü bir kişinin yardımını alarak, yargılama ve hakim kararına gerek olmaksızın daha kısa sürede ve daha ekonomik bir şekilde sonuca ulaşmayı hedefler. Bu uygulama Anayasamızın 36. ve 37. maddeleri ile güvence altına alınan “Hak arama hürriyeti ve kanuni hakim güvencesi” ilkelerini zedeler nitelikte olmayıp, tamamen ortadan da kaldırmaz. Alternatif kelimesinden de anlaşılacağı üzere, dostane bir yaklaşım sergileyen bu uygulamalar, yargı ile iç içe ve birbiriyle bağlantılı olarak işlemektedir⁸⁹.

Uyuşmazlığın çözümü için öngörülen bu alternatif yollar ile hukuk dili değil gündelik kullandığımız dil kullanılarak herkese hitap edebilmek esas alınmakta, cebren icra yerine ikna yolu tercih edilmekte, mücadele etmek yerine de uzlaşma yoluna gidilerek huzur ortamı sağlanması hedeflenmektedir⁹⁰.

Tarafların kendi istekleri doğrultusunda katılım yani gönüllülük, sürecin gizli olarak yürütülmesi, her iki taraf için de kazan-kazan ilkesinin hedeflenmesi, sürece dahil olurken tarafların iradelerinin gözetilmesi ve tarafların anlaşamamaları halinde yargı yolunun kapatılmamış olması bu alternatif yöntemlerin temel özelliklerini oluştururken aynı zamanda da avantajları olarak karşımıza çıkmaktadır⁹¹.

Her ülkenin farklı uygulamaları olduğu düşünüldüğünde, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tek bir başlık altında sayabilmek pek de mümkün değildir. En sık uygulama alanı bulan çözüm yöntemleri; “arabuluculuk, müzakere, uzlaşma, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların saptanması, kısa duruşma ve tahkimdir.” Bu yöntemler sınırlı sayıda olmayıp başka yöntemler de mevcuttur. Alternatif uyuşmazlık çözüm

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi Arabuluculuk Kanunu’nun iptali için açılan dava sonucunda da red kararı vermiştir. Şöyle ki; “Uyuşmazlıkların çözümü konusunda temel olarak iki sistem vardır. Birincisi, yargı yoluyla uyuşmazlıkların çözümü, diğeri ise yargılama yapılmadan uyuşmazlığın çözümüdür. Arabuluculuk kurumunu da içine alan bu ikinci sistem, alternatif çözüm yöntemleri olarak adlandırılmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen alternatif terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemleri halinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir.” Anayasa Mahkemesi Genel Kurul 10.07.2013 T. 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı kararı

⁹⁰ ŞAHİN CEYLAN, syf..5

⁹¹ KEÇER, Sevde, (2013) *Arabuluculuk; Psikoloji ve Hukuk Açısından Bir Değerlendirme*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yüksek Lisans Bitirme Projesi, İstanbul, syf.107.

yöntemlerinden bazıları yargılama ile bağlantılı çözüm içerirken bazıları da tamamen yargı dışı çözüm üretmeyi amaçlar⁹².

2.4.1. Müzakere

Müzakere, tahkim ve arabuluculuk yöntemlerinin de esasını oluşturan mahkemelerce verilmiş bir karar olmaksızın uyuşmazlık çözmeyi amaçlayan, uyuşmazlığa düşen tarafların bir başka üçüncü kişinin yardımı olmadan kendi belirledikleri usul ve esaslar doğrultusunda çözüm arayışı gösterdikleri, bu konudaki bilgi ve becerilerini sergiledikleri iletişim sürecidir⁹³. Müzakerede uyuşmazlığa konu taraflar, gönüllü olarak bu sürece katılırlar ve birbirlerini ikna etmek için çabalarlar. Bu süreç dinamik bir özellik gösterir ve tarafların karşılıklı çabasını gerektirir.

Alternatif bir çözüm yolu olan müzakerede taraflar, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilirler. Devlet de bu çözüm yönteminde taraf olabilir. Hatta denilebilir ki, en çok da diplomatik ilişkilerin çözümü için uygulanır⁹⁴.

“Taviz vermek suretiyle uzlaşmak” amacını benimseyen bu çözüm yönteminde, kontrol taraflarda olup, kendi karar verme yetkileri vardır. Bu durum da sürecin işleyişinin akışını kolaylaştırmakta, daha etkili ve daha kalıcı sonuçlar elde edilmesini sağlamaktadır. Zamandan ve masraftan kısıyor olması da yine uyuşmazlığa konu taraflar için büyük avantajdır⁹⁵. Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile kıyaslanacak olursa daha geleneksel ve daha basit uygulaması olan bir yöntemdir çünkü şekli anlamda diğer yöntemlere oranla daha az prosedür içerir⁹⁶.

Kamuya dayalı ilişkiler, iş hayatı ve toplumsal uzlaşamama halindeki uyuşmazlıklarda yaygın şekilde kullanılan müzakere yöntemini arabuluculuktan ayıran en önemli özellik, müzakere sisteminde üçüncü bir kişi olmaksızın direkt bire bir ilişki kurulmasıdır. Ancak her zaman bu yöntem de olumlu sonuç vermemekte, tarafsız üçüncü bir kişinin

⁹² DÜR, syf.7.

⁹³ ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2002, syf.83.

⁹⁴ TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk), syf.160.

⁹⁵ KEKEÇ, syf.9; ÖZBEK, (ÖZBEK, Alternatif Çözüm), syf.151; KAPLAN GÜLER, syf.36; EROL, syf..66.

⁹⁶ ÖZBEK, Mustafa Serdar,(2002), *Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, C.51, AÜHFD, s.121-162, Ankara, (ÖZBEK, Gelişmeler), syf.138.

varlığı aranmaktadır. Öyle ki somut olayın özelliklerine göre uygun çözüm yöntemi belirlenmelidir⁹⁷.

6325 Sayılı HUAK'ın da yürürlüğe girmesiyle ayrıca bir önem kazanan müzakere yöntemi, doğru uygulandığı takdirde sağlıklı işleyen alternatif bir çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkar⁹⁸.

2.4.2. Vakıaların Saptanması Yöntemi

Vakıaların saptanması yönteminde, söz konusu uyuşmazlık somutlaştırılarak bir tanım yapılır. Uyuşmazlığa neden olan maddi olgular belirlenerek, tarafsız ve deneyimli üçüncü bir kişinin aracılığıyla çözüm aranır. Bu yöntem, uyuşmazlığın çözümü için ilk aşamada uygulanırken, bağlayıcı niteliği de yoktur⁹⁹.

Bu yöntemde, vakıaları saptamakla görevli kişinin ya da uyuşmazlık taraflarının belirlediği yöntem çerçevesinde öncelikle bir rapor hazırlanır. Raporla taraflara özgü zayıf ve güçlü yönler belirlenerek ortak noktayı bulmaya yönelik çözümler aranır. Bu sayede kendilerine has özellikleri yazılı olarak gözlemleyen taraflar, aralarındaki sorunları daha iyi çözümlenerek sonuca ulaşma imkanı bulurlar. Vakıa saptayıcı, uyuşmazlığa konu her iki tarafla da ayrı ayrı görüşmeler yaparak tarafları dinler, varsa tanıkları ile görüşür, konuya ilişkin derinlemesine bir araştırma yapar ve sonrasında bu raporu hazırlar. Raporu da ilgililere bu şekilde sunar¹⁰⁰.

Aralarında yaşanan uyuşmazlığa ilişkin tarafsız bir değerlendirme beklentisinde olan taraflar bu yöntemi genellikle davayı kazanma olasılıklarını öğrenebilmek için tercih ederler¹⁰¹. Arabuluculuk yöntemi ile kıyaslama yapıldığında, vakıa saptanması durumunda tarafların beklentileri geri planda olup, aslen hukuki uyuşmazlığa ilişkin tarafsız bir gözle saptama yapma söz konusudur. Bu yöntemde vakıa saptayıcı uzman bilirkişi değil, tespit edici tarafsız üçüncü kişi rolündedir. Vakıaların saptanması

⁹⁷ ÖZBEK, (ÖZBEK, Gelişmeler), syf.139.

⁹⁸ ÖZBEK, (ÖZBEK, Gelişmeler), syf.139.

⁹⁹ ÖZBAY, İbrahim, (2006), *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri*, C.10, S.3-4, EÜHFD, s.461-475, Erzincan, syf.468.

¹⁰⁰ TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk), syf.161; KAPLAN GÜLER, syf.38.

¹⁰¹ ILDIR, syf.79; TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk) syf.162.

yöntemi, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları için daha çok tamamlayıcı nitelikte bir yöntemdir¹⁰².

2.4.3. Tarafsız Ön Değerlendirme

Tarafsız ön değerlendirme, uyuşmazlığın çözümlenmesi konusunda daha çok değerlendirme niteliğinde olan, uyuşmazlığın nasıl ortaya çıktığı, nasıl geliştiği, ileride nasıl bir hal alacağı ile ilgili bilgilerin tarafsız ve deneyimli üçüncü kişi tarafından aktarıldığı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁰³.

Uyuşmazlığın başlangıç aşamasında etkili olan bu yöntemin bir prosedürü olmayıp herhangi bir bağlayıcılığı da yoktur. Tarafların sunmuş oldukları bilgi ve belgeler ışığında bir rapor hazırlanır, bu rapor sayesinde de taraflara çözüm için nasıl bir yol izleyecekleri aktarılmış olur. Uyuşmazlığa konu taraflar bu yöntem ile çözüme kavuşabilecekleri gibi buradan çıkan sonucu sadece bir öneri mahiyetinde de değerlendirebilirler. Böylece karar almaları kolaylaşır¹⁰⁴.

Uyuşmazlık durumunda tarafların yargı yollarına ya da diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmadan önce, ileride sağlanacak çözümü kolaylaştırmak adına değerlendirme niteliğinde kullandığı bu yöntemde arabuluculuk yönteminden farklı olarak daha yüzeysel bir inceleme söz konusudur. Arabuluculukta derinlemesine bir inceleme yapılırken çözüme ilişkin her aşamada aktif olarak kullanılması da mümkündür. Fakat tarafsız değerlendirme yöntemi, daha ilk aşamalarda kullanılıp, diğer aşamalar için yetersiz kalabilmektedir¹⁰⁵.

2.4.4. Kısa Duruşma

Diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan kısa duruşma, uyuşmazlığa konu tarafları temsilen bulunan bir kurul ile tarafsız üçüncü bir kişinin gizlilik çerçevesinde

¹⁰² DEMİR, Şamil, (2014), *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, 2.Basım, Adalet Yayınları, Ankara, syf.30.

¹⁰³ KAPLAN GÜLER, syf.39; ILDIR, syf.83; TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk), syf.162.

¹⁰⁴ ÖZBAY, syf.467; DEMİR, syf.29

¹⁰⁵ KAPLAN GÜLER, syf.40; ÖZBAY, syf.468

çözümüne ulaşmayı hedeflediği yöntemdir. Bu yöntemin bir bağlayıcılığı olmadığı gibi ulaşılan çözümü bağlayıcı hale getirmek de tarafların elindedir¹⁰⁶.

İhtiyari tahkim, arabuluculuk ve uzlaştırma gibi yöntemleri de bünyesinde barındıran kısa duruşma, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında en yaratıcı olandır¹⁰⁷. Çoğunlukla ticari uyuşmazlıklar gibi karmaşık uyuşmazlıkların çözümünde uygulanır ve bu yöntem için seçilen tarafsız üçüncü kişiler, konunun uzmanları, hakemler ya da hukukçular olabilir. Burada avukatlar, hazırlamış oldukları davaya ilişkin çalışmaları hakime ya da bir jüriye değil, müvekkillerine sunarlar¹⁰⁸.

2.4.5. Uzlaşma

Arbuluculuk ile kıyaslandığında çok daha aktif bir katılım süreci içeren uzlaşma, tarafsız üçüncü bir kişinin, uyuşmazlığa düşen taraflara her somut olayın kendi özellikleri çerçevesinde çözüm önerileri getirerek anlaşmaya varılmasını hedeflediği bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁰⁹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında en aktif uygulanan arabuluculuk ve uzlaşmacılıktır. Bu yöntemi arabuluculuktan ayıran en temel fark, tarafsız üçüncü kişi konumunda bulunan arabulucu, uzlaşma yönteminde olduğu gibi taraflara çözüm noktasında öneride bulunamaz. Objektifliğini koruması esastır. Oysa ki uzlaşma yönteminde çok daha etkin rol oynayan tarafsız üçüncü kişi, tarafların menfaatlerinin dengede tutulması esasında gerekirse taraflara önerilerde bulunabilir. Çözüm için geniş bir yelpaze sunar¹¹⁰. Yine arabuluculuktan farklı olarak bu yöntemde, taraf ilişkileri değil ilkeler ve teamüller ön plandadır. Arabuluculukta kişisel ilişkiler ileriye dönük gözetilirken, uzlaşma yöntemi hakkı esas alır ve geçmişte yaşanan durumu gözetir. Ayrıca arabuluculuk yöntemi sorun odaklı bir yöntem iken, uzlaşma yöntemi dava odaklıdır¹¹¹. Denilebilir ki, arabuluculuk daha dinamik olmakla birlikte daha esnek bir

¹⁰⁶ ÖZBAY, syf.468; ILDIR, syf.108; TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk), syf.164.

¹⁰⁷ KEKEÇ, syf.20.

¹⁰⁸ ŞAHİN CEYLAN, syf.308 vd.; TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk), syf.164.; ILDIR, syf.108.

¹⁰⁹ KAPLAN GÜLER, syf..32; EROL, syf.69; ÇULHA, Rifat, (2010) *Uzlaşma*, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.1, İstanbul, syf.184.

¹¹⁰ TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk), syf.167; EROL, syf.69.

¹¹¹ KAPLAN GÜLER, syf.34; TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk), s.167.

çözüm yöntemi, uzlaşmacılık ise daha kurallı yani formel ve statik bir çözüm yöntemidir¹¹².

Uzlaşma yöntemini seçen taraflar, bu uzlaşma görüşmesinin yerini, zamanını ve nasıl ilerleyeceğini belirlemede özgürdür. Bu sayede hem zamandan hem de maddi açıdan tasarruf sağlamak mümkündür. Yine sürecin gizi yürütülüyor olması da gerek özel gerekse ticari sırların korunması açısından yöntemle olan güveni artırmaktadır¹¹³.

2.4.6. Tahkim

Taraflar arasında üzerinde serbestçe karar verebilecekleri bir sözleşme ya da sözleşme harici ilişkiler sebebiyle yaşanan uyuşmazlıklar sonucu bu uyuşmazlıkların çözümü için yargı yollarına başvurmak yerine hakem ya da hakemler yoluyla çözüm elde edilen, ihtiyari olarak uygulanan bir çözüm yöntemidir. Kısacası, uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde değil, özel olarak görevlendirilen hakemlerce karara bağlanması yöntemidir¹¹⁴.

Hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olan tahkim yöntemi, kimi yazarlarca en aktif olarak uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak görülse de kimi yazarlarca, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmemektedir. Alternatif çözüm yöntemi olarak kabul etmeyen yazarların gerekçesi, özel olarak görevlendirilen hakemlerin hakimlerde de olduğu gibi nihai kararı verme yetkisinin bulunduğu bu sebeple alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değil devlet yargısının bir alternatifi olduğu yönündedir¹¹⁵.

Alternatif çözüm yöntemi olarak kabul eden yazarların gerekçesi ise, tahkimin yargı yoluna eşit bir yol olarak kabul edilemeyeceğidir. Öyle ki, hakem yargılaması bir kamu menfaati gözetmezken, yargı faaliyetinde bu menfaatin korunması esastır. Bununla birlikte, hakemlik birimi devlet yetkisiyle kuvvetlendirilmiş bir birim değildir. Bu

¹¹² KEKEÇ, syf.87 vd.; TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk), syf.167; EROL, syf.69.

¹¹³ TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk), syf.166; EROL, syf..68.

¹¹⁴ YEŞİLIRMAK, Ali, (2011) *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümüne Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, 1.Basım, İstanbul, syf.58; TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk), syf.171; KAPLAN GÜLER, syf.36; EROL, syf.62.

¹¹⁵ ARSLAN, Ramazan/ TANRIVER Süha, (2001), *Yargı Örgütü Hukuku*, 2.Basım, Ankara, syf.214; TANRIVER, (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk), syf.172; ÖZBAY, syf.459; KEKEÇ, syf.22 vd.

sebeple tahkim, devlet yargısına alternatif bir çözüm yöntemi değil ancak ve ancak devlet yargısı yanında var olabilecek alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹¹⁶.

Tahkim yönteminde hakem, devlet tarafından denetlenir ve kararlarının kesin hüküm niteliğinde olması mahkeme kararı gibi icra edilebilir olmasını sağlar. Tahkim sonucu kesin bir karar vardır ve mahkemede dava açma hakkı bu karar sonucunda ortadan kalkar¹¹⁷.

Arbuluculuk ve tahkim yöntemlerini karşılaştıracak olursak; arbuluculuk tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişi tarafından yönetilir ve bir yargılama faaliyeti değildir. Arbuluculuk yöntemi içerisinde taraflar kendi çözüm yöntemlerini kendileri ararlar. Arbulucu taraflar yerine karar alamaz. Tahkimde ise hakem bir karar alır ve bu karar kesindir. Bu karara ilişkin yargı yolu da kapatılmıştır. Oysaki arbuluculukta alınan karar, devlet mahkemelerinde dava açma yolunu kapatmaz.

Arbuluculuk faaliyetinde kazan-kazan ilkesi hakim iken, yani her iki tarafın da menfaati gözetilirken; tahkimde tarafların ortak menfaati gözetilmez ve devlet yargısında olduğu gibi kazan-kaybet anlayışı geçerlidir¹¹⁸. Denilebilir ki, arbuluculuk yönteminde tarafsız üçüncü kişi konumundaki arbulucu, uyuşmazlığa konu her iki taraf arasındaki ilişkiyi kolaylaştırırken, orta noktayı bulmaya çalışır ve burada alınan karar icra edilebilir bir karar olmasına rağmen son nokta değildir. Tahkim yönteminde ise hakemin orta yolu bulmak gibi bir çabası yoktur, haklı ve haksız gözeterek taraflardan birinin kazanması diğerinin ise kaybetmesi söz konusudur. Verilen bu karar ise kesindir¹¹⁹.

2.5. Arbuluculuk Faliyetine Hakim Olan İlkeler

Türk Hukuk Mevzuatı içerisinde hem Arbuluculuk Kanunumuzda hem de Arbuluculuk Yönetmeliğimizde arbuluculuğa ilişkin temel ilkeler düzenlenmiştir. Düzenlemeye konu bu ilkeler aynı zamanda arbulucular tarafından uyulması gerekli

¹¹⁶ ÖZBEK, (ÖZBEK, Alternatif Çözüm), syf.190 vd.

¹¹⁷ KEKEÇ, syf.21; KAPLAN GÜLER, syf.37; CAROLYN, Chalmers, (2010), *Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları*, (Çeviri: ULUTÜRK, Hande), Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.1, İstanbul, syf.24 vd.

¹¹⁸ DEMİR, syf.15.

¹¹⁹ KEKEÇ, syf.21; DEMİR, syf.15; KAPLAN GÜLER, syf.37.

etik kurallarıdır. Yani arabulucunun uyması gerektiği etik kuralları ayrı bir başlık altında düzenlenmemiştir. Bu hususta Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından, 2013 yılının Mart ayında, Avrupa Birliği Konseyi'nin 2004 yılında çıkarmış olduğu, “Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kurallarını İçeren Direktif Taslağı” baz alınarak, etik kuralları kabul edilmiştir. Bu kurallar, Arabuluculuk Kurulu tarafından da kontrol edilmiş, tüm Türk Arabulucuları için de bağlayıcı, uyulması gerek kurallar haline gelmiştir¹²⁰.

2.5.1. İradeye Bağlı Olma

HUAK m.3/1 hükmünde ve gerekçesinde¹²¹ de belirtildiği üzere, “Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek

¹²⁰ ALBAYRAK, Hakan, (2018) *Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu*, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.17, syf.12-24, Gaziantep, syf.12 vd.

¹²¹ “Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözme yönteminin en temel ilkeleri iradi olma ve eşitlik ilkesidir. Bu ilkeler arabuluculuk uyuşmazlık çözüm yolunun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira devlet yargısı dışında bu yola başvurmak, süreci yürütmek ve sonuçlandırmak bakımından gönüllü olmak bu yolun başarısını sağlamaktadır. Ayrıca, taraflar bu yola başvururken ve süreci yürütürken eşit oldukları ve bunu hissettikleri ölçüde sürecin başarılı olması mümkündür. Birinci fıkrada arabuluculuk yolunun iradi olması ortaya konmuştur. Taraflar öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırmak konusunda anlaşmalıdır. Tarafların her ikisini veya birini, zorla bu sürecin içine dahil etmek mümkün değildir. Uyuşmazlığın devlet yargısına taşınmadan çözülmesi için, hem kanuni düzenlemelerle hem de uygulamada taraflar teşvik edilebilir, bunu cazip kılacak bazı tedbirler alınabilir. Nitekim bu düzenleme içinde de bu yönde bazı hükümlere yer verilmiştir. Ancak tarafları buna mutlak anlamda zorlamak, bu yolun niteliğine tamamen aykırıdır. Bu yönde teşvik etmekle zorlamak arasındaki sınırın iyi çizilmesi gerekir. Şüphesiz bir uyuşmazlığı inatla sürdürmek veya çözümü zora sokmak için çaba gösteren tarafı engellemekte, tarafların dışında, kamunun da yararı vardır. Nitekim mahkeme önünden yapılan yargılamalarda da, kötü niyetle dava açan ya da dürüstlük kuralına aykırı davranan taraflar için birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak bu ne olursa olsun, mahkeme dışında çözüme zorlamak sonucunu doğuramaz; aksi halde herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki Anayasa hükmüne aykırılık meydana gelir. Gönülsüz ve isteksiz sırf mecbur olduğu için başlayan böyle bir süreçten başarılı sonuç elde edilemez. Tarafı zorla masaya getirmek mümkün olsa da, zorla masada tutmak ve müzakere zemini yakalamak mümkün değildir. Ayrıca gönülsüz yapılan bir anlaşmada kalıcı olmayacak en azından uygulanmasından birçok sorun çıkaracaktır. Taraflar sürecin iradi olması çerçevesinde, arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında da sürecin hangi kapsamda ve nasıl yürütüleceğini belirleyebilirler. Arabuluculuk faaliyetinin iradi olmasının gereği olarak, tarafların başladıkları bu süreci devam ettirip ettirmemek konusunda da serbestileri söz konusudur. Taraflar istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler, onların artık bu yolla uyuşmazlığı çözmek istememelerini de kabul etmek gerekir. Bu sürecin nasıl sonuçlandırılacağı da taraflara bağlıdır. Uyuşmazlığı tamamen çözen bir anlaşmaya varılabileceği gibi, kısmen çözüme varılabilir veya farklı bir çözümle de arabuluculuk faaliyeti sonuçlandırılabilir. Yani, süreç her zaman uzlaşma ve anlaşmayla sonuçlandırılmak zorunda değildir. Bu, arabuluculuğun esnek yapısının da bir gereğidir.” TBMM Hukuk

konusunda serbesttirler.” Anlatılmak istenen Şu ki, arabulucuya başvurmak kural olarak iradi bir durumdur. Başvuru s¼reci gibi yine s¼reci devam ettirmek ya da s¼reci sona erdirmek de tamamen g¼n¼ll¼l¼k esasına dayalıdır¹²².

Arabuluculuk, mahkemelere alternatif bir ç¼z¼m y¼ntemi olmayıp, ç¼z¼m hususunda mahkemelere yardımcı bir roledir. Bu y¼nteme başvuru, yargı yolunu kapatmaz, taraflar anlaşamamaları halinde yine mahkemede ç¼z¼m aramakta serbesttirler. Bu sebeple ki arabuluculuk y¼nteminin en temel özelliği iradi olmasıdır¹²³.

G¼n¼ll¼l¼k ilkesi esas olmakla birlikte bir de arabulucuya baŐvurmanın zorunlu olduğu, bu başvurunun dava Şartı haline getirildiği yani başvuru yapmaksızın dava açılmayacağı durumlar s¼z¼ konusudur. Nitekim 7036 Sayılı İŞ Mahkemeleri Kanunu m.3 ve 7155 Sayılı T¼rk Ticaret Kanunu’nun 20.maddesi ile 6102 Sayılı T¼rk Ticaret Kanunu’na eklenen 5/A maddeleri bu duruma örnektir. T¼rk Hukuk Mevzuatı i¼erisinde yapılan yeniliklerle iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda ve ticari davalardan doğan uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru dava Şartı haline getirilmiştir. Bu Şartın yerine getirilmemesi halinde dava usulden reddedilir. Zorunlu arabuluculuk olarak da nitelendirilen bu d¼zenleme ilk bakıldığında g¼n¼ll¼l¼k ilkesi a¼ısından, tarafların iradeleri a¼ısından zedeleyici g¼z¼kse de burada amaç sistemin g¼n¼ll¼ olarak kabul¼ne engel olmak değil aksine uyuşmazlığa konu taraflara teŐvikidir. Öyle ki gerek Avrupa İnsan Hakları S¼z¼lemesi m.6 gerekse Anayasamızın 36.maddesinde hük¼m altına alınan “hak arama özg¼rl¼đ¼” ilkesine de aykırı g¼z¼ken bu durum, kanaatimce s¼rece başvuru aşamasında zorunluluk olarak kalması, s¼recin ilerlemesi ya da s¼recin sona erdirilmesinde tarafların yine özg¼rce karar verebilmeleri halinde ne “hak arama özg¼rl¼đ¼” çerçevesinde ne de g¼n¼ll¼l¼k esasınca bir engel teşkil etmeyecektir.

Konu başlığımız olan aile arabuluculuğu hususunda iradilik ilkesini incelediğimizde, mevcut yasal d¼zenleme i¼erisinde zorunlu bir arabuluculuk y¼nteminin olmadığını g¼r¼r¼z. Yani hen¼z dava Şartı arabuluculuk ile ilgili bir d¼zenleme hukuk sistemimiz i¼erisinde mevcut değildir. Ancak buna karşılık, “4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin

Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu İle Adalet Komisyonu Raporları (1/486), S. Sayısı: 233, syf.7-8. (<http://www.tbmm.gov.tr>).

¹²² KARACABEY, Kürşat, (2016/1), *Zorunlu Arabuluculuğuun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar*, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 2016, syf.466; KEKEÇ, syf.70; DEMİR, syf.33.

¹²³ DEMİR, syf.33; KEKEÇ, syf.70.

Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun” madde 7 içerisindeki düzenleme gereği hakim, uyuşmazlığa taraf olan bireyler talep etmese dahi tarafları sulhe teşvik edebilir. Buradaki sulhe teşvik bir nevi arabuluculuğa teşvik olarak da değerlendirilebilir¹²⁴. Başvurulan sulhe teşvik, belirli konular için geçerli olmayıp, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edip edemeyeceklerine bakılmaksızın, aile hukukundan doğan tüm uyuşmazlıklar için geçerli gözükmektedir¹²⁵. Keza 4787 Sayılı Kanun’un 7.maddesi, “aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder.” demek sureti ile “sorunlar” kavramını kullanarak, uyuşmazlıkları daha geniş ele almış, uyuşmazlıklar için bir sınır koymamıştır. Fakat aile mahkemesi hakimi için sulhe teşvik noktasında bir sınır söz konusu değil iken, arabuluculuğa teşvik için HUAK kapsamınca sınır söz konusudur. Keza HUAK m.1/II, “serbestçe tasarruf edilebilecek uyuşmazlıklar” diyerek sınırı açıkça ifade etmiştir¹²⁶. Sulhe teşvik, mantıklı bir yöntem olmasına karşın uygulamada yetersiz kalmaktadır. Belki mahkemelerin yoğunluğu, belki de tarafların mahkeme yargılaması sürecinin ilk aşamasında içinde buldukları ruh hali, sulh olma ihtimallerini düşürmektedir.

Aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvuru sisteminde dava şartı arabuluculuk uygulamasının getirilmesi planlanırken, bu durum bir hayli tartışmalara sebep olmaktadır. Kanaatimce, zorunlu arabuluculuk bir dayatma hali olmayıp, taraflar için sadece bir ön aşamadır. Yaşanan uyuşmazlıkların birçoğunun bu yöntem ile daha hızlı ve daha ekonomik yolla çözüme kavuşturabileceği ihtimali düşünüldüğünde, yöntemin uygulamada dava şartı olarak kabul edilmesinin zarardan çok fayda getireceği öngörülebilir.

2.5.2. Tarafsızlık ve Eşitlik

¹²⁴ TANRIVER, Süha, (2014) *Aile Mahkemesi Hâkimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi*, Ankara, (TANRIVER, Sulhe Teşvik), syf. 114; DAĞLIOĞLU, syf. 556; DURAK, Yasemin, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olan Arabuluculuk ve Medeni Hukuktaki Görünümü*, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S.3, C.2, Antalya, 2013, syf.70.

¹²⁵ TANRIVER, (TANRIVER, Sulhe Teşvik), syf.115; DAĞLIOĞLU, syf. 556; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.136. Aksi kanaatte bkz. BÖRÜ, Levent, (2019), *Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler*, II.Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, syf.1043-1062, Ankara, (BÖRÜ, Gelişmeler), syf.1050.

¹²⁶ DURAK, syf. 70; TANRIVER, (TANRIVER, Sulhe Teşvik), syf.115; DAĞLIOĞLU, syf. 557; BÖRÜ, (BÖRÜ, Gelişmeler), syf.1048.

Arabuluculuk sürecinin en sağlıklı şekilde işlemesi, arabulucunun bu hususta görevini layıkıyla yerine getirebilmesi, uyuşmazlığa konu her iki taraf açısından da tarafsızlığını ve eşitliğini koruyabilmesine bağlıdır¹²⁷. Bu sebeple arabuluculuk faaliyetine hakim olan ilkelere önemli bir diğer ilke de tarafsızlık ve eşitlik ilkelere zaval gelmemesi noktasında gerek taraflar, gerekse arabulucu üzerine düşeni yapmalı, taraflara eşit mesafede olmalı, her iki tarafla da gereğinden fazla yakın olmamalı, menfaate dayalı ilişkiler kurmamalıdır.

Tarafsızlık ve eşitlik ilkelerini korumak adına HUAK içerisinde birtakım hükümler konulmuştur. Buna göre; m.2/b “Arabuluculuk; ... tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.”, m.8 “Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve iletişim kurabilir. Taraflar bu görüşmelere vekilleri aracılığıyla da katılabilirler.”, yine m.9 da “(1) Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir. (2) Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve şatların varlığı halinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir. (3) Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. (4) Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açtığı davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez.”¹²⁸.

Eşitlik ilkesi, Anayasal bir ilke olup, hemen her konuda göz önünde bulundurulması gereken bir ilkedir. Tüm uyuşmazlık çözüm yöntemleri için ortak bir ilke olan eşitlik ve beraberinde tarafsızlık ilkelere, aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk çözüm yöntemi için de göz önünde bulundurulması esastır. “Hukukla ilgili iki olumsuz deneyimim oldu. Birincisinde bir davayı kaybettim. İkincisinde kazandım. Biz atalarımızdan bilgeliği/hikmeti hiç öğrenemeyecek miyiz?” diyen Victor Hugo, yaşanan uyuşmazlıkların sonucunun neden illa ki kazanma ve kaybetme üzerine kurulu olması gerektiğini sorgularken, tarafların yaşamış oldukları bu uyuşmazlıkları uzlaşma

¹²⁷ KEKEÇ, syf.60; ALBAYRAK, syf.14; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.133.

¹²⁸ <http://www.kgm.adalet.gov.tr>

yolu ile kazan-kazan anlayışı çerçevesinde çözümesinin gerekliliğini vurgulamıştır¹²⁹. Öyle ki her iki tarafın da fayda sağlamasını amaçlayan arabuluculuk sisteminin belki de en önemli özelliği budur. Bu durumda tarafız ve bağımsız üçüncü kişi konumundaki arabulucunun görevi, her iki taraf için de eşit mesafede davranmak, uyuşmazlık konularını dinlerken tarafsız kalabilmek ve tarafların ortak faydası için hareket etmek olmalıdır.

2.5.3. Gizlilik

Arbuluculuk faaliyetine hakim olan ilkelerden bir diğeri de gizlilik ilkesidir. Uyuşmazlığa konu tarafların arabuluculuk faaliyetine güvenebilmesinin en önemli şartı sürecin gizlilik çerçevesinde işlemesine bağlıdır. Aksi halde çözüm amaçlı bir araya geldikleri ortamda, kendileri adına herhangi bir bilginin ileride kendisi aleyhine kullanılacak olması düşüncesi her iki tarafın da sürece olan inancını azaltacak, çözüm yolunu sekteye uğratacaktır¹³⁰.

Her ne kadar kamuda esas olan aleniyet ilkesi ise de bazı durumlar bu aleniliği kaldıramayacak kadar hassastır. Özellikle de tez konumuz olan aile hukuku uyuşmazlıklarını düşündüğümüzde, kat ve kat özen gösterilmesi gereklidir. Keza aile hayatının mahremiyeti, ailevi sınırlar, aile bireylerinin özel bilgileri göz ardı edilemeyecek kadar önemli hususlardır. Bu sebeple ki gizlilik ilkesi arabuluculuk faaliyetinin en önemli ilkelerinden biri olarak karşımıza çıkar¹³¹.

HUAK m.4¹³², arabuluculuk sürecinde gizlilik ilkesinin her yönünü açıklar niteliktedir. Buna göre, hem arabulucu hem de sürece dahil olan taraflar bu ilkeye uymakla yükümlüdürler. Ne uyuşmazlığa konu taraflardan birinin paylaşmış olduğu özel bir bilgi arabulucu tarafından diğere tarafa aktarılabilir ne de süreç içerisinde ortaya konan karşılıklı özel bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılabilir.

¹²⁹ COŞAR, syf.6-7; KEKEÇ, syf.60; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.134.

¹³⁰ YAZICI TIKTIK, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2013, syf.51.

¹³¹ KEKEÇ, syf.75-76.

¹³² HUAK m.4; “Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğere bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğere kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadır.” (<http://www.mevzuat.gov.tr>)

HUAK m.5 de yine gizlilik ilkesi ile ilgili olup, arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sona erdirilememesi halinde, süreç içerisinde ortaya konan bilgi ve belgelerin daha sonra taraflarca ifşa edilemeyeceğidir. Bu bilgi ve belgelerin kapsamı somut yazılı deliller olabileceği gibi, taraflar arasında sunulmuş teklifler, konuşulan soyut sohbetler, tanık bilgileri vb. olabilir¹³³. Yine madde devamında, sürece ilişkin bilgi ve belgelerin idari bir makam, mahkeme ya da hakem tarafından istenemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Elbette ki bu gizlilik hali mutlak olmayıp istisnai durumlar söz konusudur. Sürecin halli için konulan bu istisnalar, kanun hükmü tarafından emredilmesi, arabuluculuk sürecinin olumlu sonuçlanmasıyla tarafların anlaşması ve bu anlaşmanın uygulanması, icrası durumlarıdır. Yine taraflar karşılıklı anlaşmaları takdirde bu bilgi ve belgeler arabulucu tarafından kullanılabilir¹³⁴.

Gizlilik ilkesine uymamanın yaptırımları ağır olup bu durum yine bu ilkenin önemini vurgular niteliktedir. HUAK m.33, “ Bu Kanunun 4 üncü maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.” demek suretiyle, gizliliğin ihlali başlığı altında gizliliğe aykırılığın yaptırımını hüküm altına almıştır. Ayrıca arabulucunun sicilden silinme sebepleri de HUAK m.21 içerisinde sayılmıştır¹³⁵.

2.6. Arabuluculuk Süreci

2.6.1. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması

Arabuluculuk süreci mahkeme ile ilişkisine göre üçe ayrılır; birinci sistem, “mahkeme dışı arabuluculuk” ikinci sistem, “mahkeme içi arabuluculuk”, son sistem ise “mahkeme bağlantılı arabuluculuktur.” İlk sistemde, mahkemeden bağımsız bir süreç vardır ve taraflar serbest iradeleriyle yaşadıkları uyuşmazlığa çözüm için bir arabulucuya başvururlar. İkinci sistem ise, zorunlu arabuluculuk olarak nitelendirebileceğimiz, başvurunun dava şartı olduğu, hangi uyuşmazlıkta mahkemeye başvurulacağına kanunda belirlendiği sistemdir. Bir de bu sistemlerin yanı sıra “mahkeme bağlantılı

¹³³ KAPLAN GÜLER, syf.49.

¹³⁴ KEKEÇ, syf.80 vd.; aynı yönde bkz. KAPLAN GÜLER, syf.52

¹³⁵ (<http://www.mevzuat.gov.tr.>)

arabuluculuk” vardır ki, özellikle aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilir. Burada mahkeme, tarafları bu yönetime başvurmaya teşvik eder. Böylece süreç mahkeme ile beraber yani bağlantılı olarak işler¹³⁶. Türk Hukuk Mevzuatı değerlendirildiğinde, bu üç sistemin de uygulandığı görülür. Buna göre, getirilen zorunlu arabuluculuk uygulamaları ile “mahkeme içi arabuluculuk”, tarafların dava açılmasını kendileri ile seçtikleri arabulucuya başvurmaları halinde “mahkeme dışı arabuluculuk”, açılmış bir davada mahkeme sırasında hakimin teşviki ile başvuru arabuluculuk yöntemi ile de “mahkeme bağlantılı arabuluculuktan” söz edilir¹³⁷.

Arabuluculuk sürecindeki bu üç sistem için de prosedürler farklı farklıdır. “Mahkeme dışı arabuluculuk”, arabulucuya başvurulması zorunlu olmayıp, tarafların iradelerine göre serbestçe başvuru yapabileceği, arabulucu olacak kişiyi kendilerinin belirlediği bir yöntemdir. Taraflar aralarında anlaşmaları üzerine ister dava açılmadan önce isterlerse de dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurabilirler. Yine mahkeme hakimi de arabulucuya başvurulması için tarafları teşvik edebilir¹³⁸.

“Mahkeme bağlantılı arabuluculuk” sisteminde ise, açılmış olan bir davada hakim tarafından önerilen bir arabulucu görev alır. Hakim, davanın açılmasından sonra taraflara dostane bir çözüm yolu olan arabuluculuk faaliyetini kabul edip etmediklerini sorarak, tarafların bu durumu istemesi halinde bir arabulucu atayabilir. Diğer bir yol da, hakimin dava başlamadan önce arabuluculuk süreci için davayı erteleyerek, taraflara süre vermesidir. Her iki usulde de arabuluculuk faaliyeti, mahkemeden bağımsız olarak yürütülür.¹³⁹

¹³⁶ Bahsedilen bu üç sistem, Alman Hukuku’nda Arabuluculuk Kanun Tasarısı içerisinde m.1 içerisinde açıklanmış, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesinde bu üç sistemden birinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. HOPT, Jürgen, Klaus/ STEFFEK, Felix, (2008), *Mediation*, Mohr Siebeck Tübingen, Hamburg, syf.20, (<http://www.bundesgerichtshof.de>)

¹³⁷ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.164.

¹³⁸ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.164; Arabuluculuk faaliyetinin işleyişi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Dördüncü Bölüm, Arabuluculuk Faaliyeti, m.13 vd. (<http://www.mevzuat.gov.tr>)

¹³⁹ HESS, Burkhard, (2008), *Mediation und weitere Verfahren Konsensualer Streitbeilegungs-Regelungsbedarf im Verfahrens-und Berufsrecht*, München, syf.11.

Zorunlu arabuluculuk sürecini ifade eden “mahkeme içi arabuluculuk” sisteminde, süreç hakim tarafından bizzat yürütülür. Arabulucuya başvuru zorunlu olup aynı zamanda dava şartıdır. Arabulucuya başvurulmaması halinde davanın reddi gerekir.¹⁴⁰

Her ne kadar mevcut yasal düzenleme içerisinde, aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak arabuluculuk yöntemi “mahkeme bağlantılı arabuluculuk” sistemi ile yürütülmekteyse de, bu konuda son dönemde yapılan çalışmalar doğrultusunda aile hukukuna dair belli başlı uyuşmazlıklar için zorunlu arabuluculuk sisteminin getirilmesi planlanmaktadır. Bu uyuşmazlıklar için dava şartı arabuluculuk çözüm yöntemi faaliyete başladığı takdirde, arabuluculuk sistemlerinden “mahkeme içi arabuluculuk” söz konusu olacaktır.

2.6.2. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.17’de arabuluculuğu sona erdiren haller teker teker sayılmış olup, “ tarafların anlaşmaya varması, taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi, 04.12.2004 tarihli ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi “ durumları arabuluculuk faaliyetini sona erdirir¹⁴¹.

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde, tarafların anlaşıp anlaşamama durumuna göre bir tutanak hazırlanır. Bu tutanak arabulucu tarafından düzenlenip imzalanırken, tutanak içerisinde taraflar ve kanunu temsilcilerinin de imzası olması zorunludur. Öyle ki taraflarca ya da vekillerinde imzalanmayan belge, imzalanamama sebebi belirtilerek arabulucu tarafından imza altına alınır. Taraflar anlaşmamış dahi olsa, bu belgenin

¹⁴⁰ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.165.

¹⁴¹ (<http://www.mevzuat.gov.tr>)

hazırlanması ve imzalanması gerek hak düşürücü süreler gerekse zamanaşımı hesaplanmalarında önemlidir¹⁴².

Faaliyet sonunda düzenlenen tutanakta, m.17/III kapsamında, varılan sonuç dışında yazılacak esaslara taraflar kendileri karar verirler ve arabulucu bu konuda tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklama zaman zaman bütün yönleriyle esaslı bir açıklama olabileceği gibi zaman zaman kısa bilgiler de içerebilir. Bunun sebebi bazı durumların hassasiyet içermesi ve konuların gizli kalmasının öneminden kaynaklanabilir¹⁴³.

Arabuluculuk Kanunu m.17/IV ve Arabuluculuk Kanun Yönetmeliği m.20/4 gereği arabulucu, faaliyetin sona ermesiyle beraber uyuşmazlığa ilişkin tüm bilgi ve belgeleri beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Düzenlemiş olduğu son tutanağın birer örneğini taraflara verirken, bir örneğini de faaliyet sona erdikten sonra bir ay içerisinde Arabulucu Bilgi Sistemi üzerinden Genel Müdürlüğe göndermekle yükümlüdür¹⁴⁴.

2.6.3. Arabuluculuk Süreci Sonrası Başvurulabilecek Kanun Yolları

Sürecin sona ermesi ve anlaşmaya varılması durumunda anlaşmaya ilişkin konular taraflarca belirlenir ve anlaşma belgesi yine taraflar, kanuni vekilleri ve arabulucu tarafından imzalanır. Bu belge ilam niteliğinde belge sayılır. Yine tarafların bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine dair şerh verilmesini talep etme hakkı vardır ve dava açılmadan önce başvuru halinde icra edilebilirlik şerhi arabulucunun görev yaptığı yerin sulh hukuk mahkemesince verilir. Eğer ki başvuru, dava görülüşü sırada yapılmışsa, şerh, davanın görüldüğü mahkemeden istenebilir¹⁴⁵.

İcra edilebilirlik şerhinin talebi, çekişmesiz yargı kapsamındadır ve buna dair inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak mevcut konumuza ilişkin şerh yani aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa elverişli konularda şerh verilmesi işlemi dosya

¹⁴² TANRIVER, Süha, (2009) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdiklerinin Değerlendirilmesi, Prof.Dr.Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, (TANRIVER, Değerlendirmeler), syf..651.

¹⁴³ TANRIVER, (TANRIVER, Değerlendirmeler), syf.651; ÖZBEK, (ÖZBEK, Alternatif Çözüm), syf.1057.

¹⁴⁴ (<http://www.mevzuat.gov.tr>)

¹⁴⁵ EROL, syf.185-186; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.194.

üzerinden değil, duruşmalı olarak yapılan yargılama sonucu verilir.(m.18/III)¹⁴⁶. Yapılacak inceleme, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa ve varılan anlaşmanın cebri icraya elverişliliği ile sınırlı olup, içerik incelemesi yapılamaz. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi için yapılan başvurunun reddi halinde istinaf kanun yolu açık bırakılmıştır. İstinaf incelemesi dilekçe içerisinde yazılı haller için sınırlı olacak ancak kamu düzenine aykırı bir durumun varlığı re'sen gözetilecektir. İstinaf mahkemesinin de içerik inceleme yetkisi yoktur¹⁴⁷.

Belirtilen bu haller dışında anlaşmaya ilişkin kanun yolları kapalıdır. Yani tarafların aralarında bir anlaşmaya varması halinde, üzerinde anlaşmış oldukları hususlarda dava açma hakları yoktur. (Ek: 12/10/2017-7036/24 md.)¹⁴⁸.

2.6.4. Arabuluculuk Sözleşmesi

Arabuluculuk sözleşmesi, tarafların yargı yoluna gitmeden, arabuluculuk yolu ile karşılıklı kendi iradeleri sonucu anlaştıkları sözleşmedir. Burada amaç, uyuşmazlığın mümkün olduğunca en kısa ve ekonomik yönden çözümlenmesini sağlamaktır¹⁴⁹. Bu sözleşmenin yapılmasındaki amaç, kısa yoldan çözüm sağlamak olduğu için, sözleşme içerisinde çok ayrıntı verilmeksizin genel sonuçların tespiti yapılmalıdır¹⁵⁰. Sözleşme içerisinde, sözleşmenin tarafları olan arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları olan bireylere ilişkin bilgiler yer almalı, yaşanan uyuşmazlığın konu ve kapsamı içerisinde genel bir bilgi verilmeli, sonuç olarak çözüm sağlanıp sağlanamadığına dair açıklamalar yapılmalıdır¹⁵¹.

Sözleşme hazırlanırken, açık, sade ve anlaşılır bir dil kullanılmalı, karşılıklı her iki tarafın da iradesini içermeli ve arabuluculuk faaliyetine ilişkin esaslar tek tek yazılmalıdır¹⁵². Bu belgenin varlığı ilam niteliğinde sayılacak olup, ayrıca icra

¹⁴⁶ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.194.

¹⁴⁷ EROL, syf.186.

¹⁴⁸ (<http://www.mevzuat.gov.tr>)

¹⁴⁹ HOPT/STEFFEK, syf.26; HESS, syf.16; BADUR, Emel, (2020), Arabulucu Sözleşmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C.15, S.165, syf.248-265, Ankara, (BADUR, Sözleşme), syf.249.

¹⁵⁰ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.102; BADUR, (BADUR, Sözleşme), syf. 249.

¹⁵¹ ÖZEKEŞ Muhammet/ EKMEKÇİ, Ömer/ ATALI, Murat, (2018) *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, İstanbul, syf.420.

¹⁵² TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.102; BADUR, (BADUR, Sözleşme), syf.249.

edilebilirlik şerhi alınması zorunluğunun ortadan kalkmış olması, arabuluculuk sözleşmesinin de önemini göstermektedir¹⁵³.

Borçlar Hukuku anlamında sözleşme niteliği taşıyan arabuluculuk sözleşmesi, sözleşmelere ilişkin genel şartlara tabidir. Sözleşmenin konusu kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olamayacağı gibi imkansız da olamaz¹⁵⁴.

HUAK kapsamında yapılan değişiklikler sonucunda, tarafların anlaşma sağlaması üzerine imzaladıkları arabuluculuk sözleşmesi geçerli olup, üzerinde anlaşmış oldukları konular için tekrar dava açabilmeleri mümkün değildir. Arabuluculuk sözleşmesinin bağlayıcılığını kuvvetlendiren bu hüküm ile kararların tekrar tekrar değiştirilerek bir nevi çocuk oyuncağına çevrilmesi engellenmiş, anlaşma sağlayan taraflar için kolaylık sağlanarak, yargının işgal edilmesi durumunun önüne geçilmiştir. İcra edilebilirlik şerhi olsun olmasın, anlaşma sağlanan konularda tekrar dava açma engelinin getirilmesi, arabuluculuk sözleşmesinin bağlayıcılığını ve beraberinde önemini artırmıştır¹⁵⁵.

Her ne kadar Türk Hukuk Sistemi içerisinde, sözleşmeler için “şekil serbestiliği” ilkesi geçeliyse de arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu, taraflar ve taraf vekillerince imzalanır denilmekle, şekil şartı konulmuş aksi halde geçersiz olacağı kabul edilmiştir¹⁵⁶.

¹⁵³ EROL, syf.175; BADUR, (BADUR, Sözleşme), syf.250; KEKEÇ, syf.129.

¹⁵⁴ ILDIR, syf.104; BADUR, (BADUR, Sözleşme), syf.254; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.104.

¹⁵⁵ ERTÜRK, Mustafa, (2019), *Arbuluculuk Sözleşmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, syf.115 vd.; YAZICI TIKTIK, syf.200.

¹⁵⁶ ERTÜRK, syf.96; ILDIR, syf.66.

3. AİLE KAVRAMI, EVLİLİK KAVRAMI, AİLE HUKUKU

Yargıda yaşanan yoğunluk, uyuşmazlık yaşayan tarafları alternatif çözümler bulmaya itmiş, bu durum arabuluculuğu gündeme getirmiştir. Bu tıkanıklığın en sık görüldüğü yerlerden biri de aile mahkemeleridir. Türkiye İstatistik Kurumu'nun verilerine göre ülkemizde her geçen yıl evlenme oranı azalma eğilimi gösterirken, boşanma oranları ise artmaktadır¹⁵⁷. Yine istatistik verilerine bakıldığında boşanma sebeplerinin %87'sinin de geçimsizlik yani taraflar arasındaki anlaşmazlık olduğu görülür¹⁵⁸. Bu gidişatın belki de en üzücü taraflarından birisi ise evlilik kurumunun önemini idrak edemeyen bireylerin en ufak bir tartışmada işi yokuşa sürmeleridir. Maalesef özellikle de yeni nesilde sıkça karşılaşılan bu durum sonucunda evlilikler belki de daha yılını tamamlamadan sona ermekte, halk arasındaki deyimle incir çekirdeğini doldurmayacak nedenler tarafları hakim karşısına çıkarmaktadır. Bazen bu uğurda bireylerin kaçış gibi gördükleri boşanma, uzun vadede çok ağır yıkımlar olarak geri dönerken bazen de çok daha ağır sonuçlar doğurarak müşterek çocukları adeta boşanmanın yetimi haline getirmektedir. Elbette ki nedenlerin ciddiyeti halinde evliliği ısrarla sürdürmek çok daha büyük bir yanıştır ancak nedenlerin basitliğinden sona erecek bir evlilik de bilgisizlik, tecrübesizlik ve rehbersizliğin kurbanı olmamalıdır¹⁵⁹.

Aile arabuluculuğu hukuksal bir kavram olarak ülkemizde yeni gündeme gelmişse de sosyal devlet anlayışını benimseyen birçok ülke bu konuda önemli adımlar atmıştır. Aslında bu konudaki hassasiyetimizi anlayışla karşılamak gerekir. Hukuka dair diğer alanlarda daha cesur davranmak, söz konusu alanların maddi değerler içermesindedir. Aile hukuku ise maddi manevi birçok değeri barındırır ve her anlamda özen ister. Yaratılış gereği her ne kadar çocuk ve kadın korunmaya muhtaç gibi görünse de aile içerisindeki her birey en önemlisi de aile kavramı korunmaya muhtaçtır. Aile toplumun en temel yapıtaşıdır ve sağlıklı bir ülkenin varlığı sağlıklı bireylerin yetişmesinden geçer. Sağlıklı bireyler ise ancak sağlıklı aile ortamında büyürler. Bir başlangıç ya da bir bitiş dahi olacak ise bu en huzurlu ortamda çözümlenmeli, iyi niyetlerle çıkılan çözüm yolu, kötü sonuçlara sebebiyet vermemelidir. İşte bu hususta da anlaşmazlığın çözümlenmesi profesyonel mekanizmalar ile halledilmelidir. Her birey

¹⁵⁷ [http:// www.tuik.gov.tr](http://www.tuik.gov.tr)

¹⁵⁸ TERCAN, Erdal, "Türk Aile Mahkemeleri", AÜHFD 2003/3, Ankara, 2003, syf.19.

¹⁵⁹ TERCAN, syf.19;

öncelikle kendisini ve ailesini korumakla yükümlü ise de eksik kaldığı hususta yardımına yargı ve bu yargıya alternatif çözümler koşmalıdır. Burada sorulması gereken soru, ayrılık sürecinde tarafların ortak noktada buluşabildiği bir anlaşmanın sağlanabilmesi için yeni bir müdahale biçimi olarak gündeme gelen aile arabuluculuğunun yöntem olarak ne derece elverişli olduğudur? Bu husus, cevaben konu konu çalışmamızda işlenmiş olup, son bölümde ise genel anlamda elverişlilik hususu ele alınmıştır.

3.1. Aile Kavramı

Aile, kavram olarak her toplumun yapısına göre farklı tanımlanmış, bu tanımlar döneme göre de farklılaşmıştır. Türk Dil Kurumu (TDK) aileyi, “evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler, arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik”¹⁶⁰ olarak tanımlamıştır.

Literatürde farklı yazarlarca da farklı tanımlanan aile kavramı, Türk Medeni Kanunu’na göre birbirinden farklı üç şeyi ifade etmektedir. “Sadece eşlerden oluşan bir birliği ifade eder” derken “dar anlamda aile”, ”Ana, baba ve çocukların oluşturduğu topluluğu ifade eder” derken “geniş anlamda aile”, “Bir ev başkanının yönetiminde aynı çatı altında hep birlikte aile halinde yaşayan bireylerden oluşmuş bulunan insan topluluğudur” derken de “en geniş anlamda aile” ifade edilmektedir¹⁶¹.

İçinde yaşadığımız toplumun temeli ve en küçük yapı taşı olan aile, önemi gereği Anayasa içerisinde de ayrı bir madde olarak düzenlemiştir. “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı korur.” (m.41) Aile içerisinde yer alan bireyler arasındaki ilişki “aile ilişkileri”, bu ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarının tümü ise “aile hukuku” olarak nitelendirilir¹⁶². Türk Hukuk sistemi içerisinde Aile

¹⁶⁰ Ailenin ilk anlamı bu şekilde olup diğer anlamları, “2.Aynı soydan gelen ve aralarında akrabalık ilişkileri bulunan kimselerin tümü, 3.Birlikte oturan hısım ve yakınların tümü, 4.Eş, karı, 5. Aynı gaye üzerinde anlaşılan ve birlikte çalışan kimselerin tümü, 6.Temel niteliği bir olan dil, hayvan ve bitki topluluğu, familya.” Türk Dil Kurumu, Çevrimiçi, <http://www.tdk.gov.tr> (son erişim: 04.02.2020).

¹⁶¹ AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ KARAMAN Derya, (2013), Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 2.cilt, 13.Bası, İstanbul, syf.5-6.

¹⁶² AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.6-7; ÖZTAN Bilge, (2004), Aile Hukuku, 5.Bası, Ankara, syf.3.

Hukuku, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabında "Aile Hukuku" başlığı altında düzenlenmiştir¹⁶³.

3.1.1. Ailenin Korunmasının Önemi

Aile, toplumun yapı taşı olup önemi aşikardır. Bu nedenle aile hayatının devamlılığı esas olup, ailenin korunması, aile ilişkilerinin düzenlenmesi gerekir. Aile içindeki bireylerin yaşamı, sadece buldukları aileyi değil tüm toplumu etkiler. Huzurlu ortamda, doğru şekilde yetişmiş kişi, ailesine ve kendine olduğu kadar topluma da olumlu anlamda katkı sağlar¹⁶⁴.

Diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de aile kavramı için tehlike çanları çalmaktadır. Her geçen gün değişen yaşam koşulları, ayak uydurulması gereken düzen vb durumlara entegre olamayan bireyler kendi içerisinde de anlaşmazlığa düşerek evliliğin kutsallığını unutmaktadır. Bu sebeple aile kavramının korunup kollanması daha da önemli hale gelmiştir ve bu görev karı-koca arasındaki ilişkiye üçüncü taraf olarak müdahil olan devlete düşer. Sadece bireyin yaşadığı devlet değil tüm devletlerin dahil olduğu uluslararası topluluklar da bu anlamda önlemler almaktadır. Örneğin, Birleşmiş Milletler bu konuda farkındalık yaratmak amaçlı, 8 Aralık 1989 tarihli karar ile 1994 yılını "Uluslararası Aile Yılı" olarak kabul ve ilan etmiştir¹⁶⁵.

Ailenin korunmasına ilişkin hukuk sistemimiz içerisinde başta Anayasa olmak üzere anayasal düzenleme ile orantılı birçok kanuni düzenleme mevcuttur. Bunlardan en önemlisi 4271 sayılı 1 Ocak 2002 yürürlük tarihli Yeni Türk Medeni Kanunu'dur. Medeni Kanun içerisinde aile hukuku, kişiler hukuku başlığı sonrasında ikinci kitapta düzenlenmiştir. Daha önce de bahsettiğimiz gibi aile, "dar anlamda aile", "geniş anlamda aile" ve "en geniş anlamda aile olarak" kavramlarıyla hüküm altına alınmıştır. "Dar anlamda aile" sadece eşlerden oluşan aile birimi olup, kanun içerisinde 118-281. maddeler arasında düzenlenmiş, eşlerle birlikte çocukların da bulunduğu "geniş anlamda aile" 335-351. maddeler arasında, "en geniş anlamda aile" olarak adlandırılan, "anne, baba ve çocukların dışında, aynı hane içerisinde hayat sürdüren kan bağı ile

¹⁶³ ÖZTAN, syf.4.

¹⁶⁴ KARAGÖZOĞLU, Nursen, (2017), Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, syf.9.

¹⁶⁵ ARIKAN, Çiğdem, Yoksulluk, Evlilikte Geçimsizlik ve Boşanma, Ankara, 1992, syf.11.

bağlı, hısımlar, kayın hısımları ve bir sözleşme akdi hasebiyle ailenin yanında şoför, bahçıvan, dadı, çırak, hizmetçi, işçi ve bekçi gibi çalışanları da içine alan bireylerin oluşturduğu topluluk”, 367.maddede düzenleme alanı bulmuştur.¹⁶⁶

Türk Hukuk Sistemi içerisinde kanunlarla koruma altına alınan aile, ceza hukuku açısından da hüküm altına alınmıştır. “Aile Düzenine Karşı Suçlar” başlığı altında 230-234. maddeler arasında düzenlenen hükümler şöyledir; “Birden çok evlilik, hileli evlenme ve dinsel törenler” (m.230), “Çocuğun soy bağına değiştirme” (m.231), “Aile fertlerine kötü muamele” (m.232), “Aile hukukundan kaynaklanan hükümlerin ihlali” (m.233) ve velayet yetkisine ilişkin “Çocuğun kaçırılması ve alıkoyulması” (m.234). Bu maddelere uyulmadığı takdirde her bir suç kendi hükmünce cezalandırılacak olup, bu hükümlerin caydırıcı olması hedeflenmiştir¹⁶⁷.

Türk Hukuk Mevzuatı içerisinde kanunlarda yer yer maddelerle düzenleme alanı bulan aile için önemi gereği ayrı bir kanuni düzenleme de getirilmiştir. “08.03.2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, adı üzerinde aileyi koruma amaçlı hazırlanmış, sadece eşleri değil çocukları, diğer aile fertlerini ve aynı hanede yaşamını sürdüren diğer bireyleri de koruma altına almıştır. Yine “6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği” de bu hususta alınan kararları destekler niteliktedir¹⁶⁸.

Aileye ilişkin en önemli hukuki kaynaklardan birisi de uluslararası sözleşmelerdir. Öyle ki Anayasa m.90 “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” demek suretiyle uluslararası anlaşmaların önemini göstermiştir¹⁶⁹.

Aile ile ilgili uluslararası önemli kaynaklardan biri olan “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi” m.16 içerisinde aile ve evlenmeye ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu doğrultuda kararlar vererek, aile ve evlilik kurumunu koruma altına almıştır. Bir diğer önemli sözleşme “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)”, ailenin ve

¹⁶⁶ <http://www.mevzuat.gov.tr>.

¹⁶⁷ ARIKAN, syf.13; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.8.

¹⁶⁸ BİLEN, Mürüvvet, Sağlıklı İnsan İlişkileri, Ankara, 2004, syf.11; KARAGÖZOĞLU, syf.13.

¹⁶⁹ <http://www.mevzuat.gov.tr>.

özellikle kadının korunmasına dair önemli bir sözleşmedir. Bu sözleşmeyi imzalayan her devlet kendi ülkesindeki toplumsal eşitsizliği engellemek ile sorumlu tutulmuştur. Sözleşmenin esası her ne kadar kadına toplum içinde eşitlik sağlayıp, kadını korumak olsa da amaçlanan her bireyin birbirine eşit olduğu, istikrar ve güvenin sürdüğü refah bir toplum yaratmaktır¹⁷⁰.

3.1.2. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülükler

Evlilik birliğinin kurulması ile taraflar için birtakım hak ve yükümlülükler söz konusu olur. Bu hak ve yükümlülükler, mevcut yasal düzenlemede her iki taraf için de eşit iken; önceki Medeni Kanun, kadın-erkek eşitliğini tam olarak sağlayamadığından kadın ve erkek açısından farklılık göstermekteydi. Özellikle koca her anlamda ön plana çıkartılırken, bazı hak ve yükümlülükler sadece kocaya ya da sadece karıya yükleniyordu. Bu anlamda Türk Medeni Kanunu ile yapılan değişiklikler isabetli bir karar olmuş, kadın-erkek eşitliğinin sağlanması adına çok büyük adımlar atılmış, evlilik birliğinin getirmiş olduğu yükümlülükler, her iki taraf için de ortak hale gelmiştir¹⁷¹.

3.1.2.1. Birlikte yaşam sürme yükümlülüğü

İnsanlar neden evlenirler? Her baktığın pencereden birbirinden farklı yüzlerce cevabı olan bu sorunun sanıyorum genel olarak ortak cevabı birlikte yaşamak için evlenirler, olur. Öyle ki gerek toplum gerekse hukuk düzeni bunun aksi bir durumu hoş görmez, kabul etmez. Türk Medeni Kanunu da bu anlamda hükümler kurarak birlikte yaşamının önemini desteklemiştir. TMK m.186 “Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler” diyerek, m.194 ise aile konutu adı verilen bu yuvayı korumaya ilişkin hükümler kurarak birlikte yaşıyor olma yükümlülüğünü yasalar ile güvence altına almışlardır¹⁷².

3.1.2.2. Evlilik birliğini birlikte yürütme yükümlülüğü

¹⁷⁰ COLLANGE, Christian, (1997), Boşanma Salgını, (S.Akten Çeviri), Ankara, syf.93.

¹⁷¹ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.109.

¹⁷² YILDIRIM, M.Kamil, (2008), *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi*, syf.35-80, İstanbul, syf.36.

Aile olmanın belki de aile bireylerine yüklediği en önemli sorumluluklardan biri de aile birliğini birlikte yürütmektir. Birlikte yürütmekten kasıt, aileye mensup her bireyin üzerine düşeni yapması, maddi-manevi tüm sorumlulukları birlikte üstlenmesidir. Yeri geldiğinde erkeğin ev işlerinde eşine yardımcı olması, yeri geldiğinde de maddi külfetlerde kadının erkeğe destek olması, yine çocuklar için de anne ve babanın bu hayat telaşlarında manevi olarak desteği bu sorumluluklara örnek olarak verilebilir. TMK m.186 da bu durumu hüküm altına almış olup, “birliği eşler beraber yönetir” diyerek bireylere düşen görevleri desteklemiştir¹⁷³.

3.1.2.3. Sadakat yükümlülüğü

Evlilik birliğinde sadakat yükümlülüğünün hüküm altına alındığı yasal düzenleme, TMK “Evliliğin Genel Hükümleri” başlıklı bölümde 185.madde içerisinde yer almaktadır. Anılan maddeye göre eşler, beraber yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve dayanışma içerisinde olup yardımcı olmak durumundadırlar. Her ne kadar söz konusu madde evlilik başlığı altında düzenlenmiş ve “eşler” kelimesi kullanılmışsa da bu durumun sadece eşler değil nişanlılar açısından da geçerli olacağı aşikardır. Nişanlılık kavramının bir evlenme vaadi olduğu gözetilecek olursa sadakat yükümlülüğünün esas olduğu kabul edilmelidir ki genel kabul de bu yöndedir¹⁷⁴.

Sadakat, Arapça kökenli bir sözcük olup, TDK Güncel Türkçe Sözlüğü içerisinde “İçten Bağlılık” olarak tanımlanmıştır¹⁷⁵. Türk Medeni Kanunu’nda tanımı yapılmamış olsa da m.185/3 eşlerin birbirine sadık olma zorunluluğunu düzenlemiştir. Yine TMK Aile Hukuku’nun tamamında geçerli olan eşler arası eşitlik ilkesi, sadakat yükümlülüğü kavramı açısından da kabul edilmiştir. Yani taraflar arasında cinsiyet ayrımı yapılmaksızın her birey eşine sadık olmak zorundadır¹⁷⁶. Yargıtay bu kanun maddesini destekler nitelikte kararlar veriyor olmasının yanı sıra, sadakat yükümlülüğünün evlilik birliği bitmedikçe devam edeceğini savunan emsal kararlar çıkarmıştır. Öyle ki, taraflar arasında bir boşanma davası açılmışsa da evlilik birliği halen devam ettiği için taraflar

¹⁷³ KARAGÖZOĞLU, syf.23-24.

¹⁷⁴ BADUR Emel/ TURAN BAŞARAN Gamze, (2016), *Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi*, AÜHFD, syf.101-136, C.65, S.1, Ankara, syf.103.

¹⁷⁵ <http://www.tdk.gov.tr> (son erişim:06.02.2020).

¹⁷⁶ BADUR / TURAN BAŞARAN, syf.104.

bir başkası ile birlikte olamaz. Aksi halde bu eylemi gerçekleştiren taraf, kusurlu kabul edilir¹⁷⁷.

Sadakat yükümlülüğü denilince her ne kadar ilk akla cinsel sadakat kavramı gelse de, eşlerin arasındaki maddi-manevi, duygusal, eylemsel ya da düşünsel tüm ilişkileri bu kapsam dahilinde değerlendirilmelidir. Öyle ki aldatma illa ki fiziksel bir eylem değildir bazen. Yalan söyleme, eşler arasındaki sırların açığa çıkarılması, gerçekleri gizleme vb eylemler de her somut durumun kendi özelliğine göre sadakat yükümlülüğünün ihlali sayılabilir¹⁷⁸.

3.1.2.4. Karşılıklı yardım ve dayanışma yükümlülüğü

Evlilik, yazıldığı kadar basit bir kurum değildir. Bireylerin kendi doğup büyüdüğü aile ortamından ayrılarak kendi ayakları üstünde başka bir aile yaşantısı kurmaya çabalaması, zaman alan ve dönem dönem de yıpratıcı olan bir durumdur. İşte bu noktada evlilik kurumunun en önemli yükümlülüklerinden biri olan karşılıklı yardım ve dayanışma yükümlülüğü devreye girer. Eşler birbirlerinin yardımı ile evlilik hayatına zarar vermeden, birlikte uyum içerisinde yaşamayı öğrenmelidirler. Bu da her şeyden önce karşılıklı saygı ve sabır ile mümkün olur¹⁷⁹.

Günlük yaşamda her günümüz keyifli geçmez, geçemez. Böyle bir dünya düzeni olsa zaten orada bir sıkıntı olur. İnişleriyle çıkışlarıyla var olduğumuz hayat, yaşamaya değer bir yerdir. Önemli olan kötü zamanlarla başa çıkabilmeyi bilmek, bu süreçte eşim dediğin insana gerekli desteği gösterebilmektir. Gerek bir hastalıkta gerekse maddi-manevi konularda bu destek evlilik birliğinin devamı için çok önemlidir. Özellikle de ciddi bir hastalığın varlığı halinde eşler bu desteği çok daha fazla göstererek ciddi bir uyum içerisinde olmalıdırlar¹⁸⁰.

3.1.2.5. Çocukların bakım ve eğitimi yükümlülüğü

¹⁷⁷ “Somut olayda, mahkemece davalı karşı davacıya kusur olarak isnat edilen sadakatsizlik eylemi, dava açılmasından sonra meydana gelmiştir. Her dava açıldığı tarihteki şartlara tabidir. Davadan sonra oluşan vakıalar görülmekte olan boşanma davasında hükme esas alınmaz ancak yeni bir dava konusu yapılıp ve ispat edilirse birleştirilerek görülecek yeni boşanma davasında bu sebeple boşanma kararı verilebilir.” Yargıtay 2.HD. 15.09.2015 T.2015/1895 E, 2015/15882 K. (<http://www.kazancı.com.tr>).

¹⁷⁸ ARIKAN, syf.54; BADUR / TURAN BAŞARAN, syf.105.

¹⁷⁹ KARAGÖZOĞLU, syf.20.

¹⁸⁰ KARAGÖZOĞLU, syf.21.

Hayattaki her iş, mesai yönünden ya da filli olarak biter ancak ebeveynlik asla bitmez. Ebeveynler, çocuk sahibi olarak bir sorumluluk almışlarsa, o sorumluluğu daima yerine getirmeli, çocuğun bakımını, eğitimini, sağlığını ihmal etmemelidirler. Bir çocuğun fiziksel ya da ruhsal olarak sağlıklı yetişmesi ancak böyle mümkündür¹⁸¹.

Çocuk kavramının ne derece önemli olduğunu bilen toplumlar, BM Genel Kurulu'na bu öneme binaen "Çocuk Hakları Sözleşmesi" hazırlamışlardır. Çocuk hak ve hukukunu içeren bu sözleşme, 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilerek 1990 yılında yürürlüğe konulmuştur. Böylece çocuk gibi önemli bir konuda evrensel standartlar konulmuş, çocuk uluslararası alanda koruma altına alınmıştır. Sözleşme içerisinde insan hakları temelli çocuk kavramı tanımlanmış, çocukluk ve yetişkinlik döneminin ayrımı belirtilerek, dil, din, ırk, coğrafya ayrımı gözetilmeden tüm çocukların sahip oldukları haklar belirtilmiştir¹⁸².

Bu anlamda önemli bir diğer sözleşme de "Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesidir." 25 Ocak 1996 yılında kabul edilerek 1 Temmuz 2000 tarihinde yürürlüğe giren sözleşmenin 4.maddesi Çocuk Hakları Sözleşmesi tarafından çocuklar için kabul edilen hakların uygulanmasını içerir. Bu sözleşme Türkiye tarafından 18 Ocak 2001 tarihinde onaylanmıştır¹⁸³.

Çocukların bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü hem baba hem de annenin ortak sorumluluğundadır. Bu durum TMK m.327 de açıkça kabul edilmiştir. Bu bakım süresinin sınırları ise m.328 de, " Ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder" denilmek suretiyle belirlenmiştir¹⁸⁴.

3.1.3. Aile Hukukunun Temel İlkeleri

¹⁸¹ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.114; KARAGÖZOĞLU, syf.21; BADUR / TURAN BAŞARAN, syf.107.

¹⁸² AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.114; KARAGÖZOĞLU, syf.21.

¹⁸³ TERCAN, syf.34, KARAGÖZOĞLU, syf.22.

¹⁸⁴ <http://www.mevzuat.gov.tr>.

Aile Hukuku diğer medeni hukuk dallarından farklı birtakım özellikler içerir ve bu özellikler, aile hukukuna egemen olan ilkeler olarak adlandırılır¹⁸⁵. Bu ilkeler doktrinde yazarlar tarafından genel olarak birlik ve süreklilik ilkesi, zayıfların korunması ilkesi, eşitlik ilkesi, düzenleme serbestisinin bulunmaması ilkesi ve devletin müdahale ilkesi olarak karşımıza çıkar.

3.1.3.1. Birlik ve süreklilik ilkesi

Hukukun diğer dallarındaki ilişkiler de, borçlar hukukundan doğan ilişkiler, ticaret hukukunda doğan ilişkiler vs, süreklilik arz etmesine karşın bu süreklilik nispi özellik gösterir. Yani bu ilişki türlerinde taraflar karşılıklı anlaştıkları takdirde istedikleri zaman aralarındaki ilişkiye son verebilirler. Hatta bazı durumların varlığı halinde bu sona erme, ilişkiye taraf olan tek bir kişi tarafından da gerçekleştirilebilir. Ancak aile hukuku için durum böyle değildir. Aileyi zaten aile yapan en önemli kavramlardan biri süreklilik ve birlik arz etmesidir. Aile ilişkilerinde gerek anne gerek baba gerekse çocuklar kendi istekleri doğrultusunda ya da karşılıklı anlaşarak bu ilişkiyi rastgele sonlandıramazlar. Ahlaki görüşlerin egemenliğinden kaynaklı gelişen bu durum ancak ve ancak Medeni Kanun çerçevesinde kanun içerisinde sayılmış geçerli sebepler doğrultusunda ve de hakimin hükmüyle sona erdirilebilir¹⁸⁶. Öyle ki bu durumu daha da ileriye götüren Kanonik Hukuk yani Katolik Kilisesi Hukuku, evlilik birliğinin hiçbir şekilde sona erdirilemeyeceğini, evliliğin ebedi olduğunu kabul etmiştir¹⁸⁷. Her ne kadar bu durum kulağa çok sert bir yaptırım gibi gelse de ki kanaatimizce de öyle, burada amaçlanan aile kavramının kutsallığını korumak, kısa vadeli, çıkar ilişkisinden uzak ahlaki bir yapı sağlamaktır¹⁸⁸. Bu durum üçüncü şahıslarca da böyle bilinmelidir. Keza babanın soyadını hem eşine hem de çocuklarına vermesinin asıl sebebi de budur. Esas olan ailenin varlığının ölüm ile sona ermesidir. Ancak evliliğin butlanı, boşanma gibi haklı nedenler ile de süreklilik sona erdirilebilir¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Aile hukukunun temel ilkelerinin aile hukukuna ait özellikler olarak incelenmesi konusunda bkz. AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.9.

¹⁸⁶ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.9.

¹⁸⁷ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.9.

¹⁸⁸ ZAPATA Tan Tahsin, (2016), *Medeni Hukuk*, Ankara, syf.173.

¹⁸⁹ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.9, KARAGÖZOĞLU, syf.17.

Bahsedilen süreklilik unsurunun sağlanabilmesi için ailenin birlik esasını benimsemiş olması gerekir. Taraflar arasındaki bu birlik, birlikte hayat sürdürmek, aile bireyleri arasında dayanışma ve yardım içinde olmak, çocukların eğitimi ve bakımı konusunda ortak sorumluluk almak, aile içi huzur ve refah için birlikte çabalamak sonucunda gerçekleşir. Medeni Kanunumuz da bu durumu destekler nitelikte kanunlar koyarak, aile birliğini esas almıştır. Türk Medeni Kanunu m.185 ve m.186 hükümleri gereği, eşler birlikte yaşamak, birbirlerine sadık olmak, dayanışma ve yardımlaşma içerisinde olmak zorundadırlar. Aynı zamanda oturacakları haneyi de yine birlikte seçerek, aile birliğini müştereken idare etmek, ailenin maddi giderlerine kendi imkanları dahilinde katılım göstererek çaba ve varlıkları ile dahil olmalıdırlar¹⁹⁰.

3.1.3.2. Zayıfların korunması ilkesi

“Aile, Türk toplumunun temelidir.” ve “Aile, eşler arasında eşitliğe dayanır.” ilkeleri, Anayasamızda “Ailenin Korunması” başlığı altında 41.maddede düzenlenmiştir. Her ne kadar 743 sayılı Eski Medeni Kanunumuz da karıyı kocasına karşı korumak için hükümler getirmişse de bu durum, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu içinde değişmiştir. Kadın-erkek eşitliğini benimseyen kanunumuza göre esas olan, zayıfların korunmasıdır. Bu ister kadın ister erkek olsun durum böyledir hatta daha da önemlisi çocukların korunması gerekliliğidir¹⁹¹.

Devlet bu hükümler çerçevesinde, gerektiği zaman ve gerektiği yerde yaşanan olumsuzluklara müdahil olarak, en başta çocukları ve anneyi yine mağdur olması halinde tüm bireyleri koruyup kollamakla yükümlüdür¹⁹².

Şiddet vb. olumsuzluklara karşı getirilen koruma tedbirlerinin yanı sıra, TMK içerisindeki, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine ortak olarak katılma sorumluluğu da bir nevi bir koruma tedbiri olup, amaç zayıf olan tarafın korunmasıdır. Bu sayede devamlı bir geliri olmayan taraf korunmaya çalışılmış, yine maddi olarak destek olamasa da manevi katkıları olup, emeğini bu evlilikte ortaya koyan tarafın da hakları gözetilmek

¹⁹⁰ TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2016, syf.52

¹⁹¹ TMK m.346 vd. “çocuğun korunması” başlığı altında çocukları koruma önlemlerini hüküm altına almıştır. (<http://www.mevzuat.gov.tr>).

¹⁹² KARAGÖZOĞLU, syf.17.

istenmiştir. Genel anlamda ülkemizde bu anlamda korunmak istenen taraf ise kadındır¹⁹³.

3.1.3.3. Eşitlik ilkesi

10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Kurulu tarafından kabul edilen “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”, 1949 yılında Türkiye Cumhuriyeti tarafından da kabul edilmiştir. Bu eşitlik ilkesi Anayasamızda da 10.maddede hüküm altına alınarak, “Herkes dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” denilmiştir. Buna bağlı olarak gelişen, bütün dünya devletlerinde hukuki anlamda geçerli olan bir diğer ilke de eşler arasında eşitlik ilkesidir. Anayasamızın 41.maddesinde de bu durum açıkça kabul edilmiş, “ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığı” ifade edilerek, kadın-erkek eşitliği ilkesi koruma altına alınmıştır¹⁹⁴. Yine 07.05.2004 tarihinde 5170 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu, Anayasamızın 10.maddesine “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. ” denilmek suretiyle bir kere daha eşitlik ilkesinin korunması sağlama alınmıştır¹⁹⁵.

2001 yılında anayasal güvence altına alınan “eşler arası eşitlik ilkesi”, 01.01.2002 yılında kabul edilen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu içerisinde de yerini almıştır. Buna göre, eşler evlilik içerisindeki hak ve yükümlülükleri noktasında eşittirler. Eşler, oturacakları aile konutunu birlikte seçerler ve ortak konut içerisinde birlikte yaşarlar. Bu birliktelik sırasında da evlilik birliğini birlikte yönetirler¹⁹⁶.

3.1.3.4. Düzenleme serbestisinin bulunmaması ilkesi

Aile hukukundan doğan ilişkiler, kapalı adet (numerus clausus) yani sadece kanunda düzenlenmiş hallerden ibarettir. Medeni Kanun ile düzenlenmemiş herhangi bir durumu eşler kendi aralarındaki anlaşarak düzenleme altına alamazlar. Örneğin halk arasında bilinen çok büyük bir yanlış, “evlatlıktan red” diye bir kurum TMK’da mümkün

¹⁹³ AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.10.

¹⁹⁴ RG. 17.10.2001, S.24556 (<http://www.resmigazete.gov.tr>).

¹⁹⁵ RG. 22.05.2004, S.25469 (<http://www.resmigazete.gov.tr>).

¹⁹⁶ BADUR, Emel, (2009) *Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler*, TBBD, 84.Sayı, Ankara, (BADUR, Gelişmeler), syf.64.

değildir. Anne-baba evladını ne kadar sevmeyip, istemeseler de kendi aralarında yaptıkları bir anlaşma ile çocuklarını reddedemezler¹⁹⁷.

Aile Hukuku ilişkilerinde genel anlamda kamu düzeni ve ahlak olguları hakim olduğundan aile hukukunda kurallar emredici niteliktedir. Yani ilişkiye taraf olan ilgililer, anlaşmazlık konusunda kanunda düzenlenmiş bir durumu değiştiremezler, düzenlediği haliyle kabul etmek zorundadırlar. Borçlar Hukuku için geçerli olan sözleşme serbestiliği ilkesi, aile hukuku için kabul edilmemiştir¹⁹⁸.

3.1.3.5. Devletin müdahale ilkesi

Aile hukukundan doğan ilişkilerin hassasiyeti gereği diğer hukuk dallarından daha büyük öneme sahip olduğunu söylemiştik. Bu önem gereği devlet, aile hukukundan doğan ilişkilere karışmak konusunda kendinde hak görmektedir ki bu alanda bir düzen sağlanabilsin. Bu sebeple, gerek ailenin kurulması gerek devamı gerekse sona ermesi ile ilgili geniş yetkiler devletin elindedir. Evliliğin resmi memur önünde gerçekleştirilmesi, sona ermesinin hakim kararıyla olması buna örnektir¹⁹⁹.

Devletin müdahalesi olunca akla her ne kadar “aile hukuku kamu hukukunun bir dalı mıdır?” sorusu gelse de aile hukuku bir özel hukuk dalıdır. Burada bir alt-üst ilişkisi yoktur. Devlet sadece kamu yararı amacıyla hareket eden, denetleme hususunda ilişkiye dahil olan üçüncü kişi konumundadır²⁰⁰.

3.2. Evlilik Kavramı

İnsanlar var oldukları süre zarfında zamanla bir aile olmanın ihtiyacını duymuşlar, M.Ö.2000’li yıllardan bu yana temel esaslarını koruyarak gelen ve vazgeçilmez bir kültür olgusu haline gelen evlilik kurumunu oluşturmuşlardır. Aile, her geçen gün daha

¹⁹⁷ Koca, çocuk ve ilgililerine tanınan bir hak olan “soybağının reddi” konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.335 vd.

¹⁹⁸ AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.11.

¹⁹⁹ KÖNEZOĞLU, Bilge, (2006), *Aile ve Ailenin Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, syf.29.

²⁰⁰ KÖNEZOĞLU, Bilge, syf.29; AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.12

da önem kazanarak, sağlıklı ailelerin sağlıklı toplumlar yarattığı inancı hakim olmuştur. Evlilik artık her birey için en temel davranışlardan biri haline gelmiştir²⁰¹.

Evlilik kavramının çeşit çeşit tanımı yapılsa da, en basit haliyle, “ayrı cinsten iki kişinin sürekli bir hayat ortaklığı meydana getirmek üzere hukuken geçerli bir şekilde bir araya gelmesidir²⁰²”. Yaşam tarzları, bakış açıları, hayattan beklenti ve arzuları birbirinden farklı iki bireyin, ortak bir yaşam sürmek, çocuk sahibi olmak ve müşterek çocuklarını yetiştirmek amacıyla kurdukları ilişkiler bütünü ve bu ilişkilerin toplumsal onay alması ile gerçekleşen bir sözleşme türüdür²⁰³.

İki ayı bireyin birleşerek “biz” olma esasına dayandığı evlilik kurumu, bir ömür boyu sürmesi amacıyla gerçekleştirilir ve manevi bir ortaklık olarak değerlendirilebilir. Hayattaki her türlü zorluğa birlikte katlanmak, saygı, sevgi ve huzur çerçevesinde bir birliktelik kurmak hem aileye mensup bireyler için sağlıklı bir durum oluştururken hem de genel olarak bakıldığında sağlıklı bir toplumun altyapısını kurmaktadır. Bu sağlıklı ilişkiyi koruyabilmek adına hukukumuz, evlilik birliği için monogami yani tek eşliliği kabul etmiştir. Eski hukuk sistemimizde geçerli olan poligami (çok eşlilik) usulü, 04.10.1926 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 743 sayılı Medeni Kanun ile son bulmuştur²⁰⁴.

Evlilik ilişkisinin taraflar arasında gerçekleşebilmesi için her hukuk sistemi gibi bizim hukuk sistemimiz de bazı şartlar kabul etmiştir. Öyle ki evlenmeye dair bu maddi ve şekli şartların yokluğu halinde, hukuki eksiklik dolayısıyla gerçekleşen bir evlilikten söz edilemez. Bu maddi ve şekli şartlar, şartların yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkan durum ve evlenmenin hukuki niteliğinden bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak bahsedilmiştir.

²⁰¹ ÇİLLİ, Ali Savaş/ KAYA, Nazmiye/ BODUR, Said/ ÖZKAN, İshak/ KUCUR, Rahim, (2004), *Ev Kadınlarında ve Çalışan Evli Kadınlarda Psikolojik Belirtilerin Karşılaştırılması*, Genel Tıp Dergisi, 14(1), syf.1-5, Konya, syf.2; KARAGÖZOĞLU, syf.8.

²⁰² UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.145.

²⁰³ ŞEN, Bülent, (2013) *Boşanma Süreci ve Arabuluculuğu*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, syf. 5.

²⁰⁴ AYAN, Serkan, (2004), *Evlilik Birliğinin Korunması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, syf.6; KAPLAN GÜLER, syf.82.

3.2.1. Evlenmenin Şartları ve Hukuki Niteliği

3.2.1.1. Evlenmenin şartları

Türk Medeni Kanunu, evlilik akdinin sadece evliliği gerçekleştiren taraflarca değil tüm toplumu ilgilendiren önemli bir akit olması sebebiyle sıkı şartlara tabi tutmuştur. Bu sebeple, kadın ve erkeğin geçerli bir evlilik ilişkisi kurabilmesi için bazı maddi ve şekli şartlar ile bazı kurucu unsurların varlığını arar. Evlilik birliğinin kurulabilmesi için aranan bu şartlar maddi ve şekli olmak üzere ikiye ayrılır²⁰⁵.

a. Evlenmenin maddi şartları

Türk Medeni Kanunu “Evlilik Hukuku” başlığı altında birinci kısım birinci bölüm ikinci ayırda yer alan maddi şartlar, “evlenme ehliyeti ve engelleri” olarak hüküm altına alınmıştır. Başlıktan da anlaşılacağı üzere maddi şartlar, olumlu ve olumsuz olarak ikiye ayrılmaktadır. Evlenmenin geçerli olabilmesi için var olması gerekenler olumlu şartlar (evlenme ehliyeti) olarak kabul edilirken, evlenmeye engel haller yani evlilik için bulunmaması gereken durumlar olumsuz şartlar olarak sayılmıştır. Bir medeni hukuk sözleşmesi olan evlenme için tarafların bu evliliğe ehil olması şartını arar. Yani ayırt etme gücüne sahip, kanunun öngördüğü evlilik yaşına ulaşmış olmayı arar. Yine ayırt etme gücüne sahip olsa bile, kişi kısıtlı ya da küçük ise, evlilik için yasal temsilcilerinin izninin de olması gerekir²⁰⁶.

Ayırt etme gücüne yani temyiz kudretine sahip olmayan bireylerin evlenemeyeceği TMK m.122te açıkça “ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemez” demek suretiyle belirtilmiştir. Zaten fiil ehliyetinin de olumlu şartı olarak sayılan ayırt etme gücü, eksikliği halinde sadece evlenme için değil, diğer sözleşmeler için de hukuki sonuç doğurmaz²⁰⁷.

Evliliğin gerçekleşebilmesi için tarafların sadece ayırt etme gücüne sahip bireyler olması yetmez, aynı zamanda evlilik için kanunlarca belirlenmiş evlilik yaşına da gelmiş olmaları gerekir. TMK. m.124, “erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça

²⁰⁵ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.62.

²⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.62, KAPLAN GÜLER, syf.84, ZAPATA, syf.182, ÖZTAN, syf.126, NUR ULUDAĞ Sabiha, (2019), *Evlenmenin Hükümsüzlüğü Sebepleri*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, syf.7.

²⁰⁷ NUR ULUDAĞ, syf.7; ÖZTAN, syf.127.

evlenemez” diyerek kanuni olağan evlenme yaşını belirlemiştir. Buna göre, kanunumuz kadın erkek ayrımı gözetmeden, evlilik yaşına gelmiş olma şartını on yedi yaşını doldurmak olarak kabul etmiştir. Bu olağan evlenme yaşının yanı sıra bazı özel durumlar için, olağanüstü evlenme yaşı belirlenmiş, “on altı yaşını dolduran erkek ya da kadına evlenme izninin verilebileceği kabul edilmiştir. Olağanüstü durumun varlığı hakim tarafından tayin edilir ve imkan var ise bu tayinden önce evlenecek tarafların anne ve babaları ya da vasileri hakim tarafından dinlenir²⁰⁸. Evlenme izninin hakim tarafından verilmesi isteminde yetkili mahkeme, izni isteyen yerleşim yeri mahkemesi, görevli mahkeme ise aile mahkemeleridir. 09.01.2003 tarihinden önce bu görev, sulh mahkemesine ait iken 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m.4 görevli mahkemeyi aile mahkemeleri olarak değiştirmiştir²⁰⁹.

Ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan yani tam ehliyetli olan kişiler herhangi bir izne tabi olmaksızın evlenme sözleşmesi yapabilirken, sınırlı ehliyetsizler yani kısıtlı ya da ayırt etme gücüne sahip küçükler yasal temsilcilerinin izni olmadan evlenemezler. Her ne kadar sınırlı ehliyetsizler “kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını” izne bağlı olmaksızın kullanmakta özgürseler de, kanun koyucu bu konuda bir istisna getirerek, temyiz kudretine haiz ve olağan evlenme yaşına gelmiş küçükler ile temyiz kudretine haiz olan kısıtlıların evlenmesini yasal temsilci iznine bağlamıştır.(TMK m.126-127)²¹⁰. Verilecek olan bu iznin sadece tek bir ebeveyn tarafından verilmesi yeterli olmayıp, hem anne hem de babanın izni alınır. Evlenmenin maddi şartlarından olan evlenme engelleri, olumsuz şartlar olarak kabul edilip, evlenmenin gerçekleşmesi için olmaması gereken şartlardır. Olumsuz şartlar da yine kendi içinde “kesin evlenme engelleri” ve “kesin olmayan evlenme engelleri” olarak ikili ayrıma tabi tutulur. “Kesin evlenme engelleri”, hısımlık, mevcut evlilik ve akıl hastalığı olarak ayrılırken; “kesin olmayan evlenme engelleri”, bekleme süresi ve bulaşıcı hastalıklar gibi sebeplerdir.

²⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.65-66.

²⁰⁹ RG.18.01.2003, S.24997, (<http://www.resmigazete.gov.tr>).

²¹⁰ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.70.

Kesin olan engel durumunda tarafların evlenmeleri imkansız olup, mutlak olarak yasaklanmıştır²¹¹.

Hısımlık yani akrabalık durumunda kanun, sadece yakın hısımlar arasında evlenme yasağı koymuştur²¹². Yani taraflar arasında, “kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında evlenme yasaktır”²¹³. Yine kayın hısımlığı durumunda da, “kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında evlenme yasaktır.” (TMK.129) hükmü ile böyle bir evlenmenin gerçekleştirilmesi halinde yaptırım olarak mutlak butlana tabi olacağı belirtilmiştir. Taraflar arasında evlatlık ilişkisi olması durumunda da evlenme kesin olarak yasaklanmıştır²¹⁴.

Geçerli bir evlilik yapılabilmesi için engel olan durumlardan biri de, bir başkasıyla evliliktir. Çünkü kanunumuz net bir şekilde ikinci evliliği yasaklamıştır. Monogami yani tek evlilik esastır²¹⁵.

TMK.m.33, “akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılacakça evlenemezler.” demek suretiyle, akıl hastalığında kesin evlenme engelleri arasında saymıştır. Her akıl hastalığı kesin evlenme engeli sayılmazsa da bu durumun aksi ancak sağlık kurulunca düzenlenen rapor ile ispat edilir²¹⁶.

Kesin olmayan evlenme engelleri durumunda, evlenmeye engel bir hal var ise de evlenmenin gerçekleşmesi halinde yapılan evlilik iptal olmaz. “Geciktirici evlenme engelleri” ya da “bozucu evlenme engelleri” olarak da adlandırılan sebeplerden ilki bekleme süresi hukuki dilde iddet süresidir. Kadınla ilgili olan bu süre kesin olmayan bir evlenme engeli olup, TMK.m.132/1’e göre “kocasının ölümü sebebiyle dul kalan veya boşanmış olan yahut evliliğinin iptaline hükmedilmiş bulunan bir kadın; ölümden veya boşanma ya da iptal hükmünün kesinleşmesinden başlayarak üç yüz gün

²¹¹ DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, (2013), *Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku*, 3.cilt, 7.bası, İstanbul, syf.55.

²¹² ZAPATA, syf.185

²¹³ ZAPATA, syf.185.

²¹⁴ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, syf.55; AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.70; ZAPATA, syf.185.

²¹⁵ AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.76-77, ZAPATA, syf.186.

²¹⁶ ZAPATA, syf.187.

geçmedikçe tekrar evlenemez.” Burada verilen üç yüz günlük yasal süre, bir kadının azami gebelik süresi hesaplanarak konulmuştur²¹⁷.

Bir diğer kesin olmayan evlenme engeli de bulaşıcı hastalıklardır. 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, bulaşıcı hastalıklardan bazılarını önemi gereği evlenme engeli olarak kabul etmiştir. “...frengi, bel soğukluğu ve yumuşak şankr ve cüzzam ve marazı akliye (akıl hastalığına) müptela (yakalanmış) olanların evlenmeleri memnundur (yasaktır.) Bu hastalıklar usulü dairesinden tedavi edilip sirayet (bulaşma) tehlikesi geçtiğine veya şifa bulduğuna (iyileştigiğine) dair tabip raporu ibraz olunmadıkça musapların (hastalığa yakalanmış olanların) nikahı kıyılmaz.” (m.123) Görüldüğü gibi akıl hastalığı kesin evlenme engeli olarak sayılırken, akıl hastalığı dışında, geneli cinsel içerikli dört hastalık tahdidi olarak sayılarak, kesin olmayan evlenme engeli kabul edilmiştir. Yani taraflar bu durumu bilerek ya da bilmeyerek artık evlenmişlerse, evliliğin iptali söz konusu olmaz²¹⁸.

b. Evlenmenin şekli şartları

Sağlıklı bir evlenme eyleminin gerçekleştirilebilmesi için sadece maddi şartlar yeterli değildir. Birtakım formalitelerin yani şekli işlemlerin de tamamlanması gerekir. Medeni Kanunumuz evlilik ile ilgili şekli şartları diğer sözleşme türlerine göre daha sıkı tutmuş, bu konunun önemine binaen Medeni Kanunumuzun yanı sıra 85/9747 sayılı Evlendirme Yönetmeliği’nde de bu hususlar hüküm altına alınmıştır²¹⁹.

Merasime tabi bir işlem olan evlenmede, evlenme öncesi işlemler; evlenme başvurusunda bulunma, başvurunun incelenmesi, evlenmenin kabul görmesi halinde çıkarılacak izin belgesi ve evlenmeye itiraz süreci ile itirazın reddine ilişkin süreç olarak sınıflandırılır. Bu aşamada, başvurunun ne şekilde yapılacağı, nereye yapılacağı, başvuruda bulunması gereken belgeler hukuk mevzuatımız içerisinde düzenlenmiştir.

²¹⁷ İddet süresi olarak belirlenen üç yüz günlük sürenin başlangıcı, kadının evlenmiş olduğu kocasının ölümü, evlenmenin iptal hükmünün kesinleştiği gün ya da boşanmanın kesinleştiği gündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.80 vd.

²¹⁸ AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.81-82.

²¹⁹ AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.83.

Yine evlilik sırasındaki işlemler yani evlenme töreninin asli ve tali şartları ile evlilik sonrası işlemler de yasal düzenleme içerisine alınmıştır²²⁰.

3.2.1.2. Evlenmenin hukuki niteliği

Evlenmenin hukuki mahiyeti, doktrinde tartışmalı bir konu olup, bu hususta üç farklı görüş söz konusudur;

Sözleşme görüşüne göre evlilik, kendine ait özellikleri olan yani sui generis bir medeni hukuk sözleşmesidir²²¹. Yargıtay da evliliğin bir medeni hukuk sözleşmesi olduğu görüşündedir²²².

Müessese görüşü yani kurum görüşü, evlenmenin bir sözleşme değil bir kurum olduğunu kabul eder. Daha çok Fransız hukukçularının benimsemiş oldukları bu görüşte evlilik, emredici hükümlere tabi, tarafların istedikleri zaman talepleri doğrultusunda değiştiremeyecekleri bir kurumdur. Evliliğe mensup bireylerin kendi menfaatlerinden ayrı menfaatleri olan bu kurum kişilerin de üstündedir²²³.

Şart-tasarruf görüşü ise, Türk Hukukunda Prof. Saymen tarafından kabul edilmiştir. Bu görüşe göre evlilik, şartlara bağlanmış mahiyeti şart-tasarruf olan bir faaliyettir²²⁴.

3.2.2. Evliliği Sona Erdiren Sebepler

3.2.2.1. Eşlerden birinin ölümü

“Evlenme, bir erkek ile bir kadının evlilik birliği kurma yolundaki iradelerini, yetkili resmi memur ile tanıklarının önünde karşılıklı olarak ve memurun sorusuna olumlu cevap vererek açıklamalarıyla kurulan bir sözleşmedir”²²⁵. Evlilik birliğinin kurulması sonrasında karı ya da kocadan herhangi birinin vefatı halinde bu birlik kendiliğinden

²²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ZEVKLİLER Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTÇU, Ayşe/ ACABEY, Beşir/ GÜRPINAR, Damla, (2018), *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, Temel Bilgiler*, Ankara syf.237 vd.

²²¹ Bu görüşteki yazarlar, ÖZTAN, syf.64, ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ ACABEY/ GÜRPINAR, syf.228, AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.61, DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, syf.46.

²²² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 14.06.1965, 3/3 RG. 15.07.1965, S.12049, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 13.12.1985, 4/9, RG.09.01.1986, S.18983. (<http://www.kazancı.com.tr>)

²²³ AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, syf.60.

²²⁴ AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, syf.61.

²²⁵ AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, syf.195.

sona erer. Kendiliğinden sona ermesi sebebiyle bu durum için resmi bir kanaldan herhangi bir tespit kararı almaya gerek yoktur²²⁶.

3.2.2.2. Eşlerden birinin gaipliği

“Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.” (TMK.m.38/I)

Gaiplik durumunda, bir kişinin ölmüş olduğu yüzde yüz bilinmese de uzun zamandır haber alınamıyor olması sebebiyle kuvvetli bir ihtimal hali söz konusudur. Burada kişinin ölmüş olma ihtimali kanunen karine olarak kabul edilir²²⁷.

Evliliğin taraflarından birinin ölmesi durumunda herhangi bir karara ihtiyaç olmadan evlilik kendiliğinden sona ererken, gaiplik halinde durum böyle değildir. Uzun zamandan beri haber alınamayan ve ölmüş olması kuvvetli ihtimal kişi için gaipliğine karar verilmesi noktasında mahkemeye başvuru yapılır. Bu gaiplik başvurusu sırasında evliliğin feshi de talep edilebileceği gibi ayrı bir dava da açılabilir. (TMK.m.131/II)²²⁸

3.2.2.3. Eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi

Evlilik birliği, iki ayrı cinsten kişi arasında gerçekleşebilir. Pozitif hukuk sistemimize göre aynı cinsten yani iki kadın ya da iki erkeğin birbirleri ile evlenmeleri mümkün değildir. Bu durumda evlilik yok hükmündedir. Yani sonradan taraflardan biri cinsiyet değiştirerek iki ayrı cins şartı gerçekleşse de evlilik birliği geçerlilik kazanmaz²²⁹.

Kişinin cinsiyet değiştirmeyi istemesi üzerine, şahsi olarak yapacağı başvuru sonucunda mahkeme, cinsiyet değişikliğine karar verebilir. İzin talebinde bulunan kişinin, on sekiz yaşını doldurmuş olması ve evli olmaması gerekir. Transseksüel yapıda olduğunu ve bu cinsiyet değişikliğinin içinde bulunduğu ruhsal sağlık açısından zorunlu olduğunu, bir

²²⁶ AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.195.

²²⁷ Gaiplik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞAN, İhsan/ KESKİN, Dilşad, Türk Medeni Hukuku, Ankara, 2019, syf.325 vd.

²²⁸ REMZİ Mehmet/AYDIN Sezer/İSPARTALI Murat, (2010), *Medeni Hukuk*, İstanbul, syf.179; AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.195; ERDOĞAN/ KESKİN, syf.327.

²²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona, (1993), *Aile Hukuku*, İstanbul, syf.97.

eğitim ve araştırma hastanesinden alacağı resmi sağlık kurulu raporu ile belgelendirmesi de zorunludur. Verilen izne istinaden geçirmiş olduğu cinsiyet değiştirme ameliyatını resmi kurul raporu ile belgelendirilen kişi için mahkeme tarafından nüfus sicilinde düzeltme yapılması konusunda gerekli izin verilir²³⁰. (TMK.m.40)

Eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi halinde evliliğin sona ermesi konusunda uzun seneler kanunda bir boşluk hali söz konusu iken, daha sonra 04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile boşluk doldurulmuş oldu. Böylece, “Doğumdan itibaren meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evlilik kendiliğinden sona bulur.” denilerek mahkemenin vermiş olduğu nüfus kütüğü düzeltme kararının kesinleştiği tarihte evlilik de kendiliğinden sona erer²³¹.

3.2.2.4. Evlenmenin yokluğu

Terim olarak Medeni Hukuk içerisinde yer almayan “evlenmenin yokluğu” kavramı, doktrinde yazarlar tarafından yaratılmış, kökenini ise Alman Hukukundan almıştır. Evlenmenin mutlak ya da nispi butlan yaptırım halleri kanunda tahdidi olarak sayılmıştır. Ancak mutlak ya da nispi butlan sebebi olmayan haller de mevcut olup bazı durumlarda evlilik sözleşmesi imzalanmışsa da o evlilik geçerli değildir, yok hükmündedir. Bu durumların bir kavram içine alınması zaruri hale gelmiştir. İşte bu durumlar için “evlenmenin yokluğu” kavramı dođmuřtur²³².

Aynı cinsten iki kişinin evlenmesi, evlenme eyleminin nikah memuru önünde geekleştirilmemesi, evliliğe dair beyanlarda taraflardan birinin iradesinin açıklamamış olması hallerinde evlenme yok hükmündedir. Böyle bir durumda taraflar arasında

²³⁰ <http://www.kazancı.com.tr>.

²³¹ AKINTÜRK /ATEş KARAMAN, syf.200-201.

²³² HATEMİ/ SEROZAN, syf.84; DURAL/ ÖĞÜZ/ GüMüş, syf.72.

evlilik birliği hiç kurulmamıştır. Öyle ki evliliğin ortadan kalktığına dair taraflarca da karara ilişkin bir belge alınması gerekmemektedir²³³.

Arabuluculuğa elverişliliği sorgulandığında evlenmenin yokluğu, kamu düzenine ilişkin bir durum olması sebebiyle arabuluculuk faaliyetine uygun değildir. Burada taraf iradelerinden çıkan, kamuyu ilgilendiren bir durum söz konusudur²³⁴. Arabuluculuk kapsamına alınabilecek istisnai bir durum olmayıp, hakim kararı gereklidir.

3.2.2.5. Evlenmenin butlanı

Evlenmenin yokluğu kavramından farklı bir kavram olan evlenmenin butlanında, şekli olarak meydana gelmiş bir evlilik söz konusu iken bu evlilik bazı sebeplerden dolayı sakat kalmıştır. Diğer bir deyişle, evlenmenin butlanında eşler arasında bir evlilik ilişkisi doğmuştur ancak bazı eksikliklerin tamamlanması gerekmektedir. Evlenmeye dair tüm esaslı ve kurucu unsurlar mevcut iken, kanun tarafından aranan bazı niteliklerin eksikliği söz konusudur. Bu sebeple TMK.m.156 der ki, “butlanla sakatlanmış olan evlenmeler hakimin hükmüyle iptal edilinceye kadar geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğururlar”²³⁵.

Evlenmenin butlanı, mutlak butlan ve nispi butlan olarak ikiye ayrılırken, butlan yaptırımına ilişkin haller kanunda tahdidi olarak sayılmıştır. (TMK.m.145-153) Bu sebeplerin varlığı ile evlilik sözleşmesi kendiliğinden sona ermez. Evliliği bitirmek için butlan davası açmak gerekir²³⁶.

Evlenmenin butlanı da evlenmenin yokluğu gibi kamu düzenine ilişkin bir durumdur ve taraflar konu üzerinde serbestçe tasarruf edemezler. Bu sebeple arabuluculuk faaliyetine elverişli deđildir²³⁷.

²³³ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.146-147.

²³⁴ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.146-147.

²³⁵ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, syf.80; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.208.

²³⁶ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, syf.80; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.208.

²³⁷ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, syf.82; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.146-147.

3.2.2.6. Boşanma

a. Boşanma kavramı

Evliliği sona erdiren hallerden biri olan boşanma, “eşler henüz hayatta iken, bir eşin kanunda öngörülmüş olan sebeplerden birine dayanarak açacağı dava sonucunda evlilik birliğine hakim kararı ile son verilmesidir”²³⁸. Boşanma, önemi gereği evliliği sona erdiren diğer hallerden bağımsız olarak düzenleme alanı bulmuştur. (Türk Medeni Kanunu, İkinci Bölüm, m.161-184)²³⁹

Yapılan bir diğer tanıma göre boşanma, hayatları boyunca birbirleri ile olacakları ve birbirleri ile oldukları sürece desteklerini esirgemeyeceklerini beyan eden kadın ve erkeğin kurmuş oldukları resmi birlikteliği hukuki olarak sona erdirmeye sürecidir²⁴⁰. Boşanmanın, bazı evlilikler için kaçınılmaz son olduğunu ifade eden bazı yazarlar, bu durumun, ruh sağlığı oldukça iyi iki yetişkin arasında bile sorunsuz bir evlilik yaşanmayacağı, bunun mümkün olmadığı gerekçesi ile açıklamışlardır²⁴¹.

Son dönemde fazlasıyla gündeme gelen, kamuoyunun da takip ettiği boşanma, yeni bir kavram değildir. Eski devirlerden bu yana uygulanan bir kurumdur. Keza İslam Hukuku’na baktığımızda da, yine boşanma kavramı mevcut olmakla birlikte bu hak, kural olarak kocalara tanınmıştır. Kadına bu konuda müdahale hakkı tanınmadığı gibi boşanma için resmi makamların da onayına ihtiyaç yoktur. Kocanın bu yöndeki iradesi, kayıtsız şartsız bir irade olabileceği gibi belirli bir şartın gerçekleşmesine ya da belirli bir sürenin geçmesine de bağlanabilir²⁴². Yani İslam Hukuku’nda kocalara tanınmış olan bu boşanma hakkı, mahkeme zorunluluğu da içermemektedir. Koca ne zaman nerede isterse bu hakkını kullanarak, tek taraflı bir beyanı ile karısını boşayabilmekteydi. Her ne kadar bazı talak yani şartlara bağlanmışsa da, “Boş Ol” dendiği takdirde boşanma gerçekleşmiş sayılıyordu. Eğer ki koca üç kez “Boş Ol” (talakı selase) der ise, boşandığı karısı ile yeniden evlenebilmesi ancak kadının başka

²³⁸ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.235.

²³⁹ <http://www.mevzuat.gov.tr>.

²⁴⁰ SPENCER, David/ BROGAN, (2006), *Michael, Mediation Law and Practice, Cambridge University Press*, ABD, syf.9.

²⁴¹ Bkz. ILDIR, syf.88.

²⁴² CİN, Halil, (1988), *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Konya, , syf.57.

bir adam ile evlenip boşanması şartı(hülle) ile mümkündür²⁴³. Buna karşılık, kural olarak kadının boşanma hakkı söz konusu değildi. İstisnai bir durum olarak, nikah sırasında koca, kadının da boşanma hakkı olduğunu şart etmiş ya da daha sonra bu hakkı kadına tanımış ise, kadının da kocasını boşama hakkı söz konusu olabiliyordu²⁴⁴.

Roma Hukuku'na baktığımızda, taraflar hakim kararı olmaksızın boşanabiliyorlardı. Gerek koca gerek ise karı, tek taraflı irade beyanı ile evliliği sona erdirebiliyordu. Bunun yanı sıra, Kilise Hukuku'nda ise, katı bir sistem hakim olup, karı kocanın cinsel ilişkiye girmiş olması halinde boşanmaları yasaklanmıştır. Bunun sebebi, evliliğin ebedi ve kutsal olduğu anlayışıdır. Hz.İsa'nın İncil'de yer alan sözü, "Allah'ın birleştirdiğini kul ayıramaz." bu boşanma yasağının temeli olmuştur²⁴⁵.

Elbette ki hiç kimse boşanmak için evlenmez. Evlilik gerçekleştiren her bireyin niyeti, hayatları boyunca bu evliliği sürdürmektir. Ancak bazen taraflar bu evlilikten istediklerini bulamazlar. Böyle bir durumda da evliliği inatla sürdürmek gerek taraflara gerekse var olan müşterek çocuklara ayrılık sürecinden daha fazla zarar verir. Önemli olan, gerçekten evliliğin taraflar için tüketilmiş olduğunun iyi tespit edilmesidir. Bu tükenme mevcut ise, evlenme kadar boşanmanın da doğal bir süreç olduğu kabul edilmeli, gereksiz ısrar edilmemeli ve ayrılık aşamasının en sağlıklı şekilde atlatılması gerekmektedir²⁴⁶.

b. Boşanmaya hakim olan ilkeler

Türk Medeni Kanunu, Fransa, İsviçre ve Almanya hukuk sistemlerinde olduğu gibi, "sebebe dayanan boşanma" görüşünü kabul etmiştir. Yani taraflar, ancak ve ancak kanunda genel olarak ya da özel tek tek sayılan bir sebebin varlığı halinde boşanabilirler. Yine bu sebeplerin varlığı halinde boşanma ancak hakim kararı ile gerçekleştirilebilir²⁴⁷.

²⁴³ CİN, Halil, syf.57; ORTAYLI, İlber, Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul, 2000, syf.85.

²⁴⁴ AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.236.

²⁴⁵ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.236.

²⁴⁶ KAPLAN GÜLER, syf.88; KARAGÖZOĞLU, syf.24.

²⁴⁷ AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.236; KAPLAN GÜLER, s.88-89.

Boşanmaya sebep olan haller için Türk Medeni Kanunu tarafından kabul edilen beş temel ilke vardır. Bu ilkeler; kusur ilkesi, irade ilkesi, temelden sarsılma ilkesi, elverişsizlik veya uygunsuzluk ilkesi ve eylemli ayrılık ilkesidir²⁴⁸. Türk Medeni Kanunu boşanma sebepleri için sayılan bu beş ilkeyi de kabul etmiştir. Yani denebilir ki Türk Medeni Kanunu için bu beş ilke de geçerli olup, “karma sistem” kabul edilmiştir²⁴⁹.

c. Kusur ilkesi

Boşanmanın, ancak eşlerden birisinin kusuru sonrasında gerçekleşmesi ilkesi, kusur ilkesidir. Bu ilkeye göre boşanma hakkı, kusurlu olmayan ya da daha az kusurlu olan eştedir. Kusurlu olan eşin dava açması halinde, açılmış olan dava reddedilir²⁵⁰.

Türk Medeni Kanunu İkinci Bölüm Boşanma başlığı altında esas hüküm altına alınan ilke, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi ise de, adı bire bir kusur olarak anılmamakla birlikte, “zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk” gibi boşanma sebepleri için kusur aranmış, kusura önemli ölçüde yer verilmiştir²⁵¹.

d. İrade ilkesi

Eşlerin karşılıklı irade beyanları doğrultusunda kurdukları evliliği yine kendi ortak irade beyanları doğrultusunda sona erdirmeleri, irade ilkesini ifade eder. Bu halde, eşler gerek birlikte boşanma talebinde bulduklarında gerekse taraflardan biri tek taraflı olarak boşanmayı talep ettiğinde yetkili mahkeme aranan şartların varlığı halinde boşanmaya karar verebilir²⁵².

²⁴⁸ CEYLAN, Ebru, (2006), *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, İstanbul, (CEYLAN, Boşanma), syf.10; AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.236; KAPLAN GÜLER, s.88-89.

²⁴⁹ KAPLAN GÜLER, syf.92; CEYLAN, (CEYLAN, Boşanma), syf.10; AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.236.

²⁵⁰ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.240; “Kusur ilkesinin temelinde yatan düşünce, kimsenin kendi hatasından kaynaklanan bir durumun varlığı halinde hukuki bir yarar elde edemeyeceğidir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN GÜLER, syf.88-89,

²⁵¹ GÜNEŞLİOĞLU, Filiz, (2009), *Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, syf.7.

²⁵² AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.240-241; CEYLAN, (CEYLAN, Boşanma), syf.12; GÜNEŞLİOĞLU, syf.8.

TMK m.166’da kabul edilen “anlaşmalı boşanma” kurumu sayesinde taraflara belirli bir irade serbestisi tanınmıştır. Ancak elbette ki hakim kararı ve denetimi ile gerçekleşebilir²⁵³.

e. Temelden sarsılma ilkesi

“Toplum menfaati ilkesi” ya da “düzen bozukluğu ilkesi” olarak adlandırılan bu ilkeye göre, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması halinde o evliliği sonlandırmak gerekir. Keza evlilik, tarafların ya da müşterek çocukların huzur ve mutluluğu için yapılan bir kurumdur. Aksinin var olması halinde o evlilik sona erdirilmelidir²⁵⁴.

Temelden sarsılma ilkesinde kusur şartı aranmaz. Yani taraflardan birinin kusuru olmasa dahi evlilik temelinden sarsılmış ise sona erdirilmelidir. Çünkü taraflardan biri kusurlu olmasa bile bazen o evlilik temelden sarsılabilir. Örneğin taraflardan birinin akıl hastalığı ortaya çıkar ki bu kişinin elinde olmayan bir sebep olup, kusur değildir. Böyle bir durumda o evlilik temelinden sarsılmış kabul edilir²⁵⁵.

Kusur ilkesi sübjektif esaslı iken, temelden sarsılma ilkesi objektif esastır ve bu sayede hakime daha geniş takdir yetkisi tanınmaktadır²⁵⁶. Yine bunun yanı sıra TMK m.166’da²⁵⁷ evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olmasının kabul edildiği durumlar

²⁵³ KAPLAN GÜLER, syf.91.

²⁵⁴ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.241; GÜNEŞLİOĞLU, syf.9.

²⁵⁵ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.241; KAPLAN GÜLER, syf.91; GENÇCAN Ömer Uğur, (2006), *Boşanma Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, syf.75.

²⁵⁶ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.241; KAPLAN GÜLER, syf.91.

²⁵⁷ TMK m.166, “Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir. Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz. Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.” (<http://www.mevzuat.gov.tr>)

hüküm altına alınmıştır. Ayrıca TMK m.163 “haysiyetsiz hayat sürme” ve TMK m.165 “akıl hastalığı” halleri de evliliğin temelinden sarsılması olarak kabul edilmiştir²⁵⁸.

f. Elverişsizlik veya uygunsuzluk ilkesi

Diğer ilkelere göre daha sonra ortaya çıkan elverişsizlik veya uygunsuzluk ilkesi, eşlerden birisinin ruhsal ya da bedensel olarak evlilik hayatını idame ettiremeyecek hale gelmesidir. Bedensel ya da ruhsal bir bozukluk nedeni ile rahatsızlanan eş, bu rahatsızlığı dolayısıyla evlilikten doğan yükümlülüklerini yerine getiremez. Bu sebeple o evliliğin sona ermesi gerekmektedir²⁵⁹.

Bedensel ya da ruhsal bozukluğa örnek olarak, akıl hastalığı, kısırlık, cinsel iktidarsızlık, cinsel sapkınlık ya da gelecek nesil olan altsoy için tehlike arz edecek hastalıklar örnek olarak gösterilebilir²⁶⁰.

g. Eylemli ayrılık ilkesi

Eşler uzun bir süreden beri ayrı yaşıyor ve bu ayrılık halini alışkanlık haline getirmiş bulunuyorlarsa eylemli ayrılık ilkesinden söz edilir. Ayrılığın uzun süredir devam etmesi ve bunun bir alışkanlık olması sebebiyle evliliğin bir amacı kalmaz ve evliliği devam ettirmekte bir yarar yoktur. TMK.m.166’da bu ilke hüküm altına alınmıştır²⁶¹.

Peki burada uzun bir süre olarak kastedilen nedir? Yani taraflar ne kadar ayrı kaldıkları takdirde bu bir eylemli ayrılık kabul edilir ve boşanmalarına karar verilir? Doktrinde²⁶² bu süre için açıklama “eylemli ayrılık süresinin kısaltılması tek yanlı boşanmaya yol açar, uzun tutulan süre ise yeni bir yaşamı başlatmak olanağını sınırlar.” şeklinde ifade edilmiş ve bu konunun ne kadar hassas olduğu anlatılmaya çalışılmıştır. Ancak yine

²⁵⁸ <http://www.mevzuat.gov.tr>.

²⁵⁹ GÜNEŞLİOĞLU, syf.9; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.242, KAPLAN GÜLER, syf.91.

²⁶⁰ TMK.m.165, elverişsizlik veya uygunsuzluk ilkesini boşanmanın akıl hastalığı nedeniyle sona ermesi yönünden kabul etmiştir. (<http://www.mevzuat.gov.tr>).

²⁶¹ GÜNEŞLİOĞLU, syf.10; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.242; KAPLAN GÜLER, syf.91-92.

²⁶² KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ Selim, (1989), Aile Hukuku, İstanbul, s.144

TMK.m.166/IV, dava koşulu için üç yıl süre belirlemiştir. Bu üç yıllık sürenin mahkeme tarafından da gözetilmesi gerekir²⁶³.

Türk Medeni Kanunu'na göre boşanma davası ve sebeplerinde üçüncü bölümde kısaca bahsedilmiş olup, boşanma sebeplerinden doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği konusu ayrıntılı olarak yine üçüncü bölüm içerisinde incelenmiştir²⁶⁴.

²⁶³ YARGITAY 2.HD. 13.06.1995, 5770/6944, “Medeni Kanunun 134/son maddesinde öngörülen süre hak doğrucu, maddi hukuka ilişkin bir süredir ve dava şartıdır. Dava hakkı sürenin dolmasından sonra doğar ve hakim tarafından resen nazara alınmalıdır. Yıllık sürelerde, süre senenin kaçınıcı günü işlemeye başlamış ise biteceği senenin aynı gününde biter. Süre bitmeden (dolmadan) bir gün önce, yani 3 yıl sonrasının kararın kesinleştiği güne tekabül eden gününde, açılan davanın bu sebeple reddi gerekir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. UYAR, Talih, (2002), *Türk Medeni Kanunu*, Gerekçeli-İçtihatlı Aile Hukuku, C.2, Ankara, syf.1140.

²⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için üçüncü bölüm bkz. “Boşanma” syf.85 vd.

4. AİLE HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ

4.1. Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği

07.06.2012 tarihli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, genel anlamda arabuluculuk üzerine düzenlenmiş bir kanun olup aynı zamanda aile arabuluculuğuna ilişkin ülkemizde düzenlenmiş tek yasal düzenlemedir²⁶⁵. Ancak arabuluculuğa ilişkin genel bir düzenleme olan HUAK, aile arabuluculuğunun uygulanması noktasında oldukça sınırlıdır²⁶⁶. En başta sadece “mahkemede dışı” arabuluculuğu düzenliyor olması bu sınırlamanın göstergesidir. Yine bunun yanı sıra, 1.madde 2.bent içerisinde “Bu kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır.” hükmü kurularak devletin müdahalesinin yoğun olduğu aile hukuku gibi bir konuda önemli bir sınırlama getirilmiştir. Öyle ki aile, anayasal olarak Türk toplumunun temeli kabul edilmiştir ve özellikle ana ve çocukların korunması konusunda devletin önemli yükümlülükleri mevcuttur. Bu nedenle, aile hukuku konusunda devlet müdahalesi diğer alanlarda olduğundan daha fazladır. Aile hukuku ilişkilerinde devlet bazen dolaylı yoldan müdahale ederken bazen de direkt müdahalede bulunur. Evliliğin geçerliliğinin resmi memur önünde yapılmış olmasına bağlanması ya da evliliğin sona ermesinin devlet makamları tarafından verilecek karar ile gerçekleşmesi, devletin doğrudan müdahalesine en güzel örneklerdir. Devletin aile hukuku ilişkilerine dolaylı yoldan müdahalesine örnek olarak ise, tarafların kanunda düzenlenmemiş olan bir ilişkiyi kendi aralarında anlaşarak düzenleyemeyecek olmaları gösterilebilir. Zira bir nevi statü hukuku olan evlilik hukuku, emredici hükümlerle donatılmıştır²⁶⁷.

Her ne kadar 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun, aile uyuşmazlıkları için de uygulanabileceği kabul edilmişse de, özellikle aile içi şiddet söz konusu olduğunda arabuluculuk faaliyetinin uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

²⁶⁵ <http://www.mevzuat.gov.tr>.

²⁶⁶ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.137; DAĞLIOĞLU, syf.560; TANRIVER, (TANRIVER, Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış), syf.173.

²⁶⁷ DEMİRCİOĞLU, H. Reyhan, (2018), *Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği*, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, syf.53-76, Ankara, syf.53-54.

(HUAK.m.1/2) Bu maddenin aksi yorumundan ortaya çıkan, aile içi şiddet söz konusu olmayan tüm haller için aile arabuluculuğunun uygulanabilirliğinin kabulüdür. Bunun yanı sıra HUAK.m.18/3 ve HUAKY.m.22/3 hükümleri gereği, arabuluculuk faaliyetinin uygulanabileceği aile hukuku uyuşmazlıklarında icra edilebilirlik şerhinin verilmesi hususunda yapılacak olan incelemenin, duruşmalı olarak yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Bu durum aile hukuku uyuşmazlıklarında aile arabuluculuğuna başvurulabileceğinin kabulünün tekrarı yönündedir²⁶⁸.

Mevcut hukuki düzenlemeye bakıldığında, aile arabuluculuğunun uygulama alanı daha çok mali uyuşmazlıklarla sınırlı gözükmektedir. Nişanlanmadan doğan uyuşmazlıklarda hediyelerin geri verilmesi, maddi-manevi tazminat istemleri tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan olup, arabuluculuk faaliyeti için de elverişli kabul edilmektedir²⁶⁹.

Boşanma, evlenmenin yokluğu ve evlenmenin butlanı ise kamu düzeni ile yakından alakalı olması ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular arasında yer alması sebebi ile aile arabuluculuğuna elverişli konulardan değildir. Hukuki sonuç doğabilmesi için hakim kararı gerekir²⁷⁰.

Yine boşanma sırasında alınacak geçici önlemler ve tedbir nafakası ile ilgili uyuşmazlıklar da tarafların serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konular olmayıp, kamu düzeni ile de yakından ilgilidir. Bu sebeple arabuluculuk faaliyeti kapsamında değerlendirilemezler²⁷¹.

Boşanmanın eşler bakımından sonuçları olan maddi-manevi tazminat istemi ile yoksulluk nafakası ve mal rejiminin tasfiyesi konularında yaşanan uyuşmazlıklar, arabuluculuk yönteminin uygulanması açısından HUAK çerçevesinde elverişli konulardandır²⁷².

²⁶⁸ KARAGÖZOĞLU, syf.85.

²⁶⁹ DAĞLIOĞLU, syf.568; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.143; ŞİPKA, Şükran, (2018), *Türkiye’de Aile Arabuluculuğu Çalışmaları*, İzmir Medeni Hukuk Günleri II- Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri, syf.56-63, İzmir, (ŞİPKA, Aile Arabuluculuğu), syf.59.

²⁷⁰ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.147; DAĞLIOĞLU, syf.568; CEYLAN, (2018), *Ebru, Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, Legal Hukuk Dergisi, syf.4561-4588, C.16, S.190, İstanbul, (CEYLAN, Arabuluculuk),syf.4573.

²⁷¹ CEYLAN, (CEYLAN, Arabuluculuk), syf.4574; KAPLAN GÜLER, syf.114; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.147; DAĞLIOĞLU, syf.568.

²⁷² DAĞLIOĞLU, syf.569; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.158.

Boşanmanın çocuklar bakımından sonuçları ise arabuluculuk için elverişli değildir. Keza iştirak nafakası, malvarlıksal bir özellik gösterse de, söz konusu durumda çocuğun üstün yararı gözetilmiş, kamu düzenini ilgilendirmesi sebebi ile arabuluculuk faaliyeti kapsamı içerisine alınmamıştır²⁷³. Avrupa Konseyi Rec (98) Sayılı Tavsiye Kararı bu durumun aksine, velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulması ile ilgili ebeveynlerin arabulucu yoluyla anlaşma sağlayabileceğini hüküm altına almıştır²⁷⁴. Ancak kanaatimizce bu karar yerinde olmayıp, çocuk kaynaklı yaşanan uyuşmazlıklar hiçbir şekilde arabuluculuk kapsamında değerlendirilmemelidir.

Kamu düzeni kaygısı ile hareket edilen bir başka konu da soybağıdır ve HUAK kapsamında, arabuluculuk uygulaması için elverişli bir konu değildir²⁷⁵. Kanaatimizce de soybağına ilişkin konular yine kamu düzeni ile ilgili olup, çocuğun üstün yararının gözetilmesi gereken konulardandır. Soybağı, bir yargılama süreci gerektirir ve bu süreçte toplanacak delil ve belgelerin hakim kararı üzerine bilirkişi incelemesinden geçmesi zorunludur. Ancak baba ve çocuk arasında “tanıma” kurumunun mevcut olduğu, babanın tek taraflı iradesi doğrultusunda çocuk ile soybağı ilişkisi kurabildiği düşünüldüğünde, soybağı ilişkisinin arabuluculuk yoluyla da kurulabilmesi mümkün gözükmektedir. Böylece arabuluculuk görüşmesi sonunda tarafların anlaşması ile baba “tanıma” beyanında bulunabilir ve çocuk ile soybağı ilişkisi kurabilir.

Vesayete ilişkin uyuşmazlıklar da kamu düzeninden olduğu kabul edilerek, tarafların serbest iradesine bırakılmamıştır. Bu sebeple HUAK kapsamında arabuluculuk için elverişli değildir²⁷⁶.

Evlilik birliği içerisinde yaşanan uyuşmazlıklar, örneğin sadakat yükümlülüğünün ihlal edilmesi, müşterek çocukların bakım ve eğitimi gibi konular, arabuluculuk faaliyeti ile çözümlenmek için elverişli konulardandır²⁷⁷. Keza Türk Hukuk Sistemi içerisindeki aile arabuluculuğu ile ilgili ilk adımlar da bu yönde atılmıştır. “09.01.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun”

²⁷³ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.157; KAPLAN GÜLER, syf.193; CEYLAN, (CEYLAN, Arabuluculuk), syf.4585; DAĞLIOĞLU, syf.569; Arabuluculuk faaliyeti kapsamında çözümlenebileceği konusunda bkz. BULUR, Alper (2015), *6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler*, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, syf.499-514, syf.501.

²⁷⁴ ÖZBEK, (ÖZBEK, Tavsiye Kararı), syf.85; KAPLAN GÜLER, syf.167; CEYLAN, (CEYLAN, Arabuluculuk), syf.4585; DAĞLIOĞLU, syf.570.

²⁷⁵ DAĞLIOĞLU, syf.571; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.159.

²⁷⁶ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.161; DAĞLIOĞLU, syf.571.

²⁷⁷ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.158; KAPLAN GÜLER, syf.194.

madde 6/I a bendi, “Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyarak gerektiğinde uzlaştırmaya karar verebilir.” ve yine madde 7, “Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder.” demek suretiyle aile arabuluculuğunun ilk temellerini atmıştır²⁷⁸. Hüküm gereği hakim, davanın esasına girmeden önce tarafları sulhe teşvik etmelidir. Her ne kadar kanunun lafzından hakimin sulhe teşvik etmesinin zorunlu olduğu anlaşılrsa da aksi kanaatte olan, hakimin takdir yetkisinde olduğunu savunan görüşler de vardır²⁷⁹. Ancak maalesef uygulamada sulhe teşvik, etkin bir şekilde işlememektedir²⁸⁰.

Aile arabuluculuğunun elverişliliği konusunda “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R (98) Sayılı Tavsiye Kararı” ile de birtakım kıstaslar belirlenmiştir. Aile hukukundan doğan uyuşmazlıkları içerisindeki ekonomik konular, çocuğun velayeti, çocuk ile kişisel ilişki kurulması ve müşterek çocukların bakım ve eğitimi ile ilgili hususların aile arabuluculuğuna elverişli olduğu belirtilmiştir²⁸¹.

Aile Hukuku, her ne kadar diğer hukuk dallarına oranla daha hassas bir alan ise de aynı zamanda niteliği itibariyle, tarafların karşılıklı ilişkilerinin süreklilik göstermesi noktasında dostane çözüm yöntemlerinin kullanılması için uygun bir alandır. Belki de en çok bu hassasiyet gereği dostane bir çözüm gereklidir. Öyle ki yaşanan uyuşmazlıklar yeterince zor iken bir de daha uzun ve daha masraflı bir yol tarafların daha da yıpranmasına neden olabilir. Bu noktada aile arabuluculuğu ile ilgili mevcut hukuki düzenlemeye bakıldığında, aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların çok kısıtlı

²⁷⁸ DEMİRCİOĞLU, syf.54-55.

²⁷⁹ Bkz. ARAS, Bahattin, (2005), *Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözümüne Teşviki Yargıtay Dergisi*, C.31, S.3, syf.303-310, syf.306; YARGITAY 2.HD.08.03.2004 T. 2004/2072 E. 2004/2879 K. “4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun...7. maddesinde ise, aile mahkemelerinin önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, sorunları sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak, teşvik edeceği, sulh sağlamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak, esas hakkında karar vereceği belirtilmiştir. Kanun, özü ve sözüyle bütün olarak değerlendirildiğinde, sulha teşvik ve uzman görüşüne başvurma, yasadan beklenen amacın gerçekleşmesinde önemli unsurlardır. Somut olayda, tarafların sulha teşvik edildiğine ilişkin bir hususa rastlanmadığı gibi, taraflar arasındaki uyuşmazlık konuları ile ilgili olarak uzman görüşüne de başvurulmamış, bu konularla ilgili herhangi bir açıklamaya da yer verilmemiştir.”

²⁸⁰ ŞİMŞEK, syf.64; KARAGÖZOĞLU, syf.74.

²⁸¹ ÖZBEK, (ÖZBEK, Tavsiye Kararı), syf.85; KARAGÖZOĞLU, syf.74.

bir bölümü arabuluculuk yöntemi ile çözüme uygundur. Bu anlamda HUAK yetersiz kalmaktadır. Aile Hukuku, arabuluculuk için başlı başına ayrı bir kanuni düzenleme gerektirmektedir. Uzun vadeli, güvenilir ve etkin bir çözüm için; aile hukuku, aile hukukuna ilişkin Yargıtay kararları, arabuluculuk ile ilgili mevzuatımız, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Aile Arabuluculuğu Hakkındaki Tavsiye Kararı”, doktrindeki tartışma ve görüşler, yapılan hukuki çalıştaylar incelenerek, bu doğrultuda esaslı bir çalışma yapılmalıdır²⁸². Elbette, aile arabuluculuğu konusunda ayrı bir kanun düzenlemesi, düzenlendiği takdirde bu düzenlemenin neleri kapsayacağı konusundaki takdir, yasama erkindedir.

Aile arabuluculuğu ile ilgili kanuni bir düzenleme yapılacak ise birtakım hususların göz ardı edilmemesi gerekir. Aksi halde istenilen amaç elde edilemez. Her şeyden önce ailenin menfaati, beraberinde toplumun menfaati gözetilmelidir. Bu da ancak devlet müdahalesi doğrultusunda gerçekleşir. Yapılan düzenlemelerin etkili olabilmesi için ise emredici kurallar dahilinde yapılması gerekir²⁸³.

Kurallar konulurken arabuluculuğa dair evrensel hukuk ilkeleri korunmalı, aile arabuluculuğunun amacının taraflar arasındaki süreci kolaylaştırmak olduğu unutulmadan taraflara herhangi bir zorlamada bulunulmamalıdır²⁸⁴. Bunun için istihdam edilecek aile arabulucuları profesyonel olmalı, gerekli eğitimlerden geçirilmelidir²⁸⁵. Aynı zamanda arabuluculuk mahkeme temelli olmalı ve hakimlerde bu konunun önemi noktasında farkındalık yaratılmalıdır. Müşterek çocukların üstün yararı korunmalı, sürece ilişkin herhangi bir şiddet iddiasının varlığı halinde arabuluculuk derhal sonlandırılmalıdır. Şiddetin özelleştirilmesine izin verilmemeli, bu konuda asla hoşgörü tanınmamalıdır. Taraflar arasında ciddi bir güç dengesizliği tespit edildiği takdirde de süreç derhal sonlandırılmalıdır²⁸⁶. Eşitlik, tarafsızlık, iradilik ve gizlilik gibi arabuluculuğa özgü ilkeler korunmalıdır²⁸⁷. Kanun yollarının açık olması konusunda da kanaatimizce, parasal değer içeren kararlar haricindeki tüm kararlar için istinaf ve temyiz yolu açık olmalıdır²⁸⁸.

²⁸² ŞİMŞEK, syf.59.

²⁸³ ÖZTAN, syf.5; ŞİMŞEK, syf.67.

²⁸⁴ MARIENS, syf.14; PARKINSON, syf.23; ŞİMŞEK, syf.68.

²⁸⁵ PARKINSON, syf.18.

²⁸⁶ ŞİMŞEK, syf.59.

²⁸⁷ PARKINSON, syf.23.

²⁸⁸ ŞİMŞEK, syf.75.

Aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişlilik konusunda tartışıldığı gibi, arabuluculuk için elverişli olduğu kabul edilen konularda da dava şartı olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu da tartışılmaktadır. “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R. (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı’, aile arabuluculuğunun zorunlu olmaması gerektiğini ifade eder²⁸⁹. İstanbul Sözleşmesi m.48’de de bu şekilde kabul edilmiştir²⁹⁰. Kanaatimizce arabuluculuğa elverişli konuların ya da yapılacak kanun düzenlemesi sonucu elverişli hale gelecek konuların arabuluculuğa başvuru olarak zorunlu olması yani dava şartı olması gerekmektedir. Aksi halde etkin bir kullanım söz konusu olamaz. Ülke çapında bir istikrar sağlanamaz. Zira burada bahsedilen zorunluluk, taraflara zorla çözümü kabul ettirmek değildir. Taraflar süreci devam ettirip ettirmemek konusunda tamamen özgürdürler. Burada amaç bir nevi, arabuluculuk faaliyetinin benimsetilerek, istikrar sağlanmasıdır.

4.2. Şiddet İddiasını İçeren Aile Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği

HUAK m.1/II²⁹¹, “aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir” hükmü gereği, aile içi şiddetin söz konusu olduğu hallerde arabuluculuk faaliyeti uygulanamaz²⁹².

Aile içi şiddet kavramı, “Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” (İstanbul Sözleşmesi) içerisinde “eylemi gerçekleştiren, mağdurla aynı ikametgahı paylaşmakta olsun veya olmasın veya daha önce paylaşmış olsun veya olmasın, aile içinde veya aile biriminde veya mevcut daha önceki eşler veya birlikte yaşayan bireyler arasında meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemleri” şeklinde tanımlanmaktadır²⁹³. Ev içi şiddet kavramı ile sadece kadın kastedilmemiş olup, ev içerisinde yaşayan tüm bireyler (kadın, erkek, çocuk, ebeveyn) kastedilmiştir²⁹⁴.

Ev içi şiddet kavramı için referans olan bir diğer kanun da, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” dur. 6284 Sayılı Kanun

²⁸⁹ ÖZBEK, (ÖZBEK, Tavsiye Kararı), syf.75; DAĞLIOĞLU, syf.578.

²⁹⁰ BAKIRCI, Kadriye, (2005), *İstanbul Sözleşmesi*, Ankara Barosu Dergisi, syf.133-204, S.4, syf.192.

²⁹¹ <http://www.mevzuat.gov.tr>.

²⁹² DAĞLIOĞLU, syf.572; KARAGÖZOĞLU, syf.98.

²⁹³ BAKIRCI, syf.148

²⁹⁴ BAKIRCI, syf.134; DAĞLIOĞLU, syf.573; DEMİR, syf.216.

m.2/1-b hükmü gereği “Ev içi şiddet, şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddeti, ...ifade eder”²⁹⁵. Ev içi şiddet tanımı açısından İstanbul Sözleşmesi ile 6284 Sayılı Kanun örtüşmektedir²⁹⁶.

İstanbul Sözleşmesi içerisinde yapılan tanımlar sonucu, aile içi şiddet ve kadına şiddet kavramları birbirinden farklı kavramlardır. HUAK m.1 içerisinde arabuluculuk için elverişsiz kabul edilen ise aile içi şiddet kavramıdır. Ancak bu iki kavramı ayırmadan, aile içi şiddeti, kadına şiddeti de içine alacak şekilde kabul etmek gerekir²⁹⁷. Kısacası HUAK m.1 içerisindeki “aile içi şiddet” geniş yorumlanmalı, kadına yönelik şiddeti de içermelidir.

Şiddet sadece fiziksel olmayıp, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet türleri de mevcuttur. Ancak kanaatimizce tüm şiddet türlerinin arabuluculuğa elverişli olmadığını söyleyemeyiz. Şiddet türüne göre arabuluculuğa elverişlilik değerlendirmesi yapmak gerekir²⁹⁸. Uyuşmazlığın ekonomik ya da psikolojik bir şiddetten kaynaklandığı hallerde arabuluculuk ile çözüm aranmasında bir engel olmamalıdır. Elbette ki bu durum her somut olayın özelliğine göre değişiklik gösterir. Ancak şiddet, fiziksel ya da cinsel içerikli bir eylem içeriyor ise mutlak olarak arabuluculuk ile çözümüne izin verilmemelidir. Bu konuda hoşgörü gösterilmemeli, fiziksel ve cinsel şiddetin özelleştirilmesine izin verilmemelidir²⁹⁹. Bu anlamda HUAK m.1, fiziksel ve cinsel şiddet şeklinde dar yorumlanmalıdır.

Son olarak, ev içi şiddetin mevcut olduğu konularda, hukuki sorumluluktan doğan yasal sürecin başlaması ile birlikte bir de ceza soruşturmasının başlaması muhtemeldir. Soruşturma ve de kovuşturma aşamalarının kamu adına yürütüldüğü süreçte, ceza tehdidi ile karşı karşıya kalan kişinin, kendisinden tazminat talebinde bulunan kişi ile iletişim kurması pek de mümkün değildir. Keza uygulamada da durum genelde bu şekildedir. Karşı karşıya gelerek iletişim halinde olduklarını varsayarsak da çatışma

²⁹⁵ DAĞLIOĞLU, syf.573; <http://www.mevzuat.gov.tr>.

²⁹⁶ DAĞLIOĞLU, syf.573

²⁹⁷ DAĞLIOĞLU, syf.574-575.

²⁹⁸ BÖRÜ, Levent, 2017, *Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler*, TBB Dergisi Özel Sayı, (BÖRÜ, Değerlendirmeler), syf.179; Aile içi şiddetin sadece fiziksel şiddet olmadığı yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. WHEELER, syf.561.

²⁹⁹ Aksi kanaatte bkz. CEYLAN, syf.4570.

ortamının büyümesi ve daha sert hale gelmesi riski söz konudur. Bu nedenlerle de arabuluculuk uygulaması için elverişli değildir³⁰⁰.

4.3. Aile Arabuluculuğu

Aile arabuluculuğu, evliliğini sona erdirmek isteyen tarafların aralarında yaşamış oldukları anlaşmazlıkları bağımsız ve tarafsız üçüncü bir kişinin yardımı ile çözmek, mahkemeye gitmeden ortak bir nokta bulabilmelerini sağlamak amacıyla getirilmiş bir uygulamadır. Toplumun temel yapı taşı olan aile kurumunun bozulacak olması, karşılıklı birbirine maddi manevi emek veren tarafların ayrılması elbette ki basit bir konu olmayıp, sonuçları travmatik olarak etkileyecek hassas bir durumdur. Bu travmatik sonuçlar her somut ilişkinin özelliğine göre farklı düzeylerde seyretse de bu durumu yaşayan hiçbir kimse için kolay olmayacağı aşikardır. Öyle ki bu denli zor bir süreci daha da zorlaştırmak, anlaşmazlığa taraf olan bireyleri daha da yıpratıcı olur. Hatta tarafların müşterek çocukları olması halinde bu olumsuz atmosfer kat ve kat artarak, çocukların fiziksel ve en çok da psikolojik olarak etkilenmesi kaçınılmazdır³⁰¹.

Ayrılık sürecinde yaşanan olumsuzluklarla baş etmeye çalışan taraflar, bir yandan da gelecek planlarını oluşturmak, geleceğe ilişkin doğru kararlar almak zorundadırlar. Bu dönemin zorlu geçiyor olması zaman zaman tarafların doğru düşünmelerine engel olurken, birbirlerine hissetmiş oldukları olumsuz duygular gerçekçi düşünmelerinin önüne geçebilir. Bazen bu durum daha da ileri giderek, aralarında ortak bir payda olan çocuklar koz olarak kullanılırken, doğru noktada uzlaşmaları imkansız hale gelir. Denilebilir ki, yaşanan olumsuz haller sebebi ile tarafların objektifliklerini kaybetmeden, rasyonel kararlar almaları bir yardım olmadan mümkün gözükmemektedir. Bu yardım kimi zaman geleneksel bir aile yapısında anne babalar, akrabalar ya da tanıdıkları saydıkları bir aile dostundan gelirken, kimi zaman da modern bir aile yaşantısında başvuru aile terapistleri, psikologlardan gelir. Bazen de yaşanan olumsuzluklar çıkılmaz bir hal aldığı anda son nokta olarak başvuru avukatlar aracılığıyla çözüm bulunur. Tüm bu söz konusu girişimler olumlu sonuçlar verebileceği gibi kimi zaman da çözüm için yeterli olmaz. Son durumda mahkeme kanalı ile çözüm arandığında ise taraflar için son kararı hakim verirken, taraflar bu kararlara uymakla

³⁰⁰ BÖRÜ, (BÖRÜ, Değerlendirmeler), syf.187; DAĞLIOĞLU, syf.576.

³⁰¹ KARAGÖZOĞLU, syf.57; PARKINSON, syf.20; DAĞLIOĞLU, syf.562; ROBERTS, syf.4.

yükümlüdürler. Ancak verilen bu karar her zaman her iki tarafı da memnun etmez, ortak beklentilerini karşılamaz ya da yaşanan boşanma süreci o kadar sancılı geçmiştir ki tarafların yorgunlukları, almış oldukları olumlu sonuçların dahi önüne geçer. İşte aile arabuluculuğu, tüm bu süreçlerin sıkıntılarını daha aza indirmek için yeni bir müdahale biçimidir³⁰².

Her geçen gün daha da artarak giden boşanma oranları, yaşanacak ayrılık sürecinde sağlıklı bir uzlaşma ortamı ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Durumun mahkemeye intikali halinde maliyetli bir süreç tarafları beklerken, sosyal ve duygusal anlamda da taraflar ve çocuklar için bir maliyet doğmaktadır. Uzun yıllardır Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan “boşanma arabuluculuğu”, Avrupa'da “aile arabuluculuğu” olarak nitelendirilmektedir ki haklı bir terimdir. Çünkü boşanma tarafların karşılıklı yaşadığı bir süreç iken tarafların müşterek bir çocukları olması halinde bu ayrılıktan çocuklar da etkilenecektir. Aile arabuluculuğu ile sadece taraflar için değil en çok da çocuklar için yardımcı olmak hedeflenmektedir. Yine bunun yanı sıra aile olarak anılan kurumda yaşayan diğer bireyler de olabilir, dedeler nineler, üvey çocuklar, herhangi bir akraba... Bu anlamda aile kavramının vurgulanması önemlidir³⁰³.

Aile arabuluculuğuna ilişkin ilk adımlar Amerika Birleşik Devletleri'nde atılmışsa da zamanla birçok ülkede uygulanmıştır. Avrupa Konseyi Aile Hukuku Uzmanlar Komitesi tarafından 1990'lı yıllarda yapılan bir çalışmada, “Avrupa, Kuzey Amerika, Avustralya ve Yeni Zelanda'da yapılan araştırmalar, aile arabuluculuğunun, aile sorunlarını saran hassas ve hissi konuların çözümü için, şekli yasal yöntemlerden daha uygun olduğunu ortaya koymuştur. Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmalar, boşanan aileler arasındaki uyuşmazlıkları azaltır ve çocuklarla aileler arasındaki iletişimin devamını teşvik eder.” demek suretiyle aile arabuluculuğunun önemini gösteren bir tespit yapmıştır. Bu tavsiye niteliğindeki tespit, 21 Ocak 1998 tarihinde 98/1 Tavsiye Kararları ile resmileşmiş ve bu tavsiye kararı birçok ülke tarafından da benimsenerek hayata geçirilmiştir. Türkiye'de ise yeni yeni gündeme gelen aile arabuluculuğu ile ilgili uzman hukukçular tarafından yapılan çalışmalar devam etmektedir. Ülkemizin dinamiği de dikkate alınarak dostane bir çözüm yolu olan aile arabuluculuğu ile ilgili teşviklerin

³⁰² PARKINSON, syf.18; ŞİMŞEK, syf.74.

³⁰³ PARKINSON, syf.9.

yapılması önemlidir. Dünya örneklerinden yararlanılarak ülkemizde nasıl bir yöntem ile hangi konularda aile arabuluculuğu uygulanabilir, tespit edilmelidir³⁰⁴.

Ülkemizde “Arabuluculuk Kanunu Avrupa Konseyi İsveç Uluslararası Kalkınma İşbirliği Ajansı (SIDA)” VE Türk Hükümeti ortak finansal yapılanması doğrultusunda “Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi” başlıklı bir proje uygulanmıştır. Bu proje kapsamında da Aile Arabuluculuğuna ilişkin çeşitli çalıştaylar düzenlenmiştir³⁰⁵. Bunun yanı sıra Türk Arabuluculardan oluşan bir eğitmen grubuna aile arabuluculuğu ile ilgili eğitimler verilmiştir. Bu arabulucular için yol gösterici olması açısından bir rehber kitap hazırlığına da başlanmış neredeyse sona gelmiştir. Böyle hassas bir konuda elbette ki yapılan bu çalışmalar yeterli olmayıp, ülkemiz şartlarına en uygun kural ve yöntemlerin belirlenebilmesi için çalışmalar yapılmalıdır³⁰⁶.

4.3.1. Aile Arabuluculuğu Tanımı

Gerek resmi kaynaklarda gerekse doktrinde aile arabuluculuğu ile ilgili farklı farklı tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan en kısa ve öz halini Birleşik Krallık Hükümeti yapmıştır. Buna göre aile arabuluculuğu, üçüncü kişinin yönettiği, ayrılmayı ya da boşanmayı isteyen taraflara yardım ettiği ve gelecekte aralarında anlaşmalarını sağlamayı hedeflediği bir faaliyettir³⁰⁷. Birçok ülkede bu sürece katılım tamamen gönüllülük esasına dayanmaktadır. Üçüncü kişi konumundaki arabulucunun görevi de, tarafların anlaşmazlıklarını bitirerek ortak bir paydada uzlaşmalarını sağlamaktır³⁰⁸. Bu sürecin başarılı gerçekleşmesi için arabulucu, tarafsızlığını ve bağımsızlığını korumalıdır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sırasında anlaşmazlık içine düşmüş

³⁰⁴ YILDIZ, Pervin, (2018), Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, *Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler*, Ankara, syf.33 vd.

³⁰⁵ Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi” projesi kapsamında Aile Arabuluculuğu Çalıştayları düzenlenmiş olup bunlardan ilki 11-13 Mayıs 2016 tarihinde Ankara’da, ikincisi daha kapsamlı olmak üzere 21-22 Kasım 2016 tarihinde İstanbul’da, Üçüncü Çalıştay 15-16 Mayıs 2017 tarihinde Ankara’da kapalı çalıştay olarak düzenlenmiştir.

³⁰⁶ YILDIZ, syf.33 vd.

³⁰⁷ KARAGÖZOĞLU, syf.56-57.

³⁰⁸ DAĞLIOĞLU, syf.565.

tarafllara karşı yapıcı olmalı, sorunların ancak ve ancak karşılıklı anlayış ve de iyi bir iletişim ile çözülebileceğini göstermelidir³⁰⁹.

Aile arabuluculuğunu çözümlayebilmek adına ortaya çıkmış çeşitli varsayımlar vardır. Bunlardan ilki, çatışma varsayımı olup, bir çatışmanın varlığını sorgular ve bunun olumsuz yanlarını araştırır. Bu varsayıma göre çatışma, hayatın olağan akışında gayet normal bir durumdur ve her zaman her yerde yaşanabilir. Eğer ki sistemin gidişatını etkiliyor ve karar verme yetisini bozuyor ise işte o zaman yıkıcı olabilir³¹⁰.

İkinci varsayım, arabuluculuğun taraflara ait gerçekleri, duyguları ya da sorunları, tarafsız üçüncü bir kişi aracılığı ile rahatlıkla ortaya çıkarmalarını sağlar. Arabuluculuğun temelinde karşılıklı anlayış, saygı ve adalet yatar. Bu sürecin gidişatından arabulucu sorumlu iken, ortaya çıkan sonuçlardan da taraflar sorumludur³¹¹.

Üçüncü varsayımda, arabuluculuk yaklaşımlarının tarafların gelecek ilişkilerinde de önem arz ettiği üzerinde durulmuştur. Buna göre, sağlıklı bir süreç ve sağlıklı bir gelecek sağlıklı bir arabuluculuk faaliyetinden geçer. Özellikle çocuklarla ilgili konularda bu durum daha da önem arz etmektedir³¹².

Dördüncü varsayım, arabuluculukta esas olanın tarafların sorunlarının tedavi edilerek giderilmesi değil sorunlarına ortak çözümler bulmaları olduğunu kabul eder. Taraflar süreç içerisinde davranış ya da tutumlarını değiştirebilirler ancak bu anlaşma sağlama noktasında sadece bir aracı olgudur³¹³.

Beşinci yani son varsayım ise, arabuluculuğun kavga, gürültü, rekabet değil uzlaşma ve uyum amaçladığını benimser. Buna göre aile arabuluculuğu aile bireyleri arasında uyuşmazlıkları çözümlayebilmek için başvurulan bir süreçtir³¹⁴.

³⁰⁹ KARAGÖZOĞLU, syf.57-58.

³¹⁰ KARAGÖZOĞLU, syf.58.

³¹¹ GÖRGÜN Lütfi şanal, (2015), *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, s.384

³¹² KARAGÖZOĞLU, syf.58.

³¹³ KARAGÖZOĞLU, syf.58.

³¹⁴ KARAGÖZOĞLU, syf.58; TERCAN, syf.33.

4.3.2. Aile Arabuluculuğunun Amaçları

Uzun yıllardır diğer ülkelerde, ayrı bir kanun altyapısı ile yürürlükte olan aile arabuluculuğu sistemi, birçok ülkede de uygulamada avantajlar sağlamıştır. Ülkemizde de gelsin mi gelmesin mi, yarar mı sağlar yoksa daha mı kötü olur tartışmalarına gebe kalmışken, hukuk sistemimizin altyapısına uygun ve de ülkemiz dinamiği ile örtüşen bir uygulama olması halinde elbette mahkemelerin yükünü alarak, taraflar için sağlıklı bir ayrılık sürecinin ortamını hazırlar.

Aile arabuluculuğunun alternatif bir sistem olarak gündeme gelmesindeki en büyük neden elbette ki mahkemelerin iş yükü, tarafların süreci daha sakin atlattırması ve usul ekonomisi yönünden artırlarıdır. Süreci doğru bir şekilde yönetmenin bazı amaçları vardır ki bunlardan birincisi aile içerisindeki çatışmaların kaynağını tespit edebilmektir. Bir sorunu en kalıcı şekilde çözebilmenin yolu, sorunun kaynağını bulmaktan geçer. Bu sorunun doğru tespitini yapabilmek ise tamamen arabulucunun meziyetine bağlıdır. Üçüncü kişi konumundaki, tamamen tarafsız ve bağımsız arabulucu, tarafları çok iyi şekilde gözlemlemeli, ailenin birbiri ile olan ilişkisinden yola çıkarak bir aile yapısını kendi kafasında oluşturabilmelidir. Arabulucunun bu faaliyet sırasındaki en esas görevi kolaylaştırıcı ve katalizör olmasıdır³¹⁵. Arabulucunun görüşme sırasındaki varlığı, tarafları daha da germemeli, yanlış anlaşılmalara sebebiyet vermemeli, kutuplaşmalara neden olmamalıdır. Aksine, arabulucunun yapıcı duruşu, taraflara güven vermelidir³¹⁶.

Görüşme sırasında genel olarak ailenin en ciddi sorunları ilk olarak ele alınır. Sorunun tespit edilmesi halinde sorunun çözüm yolları aranır. Arabulucu bu sorunların çözümü için kendi görüşlerini taraflara bildirir. Bu görüşmeler kimi zaman yavaş ve kademeli olarak ilerleyebilir ya da birkaç seans halinde gerçekleşebilir³¹⁷.

Aile arabuluculuğunun bir diğer amacı da uyuşmazlıkları kalıcı bir şekilde çözmektir. Kaynağı tespit edilen sorunlar, bir daha taraflar arasında sorun olmayacak şekilde çözümlenmelidir. Bu kalıcı çözümün yolu, arabuluculuk faaliyeti sırasında her iki tarafın da dürüst davranıyor olmasından geçer. Bu nedenle arabulucu, tarafları bir nevi yüzleşmeye davet eder. Amaç husumetin gerçek sebebini bulup, aile içerisinde yaşanan

³¹⁵ ROBERTS, syf.164.

³¹⁶ ROBERTS, syf.164; ŞİMŞEK, syf.74; PARKINSON, syf.380.

³¹⁷ KEKEÇ, syf.92.

çatışmaları asgari düzeye indirgeyebilmektir³¹⁸. Yüzleşme, her iki taraf için de kolay olmayacaktır. Bu süreç ciddi bir hassasiyet ve doğru bir yaklaşım gerektirir. Taraflardan biri konuyu derinlemesine anlatmak isterken diğer taraf bunun için hazır mıdır? Karşılıklı beklentiler ne derece karşılıklıdır? Gerçekleştirilen seanslar tarafların tüm sorunlarını çözmek adına yeterli bir zaman mıdır? Tüm bunları iyi hesaplamak gerekir.

Çözüm esnasında düşmanca bir tavır sergilemektense işbirlikçi bir yaklaşım uygulamak gerekir. Bu sayede her adım daha kolaylaşır. İşbirliği halinde ilerlenen sağlıklı bir çözüm ortamı sağlamak için; yaşanan geçmiş sorunların dürüstlük ve açıklık ile tartışılması, hataların sorumluluğunun karşılıklı olarak alınmasının sağlanması, eşlerin birbirlerine güvenmeleri gerektiğinin gösterilmesi, karşılıklı isteklerin ve beklentilerin doğru anlaşılması, doğru anlatılması, anlaşmanın esaslarının detaylı bir şekilde belirtilmesi, karşılıklı empati kurmanın sağlanması ve birbirlerinden endişe duydukları konuda duyarlı olmaya davet edilmesi, karşılıklı saygı çerçevesinde devam edilmesi, fikirlerin önemsenmesi ve birbirlerini yargılamamanın engellenmesi, kazanımların taraflara doğru aktarılması gerekir³¹⁹. Ancak ve ancak bu şekilde ilerlenmesi halinde her iki taraf için de sorunlara kalıcı bir çözüm bulunabilir.

Aile arabuluculuğundaki bir diğer amaç, her iki tarafın da bu anlaşma sonrası kazanmasını sağlamaktır. Kazan-kazan ilkesini benimseyen arabuluculuk faaliyetinde esas olan her iki tarafın da bu anlaşmadan memnun olmasını sağlamaktır. Yargıya alternatif yöntemler olan arabuluculuk ve müzakerenin farkı da buradadır. Bireyler ortak bir noktada buluşurken duygusallıktan bağımsız, daha gerçekçi bir yaklaşım ile karşılıklı fedakarlıklar göstererek bu anlaşmadan fayda sağlamayı hedeflerler. Kabul etmek gerekir ki karşılıklı işbirliği yapmak sorunlar açısından en kalıcı çözüm yoludur³²⁰.

Kişisel gelişim de aile arabuluculuğunun amaçlarından biridir. Arabuluculuk, tarafların kendini sorguladığı, aktif olarak faaliyete katıldığı, empati kurarak karşı tarafı anlamayı hedeflediği değişim ve gelişim için harika bir imkandır. Anlaşma sağlanamasa bile, yaşanan benzer sorunlarda taraflar kendileri bir çözüm yolu deneyebileceklerdir. Bir

³¹⁸ KARAGÖZOĞLU, syf.62.

³¹⁹ KARAGÖZOĞLU, Nursen, s.62-63

³²⁰ DEMİRCİOĞLU, syf. 45-84.

nevi taraflara kriz anında nasıl davranılması gerektiği öğretilmektedir. Bu bile arabuluculuk adına başarı sayılabilecek olumlu bir durumdur³²¹.

4.3.3. Aile Arabuluculuğunun Temel İlkeleri

Diğer arabuluculuk faaliyetlerinde olduğu gibi aile arabuluculuğunda da süreci yöneten konumundaki arabulucu, tarafsız ve de bağımsız olmalıdır. Taraflara ancak bu sayede eşit davranılabilir. Arabulucu, anlaşma sonucunda çıkan karar için hiçbir şahsi ilgi duymamalı, bu hususta duygusal davranmamalıdır. Taraflarla ilgili herhangi özel bir bilgi elde etmişse, bu görüşme sırasında bu bilgiyi paylaşmamalıdır. Aksi halde tarafsızlığını kaybetmesi mümkündür. Yine arabulucu, başka profesyonel bir meslek icra ediyor dahi olsa örneğin avukatlık, bu mesleğinden bağımsız bir şekilde hareket etmelidir³²².

Arabulucunun tarafsızlığına ilişkin Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular için Model Etik ve Uygulama Kuralları m.3 şöyle der, “ (1) Tarafsızlık, arabulucunun taraf tutmamasını ve taraflar hakkında önyargılı olmamasını kapsar. (2) Arabulucu, taraflardan birinin kişiliğine, geçmişine, inanç ve değerlerine ve arabuluculuk sürecindeki tutum ve davranışlarına veya başka bir sebebe dayanarak taraf tutmamalı ve önyargılı olmamalıdır. (3) Arabulucu, arabuluculuk sürecini yerine getirirken tarafsız olmak ve tarafsızlığını şüpheli hale getirecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Arabulucu, kendisinin davranış ve görünüşteki tarafsızlığından şüphe duyulmasına yol açacak şekilde, taraflara değerli bir hediye, yardım, borç veya değerli başka bir mal vermemeli ve onlardan da kabul etmemelidir. (4) Arabulucu, arabuluculuğu tarafsız bir şekilde yönetemeyecek ise arabulucu olma teklifini reddetmeli ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir. (5) Arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve şartların varlığının söz konusu olması veya sonradan ortaya çıkması halinde, bu hususta tarafları bilgilendirmesine rağmen, taraflar, arabulucudan görevi üstlenmesini birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir veya üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir.

³²¹ KARAGÖZOĞLU, syf.63-64

³²² KEKEÇ, syf.52; KARAGÖZOĞLU, syf.68; DAĞLIOĞLU, syf.564.

(6) Arabulucu, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk sürecini arabuluculuğa uygun tarafsız bir şekilde yürütmelidir³²³.

Arabuluculuk faaliyeti gönüllülük esasına dayanan bir faaliyettir. Taraflar isterlerse anlaşabilecekleri gibi istemedikleri takdirde süreci terk edebilirler. Bu durum arabulucu için de geçerlidir³²⁴.

Arabuluculuk süreci gizli olarak yürütülen bir süreçtir. Diğer arabuluculuk faaliyetlerinde dahi bu durum böyle iken aksi aile arabuluculuğu için mümkün değildir. Öyle ki aile, birçok anlamda daha hassas bir kurum ve mahrem bir alandır. Tarafların özel hayatının ifşası arabuluculuk faaliyetini olumsuz etkilemekten öte tamamen bitirebilecek bir durumdur. Bu yüzden ne faaliyet sırasındaki bilgiler açığa çıkarılabilir ne de sonrasında yargıya intikal etmesi halinde delil olarak kullanılabilir³²⁵.

Arabulucunun yükümlülüklerinden bir diğeri de aydınlatma yükümlülüğüdür. Arabulucu, tarafları sürecin her aşamasında bilgilendirmelidir. Anlaşma olması durumunda da anlaşmanın içeriğini taraflara en ince ayrıntısına kadar aktarmalıdır³²⁶.

4.4. Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği

4.4.1. Nişanın Sona Ermesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk

4.4.1.1. Genel olarak

Türk Medeni Kanunu, nişanlanmayı aile hukuk kitabı içerisinde “Evlilik Hukuku” başlığı altında Birinci Kısımda “Nişanlılık” başlıklı bölümde düzenlemiştir. TMK. m.118-123 arasında düzenlenen nişanlanma kavramı olarak kanun içerisinde tanımlanmamıştır. Ancak sadece Medeni Kanun içerisinde “Nişanlanma” kenar başlıklı 118.maddede “nişanlanma, evlenme vaadiyle olur.” denilmiştir³²⁷.

³²³ <http://www.adalet.gov.tr>.

³²⁴ BÖRÜ, (BÖRÜ,Gelişmeler), syf.1057; DAĞLIOĞLU, syf. 564; KARAGÖZOĞLU, syf.71; ÖZTAN, syf.95; Arabuluculuk çözüm yönteminde başarıyı sağlayacak unsurun gönüllük ilkesi olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK, (ÖZBEK, Alternatif Çözüm), syf.524.

³²⁵ ÖZBEK, (ÖZBEK, Alternatif Çözüm), syf.524; KARAGÖZOĞLU, syf.72; ROBERTS, syf.213 vd.

³²⁶ KARAGÖZOĞLU, syf.71.

³²⁷ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.142; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.23.

Kanun içerisinde tanımı yapılmısa da doktrinde birçok yazar tarafından tanımı yapılmış olan nişanlanma, ayrı cinsten iki kişinin ileri bir tarihte birbirleriyle evlenme istediğini karşılıklı olarak beyan etmeleridir. Karşılıklı bu beyanlar doğrultusunda nişanlanmış olurlar ve aralarında hukuki bir ilişki doğar. Bu hukuki ilişkinin adı “nişanlılıktır”³²⁸.

Peki nişanlanmak ne derece önemlidir? Yani taraflar nişanlanmadan evlenemezler mi? Bu durum doktrinde ve bazı hukuk sistemlerinde tartişılmış, bu tartişmadan farklı farklı cevaplar çıkmıştır. Bazı hukuk sistemlerinde önemi gereği kanun içerisinde de düzenleme alanı bulan “nişanlanma” kavramı, bazı hukuk sistemlerince önemsiz görölmüş ve kanuni bir düzenleme yapılmamıřtır³²⁹.

Nişanlanma, evlilik için bir ön şarttır. Bu emredici nitelikte bir kural olmayıp, bir yerde nişanlanmanın tanımlanmasıdır³³⁰. Taraflar, ileride evlenmek istedikleri doğrultusundaki beyanlarını karşılıklı olarak dile getirerek birbirlerine vaadde bulunurlar. Nişanlılık süreci, tarafların birbirlerini daha iyi tanımaları, aile yaşantılarını görmeleri, karşılıklı gelenek ve göreneklerini öğrenebilmeleri için ideal bir zamandır ve bir nevi evlilik için hazırlık sürecidir³³¹.

Nişanlanmanın gerçekleşebilmesi için bazı şartların varlığı aranır. Her şeyden önce iki ayrı cins arasında olmalıdır. Taraflardan birinin cinsiyet değiştirmesi halinde nişanlılık da kendiliğinden sona erer. Ayrıca her iki tarafın da nişanlanma ehliyetine sahip olması gerekir. Nişanlanma ehliyeti kanunda ayrıca düzenlenmemiştir ancak genel hükümlerden yola çıkılarak belirlenir. Tam ehliyetliler için bir sorun yoktur. Tam ehliyetsizler, ayırt etme gücünden yoksun olmaları sebebi ile gerçekleştirmiş oldukları nişanlanma işlemi de kesin hükümsüzdür. Nişanlanma kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde olduğundan, temsil yasağı vardır ve tam ehliyetsizler yasal temsilcilerinin izni olsa dahi bu işlemi yapamazlar. Sınırlı ehliyetlilerin nişanlanma ehliyeti vardır ve nişanlanabilirler. Sınırlı ehliyetsizler ise yasal temsilcilerinin izni olmaksızın

³²⁸ “Nişanlanma” ve “nişanlılık” kavram olarak birbirinden farklı şeylerdir. Türk Medeni Kanunumuz da bu terimleri farklı kullanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK Turgut/ATEş KARAMAN Derya, s.23.

³²⁹ Alman Hukuku, İsviçre Hukuku ve Türk Hukuk sistemi nişanlanmaya önem vererek hukuki bir düzenlemeye tabi tutarken, Fransız Hukuku bu konuda bir düzenleme yapmamıştır. Keza nişanlanma kurumu, Cermen ve Roma Hukuku’nda mevcut olduğu gibi, Kilise Hukuku’nda da yer alır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK/ATEş KARAMAN, syf.24.

³³⁰ ZAPATA, syf.174.

³³¹ AKINTÜRK/ATEş KARAMAN, syf.24.

nişanlanabilirler yani geçerli bir nişan söz konusudur. Ancak bu nişanlanmadan doğan mali sorumluluklar yasal temsilciye yükletilemez³³².

Nişanlanmanın bir diğer şartı da, tarafların birbirine evlenme vaadi için beyanda bulunmalarındır. Bu beyan herhangi bir şekle tabi değildir. Sarıh yani açık bir beyan olabileceği gibi zımni yani kapalı, örtülü bir beyan da olabilir. Ancak bu beyanı sadece taraflar verebilir. Nişanlanma, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için temsilci yasağı söz konusudur³³³.

Türk Medeni Kanunu içerisinde, evlenme engelleri düzenlenmesine rağmen nişanlanma engelleri ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple, evlenme engelleri için aranan şartların nişanlanma engelleri için de kabul edilmesi gerekir. Yani kesin evlenme engelleri olan, akıl hastalığı, mevcut evlilik, kan ve veya kayın hısımlığı, nişanlanma için de engeldir³³⁴. Bu durumlardan birinin varlığı halinde nişanlanma, hükümsüzdür. Ancak taraflar arasında kesin olmayan evlenme engelleri mevcut ise, kadına verilen iddet süresi vs. nişanlanma geçerli olur³³⁵. Kısacası, “kesin evlenme engelleri, geçerli bir nişanlanmanın yapılmasını önlerse de, kesin olmayan evlenme engellerinin bulunmasına karşın yapılmış olan bir nişanlanma geçerlidir”³³⁶.

Geçerli bir nişanlanma için sayılan şartların yanı sıra, nişanlanmanın geçerliliğini önleyecek hallerin de mevcut olmaması gerekir. Aksi halde, nişanlanmanın hükümsüzlüğü söz konusu olur. Bu hükümsüzlük halleri; hukuka ve ahlaka aykırı olan işlemler, imkansızlık, kanunun emredici hükümlerine aykırılık, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık, tam ehliyetsizlerin yapmış olduğu nişanlanmalar, evlenme için belirtilen kesin engellerin varlığı, muvazaalı nişanlanmalar, iradeyi sakatlayan hallerin (hata, hile, korkutma) varlığıdır³³⁷.

³³² REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.144-145.

³³³ REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.145; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.35-36.

³³⁴ ALP ŞAHİN, Sinem Naz, (2014), *Nişanlanmanın Hüküm ve Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, syf.19.

³³⁵ REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.145.

³³⁶ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.37

³³⁷ REMZİ/ AYDIN / ISPARTALI, syf.145-146; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.38; ALP ŞAHİN, syf.18.

4.4.1.2. Nişanlılığın sona ermesi ve sonuçları

Nişanlılığın, bir evlenme vaadi olduğunu söylemiştik. Bu durumun doğal sonucu ise tarafların bu vaatleri doğrultusunda evlenmeleridir. Ancak durum her zaman böyle gelişmez, nişanlılık ilişkisinin sonucu her zaman evliliğe varmaz. Evlilik dışında nişanlılığı sona erdiren haller; tarafların nişanlılığı bitirme konusunda anlaşması, ölüm ve gaiplik, bozucu şartın gerçekleşmesi, kesin bir evlenme engelinin ortaya çıkması, imkansızlık ve tek taraflı dönmedir³³⁸. Evlilik dışında nişanlanmanın sona ermesi durumunda bazı hukuki sonuçlar ortaya çıkar ki bunlar, tazminat ve hediyelerin geri verilmesidir³³⁹.

a. Hediyelerin geri verilmesi

Türk Medeni Kanunu m.122. “Nişanlılık, evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse, nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın ya da onlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyeler, verenler tarafından geri istenebilir. Hediye aynen veya mislen geri verilemiyorsa, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır.” demek suretiyle nişanlanmanın sona ermesi halinde hediyelerin geri verilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Nişanlılığın sona ermesi halinde hediyelerin geri verilmesi, hayatın olağan akışına uygun ve isabetli bir karardır. Burada nişandan doğan kazandırıcı işlemin hukuki sebebi ortadan kalkmaktadır ve kazanım bir tür sebepsiz zenginleşme halini almaktadır. TMK m.122 de bu durumu destekler nitelikte, geri verilemeyen hediyelerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alınabileceğini hüküm altına almıştır. Burada sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyas yolu ile uygulanır. Hatta öyle ki, TMK m.122 özel bir sebepsiz zenginleşme kuralı sayılabilir³⁴⁰.

Geri verilmesi gereken hediyeler, nişanlanma sebebiyle verilmiş olan, nişan anında ya da nişanlılık süresince tarafların birbirlerine vermiş oldukları hediyelerdir. Nişan dışında bir sebeple verilen ya da nişan öncesinde verilen hediyeler bu kapsama alınmaz.

³³⁸ REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.148; ALP, ŞAHİN, syf.35.

³³⁹ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.142; REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.148; ALP, ŞAHİN, syf.35.

³⁴⁰ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.46; ALP, ŞAHİN, syf.35; KOÇ, Nevzat, (2002), *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını. İzmir, syf.156, dn.283.

Yine bu hediyein alışılmışın dışında bir hediye olması³⁴¹ ve hediye nişanlı olan çift ya da anne ve babalarının nişanlı olan bireylere vermesi gerekir. Bu hediyelerin iadesi için nişanlı olan taraflardan birinin kusuru da aranmaz. Nişanlanmanın evlilik dışında bir nedenle sona ermesi yeterlidir³⁴². Bunun yanı sıra hediyelerin geri istenilmesi hakkı, sadece nişanlılara değil nişanlı olan tarafların anne ve babalarına da tanınmıştır³⁴³.

Verilen hediyelerin aynen mevcut olması halinde hediyeler aynen geri iade edilir. Ancak, hediye kendisinde aynen mevcut olmasına rağmen hediye geri vermek istemeyen tarafa karşı, geri isteme hakkı olan taraf aynı hakkına istinaden istihkak davası açabilir. Geri isteme hakkı kendisinde olan taraf, TMK.683/II maddesi gereğince açılan bu istihkak davası ile hediyesini aynen geri alabilir³⁴⁴. Eğer ki verilen hediye, aynen mevcut değil ise, hediye geri vermesi gereken taraf, misli ile geri verir. Örneğin hediye olarak bir gramse altın almış ancak bu altını satmış ise bu altın ile aynı cinsten bir altın alarak borcunu öder. Mislen geri verilme imkanı yoksa, ortada bir sebepsiz zenginleşme durumu söz konusu olacak ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre hediye geri alınır. (TMK.m.122)³⁴⁵

Nişanlılığın evlilik dışında bir sebeple sona ermesi halinde hediyelerin geri verilmesi için kural olarak dava açmak gerekmez. Nişanlılığın sona ermesinden sonra nişanlılar, almış oldukları mutad dışı yani alışılmışın dışındaki hediyeleri karşılıklı olarak geri

³⁴¹ Nişanın sona ermesi halinde, alışılmış hediyelerin geri verilmesi durumu söz konusu olmaz. Alışılmış hediye ile kastedilen, hediyein maddi değerinin dönemin koşullarına göre yüksek tutarda olmamasıdır. Bu maddi değer tarafların ekonomik sosyal durumlarına göre değerlendirilir. Aynı zamanda tarafların örf ve adetlerine göre verilen bir hediye olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI**, syf.149; Yargıtay 3.HD. 14.12.1992 T. 1992/2853 E. 1992/20629 K. YKD. 1993, S.5, syf.693; Yargıtay 3.HD. 12.09.1994 T. 1994/9594 E. 1994/10862 K. YKD. 1995, S.3, syf.386; YARGITAY 3.HD. 16.02.1995 T. 1995/1941 E. 1995/18871 K. YKD.1995, S.8, syf.1202. Hediyein alışılmışın dışında olması kavramı, kanunda tanımlanmamış olup, doktrindeki tanımlardan ve uygulamadan yola çıkılarak belirlenmiştir. Alışılmışın dışında hediye, ekonomik değeri yüksek olan hediyelerdir. Para, nişan yüzüğü, alışılmışın dışında ekonomik değer taşıyan mücevherler gibi hediyeler alışılmışın dışında kabul edilir. Yine hediye verebilmek için malvarlığından bir kısmını satmak zorunda kalmış, bu durum kişinin mali durumunu aşırı şekilde zorlamışsa da alışılmışın dışında hediye söz konusu olur. Yargıtay 3.HD, 15.2.1993 T. 1993/10457 E. 1993/2105 K. <http://www.kazanci.com.tr> Ayrıntılı bilgi için bkz. ALP, ŞAHİN, syf.44.

³⁴² AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, syf.47; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.142-143; REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.149.

³⁴³ REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.149.

³⁴⁴ AKINTÜRK ATEŞ/ KARAMAN, syf.49; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.143.

³⁴⁵ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.49; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.143; REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.149.

vermekle yükümlüdürler. Aile arabuluculuğu açısından bakıldığında da, hediyelerin geri verilmesi hususu tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu olması sebebiyle arabuluculuk faaliyetine uygundur. Keza salt maddi talep içeren bir konu olması da arabuluculuk faaliyeti için uygunluk gösterir. Yani taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı yargıya taşımadan arabuluculuk yolu ile anlaşmaya varabilirler³⁴⁶.

Kanaatimizce, hediyelerin geri verilmesi konusunda yaşanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesi gerekir. Buradaki zorunluluk sadece arabuluculuğa başvuru aşaması için geçerli olup, sürecin devamında gönüllülük ilkesi esastır. Yani anlaşmak istemeyen taraf, anlaşma yapması için zorlanamaz. Dava şartı olarak kabulü aynı zamanda hukuksal açıdan da istikrar sağlar.

HUAK kapsamında aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa elverişli olarak kabul edilen uyuşmazlıklar için arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşması üzerine imzalanan anlaşma belgesinin icra edilebilirliği konusunda farklı bir yasal düzenleme mevcuttur. İcra edilebilirlik dosya üzerinden incelenirken, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda bu incelemenin duruşmalı olarak yapılması kabul edilmiştir. (HUAK m.18/III)³⁴⁷Bu durum aile hukukuna devletin müdahalesi ilkesinin bir sonucudur. Bu ilkenin amacı ise, zayıf tarafın korunmasıdır. Ancak tarafların avukatları ve arabulucu tarafından imzalanan anlaşmalar ise icra edilebilirlik şerhi olmaksızın ilam niteliğinde belge olarak kabul edilir. Kanaatimizce avukatlarla ilgili getirilen bu hüküm m.18/III'ü de kapsar niteliktedir. Yani avukat ve arabulucu tarafından imzalanmış bir arabuluculuk anlaşması, herhangi bir icra edilebilirlik şerhi ya da duruşma olmaksızın sonuç doğurur. Buna karşın, TMK m.184/I-b, “Boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.” hükmü gereği bu mümkün değildir. Bu nedenle, HUAK m.18/III'ün bu durumu dikkate alarak düzenlenmesi gerekir³⁴⁸. Arabuluculuk görüşmesi sonunda taraflar ve arabulucu tarafından imzalanan anlaşma belgesinin de ilam niteliğinde belge olması ve ilamlı icra yolu ile tahsil edilebilmesinin mümkün olması gerekir. Zira, hediyelerin geri verilmesi, hakim kararı sonucu kesinleşme şartı istemeyen bir konudur ve anlaşma

³⁴⁶ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.143; ŞİPKA, (ŞİPKA, Aile Arabuluculuğu), syf.59; DAĞLIOĞLU, syf.568.

³⁴⁷ <http://www.mevzuat.gov.tr>.

³⁴⁸ BÖRÜ, (Gelişmeler, SYF.1056.); DAĞLIOĞLU, syf.565.

belgesinin ilam niteliğinde kabul edilmemesi arabuluculuk faaliyetinin amacını yitirmesine, sürecin uzamasına neden olur.

Hediyelerin geri verilmesi talepli dava hakkı, nişanlılığın sona ermesinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.(TMK.m.123)³⁴⁹

b. Maddi tazminat

Nişanlanmanın evlilik ile son bulması halinde taraflar arasında evlenmeye ilişkin hükümler uygulanırken, ölüm ya da gaiplik ile sona ermesi durumunda sadece hediyelerin geri verilmesi talebi söz konusu olur. Tazminat isteme hakkının doğması içinse ancak ve ancak nişanlı olan taraflardan birinin kusuru aranır³⁵⁰. Türk Medeni Kanunu, nişanlı olan taraflardan birinin, haklı bir sebebe dayanmadan nişanı bozması halinde ortaya çıkan zararlar için nişanlılık ilişkisini bitiren tarafa maddi ve manevi sorumluluk yüklemiştir. Yani nişanın bozulması haklı bir sebebe dayanıyor ise burada kusur söz konusu olmaz ve tazminat isteme hakkı doğmaz. Bu husustaki haklılık, somut olayın özelliklerine göre değişen bir durum olup tamamen hakimın takdirine bırakılmıştır. Hakim durumu takdir ederken, tarafların buldukları ekonomik, sosyal ve duygusal durumu iyi değerlendirmeli, yaşanan olumsuzlukların altında yatan gerçek sebebi iyi araştırmalıdır. Doktrinde genel olarak anılan haklı sebepler; sadakatsizlik, kaba ve kötü davranışlar, yaşanan kötü hayat, sorumsuzluk ve tembellik, evlilik sürecinin sebepsiz yere geciktirilmesi, taraflardan birinin uzun süren hastalığı ya da sakatlığı, kumar, dolandırıcılık, alkol bağımlılığı, karşı tarafın anne ve babasına yapılan saygısızlıklar, nişanlılardan birinin var olan cezai mahkumiyeti ya da daha sonra mahkum edilmesi, nişanlının maddi ya da manevi olarak ihmal edilmesi gibi... Bunların yanı sıra Yargıtay da bazı halleri haklı sebep olarak kabul etmiştir; nişanlı taraflardan birinde var olan bulaşıcı hastalık³⁵¹, nişanlılık sürecinde karşılıklı örf ve adetlere uygun olarak düğün için verilmesi kararlaştırılan şeylerin verilmemesi, nişanlı olan kızın başka biri ile kaçması³⁵² gibi.

³⁴⁹ <http://www.mevzuat.gov.tr>.

³⁵⁰ REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI Murat, syf.149-150.

³⁵¹ HGK. 06.06.1951, 200/131, 6.HD. 01.04.1963, 555/1629, bkz. dn. ALP ŞAHİN, syf.57.

³⁵² 6.HD. 14.01.1966, 4728/112 bkz. dn. ALP ŞAHİN, syf.57.

Kanun tüm bu durumların varlığı halinde maddi ve manevi istemlere ilişkin iki tür dava öngörmüştür. Maddi tazminat davası ve manevi tazminat davası...

“Nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletebilen bir sebeple bozulduğu takdirde; kusuru olan taraf, diğerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptığı harcamalar ve katlandığı maddi fedakarlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür. Aynı kural nişan giderleri hakkında da uygulanır. Tazminat istemeye hakkı olan tarafın ana ve babası veya onlar gibi davranan kimseler de aynı koşullar altında yaptıkları harcamalar için uygun bir tazminat isteyebilirler.” (TMK.m.120) Hüküm altına alınan maddeden de anlaşılacağı gibi, nişanın bozulması durumunda talep edilebilecek hususlardan biri de maddi tazminattır. Maddi tazminat istemi için nişanın bozulmasının haklı bir sebebe dayanmaması gerekir ve bu maddi tazminattan sorumlu olan taraf, nişanın bozulmasına sebebiyet veren yani kusurlu olan taraftır. Kusurlu olan taraf, kusuruyla orantılı olarak maddi bir tazminat ödemekle yükümlüdür³⁵³.

Maddi tazminat talep hakkı, uyuşmazlığın taraflarına tanınmış, özgürce karar verebilecekleri bir hak olup, kamu düzeninden sayılmadığı için arabuluculuk faaliyeti açısından da uygundur³⁵⁴. Yine salt parasal bir değer içermesi de arabuluculuk faaliyeti için uygunluk gösterir. Hediyelerin geri verilmesi talebinde olduğu gibi maddi tazminat talepli uyuşmazlıklarda da arabuluculuk faaliyetinin dava şartı olarak kabul edilmesi, zorunlu olması gerekir. Ayrıca tarafların anlaşma sonucunda imzaladıkları belgenin ilam niteliğinde olması ve ilamlı icra yolu ile tahsilinin mümkün olması uygulamada fayda sağlayacaktır.

c. Manevi tazminat

Nişanın bozulması durumunda kusursuz olan taraf maddi zararlarının tazmininin yanı sıra manevi zararlarının da tazmin edilmesini isteyebilir. TMK.m.121 de manevi tazminat kenar başlığı altındaki hüküm, “Nişanın bozulması yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.” şeklindedir. Madde hükmünde de belirtildiği

³⁵³ Maddi tazminat isteminin gereken şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN , syf.51 vd. DURAL,/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, syf.34-35.

³⁵⁴ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.144.

üzere, manevi tazminat için esas olan nişanı sona erdiren tarafın kusurlu olması ve herhangi bir kusuru olmayan, tazminat talep eden tarafın kişilik haklarının zedelenmiş olması gerektiğidir³⁵⁵.

Maddi tazminat için kullanılan “uygun bir tazminat” tabiri burada yerini “uygun bir para” tabirine bırakmıştır. Bunun sebebi, manevi tazminatın mutlaka para olarak ödenmesi gerektiğidir. Kanun manevi tazminatın şeklini saptamış olup, manevi tazminatın ayın olarak ödenmesi kabul edilemez daha doğru bir tabir ile manevi tazminat, para dışında herhangi bir şey ile ödenemez³⁵⁶.

Manevi tazminat talep hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması nedeniyle, maddi tazminatta olduğu gibi ana ve babaların ya da onlar gibi davrananların bu tazminatı isteme hakları yoktur. Yani manevi tazminat davası nişanlılar arasında açılır. Öte yandan manevi tazminat davasını, ayırt etme gücüne sahip olan küçükler ile kısıtlı olanlar, yasal temsilcilerinin izni olmadan bizzat kendileri açabilirler. Yine bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlanması sebebi ile başkalarına devri mümkün olmayıp, hak mirasçılara da miras olarak devredilemez³⁵⁷.

Hediyelerin geri verilmesi ve maddi tazminat istemlerinde olduğu gibi manevi tazminat isteminde de taraflar özgürce karar verebilecekleri için arabuluculuk faaliyetine uygun bir konudur. Kanaatimizce manevi tazminat talepli alacaklar için de arabuluculuk dava şartı olarak gelmeli, dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunlu olmalıdır. Bunun yanı sıra anlaşma sonunda imzalanacak belgenin de ilam niteliğinde olup, ilamlı icra takibi yolu ile tahsilinin mümkün olması gerekmektedir. Ancak bu şekilde bir uygulama olursa arabuluculuk faaliyeti amacına ulaşabilir, arabuluculuk faaliyetinin uygulanmasında istikrar sağlanabilir.

Buradaki esas soru zamanaşımına ilişkindir. Nişanlanmanın sona ermesi sonrasında ortaya çıkacak hukuki hakların kullanım süresi bir yıldır. Yani hediyelerin geri verilmesi, maddi tazminat ve manevi tazminat istemi hakları nişanın sona ermesinden itibaren bir yıl içinde kullanılmadığı takdirde hak kaybedilir. Zamanaşımı, kural olarak

³⁵⁵ Manevi tazminat isteminin gereken şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.54 vd. ; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, syf.39.

³⁵⁶ UYUMAZ/ ERDOĞAN, s.144; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.56.

³⁵⁷ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.56.

talep hakkını sona erdirir yani alacak hakkını sona erdirmez. Fakat arabuluculuğa başvuru bir alacak hakkı talep etme yöntemi olduğundan zamanaşımı süresi arabuluculuk faaliyeti için de geçerlidir. Bunun yanı sıra, zamanaşımı süresi geçmiş dahi olsa nişanı bozan kusurlu taraf borcunu ödemek istediği takdirde alacağın tahsili mümkündür. Zamanaşımı süresinin geçmiş olması etkilemez³⁵⁸.

4.4.2. Evliliğin Sona Ermesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk

4.4.2.1. Genel olarak

Evlilik, ayrı iki cinsin karşılıklı irade beyanları doğrultusunda, hukuka uygun şekilde ortak bir yaşam için kurdukları birlikteliktir. Evlilik kavramının hukuki mahiyeti, şekil şartları ve evliliği sona erdiren hallerden ikinci bölümde bahsetmiştik³⁵⁹. Bu bölümde evliliği sona erdiren durumların varlığı halinde yaşanan uyuşmazlıkları işleyerek, arabuluculuğa uygunluğu, arabuluculuk sürecinin ne şekilde işlemesi gerektiği incelenmiştir.

Evliliği sona erdiren hallerden; eşlerden birinin ölümü, eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi, eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi, evliliğin butlanı ve evliliğin yokluğu halleri arabuluculuğa elverişli değildir. Arabuluculuk kurumun önem kazandığı durum evliliği sona erdiren hallerden boşanmadır.

4.4.2.2. Boşanma

Boşanma kavramı ve boşanmaya hakim olan ilkelerden daha önce ayrıntılı olarak bahsetmiştik³⁶⁰. Bu bölümde, Türk Medeni Kanunu'na göre boşanma davası ve sebepleri, boşanma sebeplerinden doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği incelenmiştir.

a. Türk Medeni Kanunu'na göre boşanma davası ve sebepleri

Türk Hukuk Sistemi'ne göre boşanma, bir sebebe dayanmak zorundadır ve hakim hükmü ile gerçekleştirilir³⁶¹. Türk Medeni Kanunu bu boşanma sebeplerini tahdidi

³⁵⁸ UYUMAZ / ERDOĞAN, syf.145.

³⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için önceki bölümler bkz. "Evlilik Kavramı" syf.49.

³⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için önceki bölümler bkz. "Evlilik Kavramı" syf.58 vd.

³⁶¹ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.243.

olarak m.161 ile m.166 arasında saymıştır. Bu sebeplerden herhangi biri yoksa boşanma davası açılmaz, dava açılmışsa da reddedilir³⁶².

Medeni Kanunumuzca kabul edilen boşanma sebeplerinin mahiyetleri birbirinden farklıdır. Bu sebeple ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. “Zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı” gibi sebepler “özel boşanma nedenleri” olarak kabul edilirken; “evlilik birliğinin temelinden sarsılması, eşlerin anlaşması ve eylemli ayrılık” hallerinde ise “genel boşanma nedenleri” söz konusudur. Bu ayrımın sebebi, özel nedenlerde somut bir durum vardır ancak genel ayrılık nedenleri adı üzerinde geneldir ve belirli bir olgu söz konusu değildir. Bunları önceden tek tek belirlemek imkansızdır³⁶³.

Boşanma sebeplerindeki bir diğer ayrım da mutlak ve nispi olarak yapılır ki bu ayrım hakimin takdir yetkisi anlamında önem taşır³⁶⁴. “Mutlak boşanma sebepleri”, boşanma sebebinin kanunda sayılan hallerden birine dayandığının ispat edilmesi halinde, hakim tarafından da araştırılacak bir husus kalmaksızın boşanmaya karar verilmesi durumudur. Kanunda sayılmış olan “zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, terk, eşlerin anlaşması ve eylemli ayrılık (ortak hayatın yeniden kurulamaması)” gibi olgu ya da olaya dayanan haller mutlak boşanma sebebidir ve hakimin başkaca araştırması gereken bir husus yoktur³⁶⁵.

“Nispi boşanma sebepleri” kanun tarafından kabul edilen olgu ya da olayın gerçekleşmesinin ya da ispatlanmış olmasının yeterli kabul edilmediği, hakimin araştırma yapmasının gerektiği hallerdir. Hakim bu konuda, evlilik hayatının diğer taraf için çekilmez olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür ki ancak o halde boşanmaya karar verebilir. Medeni Kanun tarafından kabul edilen, “akıl hastalığı, suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme, evlilik birliğinin sarsılması” halleri nispi boşanma sebepleri olarak kabul edilir³⁶⁶.

³⁶² AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.243; GÜNEŞLİOĞLU, syf.10; OĞUZMAN M. Kemal/ DURAL, Mustafa, (2001), Aile Hukuku, İstanbul, syf. 113.

³⁶³ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.243, KAPLAN GÜLER, syf.92; OĞUZMAN/ DURAL, syf.113.

³⁶⁴ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.243; OĞUZMAN/ DURAL, syf.113; GÜNEŞLİOĞLU, syf.11.

³⁶⁵ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.243; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, syf.103.

³⁶⁶ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.244; KAPLAN GÜLER, syf.92-93; ÖZTAN, syf.427.

b. Özel boşanma sebepleri

Özel boşanma sebepleri TMK.m.161 ile m.166 arasında sayılmış olup, beş tanedir; “zina (TMK.m.161), hayata kast ve pek kötü veya onur kırıcı davranış (TMK.m.162), suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme (TMK.m.163), terk (TMK.m.164) ve akıl hastalığıdır”³⁶⁷.

c. Genel boşanma sebepleri

Genel boşanma sebepleri herhangi bir olguya ya da olaya dayanmaz, önceden belirlenmesi de mümkün olmaz. TMK.m.166’da hüküm bulan bu sebepler, genel bir düzenlemeye tabi olmakla birlikte somut olarak belirtilmemiştir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK.m.166/I-II), anlaşmalı boşanma (TMK.m.166/III) ve ortak hayatın yeniden kurulamaması (TMK.m.166/IV) olarak geniş bir çerçevede tutulmuş, takdir yetkisi hakime bırakılmıştır³⁶⁸. Türkiye’de uygulamaya bakılacak olursa boşanma davalarının büyük bir çoğunluğu “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” gerekçesi ile açılmaktadır³⁶⁹.

d. Anlaşmalı boşanma

TMK.m.166/III içerisinde anlaşmalı boşanma, “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.” denilerek hüküm altına alınmıştır. Yani anlaşmalı boşanmada tarafların ortak iradeleri söz konusudur ve bazı şartların varlığı halinde taraflar aralarında anlaşarak boşanabilirler. Bu şartlardan birincisi, evliliğin en

³⁶⁷ <http://www.mevzuat.gov.tr>.

³⁶⁸ REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.187; ÖZTAN, syf.403; KAPLAN GÜLER, syf.100; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.261; GENÇCAN, syf.225.

³⁶⁹ KAPLAN GÜLER, syf.100-101.

az bir yıl sürmüş olması gerekir. Aksi halde boşanma davası açılmaz, açılmışsa reddedilir. Buradaki bir yıl şartının amacı, eşlerin bir yıl gibi kısa bir süre dahi olsa birbirilerini tanımaları gerektiği inancı ile konulmuştur. Aksi halde her anlaşamama halinde boşanma gerçekleştirilecek olsa, aylık, haftalık hatta günlük evlilikler söz konusu olur ki bu durum da evliliğin kutsallığı ile bağdaşmaz³⁷⁰.

Anlaşmalı boşanma için kabul edilen bir diğer şart, eşlerin ortak iradeleri doğrultusunda birlikte başvuru yapmaları ya da bir eş tarafından açılmış davanın diğer eş tarafından da kabul edilmesidir³⁷¹.

Üçüncü şart, hakimin tarafları bizzat dinlemesi gerektiğidir. Bu şart ile hakim, tarafların kendi iradeleri ile mi yoksa baskı altında kalarak mı bu karara vardıkları konusunda kanaat getirir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da bu yöndedir³⁷².

Anlaşmalı boşanmanın son şartı da, boşanmaya ilişkin mali sonuçların ve çocukların durumuna dair alınan kararların hakim tarafından uygun bulunmasıdır. Öyle ki taraflar boşanma ile sadece ayrılmış olmuyorlar. Ortada birtakım mali gerçeklerin varlığı ve en önemlisi de varsa müşterek çocukların durumları da ayrılık sürecine dahil oluyor. Anlaşmalı boşanma ile tarafların bu konularda da anlaşmış olması ilk şarttır. Bir de bu anlaşmanın gerek taraflar gerekse çocukların menfaati için ne derece uygun olduğunun tayininin hakim tarafından gözetilmesi esastır. Bunun için taraflar öncelikle bir anlaşmaya varırlar. Bu anlaşma yazılı şekilde olabileceği gibi hakim önünde sözlü olarak da yapılabilir. Ancak hakim huzurunda sözlü olarak yapılan anlaşma bir zapta geçirilmeli ve her iki tarafça imzalanmalıdır. Hakim bu anlaşmayı kabul ederken tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurur. Bu hususta gerekirse anlaşma üzerinde değişiklik yapabilir. Bu değişiklikler taraflarca kabul edilmedikçe

³⁷⁰ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.270; ÖZTAN, syf.415; GÜNEŞLİOĞLU, syf.17.

³⁷¹ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.270; ÖZTAN, syf.415; GÜNEŞLİOĞLU, syf.17.

³⁷² “Davalı dinlenilmeden sadece davacının beyanı ile yetinilerek boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” YARGITAY 2.HD.07.04.2005, 3734/5662; “Taraflar hazır bulunup, bizzat anlaşmalarını açıklamaz veya hakim, tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, taraflardan delilleri sorulup, toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının anılan Kanununun 184.maddesi çerçevesinde takdir gerekirken, davacı ve davalı asil dinlenilmeksizin, taraf vekillerinin beyanı ile yetinilerek boşanma hükmü kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.” YARGITAY 2.HD. 28.08.2005, 4351/5460, RG.28.05.2005, S.25475

boşanma gerçekleşmez çünkü böyle bir durumda tarafların serbest iradelerinden söz edilemez³⁷³.

Sayıdığımız tüm bu şartların varlığı halinde anlaşmalı boşanma gerçekleştirilebilir. Bir tanesinin dahi eksik olması halinde hakim, boşanmaya karar veremez³⁷⁴. Ancak belirtilen şartların sağlanması durumunda en sağlıklı boşanma şekli anlaşmalı boşanmadır. Gerek tarafların bu süreçte fazla yıpranmaması gerekse bir evliliğin belki de en önemli unsurlarından olan müşterek çocukların psikolojisi için tavsiye edilen anlaşarak boşanmadır. Yine yargı sürecinin kısa ve daha az masraflı oluşu da anlaşmalı boşanmanın artılarından. Zira tarafların kendi istekleri doğrultusunda karar vererek belirlemiş oldukları şartlar da her iki tarafı memnun eder niteliktedir. Bu sebeple her geçen gün daha fazla tercih sebebi olup, anlaşmalı boşanmaların oranı artmaktadır³⁷⁵.

Boşanma anlaşması içerisinde taraflar, sadece boşanma konusunda değil aynı zamanda boşanmanın mali sonuçları ve müşterek çocukların durumları ile ilgili de anlaşma sağlarlar. Hakim de bu anlaşmayı uygun bulduğu takdirde boşanmaya karar verir. Taraflar bu boşanma anlaşmasını kendileri hazırlayabilecekleri gibi bir avukat aracılığıyla da hazırlayabilirler ya da duruşma esnasında sözlü olarak da beyan verebilirler. Bu aşamada bir aile arabulucusundan da yardım alabilirler³⁷⁶. Çekişmeli bir boşanma süreci, tarafsız ve bağımsız, profesyonel bir üçüncü kişinin yardımı ile ortak hayatın yeniden kurulması şeklinde sonuçlanabileceği gibi anlaşmalı boşanmaya da dönüştürülebilir³⁷⁷.

Anlaşmalı boşanma protokolü ile arabuluculuk sözleşmesinin mahiyetleri gereği benzerlik göstermesi ve anlaşmalı boşanma sürecinde aile arabuluculuğunun mümkün olup olmaması tartışmaya değer konulardır. Keza akla ilk gelen, zaten bizim hukuk sistemimizde arabuluculuğa benzer bir kurum olduğu düşüncesidir. Bu anlamda her şeyden önce iki kurum arasında benzerlik gösteren özelliklerin saptanması gerekir. Tarafların, aile hukukundan doğan uyuşmazlıkları için karşılıklı oturup bir karara

³⁷³ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.272.

³⁷⁴ Taraflar arasındaki anlaşmada nafakaların ve tazminatın niteliğinin açıklanmamış olması halinde boşanmaya karar verilemez.” YARGITAY 2.HD. 16.03.1998, 1998/1890 E. 1998/3121 K. AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.272.

³⁷⁵ KAPLAN GÜLER, syf.105; CEYLAN, syf.25.

³⁷⁶ ÖZTAN, syf.417; KARAGÖZOĞLU, syf.109.

³⁷⁷ KARAGÖZOĞLU, syf.109.

varmaları her iki uygulama için de ortak özelliktir. Bunun yanı sıra, anlaşmalı boşanma için bir protokol yapılması, bu protokolün mahkeme tarafından onaylanmasına kadar geçen sürede bağlayıcı olmaması, yani sözleşmeden serbestçe dönebilme imkanı, arabuluculuk sözleşmesi ile benzerlik gösteren bir diğer özelliktir. Şekil şartı açısından değerlendirildiğinde de, anlaşma protokolü bir şekil şartına tabi değildir. Zira, yazılı şekilde bir sözleşme yapılmaksızın, hakim önünde sözlü beyan ile zapta geçirilmesi mümkündür. Bu durum arabuluculuk sözleşmesinin şekil özelliği ile de paralellik göstermektedir. Çünkü kural olarak arabuluculuk sözleşmesi için de zorunlu bir şekil şartı aranmamıştır³⁷⁸.

Anlaşmalı boşanma, hakim kararı ile yani hükmün kesinleşmesinden sonra sonuç doğurur. Bu da yine bir yargı süreci demektir. Arabuluculuk faaliyeti doğrultusunda bir anlaşma sağlandığı takdirde, bu süre kısalırken, ekonomik olarak da daha az masraflı hale gelir. Bunun yanı sıra, boşanma protokolü bir avukat kanalı ile hazırlanmadığı takdirde tarafların kendi aralarında hazırlayarak imzaladıkları bir anlaşmadır. Bu durum, zaman zaman güç dengesizliği yaratabileceği gibi anlaşma niyeti ile gelen tarafların karşılıklı gerilmesine neden olarak çekişmeli bir hal de alabilir. Oysa ki tarafsız ve bağımsız, profesyonel bir kişinin yardımı ile süreç daha sağlıklı yönetilebilir. Taraflar arasında güç dengesizliğinin önüne geçilerek, kazan-kazan ilkesi çerçevesinde her iki tarafın da menfaati korunur.

Bunun yanı sıra, arabuluculuk faaliyeti içerisinde arabulucu önünde yapılan bir anlaşma, ileride karşılaşılabilecek itirazların da önünü kapatır. Kanaatimizce arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamasa dahi, tarafların iradeyi sakatlayan haller konusundaki iddialarının önüne geçilebilir. Bu durum hukuki süreç açısından da kolaylık sağlar.

Anlaşmalı boşanmanın arabuluculuk faaliyeti kapsamında sonuca ulaştırılması halinde taraflar ve vekillerince imzalanan anlaşmanın, ilam niteliğinde belge sayılması gerekir. Ayrıca icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek olmaması arabuluculuğu tercih sebebi haline getirir.

³⁷⁸ Boşanma protokolü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HAYNES, John, S, Divorce mediation, A practical guide for therapists and counselors, pringer Publishing Company, 1981; KARAGÖZOĞLU, syf.112.

e. Boşanma sebeplerinden doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği

Her ne kadar evlilik gibi boşanmak da doğal bir süreç olup, tarafların anlaşamama halinde ayrılmaları en sağlıklı yol olsa da bir evliliğin sona ermesi hiç de kolay değildir. Uzun ve sancılı bu süreç gerek evliliğin taraflarını gerekse müşterek çocukları bir hayli yıpratmaktadır. Maddi manevi zorlu geçen bu aşamanın en sorunsuz hale getirilmesi en başta tarafların sonrasında da hukuk sisteminin sorumluluğundadır. Bu sebeple ki yargıya düşen görevi azaltmaya çalışan alternatif yöntemler hedeflenmektedir. Konu başlığımız olan arabuluculuk da mevcut uygulamada en sağlıklı çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkar.

Ailenin hassas bir kurum olduğunu bu sebeple arabuluculuk yönteminin aile uyuşmazlıklarındaki her alanda uygulanamayacağını belirtmiştik. Boşanma sebeplerinden doğan uyuşmazlıklar da arabuluculuğun uygulanamayacağı alanlardan biridir. Öyle ki, boşanma davası evlilik ilişkisini sona erdiren ve bozucu yenilik doğuran bir davadır. Keza kamu düzenine ilişkin olması, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir alan olması ve TMK.m.184/5 hükmünce hakim onayının şart olması sebebi ile de arabuluculuğa uygun değildir. Kanun koyucu da bu şekilde bir değerlendirme yaparak boşanma sebeplerinden doğan uyuşmazlıkları arabuluculuk kapsamı dışında tutmuştur³⁷⁹.

“Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 1998 tarihli, R(98) 1 sayılı tavsiye kararı” gereğince üye olan devletlerden aile arabuluculuğu konusunda bilgiler istenmiş olup üye devletlerin bazılarında boşanma davalarında aile arabuluculuğunun uygulandığı görülmüştür³⁸⁰. Türk Hukuk Sistemi içerisinde de bu konuda düzenlemeler yapılmaya devam edilmektedir. Şayet hukuk sistemimize aile arabuluculuğu da dahil olacak ise boşanma için yapılacak anlaşmaların son aşama olarak yine hakim denetiminden geçmesi sağlıklı olacaktır. Böylece süreç kısılacak, daha az masraflı olacak, tarafların

³⁷⁹ UYUMAZ/ ERDOĞAN,, syf.147-148; KAPLAN GÜLER, syf.106; ŞİPKA Şükran, “Boşanma Çatışmaları ve Boşanmada Kusur İlkesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Aile Hukuku Özel Sayısı, İstanbul, 2007, (ŞİPKA, Kusur İlkesi),(<http://www.ailehukuku.org>)

³⁸⁰ Örneğin, Norveç Hukuk Sistemi’nde boşanma davaları öncesinde bir arabulucu ile görüşülmesi zorunludur. Ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN GÜLER, syf.106.

yıpranma payı azalırken, taraflar maddi manevi daha az zarar göreceklerdir. Bununla beraber hakim onayı ile de arabuluculuğun kötüye kullanımını engellenebilecektir³⁸¹.

f. Boşanma davası ve ayrılık kararı

Kanun, daha önce saymış olduğumu boşanma sebeplerinin varlığı halinde, boşanma davası açma hakkı olan eş ister boşanma isterse de ayrılık talep hakkını vermiştir. (TMK.m.167) Yine hakim de bu hakka sahip olup, tarafların ileride barışma ihtimallerini gördüğü takdirde, boşanma yerine ayrılık kararına hükmedebilir. Ancak bu hakkını isabetli kullanması önemlidir ki daha büyük sorunlar yaşanmasın³⁸².

Ayrılık, köken olarak Katolik Kilise Hukuku'ndan gelir ve boşanmayı kabul etmeyen Kanonik Hukuk Sistemi'nin bir ürünüdür. Türk Hukuk Sistemi'ne de İsviçre Hukuku'ndan gelmiştir³⁸³. Medeni Kanunumuz içerisinde ayrılık sebepleri diye ayrıca bir başlık yoktur çünkü sebepleri açısından boşanma ile aralarında bir fark yoktur. Boşanma için geçerli sebepler neler ise ayrılık için de geçerlidir. Eğer ki davacı ayrılık isteminde bulunmuş ise hakim de bu isteme tabii olmak zorundadır. Ayrılık istenmesine rağmen boşanmaya karar veremez. (TMK.m.170/II) Sebepleri açısından fark olmasa dahi sonuçları açısından boşanma ile ayrılık farklıdır. Boşanma, evliliği tamamen sona erdiren bir karardır. Ayrılık ise bir nevi evliliğin tatil edilmesidir³⁸⁴. Türk Medeni Kanunu, süreli ayrılığı benimsemiş olup bu süreyi “bir yıldan üç yıla kadar” kabul etmiştir. (TMK.m.171) Bu süre sınırları dahilinde ne kadar ayrı kalınacağını hakim kendisi takdir eder³⁸⁵. Ayrılık, bir sona erme olmadığından eşlerin kişisel durumları da aynı kalır. Yani “evli” olarak kabul edilirler. Aynı şekilde karı da, evlenme sonucu almış olduğu soyadını kullanmaya devam eder. Bununla beraber evliliğin taraflara yüklemiş olduğu tüm sorumluluklar da, sadakat gösterme vb. aynen devam eder. Eğer ki ayrılık sürecinde müşterek bir çocuk doğarsa, evlilik içerisinde kabul edilir ve çocuğun

³⁸¹ KAPLAN GÜLER, syf.106-107.

³⁸² AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.274.

³⁸³ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.275; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, syf.177.

³⁸⁴ KAPLAN GÜLER, syf.107; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.275.

³⁸⁵ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.275; “Bu sürenin tespit edilmesinde esas alınan hususlar, boşanma nedenlerinin ne derece ağır olduğu, barışma ihtimalinin gerçekleşme süresi, eş ve müşterek çocukların durumu ve hakkaniyettir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. KÖSEOĞLU Bilal/ KOCAAĞA Köksal, (2011) *Aile Hukuku ve Uygulamaları*, Bursa, syf. 140 vd.

babası yine o kocadır. (TMK.m.285/I) Ayrılık sürecinde gerçekleşene ölüm sonucu, sağ kalan eş ölen eşin mirasçısı olur³⁸⁶.

Ayrılık süreci, hakimin vermiş olduğu sürenin dolması ile (TMK.m.172/1), süre bitmeden eşlerin barışmış olması ile ya da eşlerden birinin ayrılık süresi bitmeden ortak hayatı yeniden kuramayacağını anlaması üzerine açmış olduğu boşanma davası ile sona erebilir. (TMK.m.172) Boşanma davası açmak için eşler açısından bir kural yoktur yani kusurlu konumda olan eş de bu davayı açabilir³⁸⁷.

Boşanma sebeplerinin gerçekleşmiş olması ve ispat edilmesi durumunda, taraflar da ayrılık istememişler ya da hakim ayrılık kararı vermemiş ise, boşanma kararı verilir. Bu boşanma kararı, bozucu yenilik doğuran bir karardır ve evlilik kesin olarak sona erer³⁸⁸.

Taraf olma ehliyeti bakımından boşanma davası sadece eşler tarafından açılabilir. Yani üçüncü kişilerin bu davayı açma hakları yoktur. Ancak açılmış olan bir davayı mirasçılar devam ettirebilirler. Peki ölüm ile sona ermiş bir evliliğin, mirasçılar tarafından boşanma davasına devam edilmesinde nasıl bir yarar vardır? Şöyle ki, mirasçılar açılmış olan boşanma davasını devam ettirerek kusurlu konumdaki eşi mirasçılıktan engellemeye çalışırlar³⁸⁹.

Dava ehliyeti bakımından, boşanma davası açma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlanmış haklardan olup, sınırlı ehliyetsizler yani “ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar”, bizzat davacı ya da davalı olarak yasal temsilci izni olmaksızın haklarını kullanabilirler³⁹⁰. Tam ehliyetsizlerin ise dava açma hakları yoktur. Ancak bu durumun da istisnaları, bu istisnalar yönünde Yargıtay uygulamaları mevcuttur³⁹¹.

Boşanma ve ayrılık davaları için kabul edilen yetkili mahkeme, “eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer

³⁸⁶ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.276.

³⁸⁷ “Eski Medeni Kanun, kusurlu eşe dava açabilmesi için sadece kusursuz eşin barışmak istememesi halinde dava açma hakkı tanımıştır.” (MK.m.140) Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.276.

³⁸⁸ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.147; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.276; KAPLAN GÜLER, syf.107.

³⁸⁹ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.276; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, syf.139.

³⁹⁰ KAPLAN GÜLER, syf.110; OĞUZMAN/ DURAL, syf.132; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, syf.177.

³⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.278.

mahkemesidir.” (TMK.m.168) 4782 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun 4.maddesi gereği görevli mahkeme ise, aile mahkemeleridir. Aile mahkemesi olmayan yerlerde HSYK tarafından belirlenen Asliye Hukuk Mahkemeleri görevlidir. Uygulanacak hükümler açısından ise TMK.m.184 saklı kalmak kaydı ile Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu esas alınır³⁹².

Aile mahkemeleri, bünyesinde psikolog, pedagog ve sosyal çalışma uzmanı bulundurarak, bu uzmanların yardımı ile boşanmanın tarafları ve müşterek çocuklar için karşılıklı saygı ve sevgi kavramlarını gözeterak en doğru karar vermeye çalışırlar. Bu durum, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun içerisinde de kabul edilerek, asıl amacın boşanma davalarına karar vermek değil ailenin korunması olduğu unutulmamalıdır. En sağlıklı kararların verilmesi adına, gerektiğinde hakim duruşmaların gizli olarak yapılmasına karar verebilir³⁹³. Arabuluculuk açısından da bu ilke oldukça önemli olup, aile mahremiyeti her şeyden önce gelmektedir. Arabuluculuk süresince edinilmiş olan tüm bilgilerin gizli kalması esastır.

Konumuz olan aile arabuluculuğu ile bağdaşan bir durum olması açısından Türkiye’de 1963 yılına kadar uygulanmış bir yöntemden bahsetmekte yarar vardır. HUMK.m.494-499 çerçevesinde uygulanmış bu yöntem, “sulh teşebbüsü” olup, tarafların boşanma davası açmadan önce sulh hakimi önüne davet edilmeleridir. Bu düzenleme, 26.09.1963 tarihli 338 Sayılı Kanun sonrasında yürürlükten kaldırılmıştır³⁹⁴. Sulh teşebbüsü, boşanma davalarına ilişkin zorunlu bir uygulama olarak öngörülmüştür. Bu uygulamaya göre davacı, boşanma davası açmadan önce sulh teşebbüsüne başvurmak zorundadır. Gizli oturumlar halinde yapılan bu uygulama ile taraflar, sulh hakimi tarafından barıştırılmaya çalışılmıştır. Bu oturumların başarılı olmaması durumunda ise boşanma davası açılabilmekte, bu davanın sulh teşebbüsünün sonucundan sonra üç ay içerisinde açılması gerektiği kabul edilmiştir. Üç ay içerisinde dava açılmaması durumunda hakim, tarafların barıştığı inancı ile boşanma davasını reddetmek zorundadır.³⁹⁵.

³⁹² KAPLAN GÜLER, syf.111.

³⁹³ KAPLAN GÜLER, syf.111.

³⁹⁴ RG. 03.10.1963, S.11521 (<http://www.resmigazete.gov.tr>).

³⁹⁵ ARSLANDOĞAN KURŞUNCU, Birce, (2007), *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, syf.96; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.280.

Sulh teşebbüsü ile ilgili yapılan düzenlemenin kaldırılma sebebi, iş yükünü artırdığı, bir faydası olmadığı, dava sürecini kısaltmaktan ziyade uzattığı ve bu uzayan süreçte boşanamayan eşlerin başka kişilerden evlilik dışı çocuk sahibi olarak anlaşmazlıkların arttığı ve huzur ortamının bozulduğu gerekçeleridir³⁹⁶.

Kanaatimizce, sulh teşebbüsü uygulaması düzenlendiği hükümler çerçevesinde doğru hukuki donanımlar içermemiştir. Yetersiz kanuni düzenleme ve uygulamada yaşanan sorunlar bu uygulamanın sonunu getirmiştir. Her şeyden önce boşanma ve ayrılık davasının görüldüğü mahkemeden ayrı bir görevli mahkeme belirlenmesi yanlış bir uygulama olmuştur. Zira, boşanma davaları çetrefilli davalardan olup, kendi görevli mahkemesinde dahi her noktanın anlaşılır olması mümkün değildir. Ayrı bir sulh mahkemesi görevlendirmesi yerinde bir karar olmamıştır. Ayrıca sulh teşebbüsü uygulaması, sadece boşanma ve ayrılık davalarına ilişkin bir uygulama olarak sınırlandırılmış, aile hukukundan doğan diğer uyuşmazlıkların çözümü için bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum da sulh teşebbüsü uygulamasının sınırlı kalmasına neden olmuştur.

g. Boşanma davası sırasında alınabilecek geçici önlemler, tedbir nafakası

Boşanma ve ayrılık sürecinin sancılı bir süreç olup, aile bireylerini yıprattığı aşikardır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık bu süreçte yerini adeta düşmanlığa bırakır. Taraflar ve müşterek çocuklar ise yıpranmadan payını alırlar. Bu durumu en aza indirmek, bu süreçte korunmaya muhtaç olanları himaye etmek gerekir. Genelde Türk toplumu içerisinde de korunmaya muhtaç olan kadınlar ve çocuklardır. Keza henüz evlilik bitmiş olmadığından tarafların birbirlerine ve çocuklarına karşı sorumlulukları da zaten devam etmektedir. Doğacak muhtemel sorunlara önlem amaçlı Türk Medeni Kanunu da kayıtsız kalmamış, bu hususta hakimi “geçici koruyucu önlemler” almaya zorunlu kılmıştır³⁹⁷. TMK.m.169 içerisinde düzenlenen bu hükme göre, “Boşanma veya ayrılık

³⁹⁶ AYAN, Serkan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara, 2004, syf.128; ARSLANDOĞAN KURŞUNCU, syf.97; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.280, Sulh teşebbüsü uygulamasının kaldırılmasındansa sulh teşebbüsü sürecini yönetecek görevli mahkemenin sulh mahkemesi değil, boşanma davasının görüldüğü asliye hukuku mahkemesine verilmesi gerektiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, (1944), *Evlence ve Boşanma Hukukumuzda Medeni ve Cezai Bakımdan Ne Gibi Tadilata İhtiyaç Vardır?*, S.1, İstanbul, syf. 98 vd.

³⁹⁷ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.148; KAPLAN GÜLER, syf.112; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.283; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, syf.131.

davası açılınca hakim, davanın devamı süresinde gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen (kendiliğinden) alır.”

Geçici önlemler, hakim tarafından re'sen alınır denilmekle hakime bu konuda geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Evet kanun içerisinde önlemler örneklendirilmek adına sayılmıştır ve ihtiyati tedbir niteliğindedir ancak alınacak önlemler bu örneklerle sınırlı değildir. Hakim uygun gördüğü takdirde taraflar talep etmese dahi görevi gereği önlem alabilir³⁹⁸. Eğer ki önlemler hususunda taraflar anlaşmış ise yine hakimin bu önlemler için onayı gereklidir³⁹⁹.

Alınabilecek önlemlerin başında, eşlerin barınması hususu gelir. Öyle ki boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra iki tarafın da ayrı yaşama hakkı vardır. Bu konuda saptanması gereken ortak konutta yani aile konutunda kimin yaşayacağıdır. Hakim, diğer önlemlerde olduğu gibi bu konuda da karar vermekte özgürdür. Ancak önemli olan eşlerden hangisinin ortak konutta oturması gerektiğinin iyi saptanmasıdır. Bunun için hakim, eşlerin durumunu göz önüne almalıdır. Aile konutunda yaşamaya devam edecek taraf, bireylerin somut yaşantılarını göre değişir. Yani aile konutu kimin üzerinde ise o evde o kalmaya devam eder gibi bir şart yoktur. Yine kadın maddi anlamda genelde daha zayıf olan taraftır diye onun konutta yaşamaya devam etmesi kararı da verilemez. Somut durumun özellikleri dikkate alınarak bu konuda karar verilir. Aile konutundaki eşyalar için de durum aynen böyledir. İhtiyaçlar göz önüne alınarak karar verilir⁴⁰⁰.

Geçici olarak alınacak önlemlerden bir diğeri de, “tedbir nafakasıdır.” Bu nafaka, ihtiyacı olan eşe, maddi gücü olan eş tarafından verilir. Bu konuda Eski Medeni Kanun ile Yeni Medeni Kanun ayrılmaktadır. Öyle ki eskiden sadece koca bu nafakayı vermekle yükümlü tutuluyor, ekonomik geliri doğrultusunda kadına destek olması gerektiğine karar veriliyordu. Yeni Medeni Kanun ise bu konudaki ayrımı kaldırarak, bu konuda kadın-erkek eşitliğini sağlamıştır. Bakım ve geçindirmeye dair yükümlüğün her iki eş için de var olduğunu kabul ederek, imkanı elveren eşe maddi imkanı yerinde

³⁹⁸ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.283; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.148; ÖZTAN, syf.449; KAPLAN GÜLER, syf.112.

³⁹⁹ KAPLAN GÜLER, syf.112.

⁴⁰⁰ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.284.

olmayan eş için nafaka vermeyi zorunlu tutmuştur⁴⁰¹. Tedbir nafakası olarak adlandırılan bu miktar, boşanma ya da ayrılık davasının açılma tarihi ile birlikte işlemeye başlar ve boşanma hükmünün kesinleşme tarihine kadar devam eder⁴⁰². Bu nafakanın hak edilmesi için eşlerde kusur şartı aranmaz. Yani eş kusurlu dahi olsa hakim bu nafakayı vermekle yükümlüdür. Keza taraflar nafaka talep etmeseler de hakim kendiliğinden nafakaya hükmedebilir⁴⁰³.

Belki de bu sürecin yönetilmesinde en hassas davranılması gereken konu olan müşterek çocuklar için de hakim geçici önlemler alabilir. Eğer ki taraflar bu süreçte ayrı yaşayacaklar ise müşterek çocukların kimin yanında kalacağına hakim karar verir. Çocuklar yanında bırakılmayan eşin bu sürece maddi olarak nasıl katkı sağlayacağı, çocuklar ile kişisel ilişkisini nasıl kuracağını da hakim belirler. Bu konularda karar verirken çocukların menfaatini ön planda tutar. Tabii ki bu ayrı yaşama süreci, diğer eşin velayet hakkını ortadan kaldırmaz. Aksi sadece velayeti ortadan kaldıracak bir durumun varlığında mümkündür. Bu dönemde çocuklar için yapılacak maddi katkı ise kanunda “iştirak nafakası” olarak adlandırılır⁴⁰⁴.

Alınacak önlemlerin sayılanlarla sınırlı olmadığını söylemiştik. Hakim gerekli gördüğü takdirde, eşlerin mallarına ilişkin önlemler de alabilir. Örneğin hakim, Türk Medeni Kanunu’nda edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edildiğinden gerektiği takdirde mal birliğinin mal ayrılığına dönüştürülmesine de karar verebilir⁴⁰⁵. Bunun gibi tarafların kendi ilişkilerine özel başkaca konularda da önlemler alınması mümkündür. Bu önlemler geçici mahiyette olup, boşanma ya da ayrılık davası devam ettiği sürece geçerlidir. Ancak hakim gerekli görürse boşanma sonrasında da önlemlerin devamına karar verebilir ya da bu konuda bambaşka kararlar alabilir⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ ÖZTAN, syf.449 vd.; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.284-285; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.148; KAPLAN GÜLER, syf.112.

⁴⁰² “Boşanma davasının ikamesinden sonra ödenmesine karar verilen tedbir niteliğindeki nafaka, boşanma davasının sonuçlanması ile hukuki dayanağı kalmadığından nihayet bulur.” Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.285.

⁴⁰³ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.285; ÖZTAN, syf.450 vd.

⁴⁰⁴ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.285-286; ÖZTAN, syf.450 vd.

⁴⁰⁵ AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, syf.286; ÖZTAN, syf.450 vd.

⁴⁰⁶ KAPLAN GÜLER, syf.113.

HUAK kapsamı gereği, boşanma veya ayrılık davası süresince alınacak bu geçici önlemler, hakim tarafından re'sen değerlendirilmektedir ve tarafların üzerinde serbestçe karar verebilecekleri hususlar değildir. Ayrıca kamu düzenine ilişkin olması sebebi ile de arabuluculuk faaliyetine uygun değildir⁴⁰⁷.

Son dönemde nafaka konusu, bir hayli tartışmalara neden olmuş, bu tartışmalar gündemi de işgal etmiştir. TMK m.175 hükmü gereği “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir”⁴⁰⁸. Evlilik kimi zaman yıllar sürebildiği gibi aylar ya da günler sonra sona eren evlilikler de mevcuttur. Yapılan evliliğin boşanmayla sona ermesi durumunda taraflardan her biri, kusuru daha ağır olmamak koşulu ile diğer tarafın mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteme hakkına sahiptir. Buradaki süresiz nafaka, nafaka ödemekle yükümlü kişi için zaman zaman maddi zorluğa neden olabileceği gibi kısa süre evli kalmış olduğu bir ilişkiye halen bağımlı olması sebebi ile psikolojik olarak da ağır gelebilir. Nafaka alan eş de zaman zaman bu sabit geliri dolayısı ile çalışmaktan imtina ederken, çalışsa dahi sigortasız olarak çalıştırılmayı talep etmektedir. Bu durum ekonomik hayat açısından da olumsuzluk arz etmektedir. Yani bir nevi nafaka hakkı, kötüye kullanılmaktadır. Kanaatimizce elbette mağdur olan tarafın korunması her şeyden önce gelir ancak diğer taraf açısından da mağduriyet yaratabileceği ihtimali gözetildiğinde bu konuda hukuki bir düzenleme yapılmasının gerekliliği görülür. Bu anlamda hakkaniyet ilkesi doğrultusunda birtakım çalışmalar da yapılmaktadır.

Tedbir nafakası, taraflar talep etmese dahi, hakim tarafından re'sen gözetilmesi gerekir. Hakimin ödevleri arasında olan tedbir nafakası ve diğer tüm geçici önlemler, her şeyden önce gerek HUAK kapsamında, gerekse TMK'da yapılan düzenleme gereği arabuluculuk faaliyeti için uygun değildir. Ayrıca arabuluculuk faaliyeti iradilik ilkesi ile donatılmışken, burada bir önlem söz konusudur. Bu durumda mahiyeti yönünden de ters düşmektedir.

⁴⁰⁷ KAPLAN GÜLER, syf.114; ÖZTAN, syf.106; CEYLAN, syf.4574.

⁴⁰⁸ <http://www.mevzuat.gov.tr>.

g. Boşanmanın hukuki sonuçları

Açılmış olan boşanma davasının sona ermesi ve kesinleşmesi sonucunda ortaya çıkacak birtakım hukuki sonuçlar vardır. Bu sonuçları asli ve fer'i olmak üzere iki gruba ayırırsak, asli sonuçlar boşanmanın kesinleşmesinden sonra kendiliğinden doğar; fer'i sonuçlar ise verilen boşanma kararında yazılı olması ya da tarafların talebi üzerine hakim kararı ile ortaya çıkar⁴⁰⁹.

Doğacak bu hukuki sonuçların bazıları her boşanma için ortaya çıkarken bazıları her boşanma sonucu ortaya çıkmaz. Yine bu sonuçlardan bazıları eşler için bazı sonuçlar ise çocuklar için geçerli olur. Bu sebeple boşanmanın hukuki sonuçlarını ayrı ayrı incelemekte yarar vardır. Doktrinde farklı farklı tasnifler yapılırsa da biz eşler ve çocuklar yönünden ikili bir ayırım yaparak anlatacağız⁴¹⁰.

4.4.2.3. Eşler bakımından sonuçları

a. Genel olarak

Boşanma sonrası doğan hukuki sonuçların eşler yönünden kişisel ve mali olmak üzere ikiye ayrılır. Kişisel sonuçlar; “evlilik birliğinin sona ermesi”, “yeniden evlenme imkanının doğması”, “kişisel durum değişikliği”, “kadın hakkında bekleme süresi”, “eşlerin birbirlerine karşı talep haklarında zamanaşımının işlemeye başlaması” ve “mirasçılık sıfatının kaybedilmesidir”⁴¹¹.

Eşler yönünden doğan mali sonuçlar ise; “ölüme bağlı tasarrufların hükümsüz hale gelmesi”, “mal rejiminin tasfiyesi”, “maddi tazminat”, “manevi tazminat” ve “yoksulluk nafakasıdır”⁴¹².

b. Evlilik birliğinin sona ermesi

⁴⁰⁹ YALÇINKAYA Namık/KALELİ Şakir, (1988), *Yeni Boşanma Hukuku*, İstanbul, syf.1742-1743.

⁴¹⁰ YALÇINKAYA/KALELİ, syf.1744; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.288.

⁴¹¹ GÜNEŞLİOĞLU, syf.26; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.288; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, syf.133.

⁴¹² GÜNEŞLİOĞLU, syf.26; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.288; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, syf.133.

Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra eşler için doğacak olan ilk sonuç, evlilik birliğinin sona ermesidir. Evlilik birliğinin sona ermesi ile taraflar için evlilik dolayısıyla doğmuş olan hak ve yükümlülükler de kendiliğinden sona erer. TMK.m.185 içerisindeki düzenlenen, “Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Eşler evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliği ile sağlamak ve çocukların bakımına, eğitimine ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Eşler birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.” bu yükümlükler de evlilik birliği ile birlikte son bulur⁴¹³.

c. Yeniden evlenme imkanının doğması

Boşanma kararı sonrasında eşler için doğan kişisel sonuçlardan biri de, ikinci evlilik engelinin ortadan kalkmasıdır. Yani TMK.m.130 gereği “önceki evlilik” engeli ortadan kalkarak, eşler için yeniden evlenebilme imkanı doğar⁴¹⁴.

Boşanmış olan eşlerden erkek, ister boşandığı karısı ile ister başka birisi ile hemen evlenebilirken; kadın boşandığı eşi ile hemen, başkası ile üç yüz günlük bekleme süresinin (iddet süresi) sonunda yeni bir evlilik yapabilir⁴¹⁵.

d. Kişisel durum değişikliği

Boşanma sonrası eşlerin kişisel durumları da etkilenir. Evlenme ile birlikte kazanılan bazı durumlar değişirken, bazı durumlar için bir değişiklik olmaz. Değişmeyecek durumlara örnek olarak; evlenme ile kazanılmış erginlik, kayın hısımlığı⁴¹⁶ ve vatandaşlık gösterilebilir. Boşanma sonrası değişecek kişisel durumlara ise en güzel örnek, kadının soyadıdır. Kadın boşanma sonrasında kendi kızlık soyadını kullanmaya devam etmek zorundadır. Bu durum TMK.m.173’te şu şekilde düzenlenmiştir. “Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hakimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir. Kadının, boşandığı

⁴¹³ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.288-289; KAPLAN GÜLER, syf.115; ÖZTAN, syf.458.

⁴¹⁴ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.289.

⁴¹⁵ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.289; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.149.

⁴¹⁶ “Kayın hısımlığı korunduğu için boşandıktan sonra da eşler birbirinin altsoyu üstsoyu ile evlenemeyeceklerdir.” (TMK.m.129/2), <http://www.mevzuat.gov.tr>.

kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hakim, kocasının soyadını taşımasına izin verir. Koca, koşulların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.”

Boşanan kadının boşanmanın kesinleşmesi sonrasında kendi kızlık soyadına dönmek zorunda olması kamu düzenini yakından ilgilendiren bir konudur. Öyle ki TMK.m.173’te kabul edilen hükme göre, kadın boşanma sonrası kocasının soyadını taşımaya devam edebilir. Bunun için soyadını kullanmaya devam etmesinde menfaati bulunmalı ve bu durum kocaya zarar vermemelidir. Bu konuda taraflar anlaşmış dahi olsa hakimin onayı şarttır. Kamu düzeni ile alakalı olması ve hakim onayının şart olması sebebi ile kadının kocasının soyadını kullanmaya devam etmesi hususu, arabuluculuk faaliyeti kapsamında çözümlenmesi mümkün olmayan bir konudur⁴¹⁷.

Yine belirtmek gerekir ki, evlilik sonrası kadının kocasının soyadını kullanmak zorunda olması konusu da arabuluculuk faaliyeti kapsamına alınmaz. Kadının kocasının soyadını kullanması kuralı emredici nitelikte olup, değiştirilemez⁴¹⁸.

e. Kadın hakkında bekleme süresi

Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra erkek ister eski eşi ile ister başka bir kadın ile hemen evlenebilir. Ancak kadın için durum böyle değildir. Nesep karışıklıklarının önlenmesi amacı ile getirilen bu kural, 300 günlük bekleme süresi içerir. “Yasal bekleme süresi” ya da “iddet süresi” adı verilen bu süre, boşanma kararı sonrası kadının bir başkası ile evlenemeyeceği süredir. Ancak bu süre içerisinde kadın doğurur ya da önceki evliliğinden hamile olmadığı anlaşılır ise mahkeme bu süreyi kısaltır ya da kaldırır⁴¹⁹.

Kadın için verilen bu bekleme süresi, kamuyu yakından ilgilendirmektedir. Ayrıca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu da değildir. Bu sebeple HUAK.m.2/I hükmünce, arabuluculuk faaliyeti kapsamında çözümlendirilemez⁴²⁰. Kanaatimizce yerinde bir karardır. Bu hükmün getirilme sebebi kadının hamile olma

⁴¹⁷ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.149; KAPLAN GÜLER, syf.116-117.

⁴¹⁸ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.150.

⁴¹⁹ KAPLAN GÜLER, syf.115; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.291.

⁴²⁰ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.149; KAPLAN GÜLER, syf.115.

ihtimaline karşı tedbir amaçlı olup, bu konuda arabuluculuk faaliyeti kapsamında sürenin kısaltılması mümkün olamaz. Zaten bu süre hamilelik ihtimalinin belirli olması ile kısaltılabilecek bir süredir. Hamilik ihtimalinin belirsizliği durumunda kısaltılacak bir süre nesep karışıklığına dahi neden olabilir.

f. Eşlerin birbirlerine karşı talep hakkı yönünden zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması

Türk Borçlar Kanunu m.153 hükmü gereği, evlilik birliği devam ettiği sürece eşlerin birbirlerine karşı olan alacakları hakkında zamanaşımı işlemez, durur. Ancak boşanma kararı sonrası bu zamanaşımı süresi kaldığı yerden tekrar işlemeye devam eder⁴²¹.

Eşlerin birbirilerine karşı talep hakları açısından zamanaşımı süresinin tekrar işlemeye başlayacak olması kamu düzeni ile alakalı bir durumdur. Keza her ne kadar taraflar sulh ya da feragat sonucu alacak haklarından vazgeçseler de alacak hakkındaki zamanaşımı süresinden feragat edemezler. Bu nedenle HUAK açısından değerlendirildiğinde, eşlerin birbirlerine talep hakkı yönünden zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması konusunda arabuluculuk faaliyeti uygulanamaz⁴²². Zamanaşımı kanundan doğan bir süredir. Yargı ile alakalı olup, arabuluculuk faaliyetinde değişikliği kabul edilemez.

g. Mirasçılık sıfatının kaybedilmesi

“Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kaybederler.” (TMK.m.181/I)

Hükümden de anlaşılacağı üzere, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra eşler, evlilikten doğan mirasçı sıfatını kaybederler. Eğer ki mirasçı olmayı gerektirecek bir kan hısımlığı söz konusu ise ancak o halde mirasçılık sıfatı devam eder.⁴²³ Eğer ki taraflardan biri, boşanma davası açıldıktan ancak kesinleşmeden önce ölürse, yine sağ kalan taraf için mirasçılık sıfatı devam eder⁴²⁴.

⁴²¹ KAPLAN GÜLER, syf.117; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.291.

⁴²² UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.150; KAPLAN GÜLER, syf.117.

⁴²³ ÖZTAN, syf.463; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, syf.139.

⁴²⁴ KAPLAN GÜLER, syf.117; ÖZTAN, syf.463.

Boşanmanın kişisel sonuçlarından olan mirasçılık sıfatının kaybedilmesi hususu yine kamu düzeni ile alakalıdır. Bu sebeple HUAK kapsamında arabuluculuk faaliyeti hükümleri uygulanamaz⁴²⁵.

h. Eşlerden biri lehine yapılan tasarrufun geçersiz hale gelmesi

TMK.m.181/I içerisinde düzenlenen hükme göre; “Boşanan eşler, boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler.” Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, eşlerden biri diğer için boşanmanın kesinleşme tarihinden önce ölüme bağlı bir tasarruf sebebi ile bazı haklar vermiş ise boşanmanın kesinleşmesi sonucu bu haklar geçersiz hale gelir. Meğer ki aksi kararlaştırılmış olmasın. Örneklendirmek gerekirse, kocanın karı için yapmış olduğu vasiyet, boşanma kararının kesinleşmesi sonrasında hükmünü kaybeder. Ayrıca kocanın bu vasiyetten rücu etmesi gerekmez⁴²⁶. Ancak vasiyetname içerisinde, yapılan ölüme bağlı tasarrufların boşanma sonrasında da geçerli olacağı kabul edilmiş ve bu konuda bir kayıt konulmuş ise bu hakkın kaybı önlenir ve tasarruf geçerliliğini korur⁴²⁷. Yine ölüme bağlı tasarruf içeriğinden de bu durum anlaşılmıyor yani boşanma gerçekleşse de eşin mirasçılık hakkının devam edeceği kabul edilmemiş olsa dahi TMK.m.163/III gereği, hakim onayı ile boşanmanın ferî sonuçları içerisinde yer alması durumunda eş mirasçı olarak kabul edilir⁴²⁸. Eğer ki eşlerden biri diğeri adına ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmuş ve boşanma davası açtıktan sonra boşanma kararı kesinleşmeden ölmüş ise tasarruf geçerli olur. Çünkü burada evlenme boşanma sonucu sona ermemiş olup, ölüme bağlı olarak sona ermiştir⁴²⁹.

⁴²⁵ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.150.

⁴²⁶ Prof. Tekinay, “Eşlerden birinin diğeri lehine yapmış olduğu bir ölüme bağlı tasarrufun, örneğin bir vasiyetin boşanmayla birlikte hükümsüz hale gelmesinin isabetli olup olmadığı tartışılabilir.” diyerek bu konuda şu şekilde bir ayırım yapmaktadır. “Bir koca boşanmadan evvel karısı lehine bir vasiyetname yapar ve boşandıktan 10 yıl sonra da ölürse, bu on yıl içinde vasiyetnamesinde değişiklik yapmamış olmaması, boşanmaya rağmen onu muhafaza etmek istediğinin delilidir. Boşanmadan sonra değiştirilmeyen ölüme bağlı bir tasarruf ancak ölüm tarihi ile boşanma arasındaki zaman devresi kısa olduğu takdirde hükümsüz sayılmalıydı.” Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.294.

⁴²⁷ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.293-294.

⁴²⁸ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.294.

⁴²⁹ KAPLAN GÜLER, syf.118; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.294.

HUAK.m.1/II gereği, arabuluculuk faaliyeti ancak ve ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve kamu düzeni ile ilgili olmayan uyuşmazlıkların çözümü için mümkündür⁴³⁰. Boşanmanın asli bir sonucu olan ölüme bağlı tasarrufların boşanmanın kesinleşmesi sonucu geçersiz olması hususunda yaşanan uyuşmazlıklar için arabuluculuk faaliyetinin uygulanması mümkün değildir⁴³¹.

j. Maddi tazminat

Maddi tazminat talebinin amacı, kusursuz ya da daha az kusurlu konumda olan eşin boşanma nedeniyle uğramış olduğu mali zararların karşılanmasıdır. Kusur prensibine dayanan bu hukuki sonuçta esas olan hakkaniyet ve kişiliğin korunmasıdır⁴³².

TMK.m.174/I içerisinde “mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir tazminat isteyebilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Madde içerisinde “eş” yerine “taraf” kavramı kullanılmıştır ki bunun sebebi maddi tazminat talepli davaların boşanma davasından ayrı boşanma davası sonrasında da açılabilmesidir⁴³³.

Maddi tazminat talebi, kişiye bağlı bir talep olması sebebi ile isterse hak sahibi olan kusursuz ya da daha az kusurlu eş bu hakkından vazgeçebilir. Hakim bu durumda re’sen maddi tazminata hükmedemez⁴³⁴.

Maddi tazminat talebi için Türk Medeni Kanunu bazı şartlar kabul etmiştir. Bunlar; “boşanmaya mahkemece karar verilmiş olması, maddi tazminat talep eden tarafın kusursuz ya da az kusurlu olması, maddi tazminat talep eden tarafın mevcut ya da muhtemel doğacak bir menfaatinin bu boşanma sebebi ile zedelenmiş olması, maddi tazminat talep edilen davalı tarafın kusurlu olmasıdır”⁴³⁵.

Maddi tazminat için belirlenecek miktarda her şeyden önce talep hakkı olan tarafın miktar talebi esas alınır. Tazminat miktarının ve türünün tam ve net bir şekilde

⁴³⁰ KAPLAN GÜLER, syf.118; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.294.

⁴³¹ KAPLAN GÜLER, syf.118.

⁴³² KÖSEOĞLU/ KOCAAĞA, syf. 240; ÖZTAN, syf.819.

⁴³³ REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.194; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.295.

⁴³⁴ KAPLAN GÜLER, syf.119.

⁴³⁵ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.295 vd.; KAPLAN GÜLER, syf.119 vd.; REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.193-194.

belirtilmesi gerekir. Anlaşılmaz, muğlak ifadeler olması halinde bunun için taraflardan açıklama istenir. Tazminat konusunda hakimin geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak hakim tarafların tazminat talebi ile bağlı kalmakla yükümlüdür, istenilenden fazlasına hükmedemez. Talep hakkı olan taraf bir sebeple daha az miktar talep etmişse, gerek yanlışlıkla gerekse isteyerek, sonrasında bu talebini yükseltmez⁴³⁶.

Hakim, maddi tazminat için uygun miktarı belirlerken birçok kriter gözeterek değerlendirme yapmalıdır. Evliliğin ne kadar yıl sürdüğünü esas almalı, tarafların boşanma için kusur oranlarını gözetmeli ve her iki taraf için de ekonomik ve sosyal durum araştırması yapmalıdır⁴³⁷.

Tazminatın ne şekilde ödeneceğini de hakim belirler⁴³⁸. Yargıtay'ın kararlarına göre tazminatın ayın olarak istenmesi de mümkündür ancak bunun için geçerli sebeplerin ortaya konulması gerekir⁴³⁹.

Maddi tazminatın muaccel olma tarihi boşanma hükmünün kesinleşme tarihidir. Bu sebeple faiz, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra işlemeye başlar⁴⁴⁰.

Boşanmanın hukuki sonuçlarından olan maddi tazminat, boşanma ile birlikte aynı dava içerisinde talep edilebileceği gibi boşanmadan ayrı olarak daha sonra da istenebilir. Türk Medeni Kanunu da bu konuda herhangi bir engel koymamış aksine 174.madde hükmü içerisinde “eş” kavramı yerine “taraf” kavramını kullanarak bu durumu desteklemiştir⁴⁴¹.

Türk Medeni Kanunu m.178 hükmü gereği, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra 1 yıl süre ile dava açılmaması halinde maddi tazminat talebine yönelik dava hakkı zamanaşımına uğrar⁴⁴².

⁴³⁶ GENÇCAN, syf.675 vd.

⁴³⁷ KAPLAN GÜLER, syf.122; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.298.

⁴³⁸ “Aile mahkemesi hakimi tarafların zararlarını ve yararlarını gözeterek tazminatın toptan ya da irat olarak ödenmesine karar verebileceği gibi hakim tarafından onaylanması şartıyla bu hususa taraflar ortak anlaşarak karar verebilirler.” Ayrıntılı bilgi için bkz. GENÇCAN, syf.681.

⁴³⁹ GENÇCAN, syf.673 vd.

⁴⁴⁰ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.298.

⁴⁴¹ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.299.

⁴⁴² KAPLAN GÜLER, syf.123; REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.194.

Konumuz olan arabuluculuk faaliyetinin uygulanması noktasında maddi tazminat istemini değerlendirecek olursak, açıklamalarda bahsettiğimiz üzere maddi tazminat, tarafların kendi belirleyebilecekleri bir taleptir. Taraflar maddi tazminat konusunda serbestçe tasarruf edebilirler. Yine Türk Medeni Usul Hukuku gereği bu davalar, feragat, kabul ya da sulh yöntemi ile sona erdirilebilirler. Öyle ki bu yöntemler, feragat, kabul ve sulh, tarafların irade beyanlarının karşılıklı olması sonucu oluşturdukları bir sözleşmedir. Bu yöntemlerden biri ile sonuçlanan davalarda hakim, tarafların talebi üzerine anlaşmayı mahkeme kararına geçirerek, anlaşma metnine kesin hüküm özelliği kazandırabilir. Böylece bir mahkeme ilamı haline gelebilir. HUAK kapsamında değerlendirildiğinde tüm bu sebepler dahilinde maddi tazminat hususu arabuluculuk ile çözümlenmeye uygun gözükmetedir⁴⁴³.

Arabuluculuk faaliyeti ile çözüm aranması hususunda hakimin dikkat etmesi gereken konu, önüne gelen somut olayın arabuluculuk yöntemine elverişli olup olmadığının araştırılmasıdır. Keza HUAK.m.18/3, “ Tarafların Anlaşması” başlığı altında, “...ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.” demek suretiyle, arabuluculuk faaliyetine ya da cebri icraya uygunluğun denetiminin yapılmasını kabul etmiştir. Bunun için de incelemenin duruşmalı olarak yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır. Örneğin, aile içi şiddet söz konusu ise arabuluculuk faaliyetinin uygulanması kabul edilemez. Eğer ki boşanmanın hukuki sonuçlarının HUAK kapsamında arabuluculuk faaliyetine uygunluğu incelenecek ise mutlaka aile içi şiddet var mı yok mu tespit edilmelidir. Burada kanun koyucunun amacı, şiddete uğrayan tarafı korumak, baskı altında dile getirmekten korktuğu konuları arabuluculuk yöntemi ile ifade edemeyeceğini kabul ederek uyuşmazlıkları yargı yolu ile çözüme kavuşturmasıdır⁴⁴⁴.

Maddi tazminata ilişkin arabuluculuk faaliyeti sonucunda imzalanacak arabuluculuk sözleşmesinin, ilam niteliğinde belge olması gerekir. Arabuluculuğun amacı yargılama sürecinin kısaltılması olduğu düşünüldüğünde ayrıca icra edilebilirlik şerhi alınması gerekmeksizin, takibe konulabilmelidir.

⁴⁴³ KAPLAN GÜLER, syf.123.

⁴⁴⁴ BARUT, Ahmet, (2014), *Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabulucunun Faaliyet Sınırının Belirlenmesi*, C.88, S.1, İstanbul Barosu Dergisi, syf.81-88 İstanbul, syf.85.

k. Manevi tazminat

Boşanmanın hukuki sonuçlarında tazminat olarak sadece maddi tazminat yoktur. Şartları oluşması halinde, kişilik hakları saldırıya uğramış olan taraf, kusurlu taraftan manevi zararlarının tazmin edilmesini isteyebilir. TMK.m.174/II içerisinde düzenlenen hükme göre, “boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.”

Manevi tazminat talebi kanunen aranan şartlar; “boşanmaya karar verilmiş olması, davalı tarafın kusurlu olması, tazminat talep eden tarafın kişilik haklarının zedelenmiş olması, manevi zararın boşanma sonucunda doğmuş olması yani manevi zarar ile boşanma arasında uygun illiyet bağı olması gerekir”⁴⁴⁵.

Miktar yönünden belirlemeyi maddi tazminat gibi manevi tazminatta da hakim yapar. Hakimin burada gözetmesi gereken, kişilik hakları zedelenen tarafın ne derece zarar gördüğünü belirlemek, yaşanan olayın boşanmada nasıl bir etkisi olduğunu saptamaktır. Tabii bunu belirlerken davalının ekonomik ve sosyal durumunu da göz ardı etmemesi gerekir⁴⁴⁶.

Manevi tazminin mutlak suretle para olması gerekir. Maddi tazminatta oluşu gibi para dışında bir şey ile tazmin etmek mümkün değildir. Keza TMK.m.174/II de açıkça “uygun miktarda bir para ödenmesi” olarak hüküm koymuştur⁴⁴⁷.

Yine maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminatta da talep şarttır. Yani taraflar talep etmedikçe hakim kendiliğinden manevi tazminata hükmedemez ya da talep miktarını artıramaz. Bunun yanı sıra manevi tazminat boşanma davası ile birlikte istenebileceği gibi ayrı bir dava ile de istenebilir. Bu talebe yönelik dava hakkı için verilen zamanaşımı süresi maddi tazminatta olduğu gibi boşanmanın kesinleşmesinden itibaren 1 yıldır⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ KÖSEOĞLU/ KOCAAĞA, syf. 268 vd. ; KAPLAN GÜLER, syf.125; CEYLAN, syf.95; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.299-300.

⁴⁴⁶ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.301; KAPLAN GÜLER, syf.127; CEYLAN, syf.103-104; KÖSEOĞLU/ KOCAAĞA, syf. 275.

⁴⁴⁷ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.301; KAPLAN GÜLER, syf.123; CEYLAN, syf.103-104; KÖSEOĞLU/ KOCAAĞA, syf.275.

⁴⁴⁸ KAPLAN GÜLER, syf.127; REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.194.

HUAK kapsamında değerlendirildiğinde, boşanmanın hukuki sonuçlarından fer'i ve mali nitelikteki manevi tazminat, arabuluculuk faaliyetine uygun bir konudur. Çünkü taraflar manevi tazminat talebi üzerine serbestçe tasarrufta bulunabilirler. Keza Türk Medeni Usul Hukuku gereği manevi tazminat talepli davaların feragat, sulh ve kabul ile sonlandırılmaları mümkündür. Burada karşılıklı irade beyanları doğrultusunda bir sözleşme oluşturan taraflar bu sözleşmeyi hakimden mahkeme kararına geçirmesini talep ederler. Böylece sözleşme, mahkeme ilamı olarak kesin hüküm taşır. HUAK kapsamında değerlendirildiğinde arabuluculuk faaliyeti için uygundur denilebilir. Eğer ki uyuşmazlık arabuluculuk yöntemi ile çözüme kavuşturulursa maktu harç ödenecektir⁴⁴⁹.

Arbuluculuk faaliyeti ile çözüm aranması hususunda hakimin dikkat etmesi gereken konu, önüne gelen somut olayın arabuluculuk yöntemine elverişli olup olmadığının araştırılmasıdır. Keza HUAK.m.18/3, “ Tarafların Anlaşması” başlığı altında, “...ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.” demek suretiyle, arabuluculuk faaliyetine ya da cebri icraya uygunluğun denetiminin yapılmasını kabul etmiştir. Bunun için de incelemenin duruşmalı olarak yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır. Örneğin, aile içi şiddet söz konusu ise arabuluculuk faaliyetinin uygulanması kabul edilemez. Eğer ki boşanmanın hukuki sonuçlarının HUAK kapsamında arabuluculuk faaliyetine uygunluğu incelenecek ise mutlaka aile içi şiddet var mı yok mu tespit edilmelidir. Burada kanun koyucunun amacı, şiddete uğrayan tarafı korumak, baskı altında dile getirmekten korktuğu konuları arabuluculuk yöntemi ile ifade edemeyeceğini kabul ederek uyuşmazlıkları yargı yolu ile çözüme kavuşturmasıdır⁴⁵⁰.

1. Yoksulluk nafakası

⁴⁴⁹ KAPLAN GÜLER, syf.127.

⁴⁵⁰ BARUT, syf.85.

Boşanmanın mali sonuçlarından olan “yoksulluk nafakası”, boşanma sebebi ile yoksul duruma düşecek ve kusur oranı olarak diğer taraftan daha az kusurlu eş için verilecek olan nafakadır. Bu nafaka, nafakayı verecek olan tarafın mali gücü oranında ve süresiz olarak verilebilir⁴⁵¹. Kanun koyucu tarafından TMK.m.186 içerisinde düzenlenen dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün evlilik birliği sonrasında da kısmen devam etmesi gerektiği inancı ile ahlaki ve sosyal bir düşünce sonucunda hüküm altına alınmıştır. Amaç, boşanma sonrasında maddi zorluk yaşayacak olan tarafı koruma düşüncesidir⁴⁵². Bu sebeple karşı taraf için verilecek bir ceza ya da bir tazminat olarak düşünülemez. Keza maddi ve manevi tazminatta olduğu gibi nafakayı ödeyecek olan tarafın kusurlu olması da gerekmez⁴⁵³. TMK.m.175 içerisinde bu durum açıkça ifade edilmiştir; “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.”

Önceki Medeni Kanun madde 144, “Kabahatsiz olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak, büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile münasip bir surette bir sene müddetle nafaka ifasına mahkum edilir.” demek suretiyle, nafaka süresini bir sene ile sınırlandırmıştır. Yeni Türk Medeni Kanunu ile bu hüküm terk edilerek, nafaka için süre sınırı konulmamış, “süresiz” olarak kabul edilmiştir⁴⁵⁴. Yine Eski Medeni Kanun içerisinde, erkeğe kadın tarafından nafaka ödenebilmesi için “kadının refahta olması şartı” kabul edilmişken; Yeni Kanun ile bu şart kaldırılmış, kadın-erkek eşitliği sağlanarak, kadını refahta olup olmamasına bakılmaksızın, erkeğin yoksulluğa düşmesi halinde kadının nafaka ödeyeceği kabul edilmiştir⁴⁵⁵. Yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemenin kadın-erkek eşitliğine

⁴⁵¹ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.153-154.

⁴⁵² KAPLAN GÜLER, syf.129; ÖZTAN, syf.496; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.302.

⁴⁵³ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.154; ÖZTAN, syf.497; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.302.

⁴⁵⁴ KAPLAN GÜLER, syf.130.

⁴⁵⁵ KAÇAK, Nazif, (2006), *Boşanma Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat ile Yoksulluk Nafakası*, Ankara, syf.143.

dayanması hem uluslararası hukuk⁴⁵⁶ anlamında hem de anayasal⁴⁵⁷ anlamda eşit haklar prensibine uygundur.

Yoksulluk nafakasının verilebilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir ki bunlar; “tarafardan birinin istemde bulunması, istemde bulunan tarafın kusurunun daha ağır olmaması, istemde bulunan tarafın boşanma yüzünden yoksulluğa düşme tehlikesiyle karşılaşmış bulunması, nafakanın diğer tarafın mali gücüyle orantılı olması”⁴⁵⁸.

Maddi ve manevi tazminat davalarındaki gibi yoksulluk nafakası için de istem şarttır. Hakim taraflar talep etmedikçe kendiliğinden yoksulluk nafakasına hükmedemez. Boşanmanın fer’i sonuçlarından olan yoksulluk nafakası, dava dilekçesinde talep edilmemiş de olsa dava sırasında boşanma hükmü kesinleşinceye kadar istenebilir. Yine yoksulluk nafakası talebi açılan dava ile birlikte istenebileceği gibi ayrı bir dava da açılabilir⁴⁵⁹. Ayrı açılacak dava için zamanaşımı süresi 1 yıldır. Bir yıl içinde dava açılmamış ise karşı tarafın zamanaşımı def’i üzerine açılan dava reddedilir. Şayet yoksulluk nafakası boşanma davası ile birlikte istenilmiş ise nafaka azaltılması ya da nafaka artırılması gibi taleplere ilişkin dava her zaman açılabilir⁴⁶⁰. Şartlar oluşmuş ve yoksulluğa düşecek taraf nafaka talep etmiş ise bu nafaka boşanma hükmü kesinleştikten sonra geçerli olur.⁴⁶¹ Nafakadan feragat etmek mümkündür ancak işlemeye başlamış olan nafakadan mümkündür. Hiç doğmamış olan nafaka alacağından feragat olmaz⁴⁶².

⁴⁵⁶ “İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nin özellikle 1, 2, 7, maddelerinde herkesin eşit ve hür doğduğu, kanun önünde eşit olduğu ve dolayısıyla da bireyler arasında cinsiyet vb. kısıtlara göre ayırım yapılamayacağı açıkça ifade edilmiştir.” KAPLAN GÜLER, syf.130.

⁴⁵⁷ “1982 Tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası temel olarak kadın erkek eşitliği ilkesinden hareket etmiştir. Özellikle Anayasa’mızın İkinci Kısmı’nda düzenlenmiş olan Temel Hak ve Ödevler bu ilke üzerine şekillenmiştir. KAPLAN GÜLER, syf.130.

⁴⁵⁸ REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.194-195; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.154; ÖZTAN, syf.497 vd; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.303 vd; KAPLAN GÜLER, syf.130.

⁴⁵⁹ Bu konuda Yargıtay’ın vermiş olduğu yeni bir karar ile konu açıklık kazanmıştır. Karar; “boşanma davasından sonra yoksulluk nafakasının istenemeyeceğinin kabulü, hak arama özgürlüğünün sınırlanması olur ki bu Anayasa’ya aykırıdır.” Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTAN, syf. 497-498.

⁴⁶⁰ ÖZÜĞÜR, Ali İhsan, (2007). *Nafaka Hukuku*, İstanbul.

⁴⁶¹ YARGITAY 2.HD. 24.09.1998, 8358/9790 (<http://www.kazancı.com.tr>)

⁴⁶² ÖZTAN, syf.490.

Önceki Medeni Kanun, nafaka isteyen eş için kusursuz olma şartı arıyordu. Ancak Yeni Medeni Kanun ile bu durum değiştirilmiştir. Şart olan, nafaka talebinde bulunan tarafın diğer tarafa göre daha az kusurlu olması gerektirir. Aksi halde nafaka talebinde olumlu sonuç alamaz. Buna karşılık nafaka ödeyecek olan tarafın kusurlu olması gerekmez. Bu yönü ile yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminattan ayrılır⁴⁶³.

Diğer bir şart olan, “istemde bulunan tarafın boşanma yüzünden yoksulluğa düşme tehlikesiyle karşılaşmış bulunması” halinden anlaşılması gereken, kendi geçimini sağlayamayan eşin boşanma sonrasında yoksulluğa düşecek olmasıdır. Bunun için düşülecek yoksulluk halinin illa da büyük bir yoksulluk olması gerekmez. Normal düzeyde düşülecek bir yoksulluk da nafaka talebi için yeterli görülecektir⁴⁶⁴.

Verilecek olan yoksulluk nafakası miktarına hakim tarafından karar verilir. Bu konuda hakime geniş takdir yetkisi verilmişse de hakim bu miktarı takdir ederken, nafaka yükümlüsünün mali durumunu göz önünde bulundurmak zorundadır. Takdir edilecek miktarın, talepte bulunan tarafın yoksulluğa düşmesini engelleyecek, geçinin sağlayacak bir miktar olması yeterlidir⁴⁶⁵.

Görevli ve yetkili mahkeme, boşanma davası ile birlikte talep edilecek yoksulluk nafakası için boşanma davasının görüldüğü aile mahkemeleridir. Fakat daha sonrasında ayrı açılacak davalar için görevli ve yetkili mahkeme, nafaka talep eden tarafın yerleşim yerindeki aile mahkemeleridir. Buradaki amaç, ekonomik olarak zor durumda olan nafaka alacaklısını korumaktır⁴⁶⁶.

Ödeme şekline gelecek olursak, nafaka alacağı toptan veya irat olarak ödenebilir. Bu durum için hakime geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Bu durum değerlendirilirken nafaka yükümlüsünün ekonomik durumu esas alınır⁴⁶⁷.

⁴⁶³ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.303.

⁴⁶⁴ “Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için davacının boşanma yüzünden yoksulluğa düşüldüğünün ispatı gerekir. Yoksulluk nafakası, boşanma davasından ve bu davanın kesinleşmesinden sonra açılmışsa bu halde boşanma davasının kesinleştiği tarihte yoksulluğa düşüp düşmeyeceğinin araştırılıp incelenmesi gerekir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.304.

⁴⁶⁵ ÖZUĞUR, syf.299; ÖZTAN, syf.500-501; KAPLAN GÜLER, syf.133-134.

⁴⁶⁶ ÖZTAN, syf.479; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.307.

⁴⁶⁷ ÖZUĞUR, syf.300; ÖZTAN, syf.505; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.307.

Arabuluculuk hususunda baktığımızda, boşanmanın mali ve fer'i sonuçlarından olan yoksulluk nafakası, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan olup, kamu düzeni ile alakalı değildir. HUAK kapsamında bakıldığında arabuluculuk için uygundur. Keza taraflar nafaka miktarı için istedikleri miktarda anlaşma sağlayabilirler. Yine maddi ve manevi tazminatta olduğu gibi bu talepler için de taraflar feragat, kabul ya da sulh olabilirler. Bu şekilde karar vermeleri durumunda taraflar, hakimden bu taleplerini zapta geçirmelerini isterler. Anlaşmanın mahkeme kararına geçirilmesi ile nihai olarak bir kesin hüküm söz konusu olur ve mahkeme ilamı elde edilir. Bu da arabuluculuk için uygunluk anlamına gelir⁴⁶⁸.

Arabuluculuk faaliyeti ile çözüm aranması hususunda hakimin dikkat etmesi gereken konu, önüne gelen somut olayın arabuluculuk yöntemine elverişli olup olmadığının araştırılmasıdır. Keza HUAK.m.18/3, “ Tarafların Anlaşması” başlığı altında, “...ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.” demek suretiyle, arabuluculuk faaliyetine ya da cebri icraya uygunluğun denetiminin yapılmasını kabul etmiştir. Bunun için de incelemenin duruşmalı olarak yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır. Örneğin, aile içi şiddet söz konusu ise arabuluculuk faaliyetinin uygulanması kabul edilemez. Eğer ki boşanmanın hukuki sonuçlarının HUAK kapsamında arabuluculuk faaliyetine uygunluğu incelenecek ise mutlaka aile içi şiddet var mı yok mu tespit edilmelidir. Burada kanun koyucunun amacı, şiddete uğrayan tarafı korumak, baskı altında dile getirmekten korktuğu konuları arabuluculuk yöntemi ile ifade edemeyeceğini kabul ederek uyuşmazlıkları yargı yolu ile çözüme kavuşturmadır⁴⁶⁹.

m. Mal rejiminin tasfiyesi

Mal rejiminin tasfiyesi, TMK.m.179 ve devamı maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Boşanma ile sonuçlanan davalarda, eşler arasındaki mal rejimi dava açıldığı tarihte sona

⁴⁶⁸ KAPLAN GÜLER, syf.140.

⁴⁶⁹ BARUT, syf.85.

erer. Boşanmanın kesinleşmesi şartı ile eşlerin bağlı olduğu yasal rejime göre tasfiye yapılır⁴⁷⁰.

Mal rejimleri, “edinilmiş mallara katılma rejimi, mal ayrılığı rejimi, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ve mal ortaklığı rejimi olarak dörde ayrılmaktadır⁴⁷¹. Boşanmanın mali ve fer’i sonuçlarından olan mal rejimin tasfiyesi, kişilerin malvarlığı ile ilgili olup, taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyumsuzluktur. Bu sebeple arabuluculuk faaliyeti için uygundur. Keza Türk Medeni Usul Hukuku gereği bu davalar, feragat, sulh ya da kabul yöntemleri ile de sona erdirilebilir. Bu yöntemle sona erdirilen uyumsuzluk adına bir sözleşme yapılır ve bu sözleşme tarafların karşılıklı irade beyanları doğrultusunda hazırlanır. Hazırlanan bu sözleşmede şahsi malvarlıkları, katkı ve katılma alacağına ilişkin değerler, değer artış payları, tarafların ortak sahip oldukları taşınır ve taşınmaz değerlerden gelecek alacaklar, kabul ve feragatler açıkça belirtilmelidir. Tarafların talebi üzerine mahkeme kararına geçirilecek bu sözleşme, nihai karar niteliğinde olup, kesin hüküm taşır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri bir uyumsuzluk olması, feragat, sulh ve kabul yöntemleri ile çözüme kavuşturulabilmesi ve kamu düzeni alanına girmemesi nedeni ile arabuluculuk yöntemi için elverişli bir konudur⁴⁷².

Arabuluculuk faaliyeti ile çözüm aranması hususunda hakimin dikkat etmesi gereken konu, önüne gelen somut olayın arabuluculuk yöntemine elverişli olup olmadığının araştırılmasıdır. Keza HUA.K.m.18/3, “Tarafların Anlaşması” başlığı altında, “...ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.” demek suretiyle, arabuluculuk faaliyetine ya da cebri icraya uygunluğun denetiminin yapılmasını kabul etmiştir. Bunun için de incelemenin duruşmalı olarak yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır⁴⁷³.

⁴⁷⁰ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.294.

⁴⁷¹ Mal ayrılığı rejimlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN GÜLER, syf.141 vd.

⁴⁷² UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.154-155; KAPLAN GÜLER, syf.157-158.

⁴⁷³ BARUT, syf.85.

Kanaatimizce, arabuluculuk faaliyetine uygun uyuşmazlıklardan biri olan mal rejiminin tasfiyesine ilişkin hazırlanmış arabuluculuk sözleşmesinin, tüm hususları içeren bir belge olması sebebi ile ilam niteliğinde olması gereklidir. Bu durum arabuluculuğun amacı ile de örtüşmektedir.

4.4.2.4. Çocuklar bakımından sonuçları

a. Genel olarak

Boşanma sadece eşlerle ilgili bir durum olmayıp, boşanma kararı sonrası bu karardan müşterek çocuklar da etkilenmektedir. Boşanmanın çocuklar için de hukuki birtakım sonuçları doğar. Bu sonuçlar Türk Medeni Kanun içerisinde m.182 ile m.183 içerisinde düzenlenmiştir. Buna göre çocuklar açısından doğacak sonuçlar da “kişisel sonuçlar ve mali sonuçlar” olmak üzere iki grupta toplanır.

Boşanmanın çocuklar bakımından kişisel sonuçları, “velayet”, “çocuk ile kişisel ilişkilerin kurulması” ve “soybağı”; mali sonuçları, “iştirak nafakası” ve “çocukların giderlerini karşılama yükümlülüğüdür.”

b. Velayet

Kavram olarak velayet, Türk Medeni Kanunu içerisinde tanımlanmamıştır. Doktrinde yapılan bir tanıma göre velayet, “küçüklerin ve bazen de kısıtlı ergin çocukların gerek şahıslarına, gerek kendilerine, gerek mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda Kanun’un ana ve baya yüklediği yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesi için onlara tanıdığı hakların tümüdür”⁴⁷⁴. Buna göre velayet, ana ve babaya birtakım hak ve yükümlülükler yükler⁴⁷⁵. Ana ve baba tarafından birlikte kullanılan bu velayet hakkında amaç, her şeyden önce çocukların yararını gözetmektir⁴⁷⁶. Bu sayede aileye yüklenen ödevler doğrultusunda çocukların korunması

⁴⁷⁴ KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, (2004), Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara, syf.238.

⁴⁷⁵ KAPLAN GÜLER, syf.168.

⁴⁷⁶ BAKTİR ÇETİNER, Selma, Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, syf.32.

sağlanacaktır. Denilebilir ki, verilecek bu hukuki ödevler çocukların yararı için kullanılması amacıyla verilmiştir⁴⁷⁷.

Modern Hukuk Sistemi'nde, kadın erkek eşitliği ve çocukların yararı her şeyin önünde tutulmuştur. Türkiye tarafından da kabul edilen "Çocuk Hakları Sözleşmesi" önsöz kısmında, "çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu gelişebilmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış havasının içinde çocuğun yetilmesi gerekliliği..." yazılmıştır⁴⁷⁸.

Türkiye tarafından kabul edilmiş olan bir başka yasa, 04.08.1999 tarih ve 4433 sayılı "Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi" içerisinde de, "...çocuğun çıkarlarının göz önüne alınmasının, velayeti konusundaki kararlarla hayati öneme haiz olduğu" denilerek, durumun önemi vurgulanmıştır⁴⁷⁹.

Türk Medeni Kanunu içerisinde 335 ve 352. maddeler arasında düzenlenen velayet hükümleri uyarınca, evlilik birliği süresince müşterek çocukların velayetine anne ve baba birlikte sahip olurlar. (TMK.m.336) Ancak tarafların boşanması üzerine kesin olarak son bulan evlilik sonucunda çocukların velayeti de taraflardan yalnızca birine bırakılır. Bu konuda Türk Medeni Kanunu, hakime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bu belirlemeyi yapmak oldukça zor ve manevi yükü ağırdır. Ancak böyle bir durumda çocuğun velayetinin kimde kalacağına karar verirken hakim, sadece ve sadece çocuğun menfaatini gözetmelidir⁴⁸⁰.

Yine velayet konusunda karar verilirken, anne ve babanın mali durumları, boşanma için var olan kusurları, yaşları vb. durumlar çocuğun menfaati noktasında önemli ise de tek kıstas değildir. Keza her zaman daha genç olan, boşanmadaki kusuru daha az olan ya da ekonomik olarak daha kuvvetli olan taraf çocuğa daha iyi bakar diye bir kural yoktur. Her somut olayın kendi özelliklerine göre şekillenecek bu durumda hakimin iyi bir tespit yapması önemlidir. Bazen durumun gerektirmesi halinde çocuk, maddi olarak daha az imkanda olan tarafa ya da daha kusurlu tarafa da verilebilir⁴⁸¹. Hakimin takdir

⁴⁷⁷ KOÇHİSARLIOĞLU, syf.186.

⁴⁷⁸ KAPLAN GÜLER, syf.169.

⁴⁷⁹ KAPLAN GÜLER, syf.169.

⁴⁸⁰ AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, syf.310; KAPLAN GÜLER, syf.177-178.

⁴⁸¹ YARGITAY 2.HD. 06.03.1962 Tarih, 646/1497 K. sayılı dosyasında, Davalı Ana tarafından zina yapıldığı sabit olmakla birlikte Davacı Babanın mevcut içinde bulunduğu durum sebebi ile çocukların yaş

yetkisini kullanırken dikkatli olması esas olup, çok küçük yaştaki çocukları mümkün oldukça anne şefkatinden ayrı bırakmamaya, ergenlik yaşındaki çocukları da gerekli şartların varlığı halinde baba disiplininin uzak bırakmamaya özen göstermesi gerekir. Elbette verilecek kararda çocukların ne istedikleri de çok önemlidir. Bu sebeple hakim çocukları bizzat dinlemesi, verilecek karar için ciddi önem teşkil eder⁴⁸².

Velayet konusu kamu düzeni ile ilgili olduğundan, tarafların çocukların velayeti noktasında karşılıklı olarak yapmış oldukları anlaşma, hakimi bağlamaz. Hakim isterse alınan kararın aksine bir karar verebilir. Hakim, velayet kararını verirken hem anne hem de babayı ve çocukları, eğer ki çocuklar için vesayet makamı var ise bu vesayet makamını da dinlemesi gerekir⁴⁸³.

Birden fazla çocuk olması durumunda, bazılarının velayeti anneye bazılarının ki ise babaya bırakılabilir. Ancak mümkün olduğunca böyle bir yöntem seçilmemelidir. Keza kardeşleri birbirinden ayırmak çok da sağlıklı olmadığı gibi, kardeşlerin birbirinden ayrı ortam içerisinde ve ayrı terbiyeler ile büyümeleri ileride daha büyük sorunların yaşanmasına yol açabilir⁴⁸⁴.

Çocuğun menfaatinin gerektirmesi durumunda, çocuk anne ya da babaya değil üçüncü bir kişiye de bırakılabilir. Üçüncü bir kişinin vesayetine bırakılması için velayetin kaldırılması sebeplerinden birinin var olması gereklidir⁴⁸⁵. Çocukların velayeti ana ve babadan alınarak, çocuklar üçüncü bir kişinin vesayeti altına girseler de anne ve babaları ile kişisel ilişki kurlmaları mümkündür. Bu durum engellenemez⁴⁸⁶.

durumlarını da göz önünde bulundurarak çocukların velayetini anaya bırakmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.311.

⁴⁸² AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.311.

⁴⁸³ ÖZUĞUR, syf.944; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.312; ÖZTAN, Bilge, syf.466; KAPLAN GÜLER, syf.177.

⁴⁸⁴ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.312.

⁴⁸⁵ Velayetin kaldırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN GÜLER, syf.179.

⁴⁸⁶ “Mahkeme, çocuğun ana veya babanın velayeti altında bırakılmasını faydalı görmezse bir vasi nasp edebilir. Ancak bu hali ana veya babanın çocukla şahsi ilişkisini engellemez.” YARGITAY 2.HD. 18.02.1992, 7547/8176 (<http://www.kazancı.com.tr>)

Velayet hakkı, mutlak bir hak olup, kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Başkasına devri mümkün değildir. Ölüm durumunda da mirasçılara geçmez. Keza bu haktan feragat da mümkün olmayıp, hukuki bir işlem ile sınırlandırılması da düşünülemez⁴⁸⁷.

Velayet hakkında kurulan hükme göre, TMK.m.182, “ Mahkeme boşanma ve ayrılığa karar verirken olanak buldukça anne ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasiinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.” denilmek suretiyle çocuğun yararının göz önünde tutulması gerektiğini kabul etmiştir. Bu hususta hakim, velayet hakkının hangi tarafa bırakılacağına karar vermeden önce imkan varsa anne ve babayı, vesayet altında bir çocuk ise vasiyi ve durumu algılayabilecek düzeydeki çocuğu⁴⁸⁸ dinlemelidir. Bu dinleme sırasında psikolojik ve pedagojik yardım alması önemlidir. Taraflar çocuğun velayeti hakkında anlaşma sağlamışlarsa da hakim, bu anlaşmanın herhangi bir baskı altında yapılmadığını anlamak ve tarafların bu konuda samimi olup olmadıklarını görmek için araştırma yapması gerekir⁴⁸⁹. Ancak bu halde anlaşmaya onay verebilir⁴⁹⁰. Keza ana, babanın ve çocuğun dinlenmesinin öneminin yanı sıra velayet hakkına ilişkin uyuşmazlıklar kamu düzeni ile yakından ilgili konulardır. Hakim bu konudaki kararda anne ve babayı serbest bırakamaz. Yani velayet, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu değildir. Çocuğun faydası için hakimin en doğru kararı hakim, re’sen vermelidir⁴⁹¹. Öyleyse denilebilir ki, çocuk ile ilgili olan velayet hakkında çıkan uyuşmazlıklar için arabuluculuk kurumu elverişli değildir. Velayet hakkına ilişkin karar ancak ve ancak hakim tarafından onaylandıkça geçerli olur. Nitekim HUAK da, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri ve kamu düzenini ilgilendiren konularda arabuluculuk faaliyetinin uygulanmayacağını kabul etmiştir⁴⁹².

c. Çocuk ile kişisel ilişkilerin kurulması

⁴⁸⁷ CEYLAN, syf.153; ÖZTAN, syf.689; KOÇHİSARLIOĞLU, syf.242.

⁴⁸⁸ YARGITAY 2.HD. 15.09.1992, 1992/6917 E. , 1992/7931 K. (<http://www.kazancı.com.tr>)

⁴⁸⁹ CEYLAN, syf.157.

⁴⁹⁰ KAPLAN GÜLER, syf.181.

⁴⁹¹ ÖZTAN, syf.465-466.

⁴⁹² KAPLAN GÜLER, syf.182; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.157.

Boşanma sonucunda çocuğun velayeti hangi tarafa bırakılmış ise diğer tarafın çocuk üzerindeki velayet hakkı sona erer. Ancak bu sona erme, çocuk ile velayet hakkı olmayan tarafın kişisel ilişkileri kalmayacağı, bir daha görüşmeyecekleri anlamına gelmez. Çocuğu ile kişisel ilişki kurmak her anne ve babanın doğal hakkıdır. Türk Medeni Kanunu da bu durumu kabul ederek m.182/II içerisinde, “ velayetin kullanılması kendisine verilmemiş olan tarafın durumun gereğine uygun surette çocuk ile kişisel ilişkisini düzenlenmesinde...” şeklinde hüküm koymuştur. Yine TMK.m.323 içerisinde de “Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.” denilmiştir. Yani ana ve baba kişisel ilişki kurulmasını bir hak olarak isteyebilmektedir. Ancak ana ve abanın bu haktan feragat etmeleri ya da bu hakkı başkasına devretmeleri de mümkün değildir⁴⁹³. Çocuk Hakları Sözleşmesi m.9/III de, çocuğun güvenliğine aykırı olmadığı sürece, anne ya da babasından ayrı yaşaması durumunda kurallar dahilinde kişisel ilişki kurma hakkını sahip olduğunu kabul etmiştir⁴⁹⁴.

Çocuk ile anne ya da baba arasında kişisel ilişki kurulması TMK.m.323-324 içerisinde düzenlenirken; çocuk ile üçüncü bir kişi arasında kişisel ilişki kurulması m.325’te düzenlenmiştir. TMK.m.325, “Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulması isteme hakkı diğer kişilere özellikle hısımlarına da tanınabilir.” diyerek olağanüstü hallerin varlığı durumunda üçüncü kişiler ile de kişisel ilişki kurulabileceğini kabul etmiştir. Madde içerisinde geçen “hısımlık “kavramı ile kast edilen üçüncü kişiler ise büyük anne, büyük baba, kardeşler ve yeğenlerdir⁴⁹⁵.

Peki kişisel ilişki kurulmasından kasıt nedir? Kişisel ilişki kurulması kavramı ile anlatılmak istenen, velayet kendisinden bulunmayan anne veya babanın çocuğu ile belirli saatler ve zamanlarda görüşmesi, telefonla konuşmaları, karşılaştıkları yerde konuşabilmeleri vb. olup sadece ziyaretler ile kısıtlanmış bir hak değildir⁴⁹⁶. Ancak bu kişisel ilişki kurma hakkının mahkeme tarafından verilmiş olması gerekir. Aksi halde velayet kendisinde bulunan tarafın rızası olmadıkça diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişki

⁴⁹³ CEYLAN, syf.165; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.314.

⁴⁹⁴ KAPLAN GÜLER, syf.159.

⁴⁹⁵ KAPLAN GÜLER, syf.160.

⁴⁹⁶ KAPLAN GÜLER, syf.161.

kurması mümkün değildir. Hakim, velayet kendisine bırakılmamış olan taraf ile çocuğun ne zaman ne şekillerde görüşeceğini açıkça boşanma kararı içerisinde belirtmek zorundadır⁴⁹⁷. TMK.m.324 içerisinde, “ Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesini ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür.” diyerek kişisel ilişkinin sınırlarını belirtmiştir. Hakim, kişisel ilişkinin kurulması konusunda bir saptama yaparken, her şeyden önce çocuğu odak noktası yapmalı ve çocuğun ahlakı, sağlığı ve eğitimi için en doğru kararı vermelidir. Bu sebeple hakim karar verirken, kişisel ilişki kuracak olan tarafın mesleğini, görevini, oturduğu yeri, çocuğun yaşını ve öğrenim durumunu iyi araştırmalı, görüşmelerin gerçekleşeceği yeri ve zamanı en uygun şartlarda belirlemelidir. Eğer ki kişisel ilişki kurulması, çocuğun huzurunu ve sağlığını tehlikeye düşürüyor ise derhal reddedilmeli ya da mahkeme kararı ile ortadan kaldırılmalıdır⁴⁹⁸. Velayet kendisine bırakılmamış olan taraf ile çocuk arasında kurulacak kişisel ilişki için taraflar aralarında bir anlaşma sağlamış olabilirler. Ancak bu anlaşmanın geçerliliği illa ki hakimin onayına bağlıdır. Fakat bu hususta Yargıtay bazı vermiş olduğu kararlarında, hukuka aykırı bir durum olmadıkça hakimin müdahalede bulunmaması gerektiğini belirtmiştir⁴⁹⁹. Velayet hakkını almış olan taraf, diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişkide bulunmasını engelliyor ise, kişisel ilişki hakkına sahip olan taraf, İcra İflas Kanunu m.25/a gereği, mahkeme ilamını icraya koyabilir ve kişisel ilişkinin gerçekleştirilmesini icra müdürlüğünden isteyebilir. Yine İcra İflas Kanunu m.25, çocuğun teslimi sırasında icra müdürü ile birlikte sosyal hizmetler ve çocuk esirgeme kurumunca gönderilmiş bir sosyal çalışmacının, pedagoğ ya da çocuk gelişimi uzmanının, hiçbiri bulunamıyor ise bir eğitimcinin bulunması gerektiğini hüküm altına almıştır⁵⁰⁰. Kişisel ilişki kurulması konusunda yetkili mahkeme, çocuğun oturduğu yer mahkemesi iken, bu yetki kuralı kesin değildir. Görevli mahkemeler ise, aile mahkemeleridir. Bunun yanı sıra

⁴⁹⁷ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, syf.313.

⁴⁹⁸ KAPLAN GÜLER, syf.162-163; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.314.

⁴⁹⁹ YARGITAY, 2.HD. 06.07.2011, 2010/10865 E. 2011/11563 K.“ Taraflar, anlaşmalı olarak boşanmışlardır. Mahkemece velayeti davalı-davacı anneye verilen tarafların ortak çocuğu Nazlı Duru'nun davacı-davalı baba ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesi konusunda tarafların anlaşmasına aykırı olarak düzenlemeye hükmedilmiştir. Kişisel ilişki konusundaki tarafların anlaşmasına mahkemenin müdahalesini gerektirebilecek yasaya aykırı bir durum bulunmamaktadır... hükmün bozulmasına karar verilmiştir.” KAPLAN GÜLER, syf.164.

⁵⁰⁰ KAPLAN GÜLER, syf.166.

korunmaya muhtaç çocuk hakkında koruma önlemleri kararı veren çocuk mahkemeleri de kişisel ilişki kurulmasına yönelik karar verebilmektedir⁵⁰¹.

Görüldüğü üzere, boşanmanın çocuklar üzerindeki sonuçları kendiliğinden doğan sonuçlar olmayıp, hakim tarafından re'sen düzenlenmektedir. Taraflar arasında yapılacak anlaşmaların, hakim onayından geçmedikçe geçerliliği yoktur. Taraflar bu konuda serbestçe tasarruf edemezler. Yine velayet hakkından doğan uyuşmazlıklarda olduğu gibi kişisel ilişki kurulması konusunda yaşanacak uyuşmazlıklar da kamu düzenini yakından ilgilendirmektedir. Tüm bu sebeplerden ötürü, kişisel ilişki kurulması konusunda da arabuluculuk faaliyetlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir⁵⁰².

d. İştirak nafakası

Boşanma sonucunda çocuğun yetiştirilmesi, bakımı ve giderleri pek tabii velayet kendisine bırakılmış olan tarafa ait olacaktır. Ancak hayatın olağan şartları içerisinde bunların her zaman tek bir taraftan karşılanması mümkün olmaz, karşılanırsa bile müşterek çocuk için tek bir tarafın maddi emek vermesi doğru olmaz. İşte bu sebeple kanun koyucu, velayet kendisinde olmayan tarafa da “gücü oranında” çocuğun bakımı ve yetiştirilmesindeki giderlere katılma yükümlülüğü getirmiştir. Bu yükümlülüğü adına da “iştirak nafakası” denmiştir⁵⁰³.

İştirak nafakasına ilişkin davayı TMK.m.329 uyarınca, çocuğa fiilen bakan velayet kendisinde bulunan anne ya da baba, varsa kayyum ya da vasi, ayırt etme gücüne sahip ise çocuk açabilir. Bu iştirak nafakası boşanma davası ile birlikte istenebileceği gibi boşanma davasından sonra açılacak ayrı bir dava ile de istenmesi mümkündür⁵⁰⁴.

TMK.m.350/II hükmü uyarınca, “ Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu giderler Devletçe karşılanır.” denilmiş, ana veya babanın ödeme gücüne kavuşması halinde devletin, anne ya da babaya rücu ederek iştirak davası açabileceği kabul edilmiştir⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ KAPLAN GÜLER, syf.166.

⁵⁰² KAPLAN GÜLER, syf.167; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.157.

⁵⁰³ REMZİ/ AYDIN/ ISPARTALI, syf.196; UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.155; KAPLAN GÜLER, syf.184; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.316.

⁵⁰⁴ KAPLAN GÜLER, syf.184.

⁵⁰⁵ CEYLAN, syf.178; ÖZUĞUR, syf.123.

İştirak nafakasının miktarı ve kapsamı konusunda taraflar kendi aralarında anlaşabilirler. Anlaşmamacıları durumunda miktar hakim tarafından belirlenir⁵⁰⁶. Miktar konusunda hakime geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Öyle ki iştirak nafakası talep edilmemiş dahi olsa hakim re'sen ödenmesine karar verebilir⁵⁰⁷.

İştirak nafakası belirlenirken gözetilecek esaslar, TMK.m.330 hükmü içerisinde düzenlenmiştir. “ Nafaka miktarı çocuğun ihtiyaçları ile ana ve babanın hayat koşulları ve ödeme güçleri dikkate alınarak belirlenir. Nafaka miktarının belirlenmesinde çocuğun gelirleri de göz önünde bulundurulur.” Bu hüküm uyarınca hakim, çocuğun cinsiyetini, yaşını, eğitim durumunu, sağlık durumunu, geliri olup olmadığını; ana babanın mevcut hayat şartlarını, ekonomik durumlarını, bakmakla yükümlü oldukları çocuk sayısı gibi kıstasları da göz önüne alarak, psikolog ve pedagog yardımı ile de karar verir⁵⁰⁸.

İştirak nafakasının ödeme şekli de yine hakim tarafından, nafaka yükümlüsünün mevcut şartları da göz önüne alınarak belirlenir. Çocuğun yararı gözetildiğinde nafakanın, peşin ve düzenli bir şekilde ödenmesi gerekmektedir⁵⁰⁹. Ödenme için başlangıç tarihi velayet konusunda mahkeme hükmünün kesinleştiği tarih olup, bitimi çocuğun ergin olduğu gündür. Ancak aynı kanun maddesinin ikinci fıkrasına göre (TMK.m.328/II), çocuk ergin olmasına rağmen eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba şartları dahilinde çocuğun eğitimi sona erene kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler⁵¹⁰.

Faiz yönünden bakıldığında, iştirak nafakasında faiz başlangıç tarihi, nafakaya ilişkin verilen kararın kesinleştiği günden itibaren başlar⁵¹¹.

İştirak nafakasına ilişkin açılacak davalarda görevli mahkeme, aile mahkemeleridir. Aile Mahkemesi kurulmayan yerlerde ise HSYK tarafından belirlenecek Asliye Hukuk

⁵⁰⁶ KÖSEOĞLU/ KOCAAĞA, syf.216 vd; KAPLAN GÜLER, syf.185; CEYLAN, syf.177-178; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.316.

⁵⁰⁷ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.316.

⁵⁰⁸ ÖZUĞUR, syf.188.

⁵⁰⁹ CEYLAN, syf.185.

⁵¹⁰ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, syf.316; Önceki Kanun içerisinde çocukların bakım yükümlülüğüne dair bir hüküm bulunmamasına karşın, yargı kararları ve doktrinde kabul edilen, bakım yükümlülüğün çocuğun ergin olma gününe kadar, eğitimi devam etmesi halinde ise eğitimi bitene kadar devam edeceği yönünde idi. Bu durum, TMK.m.328 ile kanun hükmü olarak kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN GÜLER, syf.188.

⁵¹¹ CEYLAN, syf.186; KAPLAN GÜLER, syf.187; ÖZUĞUR, syf.189.

Mahkemeleri görevlidir. Eğer ki nafaka boşanma davası ile birlikte talep edilmişse görevli mahkeme, boşanma davasının görüldüğü aile mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise, nafaka alacaklısının bulunduğu yerleşim yeri mahkemesidir⁵¹².

Zamanaşımı süresi TBK.m.146 gereği, nafaka alacakları için on yıldır. İştirak nafakasının da bir ilama dayalı olması halinde bu süre on yıl olup, on yıl geçmesinden sonra nafaka borcu sona erer. Eğer ki iştirak nafakası bir ilam niteliğinde belgeden kaynaklanmıyor, tarafların aralarındaki bir anlaşmadan kaynaklanıyor ise, her ay için tahakkuk eden nafaka borcu, tahakkuk etmiş olduğu aydan başlayarak beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar⁵¹³.

Mevcut hukuki düzenleme içerisinde bakıldığında, arabuluculuğa uygunluk açısından iştirak nafakasının uygun olmadığı görülmektedir. Keza, iştirak nafakası konusunda taraflar anlaşmış dahi olsa, geçerlilik için hakimin onayı aranmaktadır. Bunun yanı sıra taraflar bir anlaşma yapmasalar dahi hakim, iştirak nafakası ile ilgili kendiliğinden karar verebilir. Yani tarafların bu konuda serbestçe tasarruf etme yetkileri yoktur. Yine iştirak nafakasına ilişkin verilecek kararlar, çocuğun korunması kapsamında olup, kamu düzeni ile de yakından ilgilidir. Tüm bu sebepler ışığında, HUAK kapsamı gereği, iştirak nafakası arabuluculuk faaliyeti için uygun gözükmemektedir⁵¹⁴.

e. Çocukların giderlerini karşılama yükümlülüğü

Ana ve babanın en temel görevlerinden olan çocuğun bakım ve ihtiyaçları ile eğitimini karşılama yükümlülüğü, TMK içerisinde m.327 ile m.334 arasında düzenlenmiştir. Bu yükümlülük evlilik sırasında anne ve babanın ortak yükümlülüğü olup, boşanma durumunda anne ve baba bu yükümlülükleri ayrı ayrı yerine getireceklerdir⁵¹⁵.

Çocuk ile karşılanacak bu giderlerin kapsamı kanun hükmü içerisinde belirtilmemiştir. Bu giderler, her somut duruma göre farklılık gösterecek olup, her çocuğun yaşına,

⁵¹² KAPLAN GÜLER, syf.190.

⁵¹³ CEYLAN, syf.189; KAPLAN GÜLER, syf.187; ÖZÜĞÜR, syf.196.

⁵¹⁴ UYUMAZ/ ERDOĞAN, syf.157; KAPLAN GÜLER, syf.191 vd.

⁵¹⁵ CEYLAN, syf.176; KAPLAN GÜLER, syf.182-183.

cinsiyetine, yaşadığı çevreye ya da yükümlülükleri yerine getirecek anne babanın ekonomik durumuna göre de değişecektir⁵¹⁶.

Çocuk üzerinden anne ya da babanın velayet hakkı kalkmış dahi olsa anne ya da babanın çocuk ile ilgili bu yükümlülükleri devam eder. Keza bu yükümlülükler, velayet hakkından doğmaz, soybağı ilişkisinin kurulması ile doğar⁵¹⁷.

Çocukların giderlerini karşılama yükümlülüğü konusunda yaşanabilecek uyuşmazlıklar da yine aile arabuluculuğu faaliyeti için elverişli uyuşmazlıklardan değildir. Burada da çocuğun üstün yararı söz konusu olup, tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri durumlar söz konusudur. “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı”, çocukların giderlerini karşılama yükümlülüğü konusunda yaşanan uyuşmazlıkların arabuluculuk faaliyeti ile çözüme uygun olduğunu kabul etmiştir⁵¹⁸. Ancak kanaatimizce bu yerinde bir hüküm değildir. Çocuk, hassas bir konu olup, tarafların inisiyatifinde bırakılmayacak kadar önemlidir. Zira arabuluculuk faaliyeti ile aranacak çözüm sürecinde, yargılama sırasında hakim kanalı ile getirtilecek gerekli belgelerin mevcudiyeti eksik kalabileceği gibi tarafların bu konuda eksik bilgi vermesi de mümkündür. Yine güç dengesizliğinden kaynaklanabilecek sorunlar da çocukların mağduriyet yaşamasına neden olabilir. Tüm bu sebeplerden dolayı çocuklar hakkında verilmesi gereken kararların hakim onayı ile verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁵¹⁶ Çocuk Hakları Sözleşmesi m.27 de bu durumu destekler nitelikte olup hüküm içeriği şöyledir; “ 1. Taraf Devletler, her çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine hakkı olduğunu kabul ederler. 2. Çocuğun gelişmesi için gerekli hayat şartlarının sağlanması sorumluluğu; sahip oldukları imkanlar ve mali güçleri çerçevesinde öncelikle çocuğun ana-babasına veya çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere düşer. 3. Taraf Devletler, ulusal durumlarına göre ve olanakları ölçüsünde, ana-babaya ve çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere, çocuğun bu hakkının uygulanmasında yardımcı olmak amacıyla gerekli önlemleri alır ve gereksinim olduğu takdirde özellikle beslenme, giyim ve barınma konularında maddi yardım ve destek programları uygularlar. 4. Taraf Devletler, Taraf Devlet ülkesinde veya başka ülkede bulunsun; ana-babası veya çocuğa karşı mali sorumluluğu bulunan diğer kişiler tarafından, çocuğun bakım giderlerinin karşılanmasını sağlamak amacıyla her türlü uygun önlemi alırlar. Özellikle çocuğa karşı mali sorumluluğu olan kişinin çocuğun ülkesinden başka bir ülkede yaşaması halinde, Taraf Devletler bu konuya ilişkin uluslararası anlaşmalara katılmayı veya bu tür anlaşmalar akdinin yanı sıra başkaca uygun düzenlemelerin yapılmasını teşvik ederler.” www.unicef.org (son erişim tarihi: 12.12.2020).

⁵¹⁷ KAPLAN GÜLER, syf.183.

⁵¹⁸ “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararında, aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar için arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar; çocuğun velayeti, çocuk ile kişisel ilişkiler kurulması, ekonomik konular olarak sayılmıştır” bkz. ÖZBEK, (ÖZBEK, Tavsiye Kararı), syf.85.

5. SONUÇ

Toplum içerisinde bir arada yaşıyor olmanın dezavantajlarından olan uyuşmazlık, insanlık tarihi kadar eski olup değişen ve gelişen dünya düzeninde her geçen gün artma eğilimi göstermektedir. Yaşanan ve yaşanacak olan bu uyuşmazlıkları ortadan kaldırmak için dönem dönem farklı çözüm uygulamaları denenmiştir. Bu farklı çözüm uygulamalarından en fazla tercih edilen ve dünya ülkeleri için köklü bir yöntem haline gelen, mahkemeler tarafından gerçekleştirilen yargılamalardır. Ancak yargı sistemi de her geçen gün artarak giden uyuşmazlıklara çözüm olma noktasında yetersiz kalmaktadır. Yargının iş yükü fazlaşmış, yeri geldiğinde yanlış kararlar verilirken, yeri geldiğinde de verilen doğru kararlar çok ciddi zaman almıştır. Öyle ki verilen kararlar yaşanan uyuşmazlıkları kesin olarak da sona erdirememiştir. Tüm bu sebeplerden yola çıkılarak yargıya alternatif yöntemler üretilmeye çalışılmış, modern hukuk sistemi içerisinde alternatif çözüm yolları aranmıştır. Her ne kadar bir hukuk devletinin üç unsurundan biri olan yargının, dışarıdan üçüncü kişilerce ihlal edilebileceği düşüncesi ile adalet uygulayıcılarının önemli bir kısmı tarafından eleştirilip, siyasi olarak farklı tartışmalara maruz kalmışsa da, bu dostane çözüm yollarının ortaya çıkmasındaki niyet oldukça masumanedir. Adı üzerinde dostane yöntemler olup getirilişindeki amaç yargının yanında yargıya yardımcı olabilmek, adalet ve hakkaniyet duygusunu tatmin edebilmektir.

Alternatif çözüm için farklı yöntemler denense de uygulamada en etkin yöntem arabuluculuktur. Tarihsel gelişimine bakıldığında kökeni çok eskilere dayanan bu yöntem, Türkiye’de 22.06.2012 tarihli 6100 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında

Arabuluculuk Kanunu ile uygulanmaya başlanmıştır. Aslında kanuni olarak olmasa da geleneksel anlamda arabulmak Türk insanın kanında olan bir gerçektir. Tarafların yaşamış oldukları uyuşmazlıkları, tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişi aracılığı ile sistematik teknikler çerçevesinde çözmeyi empoze eden bu yöntem, aynı zamanda tarafların ortak menfaati için çalışır. Kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklar, getirilen bu kanunun kapsamı dışında bırakılmış, özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların da belirli bir kısmı yani tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar kanun kapsamında sayılmıştır.

6100 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, arabuluculuk anlamındaki ilk yasal düzenleme olması açısından büyük önem arz eder. Yapılan kanuni düzenleme sonucu hangi konuların arabuluculuk kapsamında değerlendirileceği hususunda kanun içerisinde daha genel bir kapsam çizilmiştir. “Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemler” kavramının daha açıklayıcı nitelikte olması gerekirken, hangi uyuşmazlıkların bu kapsam dışında bırakılacağı tek tek sayılmış olması da karışıklığı önleyecek bir düzenleme olurdu. Ancak yapılan mevcut düzenleme de, bu husustaki gelişmelere açık niteliktedir. Bu anlamda aile arabuluculuğuna ilişkin yeni bir kanuni düzenleme yapılması da planlanmaktadır.

Çalışmamızın konu başlığı olan aile arabuluculuğu noktasında bir değerlendirme yapacak olursak, arabuluculuk yöntemi ile ilgili tartışmaların bu konuda kat ve kat arttığına şahit oluruz. Elbette ki bu noktada endişelenen hukukçular çok da haksız sayılmazlar. Keza aile birçok toplumda olduğu gibi Türk Hukuku açısından da toplumun temeli kabul edilmiş, bu durum Anayasal düzenleme ile de hukuki zemine oturtulmuştur. Böylesine önemli bir kavram ile ilgili hassasiyet gösterilmesi de oldukça normaldir. Yine önem arz eden bir diğer durum da, aile sadece evlenmiş olan taraflardan oluşmaz. Evliliğin en güzel getirisi olan çocuklar da bu evliliğe dahildir. Evliliğin sona ermesinden sadece taraflar etkilenmez, müşterek çocuklar da etkilenir. Bu sebeple aileye ilişkin uyuşmazlıkların çözümü ayrı bir özen ister. Yargıya alternatif bir çözüm olan arabuluculuk faaliyetinin niyeti uyuşmazlıklara kısa yoldan daha ekonomik ve daha kalıcı bir çözüm olmaktır.

Arabuluculuk ile ilgili mevcut yasal düzenleme olan HUAK içerisinde aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar da ayrı tutulmamıştır. Yani aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar

için de bu kanunun uygulanması mümkündür. Ancak bu düzenleme aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyetinin uygulanması için yeterli değildir. Öyle ki başlı başına teferruatlı bir alan olan aile arabuluculuğu, mevzuat sistemi içerisinde özel hükümler ile düzenlenmelidir. Malum bu alandaki yasal düzenleme içerisinde sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular olan, boşanmanın fer'i sonuçlarından maddi-manevi tazminat, mal rejiminin tasfiyesi ve nişanlanmanın sona ermesinden doğan uyuşmazlıklardan hediyelerin geri verilmesi ve maddi-manevi tazminat konuları arabuluculuk uygulamasına elverişlidir. Birçok ülkede aile arabuluculuğu konusunda ayrı bir yasal düzenleme mevcut iken Türk Hukuk Sistemi'nde kapsamlı bir düzenleme yoktur. Her ne kadar bu alanda çalışmalar yapılsa da aile arabuluculuğu ile ilgili ayrı bir yasal düzenleme yapılmasının gerekliliği aşikardır. Zira bu düzenleme yapılmadığı takdirde, aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyeti uygulanamaz hale gelecektir.

Türk Hukuk Sistemi içerisinde aile hukukundan doğan her uyuşmazlık türü için arabuluculuk faaliyeti elverişli değildir. Her şeyden önce uyuşmazlık, bir şiddetten kaynaklanıyor ise arabuluculuk bu şiddet kaynaklı uyuşmazlığa çözüm yolu olamaz. Şiddet çok hassas bir durum olup, bu konuda hoşgörülü davranılması daha büyük mağduriyetler yaratır. Burada kanaatimizce şiddetin türü de önem arz eder. Şiddet sadece fiziksel olmayıp, ekonomik, psikolojik ya da cinsel içerikli de olabilir. Arabuluculuğa elverişsizlik açısından şiddet, cinsel ve fiziksel olarak dar yorumlanmalıdır. Aksi halde yaşanan en basit olay dahi psikolojik şiddet iddiası ile yine yargıyı meşgul edecektir. Elbette ki bu durum her somut olayın özelliğine göre farklılık gösterir.

Evliliğin yokluğu ve evliliğin butlanı, kamu düzeni ile alakalı olup, arabuluculuk faaliyeti için elverişli olmayan bir diğer durumdur. Zira, arabuluculuk faaliyetinin amacı ile de örtüşmez. Bu konuda tarafların aralarında anlaşarak aksine karar vermeleri mümkün olmayıp, kamu düzeni amacıyla mutlaka hakim kararı gerektirir.

Boşanma ve ayrılık kararı da hakim tarafından onay gerektiren bir başka konudur. Boşanmanın kesinleşmesi kararı yine ancak ve ancak hakim onayı ile mümkün olup, kamu düzenine ilişkindir. Bu sebeple, arabuluculuk faaliyeti için elverişli değildir.

Boşanma sırasında alınabilecek geçici önlemler ve tedbir nafakası da arabuluculuk faaliyetine uygun değildir. Mahiyeti gereği arabuluculuk çözüm yöntemi ile uygunluk göstermez. Ortada devam eden bir yargı süreci söz konusu olup, bu yargı sürecinde alınabilecek geçici önlemler yine kamu düzeni dahilindedir ve hakim tarafından karar verilmesi gereken hususlardandır. Hakim için ödev niteliğinde bir durum söz konusu olup, taraflar talep etmese dahi hakim re'sen tedbirleri alır.

Arbuluculuk çözüm yöntemi için uygunluk göstermeyen bir diğer uyuşmazlık da, velayettir. Çocuğun ya da çocukların velayet hususu kamu düzenine ilişkindir. Taraflar bu konuda kendi aralarında anlaşma yaparak karar veremezler. Anlaşma yapılmışsa dahi bu anlaşma hakimi bağlamaz, hakim isterse aksi yönde bir karar verebilir. Hakim velayet ile ilgili karar vermeden önce anne ve babayı, durumun gerektirdiği hallerde de çocukları dinlemelidir. Yine maddi olarak anne ve babanın hayatı konusunda da araştırma yapmalı, çocuk için en ideal yaşam ortamını bu şekilde belirlemelidir. Çocuğun üstün yararının söz konusu olduğu velayet konusu, arabuluculuk faaliyeti ile çözümlenemeyecek kadar kapsamlı bir konudur.

Çocuk ile kişisel ilişki kurulması da velayette olduğu gibi kamu düzeni ile alakalı, hakim kararı isteyen bir başka uyuşmazlık türüdür. Burada yine çocuğun üstün yararı söz konusu olup, tarafların bu hususta kendi aralarında yapmış oldukları anlaşma hakimi bağlamaz. Kanaatimizce de yerinde bir karar olup, aksi halde çocuk ile kişisel ilişki kurulması konusunda kaos ortamı doğabilir ve bu durumdan da en çok çocuklar etkilenebilir. Bu sebeple arabuluculuk faaliyeti ile çözüm yöntemi için uygun değildir.

Nişanlanmadan doğan uyuşmazlıklar; hediyelerin geri verilmesi ve maddi- manevi tazminat taleplerine ilişkindir. Burada arabuluculuğun uygulanabilirliği zaten kanun kapsamında da kabul edilmiş olup, salt parasal değer içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk için elverişli olduğu zaten kabul edilmiştir. Nişanlanmadan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyetinin aktif bir şekilde uygulanabilmesi adına, arabuluculuğun zorunlu olması yani dava şartı olarak kabul edilmesi gerekir. Aksi halde istikrar sağlanamaz. Ayrıca arabuluculuk sözleşmesinin de ilam niteliğinde belge olması gerekir. Ancak bu sayede arabuluculuk faaliyetinin amacı gerçekleşmiş olur.

Evliliğin sona ermesinden doğan uyuşmazlıklardan maddi-manevi tazminat, yoksulluk nafakası ve mal rejiminin tasfiyesi konuları, arabuluculuk için elverişli bir diğer

uyuşmazlık türleridir. Taraflar bu konularda serbestçe tasarruf edebilirler. Burada önemli olan arabuluculuğun zorunlu ya da ihtiyari olması sorunudur. Kanaatimizce başvuru zorunlu olmalı, arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmelidir. Aksi halde arabuluculuk faaliyetinin kullanımı konusunda istikrar sağlanamaz. Bunun yanı sıra, arabuluculuk anlaşması sonunda imzalanan sözleşme de ilam niteliğinde belge olmalıdır. Bu sayede süreç kısılır, ekonomik olarak daha az masraflı olur. Bu durum da arabuluculuk yönteminin amacı ile örtüşür.

Bu çalışma içerisinde aile arabuluculuğu ana başlık olmak üzere, arabuluculuk ile ilgili genel bir bilgilendirme yapılmış, aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar için arabuluculuk faaliyetinin elverişliliği ayrı ayrı tespit edilmiştir. Gündemde olan bu konuda da hukuki çalışmalar devam etmektedir. Arabuluculuk faaliyetinin amacı göz önünde bulundurulduğunda arabuluculuğun yargıya destek bir çözüm yöntemi olarak uyuşmazlıkları daha kısa ve daha ekonomik yollar ile kalıcı şekilde çözmeyi hedefleyen bir kurum olduğu görülecektir. Tabii ki yanlış uygulanması geç gelecek bir karardan çok daha tehlikelidir. Ancak Türk Hukuk Sistemi'nin altyapısı bu konuda doğru adımlar atmaya elverişlidir. Bu alanda kurumsal hizmet teşviki sağlanmalı, bu alanda hizmet verecek olan arabulucular en doğru eğitim donanımı ile faaliyet göstermelidirler. Arabuluculuk ile ilgili çeşitli kamuoyu bilgilendirme programları düzenlenmelidir. Bu eğitimler süreklilik arz etmeli, dönem dönem yapılan bilgilendirmeler tekrarlanmalıdır.

KAYNAKLAR

- Akıntürk T., Ateş Karaman D. (2013). Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku. 2.cilt. 13.Bası. İstanbul.
- Akkaya, T. (2014.) *Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakim Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı*. syf.23-61. Ankara Barosu Dergisi. C.4. Ankara.
- Albayrak, H. (2018). *Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu*. Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.17, syf.12-24, Gaziantep,
- Alp Ş., Sinem N. (2014). *Nişanlanmanın Hüküm ve Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi. İstanbul.
- Aras, Bahattin, (2005). *Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözüme Teşviki* Yargıtay Dergisi. C.31. S.3. syf.303-310.
- Arıkan, Çiğdem. (1992). *Yoksulluk, Evlilikte Geçimsizlik ve Boşanma*. Ankara.
- Arslan, R., Tanrıver S.. *Yargı Örgütü Hukuku*. 2.Basım, Ankara, 2001.
- Arslandoğan Kurşuncu, B. (2007). *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul,
- Atış, İ. (2019). *Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi*. Sakarya İktisat Dergisi. C.8, S.1. syf.74-84. Sakarya.
- Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi. No.210. (2011). *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*. İstanbul.
- Ayan, S. (2004). *Evlilik Birliğinin Korunması*. Ankara.
- Badur, E. (2009). *Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler*. TBBD. 84.Sayı. Ankara. (BADUR, Gelişmeler).
- Badur, E. (2020), *Arabulucu Sözleşmesi*. Terazi Hukuk Dergisi, C.15, S.165, syf.248-265. Ankara. (BADUR, Sözleşme).
- Badur, E., Turan B., Gamze. (2016). *Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi*. AÜHFD, C.65. S.1. syf.101-136. Ankara.
- Bakırcı, K. (2005). *İstanbul Sözleşmesi*. Ankara Barosu Dergisi. S.4.syf.133-204.
- Baktır Çetiner, S. (2000). *Velayet Hukuku*. Yetkin Yayınları. Ankara.
- Barut, A. (2014). *Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabulucunun Faaliyet Sınırının Belirlenmesi*. C.88. S.1. İstanbul Barosu Dergisi. syf.81-88 İstanbul.
- Bercovitch, J. (1991). *İnternational Mediation*. syf.3-6. Chicago.
- Bilen, M. (2004). *Sağlıklı İnsan İlişkileri*. Ankara.

- Börü, L. (2019). *Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler*. II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu. syf.1043-1062. Ankara. (BÖRÜ, Gelişmeler).
- Börü, L. (2017). *Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler*. TBB Dergisi Özel Sayı. (BÖRÜ, Değerlendirmeler).
- Buhring-Uhle, C. (1995). *Alternative Streitbeilegung in Handelssttreitkeiten, Gottwald, Walther/Strempel Dieter, Streitschlichtung*. Köln.
- Bulur, A. (2015). *6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler*. Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, syf.499-514.
- Carolyn, C. (2010). *Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları*, (Çeviri: ULUTÜRK, Hande). Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.1. İstanbul,
- Ceylan, E. (2018).. *Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*. Legal Hukuk Dergisi. C.16. S.190. syf.4561-4588. İstanbul. (CEYLAN, Arabuluculuk).
- Ceylan, E. (2006). *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*. İstanbul. (CEYLAN, Boşanma).
- Cin, H. (1988). Eski Hukukumuzda Boşanma. Konya.
- Collange, C. (1997). *Boşanma Salgını*. (S.Akten Çeviri). Ankara.
- Council Of Europe Committee of Ministers. (1998). Recommendation No. R (98) 1 on Family Mediation, Strasbourg:
- Coşar, Vedat A. (2011). Dünyaada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı. Ankara.
- Çilli, Ali S., Kaya, N., Bodur, S., Özkan, İ., Kucur, R. (2004). *Ev Kadınlarında ve Çalışan Evli Kadınlarda Psikolojik Belirtilerin Karşılaştırılması*. Genel Tıp Dergisi. 14(1). syf.1-5. Konya.
- Çulha, R. (2010). *Uzlaşma*. Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi. S.1. İstanbul.
- Dağlıoğlu, D. (2020). *Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*. ASBÜHFD2. S.2, syf.551-587. Ankara.
- Demir, Ş. *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*. 2.Basım. Adalet Yayınları. Ankara. 2014.
- Demircioğlu, H. R. (2018). *Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği*. Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu. syf.53-76. Ankara.
- Durak, Y. (2013). Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olan Arabuluculuk ve Medeni Hukuktaki Görünümü. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S.3. C.2. Antalya.
- Dural, M., Öğüz T., Gümüş, M.A. (2013). Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku. 3.cilt. 7.bası. İstanbul.
- Dür, O. (2017). *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabuluculuğun Hak ve Yükümlülükleri*. Ankara.
- Erdoğan, İ., Keskin, D. (2019). Türk Medeni Hukuku. Ankara.

- Erişir, E. Tekin, Ceren. (2008). *Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap*. MİHDER. 2008/1. S.9. syf.191-165,
- Erol, M. (2018). *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*. Ankara.
- Ertürk, M. (2019). *Arabuluculuk Sözleşmesi*, Yüksek Lisans Tezi. Kırıkkale.
- Hatemi, H., Serozan, R. (1993). *Aile Hukuku*. İstanbul.
- Hess, B. (2008). *Mediation und weitere Verfahren Konsensualer Streitbeilegungs-Regelungsbedarf im Verfahrens-und Berufsrecht*. München.
- Hopt, Jürgen, K.,Steffek, F. (2008). *Mediation, Mohr Siebeck Tübingen*. Hamburg.
- Ildır, G. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. Ankara. 2002.
- İsfen, O. (2006/3). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Avusturya)*, MİHDER syf.1325-1334,
- Gençcan Ö.U. (2006). *Boşanma Hukuku*. Yetkin Yayınları. Ankara.
- Güneşlioğlu, F. (2009). *Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları*. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul.
- Kaçak, N. (2006). *Boşanma Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat ile Yoksulluk Nafakası*. Ankara.
- Kaplan Güler, B. (2014.) *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*. İstanbul.
- Karacabey, K. (2016.) *Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar*. Ankara Barosu Dergisi. 2016/1. Ankara.
- Karagözoğlu, N. (2017). *Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik*. Yüksek Lisans Tezi. Ankara.
- Keçer, S. Arabuluculuk. (2013). *Psikoloji ve Hukuk Açısından Bir Değerlendirme*. İstanbul Ticaret Üniversitesi Yüksek Lisans Bitirme Projesi. İstanbul.
- Kekeç, Elif K. (2011). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlıkların Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. Ankara.
- Koç, N. (2002). *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*. Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını. İzmir.
- Koçhisarlıoğlu, C. (2004). *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*. Turhan Kitabevi. Ankara.
- Konuralp, H. (1999). *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*. Ankara.
- Könezoğlu, B. (2006). *Aile ve Ailenin Korunması*. Yüksek Lisans Tezi. Ankara.
- Köprülü, B., Kaneti S. (1989). *Aile Hukuku*. İstanbul.
- Köseoğlu B., Kocaağa K. (2011). *Aile Hukuku ve Uygulamaları*. Bursa.
- Krafka, A., Schmidt, U., Heck, W., Prutting, H., Taxis, N. (2003). *Aussergerichtliche Streitschlichtung*. München.

- Kutluk, A. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü görevlendirmesi üzerine 25.09.2017 tarihinde hazırlanan “Almanya’da Mahkeme İçi Arabuluculuk” konulu Yurt Dışı Ziyaret Raporu.
- Macuncu, M. (2010.) Amerikan Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi. Özel Sayı:1. İstanbul.
- Nolan-Haley, M.Jacqueline. (2001). *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell.*, St.Paul. Minn.
- Nur Uludağ S. (2019). *Evlenmenin Hükümsüzlüğü Sebepleri.* Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Oğuzman M. K., Dural, M. (2001). *Aile Hukuku.* İstanbul.
- Ortaylı, İ. (2000). *Osmanlı Toplumunda Aile.* İstanbul.
- Özbay, İ. (2006). *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri.* C.10. S.3-4. EÜHFD. s.461-475. Erzincan.
- Özbek, Mustafa S. (2013). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü.* 3.Basım. C.1. Ankara. (Özbek, Alternatif Çözüm).
- Özbek, Mustafa S. (2010). *Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargulamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk.* Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IX, Arabuluculuk. Ankara. Bildiri Metni. syf.107-154. Ankara. 2012. (ÖZBEK, Arabuluculuk).
- Özbek, Mustafa S. (2007/68.) *Avrupa Birliği’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü.* TBBD, syf.265-320. (ÖZBEK, Avrupa Birliği).
- Özbek, Mustafa S. 2005. *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı.* DEÜHFD C.7, S.2, syf.71-102, (ÖZBEK, Tavsiye Kararı).
- Özbek, Mustafa S. (2001). *Avukatlık Kanunu 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk.* Ankara Barosu Dergisi. 3.Sayı. syf.113-139. Ankara. (ÖZBEK, Avukatlık Kanunu).
- Özbek, Mustafa S.(2002). *Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü.* C.51. AÜHFD. s.121-162. Ankara. (ÖZBEK, Gelişmeler).
- Özekeş M., Ekmekçi, Ö., Atalı, M. (2018). *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk.* İstanbul.
- Özmumcu, S. (2013). *Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk.* C.71. S.1. syf.1369-1389. İstanbul. (ÖZMUMCU, Arabulucunun Rolü).
- Özmumcu, S. (2016). *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sürecine Genel Bir Bakış.* İstanbul. s.839. (ÖZMUMCU, Karşılaştırmalı Hukuk)

- Özmumcu, S.(2012). *Uzakdoğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*. 2.Basım. İstanbul. (ÖZMUMCU, Uzakdoğu'da Arabuluculuk)
- Öztañ B. (2004). *Aile Hukuku*. 5.Bası. Ankara.
- Öztürk, H. (2006). *Arabuluculuk Eğitimlerinde Eğitimci Tutum ve Görüşlerine Yönelik Bir Araştırma: Türkiye Barolar Birliği Modeli* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Halkla İlişkiler ve Tanıtım Anabilim Dalı). Ankara.
- Özüğür, Ali İ. (2007). *Nafaka Hukuku*. İstanbul.
- Parkinson, L. (T.Y.) *Family Mediation, Appropriate Dispute Resolution in a New Family Justice System*. Aile Arabuluculuğu. Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi.
- Payne, Julien D. *The Mediation of Family Disputes*, Ocak 1984.
- Remzi M., Aydın S., Ispartalı M. (2010). *Medeni Hukuk*. İstanbul.
- Roberts, M. (2020). *Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulama Esasları*. Ankara. 4.Basımdan Çeviri. Şubat.
- Roberts, M. *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*. Farnham. 2014.
- Sabuncuoğlu, Zeyyad Z. (2016). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. Bursa.
- Sander, E.A. F. (1995). *Gerichtliche und Aussergerichtliche Streitbeilegung Überblick über die Erfahrungen in den USA*. Köln.
- Sevim, Onur U. *Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, 2016.
- Spencer, D., Brogan, M. (2006). *Mediation Law and Practice*. Cambridge University Press. ABD.
- Şahin Ceylan, Ş. (2009). *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. İstanbul.
- Şahin Hüseyin G. (2008). *Arabuluculuk*. Ankara.
- Şanlı, C. (2002). *Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi İle Çözümlemesi ve Milletlerarası Ticaret Odası'nın ADR Kuralları*. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni.
- Şen, B. (2013). *Boşanma Süreci ve Arabuluculuğu*. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara.
- Şıpka Ş. (2007), *Boşanma Çatışmaları ve Boşanmada Kusur İlkesi*. İstanbul Barosu Dergisi, Aile Hukuku Özel Sayısı. İstanbul. (ŞİPKA, Kusur İlkesi).
- Şıpka, Ş. (2018). *Türkiye'de Aile Arabuluculuğu Çalışmaları*. İzmir Medeni Hukuk Günleri II- Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri. syf.56-63. İzmir. (ŞİPKA, Aile Arabuluculuğu).
- Şimşek, E. (2018). *Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu İle İlgili Değerlendirme, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*. Ankara. syf.57-79.

- Tanrıver, S. (2014). *Aile Mahkemesi Hâkimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi*. Ankara. (TANRIVER, Sulhe Teşvik).
- Tanrıver, S. (2006). *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*. Ankara. (TANRIVER, Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış).
- Tanrıver, S. (2019). *Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler*. Ankara. (TANRIVER, Bazı Düşünceler).
- Tanrıver, S. (2006.) *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*. TBB Dergisi. S.64. Ankara. (TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk).
- Tanrıver, S. (2009). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdiklerinin Değerlendirilmesi*. Prof.Dr.Ali Naim İnan'a Armağan. Ankara. (TANRIVER, Değerlendirmeler).
- Taşpınar Ayvaz, S. (2016). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara.
- Taşpolat Tuğsavul M. (2012). *Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara.
- Tercan, E. (2003.) *Türk Aile Mahkemeleri*. AÜHFD 2003/3. Ankara.
- Uyar, T. (2002). *Türk Medeni Kanunu*. Gerekeçeli-İçtihatlı Aile Hukuku. C.2. Ankara.
- Uyumaz, A., Erdoğan, K. (Şubat 2016). *Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*. DEÜHFD. C.17. S.1. syf.119-169.
- Velidedeoğlu, Hıfzı V. (1944). *Evlenme ve Boşanma Hukukumuzda Medeni ve Cezai Bakımdan Ne Gibi Tadilata İhtiyaç Vardır?*. S.1. İstanbul.
- Yakut, B. (2010). *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuğu*. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi. S.67-68. syf.35-63. İstanbul. (YAKUT, Alternatif Uyuşmazlık),
- Yakut, B. (2010). *Arabuluculuğun Kanunla Düzenlenmesi Bakımından Amerika Birleşik Devletleri Örneği*. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 1.sayı. Ankara. (YAKUT, Arabuluculuk).
- Yalçınkaya N., Kaleli Ş. (1988). *Yeni Boşanma Hukuku*. İstanbul.
- Yazıcı Tıktık, Ç. (2013). *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul.
- Yeşilirmak, A. (2011). *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümüne Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*. 1.Basım. İstanbul.
- Yıldırım, M. K. (2008). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi*. syf.35-80. İstanbul.
- Yıldız, P. (2018). *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler*. Ankara.
- Zapata Tan T. (2016). *Medeni Hukuk*. Ankara.
- Zevkliler A., Ertaş, Ş., Havutçu, A., Acabey, B., Gürpınar, D. (2018). *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, Temel Bilgiler*, Ankara.

Wheele, L. (2002). *Mandatory Family Mediation and Domestic Violence*. Southern Illinois University Law Journal. C.26. S.3. syf.559-574. California.

İNTERNET KAYNAKLARI

PAYNE, D.J. *The Mediation of Family Disputes*, www.researchgate.net/publication/308891700_The_Mediation_of_Family_Disputes, Erişim tarihi: 19 Ocak 2019

Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, <https://www.arabuluculukmerkezi.com/yayinlar/kitapcik/temel-arabuluculuk-egitimi-katilimci-kitabi/>, Erişim tarihi: 19 Ocak 2019

Council Of Europe Committee of Ministers, *Recommendation No. R (98) I on Family Mediation*. Strasbourg:1998., Erişim tarihi: 21 Ocak 2019

TBMM, *TBMM Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu İle Adalet Komisyonu Raporları*, <http://www.tbmm.gov.tr>, Erişim tarihi: 21 Ocak 2019

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (2012), T.C Resmi Gazete, 6325, 07 Haziran 2012 <http://www.adb.adalet.gov.tr> Erişim tarihi: 21 Ocak 2019

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (2012), T.C Resmi Gazete, 6325, 07 Haziran 2012 <http://www.kgm.adalet.gov.tr> Erişim tarihi: 02 Şubat 2019

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (2012), T.C Resmi Gazete, 6325, 07 Haziran 2012 , <http://www.mevzuat.gov.tr> Erişim tarihi: 04 Şubat 2019

Boşanmaya İlişkin İstatistiksel Veriler, <http://www.tuik.gov.tr> Erişim tarihi: 04 Şubat 2020

Türk Medeni Kanunu (2001), T.C Resmi Gazete, 4721, 08 Aralık 2001 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>, Erişim tarihi: 04 Nisan 2020

Aile Mahkemeleri Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun (2003), T.C Resmi Gazete, 24997, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4787.pdf>, Erişim tarihi: 18 Nisan 2020 Erişim tarihi: 18 Nisan 2020

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 14.06.1965, 3/3 RG. 15.07.1965, S.12049 <http://www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 24 Nisan 2020

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 13.12.1985, 4/9, RG.09.01.1986, S.18983. <http://www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 9 Mayıs 2020

Yargıtay 3.Hukuk Dairesi, 15.2.1993 T. 1993/10457 E. 1993/2105 K. <http://www.kazanci.com.tr> Erişim tarihi: 12 Mayıs 2020

YARGITAY 2.Hukuk Dairesi, 15.09.1992, 1992/6917 E. , 1992/7931 K.
<http://www.kazancı.com.tr> Erişim tarihi: 16 Mayıs 2020

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı : Cemre ATÇEKEN

EĞİTİM DURUMU

Lisans Öğrenimi : KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Yüksek Lisans Öğrenimi : 2021, KTO Karatay Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü

Bildiği Yabancı Diller : İngilizce

Bilimsel Faaliyetleri :

İŞ DENEYİMİ

Stajlar : 2015-2016, Halil Özkan Hukuk Bürosu

Projeler : 2013, Avrupa İnsan Hakları Projesi, KTO Karatay Üniversitesi, Bahçeşehir Üniversitesi

: 2014, Pozisyon, Erasmus Plus, KTO Karatay Üniversitesi

Çalıştığı Kurumlar : 2011-2013, Hukuk Katibi, Akkurt Hukuk Bürosu

: 2013-2015, Özyurt Hukuk Bürosu,

Tarih: 12 Mart 2021 Tez Savunma Tarihi