



T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

BOŞANMA UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK

Tansu GÜNDOĞDU
1930237004

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI
Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU

ISPARTA 2022

TEZ SAVUNMA TUTANAĞI





T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “Boşanma Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk” adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadar ki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Kaynakça’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim.

Tansu GÜNDOĞDU

28.01.2022



T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-SOYADI	Tansu GÜNDOĞDU
Öğrenci Numarası	1930237004
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Hukuk
Programın Türü	(x) Tezli Yüksek Lisans () Doktora
Danışmanının Unvanı, Adı-SOYADI	Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU
Tez Başlığı	Boşanma Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk
Turnitin Ödev Numarası	1733868724

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam ...129.... sayfalık kısmına ilişkin olarak, ...20.../...12.../2021..... tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Üniversitemiz Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönergesininin 14 üncü maddesinde yer alan filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

Kaynakçalar hariç, alıntılar dahil, 10 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç;

%15.... 'tür.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(x) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımca yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

...../...../.....
Dr.Öğr.Üyesi
Abdurrahman
KAVASOĞLU

(GÜNDOĞDU, Tansu, “Boşanma Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2022)

ÖZET

Adalet erişim akımının etkisiyle bireylerin haklarına en az maliyetle, en hızlı, en basit ve en etkin biçimde ulaşmaları amaçlanmıştır. Yargının ağır iş yükü, yavaşlığı, yüksek maliyet, kuralların esnek olmayışı sebebiyle alternatif çözüm yöntemleri bireylere yargı yolu dışında bir seçenek olarak sunulmuş ve bu yola başvuru teşvik edilmiştir. Arabuluculuk, karşılaştırmalı hukukta uygulanan alternatif çözüm yolu yöntemlerinden en yaygın olanıdır. Arabuluculuğun en yoğun uygulandığı alan ise aile hukuku uyuşmazlıklarıdır. Zira uyuşmazlığı en az maliyetle, basit, hızlı, etkin çözmesinin yanında aile mahremiyeti, aile kurumunun saygınlığı, çocuğun üstün yararı gibi sebeplerle aile uyuşmazlıklarında özellikle boşanma uyuşmazlıklarında en tercih edilen yöntem olmuştur. Nitekim boşanmanın hukuki sonuçlarından velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, iştirak nafakası gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konular da dahil olmak üzere arabuluculuğa başvurulmuş ve daha sonraki takiplerde ebeveynler ve çocuklar için etkili sonuçlar alındığı tespit edilmiştir. Birçok ülkede çok önce getirilen bu sistem için ülkemizde henüz yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda 2015 yılından beri başlatılan çalışmalar hala devam etmektedir. Bu tezle, bu konuda karşılaştırmalı hukukta yapılan ve ülkemizde yürürlükte olan kurallar bakımından bir değerlendirme yapılarak ileride yapılacak düzenlemelere öneri sunmak amaçlanmıştır. Tezin ilk bölümünde bu konuda uluslararası ve ülkemizdeki gelişmelere değinilmiştir. İkinci bölümünde yürürlükteki mevzuatımız ve karşılaştırmalı hukuk bakımından arabuluculuk süreci incelenmiş ve boşanma hukuku uyuşmazlıkları bakımından ayrıntılı olarak bu süreç irdelenmiştir. Üçüncü ve son bölümde boşanma hukuku uyuşmazlıklarında arabulucuların niteliklerine, eğitimine, yükümlülüklerine, sorumluluklarına yer verilmiş ve ortaya çıkacak etik meselelere, arabuluculuk sürecinde çocuğun konumuna ve son olarak çeşitli koşullara göre uygulanabilecek arabuluculuk usullerine yer verilmiştir. Ayrıca bu bölümlerde arabuluculuk sürecinin mevcut ve sonraki davalara hukuki etkileri de incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Aile, boşanma, arabuluculuk, arabulucu, alternatif, aile içi şiddet, yöntem.

(GÜNDOĞDU, Tansu, Mediation in Divorce Disputes, Master of Science Thesis, Isparta, 2022)

ABSTRACT

On the effect of the access to justice movement, it is aimed for individuals to reach their rights at the least cost, in the fastest, simplest and most effective way. Due to the heavy workload, slowness, high cost, and inflexibility of the rules of the judiciary, alternative dispute solution methods have been presented to individuals as an option other than the judiciary, and this method has been encouraged. Mediation is the most common alternative dispute solution method applied in comparative law. Mediation is most intensively applied in family law disputes. Because in addition to the least cost, simple, fast and effective resolution of the dispute, it has become the most preferred method in family disputes, especially in divorce disputes, for reasons such as family privacy, the prestige of the family institution, and the best interests of the child. Actually, mediation was applied, including the legal consequences of divorce, matters such as custody, personal relationship with the child, and child support, which the parties cannot freely dispose of, and it was determined that effective results were obtained for both parents and children in the subsequent follow-ups. There is no legal regulation in our country for this system despite mediation was introduced in foreign countries a long time ago. Studies on this subject started since 2015 are still continuing. With this thesis, it is aimed to make an evaluation in terms of both the rules made in comparative law and the rules in force in our country, and to present a suggestion for future regulations. In the first part of the thesis, both international and national developments are mentioned. In the second part, the mediation process in terms of both our current legislation and comparative law has been examined and this process has been examined in detail in terms of divorce law disputes. In the third and last chapter, the qualifications, education, obligations and responsibilities of the mediator in divorce law disputes are included and the ethical issues that may arise, the position of the child in the mediation process and finally the mediation procedures that can be applied according to various conditions are given. In addition, in these parts, the legal effects of the mediation process on current and future cases are examined.

Key words: Family, divorce, mediation, mediator, alternative, domestic violence, method.

ÖNSÖZ

Bu tezle, boşanma hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculukta karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve ülkemizde yürürlükte olan kurallar bakımından değerlendirme yapılarak ileride yapılacak düzenlemelere öneri sunmak amaçlanmıştır. Tezin İlk bölümünde bu konuda uluslararası ve ülkemizdeki gelişmelere değinilmiştir. İkinci bölümünde yürürlükteki mevzuatımız ve karşılaştırmalı hukuk bakımından arabuluculuk süreci incelenmiş ve boşanma hukuku uyuşmazlıkları bakımından ayrıntılı olarak bu süreç irdelenmiştir. Üçüncü ve son bölümde boşanma hukuku uyuşmazlıklarında arabulucunun niteliklerine, eğitime, yükümlülüklerine, sorumluluklarına yer verilmiş ve ortaya çıkacak etik meselelere, arabuluculuk sürecinde çocuğun konumuna ve son olarak çeşitli koşullara göre uygulanabilecek arabuluculuk usullerine yer verilmiştir.

İÇİNDEKİLER

TEZ SAVUNMA TUTANAĞI.....	i
YEMİN METNİ	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR DİZİNİ	xi
GİRİŞ	1

I. BÖLÜM

BOŞANMA ARABULUCULUYLA İLGİLİ GELİŞMELER

1. ULUSLARARASI GELİŞMELER.....	2
1.1. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 21 Ocak 1998 tarih ve R (98) 1 Sayılı Kararı	2
1.1.1. Genel Olarak	3
1.1.2. R (98) 1 Sayılı Karar'a Göre Aile Arabuluculuğu İlkeleri	3
1.1.2.1. Arabuluculuğun Uygulama Alanı ve Konusu.....	3
1.1.2.2. Arabuluculuğun Düzenlenmesi.....	4
1.1.2.3. Arabuluculuk Süreci	5
1.1.2.3.1. Tarafsızlık İlkesi	5
1.1.2.3.2. Gizlilik İlkesi	7
1.1.2.3.3. Diğer Hususlar	8
1.1.2.4. Arabuluculuk Sonunda Yapılan Anlaşmaların Durumu	9
1.1.2.5. Mahkemeler veya Yetkili Makamlar Önündeki Davalarla Arabuluculuk Arasındaki İlişki.....	10
1.1.2.6. Arabuluculuğun Tanıtılması ve Arabuluculuğu Erişim.....	12
1.1.2.7. Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yolları	13
1.1.2.8. Uluslararası Uyuşmazlık.....	13
1.2. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konusunda R (2002) 10 Sayılı Tavsiye Kararı.....	15

1.2.1. Genel Olarak	15
1.2.2. Rehber İlkeler.....	16
1.2.2.1. Arabuluculuğun Tanımı	16
1.2.2.2. Arabuluculuğun Uygulama Alanı	19
1.2.2.3. Arabuluculuğun Düzenlenmesi.....	19
1.2.2.4. Arabuluculuk Süreci	21
1.2.2.5. Arabulucuların Eğitimi ve Sorumluluğu.....	23
1.2.2.6. Arabuluculuk Sonunda Yapılan Anlaşmalar	23
1.2.2.7. Arabuluculuk Hakkında Bilgi	24
1.2.2.8. Uluslararası Boyut	25
1.3. Avrupa Komisyonu Tarafından Hazırlanan Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap.....	25
1.3.1. Genel Olarak	25
1.3.2. Aile Hukuku Alanındaki Teşebbüsler.....	28
1.4. Avrupa Konseyi 1639 Sayılı Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik Konusundaki Tavsiye Kararı	30
1.5. Avrupa Adaletlin Etkinliği Komisyonu’nun (CEPEJ) Aile Arabuluculuğu ve Hukuki Konularda Arabuluculuğa İlişkin Tavsiye Kararına İlişkin Rehber İlkeler (2007/14)	32
1.5.1. Genel Olarak	32
1.5.2. Mevcudiyet-Erişilebilirlik-Farkındalık İlkeleri	34
1.5.2.1. Mevcudiyet İlkesi.....	34
1.5.2.2. Erişilebilirlik İlkesi	35
1.5.2.3. Farkındalık İlkesi	35
1.6. Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (2008/52/EC).....	36
1.7. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi.....	39
1.8. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine İlişkin Lahey Sözleşmesi.....	41

2. ÜLKEMİZDEKİ GELİŞMELER.....	42
2.1. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu “Boşanma İşlerinde Sulh Teşebbüsü” Kurumu	42
2.2. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu.....	44
2.3. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun.....	45
2.4. 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu	46
2.5. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu	47
2.6. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun.....	47
2.7. Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği	49

II. BÖLÜM

BOŞANMA DAVALARINDA ARABULUCULUK

1. BOŞANMA HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK. 53	
1.1. Boşanma Arabuluculuğu.....	53
1.1.1. Genel Olarak	53
1.1.2. Boşanma Arabuluculuğunun Tarihsel Gelişimi.....	58
1.1.3. Aile Arabuluculuğu Modelleri	62
1.1.3.1. Genel Olarak	62
1.1.3.2. Kolaylaştırıcı Arabuluculuk (Facilitative Mediation).....	61
1.1.3.3. Değerlendirici Arabuluculuk (Evaluative Mediation)	63
1.1.3.4. Yapılandırılmış Arabuluculuk (Structred Mediation).....	63
1.1.3.5. Anlatıya (Öyküye) Dayalı Arabuluculuk (Narrative Mediation). 64	
1.1.3.6. Dönüştürücü Arabuluculuk (Transformative Mediation)	64
1.1.3.7. Ekosistemik Arabuluculuk (Ecosystemic Mediation)	64
1.1.4. Uyuşmazlığın Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi.....	65
1.1.5. Aile İçi Şiddet Konusu.....	72

2. BOŞANMA UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK SÜRECİ ... 76

2.1. 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu	
Çerçevesinde Arabuluculuk Sürecinin İşleyişi	76
2.1.1. Arabuluculuğa Başvuru	76
2.1.2. Arabulucunun Seçimi.....	80
2.1.3. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması ve Sürelere Etkisi	82
2.1.4. Arabuluculuk Faaliyeti.....	83
2.1.4.1. Arabuluculuğa Hâkim Olan İlkeler.....	83
2.1.4.1.1. İhtiyarılık (Gönüllülük veya İradilik) İlkesi	83
2.1.4.1.2. Eşitlik İlkesi	86
2.1.4.1.3. Gizlilik İlkesi	88
2.1.4.2. Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi	90
2.1.4.3. Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi	93
2.1.4.4. Arabuluculuk Anlaşma Belgesi	94
2.1.4.4.1. Genel Olarak	94
2.1.4.4.2. Boşanma Davası Açılmadan Önce Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Düzenlenmesi.....	95
2.1.4.4.3. Boşanma Davası Açıldıktan Sonra Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Düzenlenmesi.....	98
2.1.4.4.4. Boşanma Davası Açılmadan Önce veya Açıldıktan Sonra Arabuluculuğa Başvurulduğu Takdirde Uygulanacak Hükümler.....	98
2.2. Boşanma Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk	100

III. BÖLÜM

BOŞANMA ARABULUCUSUNUN NİTELİKLERİ VE SORUMLULUKLARI

1. 6325 SAYILI HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU'NA GÖRE ARABULUCU..... 109

1.1. Arabulucunun Nitelikleri	109
-------------------------------------	-----

1.2. Arabulucunun Görevi.....	112
1.3. Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri.....	114
1.4. Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu.....	117
2. ÖZEL UZMANLIK ALANI OLARAK BOŞANMA ARABULUCULUĞU	118
2.1. Boşanma Arabulucusu Hakkında Etik ve Hukuki Meseleler	118
2.2.Boşanmaya İlişkin Arabuluculuk Sürecinde “Çocuk”	120
2.3. Boşanma Arabuluculuğunda Uygulanabilecek Farklı Usuller	122
2.3.1.Ortak Arabuluculuk (Co-Mediation)	122
2.3.2. Mekik Arabuluculuğu (Shuttle Mediation).....	124
2.3.3. Çevrimiçi Arabuluculuk (Online Mediation).....	124
SONUÇ.....	127
KAYNAKÇA	130
ÖZGEÇMİŞ.....	144

KISALTMALAR DİZİNİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: Alternative Dispute Resolution
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AndHD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av. K.	: Avukatlık Kanunu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CEPEJ	: Council of Europe European Commission for the Efficiency of Justice
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
Edt.	: Editör
et al.	: Et alia
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FMC	: Family Mediation Council
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	: Hukuk Perspektif Dergisi
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlık Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
İİK	: İcra İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi

MSA	: Mediated Settlement Agreement
N.	: Number
parag.	: Paragraf
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfadan sayfaya
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
v.d.	: ve devamı
vd.	: ve diğerleri
Vol.	: Volume
YD	: Yargıtay Dergisi

GİRİŞ

Boşanma uyuşmazlıklarında arabuluculuk; uyuşmazlığın en az maliyetle, en basit, en hızlı, en etkin çözülmesinin yanında aile mahremiyeti, aile kurumunun saygınlığı, çocuğun üstün yararı gibi sebeplerle en tercih edilen yöntem olmuştur. Nitekim boşanmanın hukuki sonuçlarından velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, iştirak nafakası gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konular da dahil olmak üzere arabuluculuğa başvurulmuş ve daha sonraki takiplerde ebeveynler ve çocuklar için etkili sonuçlar alındığı tespit edilmiştir. Yapılan bu tespitler neticesinde birçok ülke tarafından boşanma hukuku alanında arabuluculuk düzenlemesi yapma ihtiyacı doğmuştur. Ülkemizde de bu alana ilişkin arabuluculuk düzenlemesine yönelik çalışmalar devam etmektedir. Bu tezle yürürlükteki düzenlemeler göz önünde bulundurularak ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler değerlendirilerek arabuluculuğun boşanma uyuşmazlıklarında uygulanma süreci incelenmiştir.

I. BÖLÜM

BOŞANMA ARABULUCULUYLA İLGİLİ GELİŞMELER

1. ULUSLARARASI GELİŞMELER

1.1. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 21 Ocak 1998 tarih ve R (98) 1 Sayılı Kararı¹

1.1.1. Genel Olarak

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 21.01.1998 tarihli R (98) 1 Sayılı Kararı'nda aile arabuluculuğuyla ilgili birçok hususlara yer vermiştir. Bakanlar Komitesi bu kararla, aile uyuşmazlıklarından özellikle ayrılık ve boşanmanın devlete doğurduğu sosyal ve mali zararlar, uluslararası belgelerle ile de güvence altına alınan çocuğun üstün menfaati² gereği çocukların velayeti ve çocukla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili sorunlar ve ayrıca bütün aile menfaati gibi başlıca nedenlerle Avrupa Konseyi Yasası'nın³ 15.b maddesi gereği verilen yetkiye dayanarak üye devletlere aile arabuluculuğu uygulamaya koymayı, teşvik etmeyi ve geliştirmeyi tavsiye etmiştir. Bu kararla; aile üyeleri arasındaki iletişimin iyileşmesi, anlaşmazlığın azaltılması, dostane çözümler üretilmesi, çocuklarla kişisel ilişkinin devamının sağlanması, ayrılık ve boşanma nedeniyle tarafların kendilerine ve devlete yol açılan sosyal ve ekonomik masraflarının azaltılması ve dava yolu ile uzayan sürecin kısaltılması amaçlanmıştır. Kararda, aynı zamanda aile ilişkilerinin giderek uluslararası boyut kazanması nedeniyle dostane çözüm yollarının geliştirilmesi gerektiği de vurgulanmıştır.

1.1.2. R (98) 1 Sayılı Karar'a Göre Aile Arabuluculuğu İlkeleri

¹ Council of Europe, Family Mediation, Recommendation No. R (98) 1, and explanatory memorandum, Strasbourg, 1999, s.6-33.

² Çocuğun üstün menfaati kavramı belirsiz bir hukuki kavramdır. Bu kavramın ne anlama geldiği gerek öğretide gerek kanunlarda gerek uluslararası sözleşmelerde tanımlanmamış olup içeriğinin gelişen ve değişen şartlara göre yorumlanması ve içeriğinin doldurulması gerekir. Genel olarak çocuğun üstün menfaatinde kastedilen amaç ise çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, kültürel, ahlaki, hukuki ve ekonomik bakımdan uzun vadeli olarak sağlıklı, dengeli bir şekilde gelişmesini sağlamaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Emine Akyüz, Çocuk Hukuku-Çocukların Hakları ve Korunması, Pegem Akademi Yayınları, Ankara, 2020, 7. Baskı, s. 53-58; Gülçin E. Grassinger, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s.57-70.

³ Avrupa Konseyi'nin kurulması hakkında imzalanmış olan statünün onanmasına dair kanundur.

1.1.2.1. Arabuluculuğun Uygulama Alanı ve Konusu

Avrupa Konseyi R (98) 1 Sayılı Karar’da aile arabuluculuğuna ilişkin ilkeler belirlenmiştir ve ilk olarak arabuluculuğun uygulama alanına yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre aile arabuluculuğunun aile ilişkilerine uygulanacağı belirtilmiştir. Yani ister evlilikle olsun ister kan hısımlığıyla olsun aynı aile fertleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda aile arabuluculuğuna başvurulabilecektir. Devletler aile arabuluculuğuna başvurabilecek konuları serbestçe belirleyebilecektir. Bu konuda kararda herhangi bir sınırlama veya ölçüte yer verilmemiştir. Fakat bir grup görüşe göre⁴ tarafların üzerinde tasarruf edemeyeceği boşanma, velayet, velayetin kaldırılması, soybağının tespiti, babalık davası gibi konular arabuluculuğa elverişli değildir. Buna rağmen başka bir görüşe göre⁵ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulması, diğer hısımların çocukla kişisel ilişkisi gibi konular bakımından aile arabuluculuğunun yararlı olabileceği ileri sürülmüştür. Zira aile uyuşmazlıklarında arabuluculukla sağlanması öngörülen amaç, çocuğun üstün menfaatinin korunması için ebeveynler arasında çıkacak anlaşmazlıkların engellenmesidir⁶. Aksi halde aile ilişkilerinin yapısı gereği süreklilik

⁴ Süha Tanrıver, Türk Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.88; Nevhis Deren Yıldırım, “Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları”, Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan, İstanbul, 2009, s. 259; Levent Börü, “Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler”, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara, 2019, s. 1050-1051; Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 83; Gonca Gülfem Bozdağ, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. XX, S. 1, s. 104; Beyhan Kaplan Güler, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarından Arabuluculuk, Sümer Kitapevi, İstanbul, 2014, s. 78,181,182,193; Erdem Şimşek, “Aile Hukuku’na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu İle İlgili Değerlendirme”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara, 2018, s. 70.

⁵ Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 848 v.d.; Ahmet Başözen, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Değerlendirme”, EÜHFD, 2007, C. I, S. 1-2, s. 236; Tolga Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci(Aile) Danışmanlığı”, Ankara Barosu Dergisi, 2014, S. 4, s. 28; Cem Özcan, “Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2017, S. 9, s. 393; Huriye Reyhan Demircioğlu, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği”, TAAD, 2015, S. 23, s. 75; Mustafa Serdar Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”, DEÜHFD, 2005, C. VII, S. 2, s. 85; Ayrıca bu konuda Aile Arabuluculuğu Çalıştayını Tespitleri için bkz. Pervin Yıldız, “Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara, 2018, s. 39 v.d.

⁶ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 849; Lisa Parkinson, Aile Arabuluculuğu, Fatma Yonca Yücel (Edt.), Ankara, TC. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, 2018, s. 11; Akkaya,

arz etmesinden dolayı uyuşmazlıkların daha sonra da devam etmesi ortak çocuk açısından üzücü ve yıpratıcı sürecin devam etmesine neden olacaktır. Ayrıca karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler dikkate alındığında boşanma, evliliğin butlanı, velayetin kaldırılması gibi kamu düzenine ilişkin konularda da aile arabuluculuğunun yararlı olabileceği düşünülmektedir⁷.

Avrupa Konseyi R (98) 1 Sayılı Karar’da, özellikle çocukların menfaati ve refahı amaçlanarak velayet ve çocuklarla kişisel ilişkinin düzenlenmesi için ebeveynlerin arabulucu veya diğer usuller aracılığıyla anlaşma yolunu tercih etmeleri tavsiye edilmiştir⁸. Diğer usullerden maksat sadece aile arabuluculuğu değil uzlaştırma, aile danışmanlığı gibi usullerdir⁹.

1.1.2.2. Arabuluculuğun Düzenlenmesi

Avrupa Konseyi R (98) 1 Sayılı Karar’da ikinci olarak arabuluculuğun düzenlenmesine yer verilmiştir. Bu ilkeye göre arabuluculuğun ihtiyari olması kuraldır. Bazı görüşler bu hususa katılmakta olup zorunlu arabuluculuğun arabuluculuk kurumunun esas mahiyetiyle bağdaşmadığı ayrıca arabuluculuğun zorunlu olmasının kısa vadeli yararlar doğuracağını uzun vadede yapılan anlaşmaya uyulmayacağını savunmaktadır. Bununla birlikte bu görüşü savunanlara göre arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinden ziyade toplumda uzlaşma kültürünün geliştirilmesi gerektiğini, bunun için de her sosyal alanda bilgilendirici eğitimler vermek, televizyon vb. kitle iletişim araçlarıyla toplum zihninde kalıcı yer etmesini sağlamak gerekmektedir¹⁰. Aksi görüşü savunanlar ise aile arabuluculuğunun zorunlu

“Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı”, s. 28; Demircioğlu, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği”, s. 56; Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı, s. 82.

⁷ Börü, “Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler”, s. 1052.

⁸ Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı, s. 78-80.

⁹ Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı, s.80; Denise Wilson, Alternative Dispute Resolution, Auckland University Law Review 1992-1995, Vol. VII, s. 364.

¹⁰ Council of Europe, Family Mediation, s.29; Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, 2006, S. 64, s. 169-170; Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı, s. 86; Alper Uyumaz-Kemal Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, DEÜHF, 2015, C. XVII, S. 1, s. 123.

olmasının daha etkili ve faydalı olacağını düşünmektedir¹¹. Ayrıca bir görüşe göre arabuluculuğun tarafların iradesine tabi olması gerektiğini fakat hâkim tarafların arabulucu vasıtasıyla anlaşacakları kanaatine varırsa zorunlu arabulucuya yönlendirmesi gerektiğini düşünmektedir¹².

Avrupa Konseyi R (98) 1 Sayılı Karar’da, devletlerin arabuluculuğu serbestçe düzenleyebileceklerine yer verilmiştir. Buna göre devlet tarafından yapılacak tasarruflar gereğince arabuluculuk resmi veya özel kurumların denetimine bırakılabilir. Fakat arabulucuların eğitimi, seçimi, nitelikleriyle ilgili usuller ve arabuluculuk ilkeleri devlet tarafından düzenlenecektir.

1.1.2.3. Arabuluculuk Süreci

Avrupa Konseyi R (98) 1 Sayılı Karar’da tarafların arabulucuya başvurmaya karar vermesi ve bunun tespiti ile başlayan arabuluculuk sürecinde, arabulucunun belli ilkelere göre hareket etmesi gerektiği düzenlenmiş ve bu kapsamda tarafsızlık ve gizlilik ilkelerine yer verilmiştir. Tarafsızlık ve gizlilik arabuluculuğun hem etik hem mesleki temel ilkelerindendir¹³.

1.1.2.3.1. Tarafsızlık İlkesi

Tarafsızlık ilkesinin iki yönü vardır. Bunlardan biri “Impartiality (tarafsızlık)” diğeri “neutrality (tarafsızlık)” dir¹⁴. Impartiality ile neutrality kavramlarını sadece terimsel olarak ayırmak yeterli değildir¹⁵. Zira arabuluculuk süreci sona erene kadar arabulucu, impartiality kavramının ifade ettiği şekilde hareket etmek zorundadır fakat arabulucu her zaman her koşulda neutrality hareket etmeyebilir. Impartiality, arabuluculuk sürecinde arabulucunun taraflara önyargı olmadan yaklaşması ve

¹¹ Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı”, s. 29-30; Sevdâ Yaşar Coşkun, “Aile Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Avantaj ve Dezavantajları”, 9.Uluslararası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi, Aydın, 2019, s. 49.

¹² Şükran Şıpka, “Aile Mahkemelerinde Uzlaştırma”, Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Strateji Geliştirme Başkanlığı 32, 2012, s. 387; Zeynep Bahadır, “Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar”, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara, 2019, s.1078.

¹³ Ayrıca diğeri bir ilke de iradilik olduğuna dair bkz. Marian Roberts, *Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice*, Jessica Kingsley Publishers, 2007, s.94.

¹⁴ Roberts, *Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice*, s. 97 v.d.; Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”, s. 89; Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 61 v.d.

¹⁵ Roberts, *Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice*, s. 98.

tarafllara öyle izlenim vermesidir. Impartialty, arabulucunun taraf tutmamasını veya birinin konumunu desteklememesini gerektirir¹⁶. Arabulucu, her iki tarafın da zarar görme korkusu veya şiddet tehdidi nedeniyle dezavantajlı duruma düşürölmemesini ve her bir tarafın görüşlerine saygı duyulmasını sağlamalıdır. Taraflar arasındaki olası herhangi bir güç dengesizliği ve taraflardan herhangi birinin tehditkâr veya manipölatif davranışını önlemeye çalışmalıdır¹⁷. Taraflardan biri adına hareket eden ve o tarafın bakış açısını temsil eden bir avukatın aksine, arabulucu taraflardan herhangi biri adına hareket etmez ve arabulucu ile taraflardan biri arasında daha önceden veya mevcut bir mesleki veya kişisel ilişki olmamalıdır¹⁸.

Neutrality ise arabulucunun kendi değerleri ve inanç sisteminin arabuluculuk sürecinde devre dışı kalmasıdır¹⁹. Bu durum arabulucunun anlaşmaları empoze etmemesini veya tarafları belirli çözümlere ulaşmaları için yönlendirmemesini gerektirir²⁰. Tarafların üzerinde mutabık kaldıkları ortak kararlara varmak taraflara kalmıştır ve arabulucunun rolü bu süreci kolaylaştırmaktır. Taraflar, kendi özel koşullarına uygun olduğunu düşündükleri kararlara alabilirler²¹. Fakat mahkemelerden böyle bir özel anlaşmayı onaylamaları veya onaylamaları istendiğinde, mahkemelerin yerleşim yerlerinin yürürlükte mevzuata uyduğuna ve taraflardan herhangi birinin meşru menfaatlerini ihlal etmediğine ikna olmaları gerekecektir²².

Arabulucu, arabuluculuk süreci boyunca bu iki kavrama göre hareket etmesi gerektiği gibi bazı durumlarda arabulucunun tamamıyla neutrality olması sakıncalıdır. Zira neutrality durumu bir tarafın diğer tarafa kendi isteğini empoze etmesi ya da açıkça adil olmayan anlaşmaların kabul edilmesine neden olabilir²³. Bir tarafça empoze edilerek veya açıkça adil olmayacak şekilde bir anlaşmaya diğer taraf zorlanıyorsa bu durumda arabulucu neutrality hareket etmeyecek ve süreci durduracaktır²⁴. Bu durumu destekleyici olarak söz konusu karardaki üçüncü ilkede

¹⁶ Council of Europe, Family Mediation, s. 23.

¹⁷ Council of Europe, Family Mediation, s. 23.

¹⁸ Council of Europe, Family Mediation, s. 23.

¹⁹ Roberts, Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice, s.98; Martha Shaffer, "Divorce Mediation: A Feminist Perspective", University of Toronto Faculty of Law Review, 1988, Vol. 46, N. 1, s. 185.

²⁰ Roberts, Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice, s. 98.

²¹ Council of Europe, Family Mediation, s. 23.

²² Council of Europe, Family Mediation, s. 23.

²³ Roberts, Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice, s. 99.

²⁴ Roberts, Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice, s. 99.

düzenlenen bir diğer hususlar gösterilebilir. Buna göre arabulucu taraflar arasında geçmişte şiddete başvurup başvurulmadığını ve gelecekte başvurulma ihtimalini gözetip tarafların anlaşma şartları için yapacağı pazarlık sürecinde bu hususun etkisini özellikle gözetmeli ve buna göre arabuluculuk sürecini yönlendirmelidir. Ayrıca arabulucunun tarafları belli bir çözüm için zorlamamakla beraber pazarlıktaki konumlarının eşit olmasına dikkat etmesi gerektiği de düzenlenmiştir.

1.1.2.3.2. Gizlilik İlkesi

Gizlilik ilkesi, arabuluculuk sürecinde sunulan belgeler ve yapılan görüşmeler ve bunlar için gerekli olan şeyler gizli olması ve bunların adli, idari prosedürde, hakemde veya uyuşmazlığı çözmede kullanılan diğer yöntemlerde delil olarak kullanılamaması ve mahkeme dışı ikrar olarak da kabul edilememesidir²⁵. Karara göre süreç gizli tutulmalı ve görüşmelerinin içeriği sadece iki tarafın ortak rızası durumunda veya ulusal hukuk tarafından izin verilen durumlarda açıklanmalıdır²⁶.

Yargılama süreci ise kural olarak alenidir²⁷. Fakat bu durum özellikle aile hukuku uyuşmazlığını da kapsayan bazı uyuşmazlıklar için yargıya başvuruda çekince yaratmaktadır²⁸. Bu sebeple uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya gitmek tarafların daha yararına olacaktır. Ayrıca bu durum taraflar arasındaki ilişkinin tahrip edilmeden gelecekte de devam etmesini sağlayacaktır²⁹.

Gizlilik taraflar ve arabulucu açısından sonuç doğurur. Taraflar bakımından doğurduğu sonuç, taraflarca bu süreçte öğrenilen bilgilerin arabuluculuk sürecinin

²⁵ M.Serdar Özbek, Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, TBB Dergisi, 2007, S. 68, s.303; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 135; Alper Bulur, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, Ankara Barosu Dergisi, 2007, C. LXV, S. 4, s. 40; Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s.78; Muratcan Bayraktar, “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, İstanbul Barosu Dergisi, 2015, C. LXXXIX, S. 4, s. 15; Orhan Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, 2018, s. 446-449; Çiğdem Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, XII Levha Yayınları, 2013, s. 52.

²⁶ Bkz. Council of Europe, Family Mediation, s. 9, 23, 24.

²⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. maddesinde alenilik ilkesine yer verilmiştir. Buna göre mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Yani davanın tarafları dışında isteyen herkes, yargılamanın gerçekleştirildiği yere girerek bizzat yargılamayı izleyebilme olanağına sahiptir. Yargılamanın aleni olan kısmı, oturumların icra edildiği aşama ile hükmün taraflara açıklanması aşamasıdır. Fakat mahkeme aleni olmayan duruşmaya karar verebilir.

²⁸ Serkan Odaman-Eda Karaçöp, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, S. 35, s. 55.

²⁹ Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 158.

sona ermesinden sonra açıklanmaması ve kullanılmamasıdır³⁰. Arabulucu bakımından doğurduğu sonuç ise sır saklama yükümlülüğüdür³¹. Zira kararda gizliliğin istisnası olarak tarafların iradesi ve hukukun izin verdiği haller gösterilmiştir. Bu da arabulucuya ve taraflara sır saklama yükümlülüğü yüklemiştir. Fakat gizliliğin sadece arabulucu tarafından söz konusu olması gerektiği, tarafların ise inisiyatifine bırakılması gerektiği görüşü de mevcuttur³². Kanaatimizce gizlilik hem taraflar hem arabulucu tarafından söz konusu olabilmeli fakat tarafların anlaşması durumunda gizlilik ilkesi uygulanmamalıdır.

1.1.2.3.3. Diğer Hususlar

Arabulucu bu süreç boyunca tarafları yönlendiremez, tavsiyede bulunamaz fakat tarafların birbirini daha iyi anlamalarını sağlamak amacıyla yönlendirici olmayan açık uçlu sorular sorarak anlaşmaya varılmasını sağlayabilir³³. Arabulucunun amacı uzlaştırma değildir³⁴. Temel amaç adil ve kabul edilebilir bir anlaşmanın müzakeresini sağlamaktır³⁵. Uyuşmazlık çıkmaza girdiğinde ise uyuşmazlığın çözümünü sağlayıcı önerilerde bulunabilir fakat taraflara bu konuda baskı yapamaz³⁶. Yasal konularda ise tarafları bilgilendirebilir ama hukuki tavsiyelerde bulunamaz.

Kararda arabulucunun çocuğun menfaatine özel alaka göstermesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Bu kapsamda arabulucu tarafları çocuğun menfaati

³⁰ Bayraktar, “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, s. 157; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 136; Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s. 78-80.

³¹ Bayraktar, “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, s. 157-158; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s.136; Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s. 79.

³² Bayraktar, “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, s. 158.

³³ Odaman-Karaçöp, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi”, s. 57.

³⁴ Robert Emery-Melissa M. Wyer, “Divorce Mediation”, American Psychologist, 1987, s. 472; Joan B. Kelly, “Mediation and Psychotherapy”: Distinguishing the Differences, Mediation Quarterly, 1983, N. 1, s. 37, 43; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 166-167.

³⁵ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 277; Emery-Wyer, “Divorce Mediation”, s. 472; Kelly, “Mediation and psychotherapy”: Distinguishing the Differences, s. 37, 43; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 166-167.

³⁶ Odaman-Karaçöp, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi”, s. 56.

üzerine yoğunlaşmayı taraflara teşvik etmelidir. Çocuklar bu sürecin pasif değil aktif süjesidir. Arabuluculuk sürecinde öncelik her zaman çocuğun menfaatine ilişkin olmalıdır. Hatta çocuğun üstün menfaati söz konusu olduğunda gizlilik ilkesi dahi uygulanmayacaktır. Çocuğun zarar görmesi veya böyle bir tehlike altında olması durumunda buna ilişkin beyanlar ve belgeler arabulucu tarafından açıklanabilecektir³⁷.

1.1.2.4. Arabuluculuk Sonunda Yapılan Anlaşmaların Durumu

Avrupa Konseyi R (98) 1 Sayılı Karar'a göre tarafların talebi halinde arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma metni yargısal bir merci ya da bu konuda yetkili kılınan makam tarafından onaylanmalı ve cebri icra yoluyla yerine getirilmesi sağlanmalıdır. Burada önemli olan husus süreç sonunda yapılan anlaşmanın cebri icra kabiliyetine sahip olması için tarafların talebine gerek olmasıdır. Aksi takdirde anlaşmanın doğrudan icra kabiliyeti yoktur. Zira icra edilebilirlik şerhi alınmayan anlaşmalar adi bir sözleşme niteliğinde olmaktadır.

Birçok yabancı devlet de arabuluculuk anlaşma belgesinin (Mediation Settlement Agreement-MSA) icra edilebilirliği için yetkili bir makamın incelemesine tabi kılmıştır. Bazı ülkelerde (Macaristan, İtalya, Letonya)³⁸ icra edilebilirlik için uzlaşma tutanağının mahkeme tarafından onayı, bazı ülkelerde (Avustralya, Belçika)³⁹ ise noter onayına tabi kılınmıştır. Bununla birlikte icra edilebilirliğin birden fazla yolla sağlanabildiği ülkeler de (Almanya, Avustralya)⁴⁰ bulunmaktadır. Örneğin Almanya'da bu husus, uzlaşma anlaşmasının yetkili makam (Noter senedi veya tahkim kararı) veya mahkeme kararına aktarılarak sağlanmaktadır⁴¹. Mahkeme ve yetkili makam anlaşmayı onaylarken mevzuata uygun olup olmadığını, taraflardan

³⁷ Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı", s. 91.

³⁸ Manon Schonewille-Fred Shonewille, *The Variegated Landscape of Mediation: A Comparative Study of Mediation Regulation and Practices in Europe and the World*, Eleven International Publishing, 2014, s. 205, 230, 243.

³⁹ Schonewille-Shonewille, *The Variegated Landscape of Mediation: A Comparative Study of Mediation Regulation and Practices in Europe and the World*, s. 55, 67.

⁴⁰ Schonewille-Shonewille, *The Variegated Landscape of Mediation: A Comparative Study of Mediation Regulation and Practices in Europe and the World*, s. 55, 175.

⁴¹ Council of Europe, *Family Mediation*, s.26; Schonewille-Shonewille, *The Variegated Landscape of Mediation: A Comparative Study of Mediation Regulation and Practices in Europe and the World*, s. 175-176.

birinin kanuni menfaatini ihlal edip etmediğini ve özellikle üstün menfaatini ihlal edip etmediğini incelemelidir⁴².

Yetkili makamın incelemesinden ve onaylamasından geçmeyen uzlaşma sözleşmesi sadece özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olacaktır⁴³. Yani doğrudan icra edilebilir olmayacaktır. Zira icra edilebilirlik şerhi almayan anlaşmalar adi sözleşme niteliğinde olacaktır. İncelenen ve onaylanan anlaşmanın ise doğrudan icra edilebilir olması güvenilir ve geç ve aşırı maliyetli olmadığı sürece tercih edilen bir yöntem olmasını sağlayacaktır⁴⁴.

1.1.2.5. Mahkemeler veya Yetkili Makamlar Önündeki Davalarla Arabuluculuk Arasındaki İlişki

Arabuluculuk, uyuşmazlık mahkeme veya yetkili makamlarının önüne gelmeden önce, önündeyken veya sonrasında gerçekleşebilir. Avrupa Konseyi R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı'na göre yetkili makamlarla kastedilen bazı aile hukuku uyuşmazlıklarını çözmeye yetkili idari makamlardır⁴⁵.

Arabuluculuğun mahkemeler ile ilişkisi konusunda üç yöntem bulunmaktadır. Söz konusu kararda otonom arabuluculuk yani mahkeme dışı arabuluculuk (contractually autonomous mediation) yöntemine yer verilmiştir⁴⁶. Diğer yöntemler ise mahkeme bağlantılı arabuluculuk (court connected mediation)⁴⁷ ve yargısal arabuluculuktur (judicial settlement conferences). Otonom diğer bir adla mahkeme dışı arabuluculuk, arabuluculuğun tamamen özerk olarak işlediği bir yöntemdir. Bu yöntemde arabuluculuk sürecini başlatan da yöneten de taraflardır⁴⁸. Mahkeme bağlantılı arabuluculukta ise mahkeme tarafları arabuluculuğa teşvik eder. Bu sistem

⁴² Council of Europe, Family Mediation, s. 26.

⁴³ Council of Europe, Family Mediation, s.27.

⁴⁴ Council of Europe, Family Mediation, s.27.

⁴⁵ Council of Europe, Family Mediation, s.27.

⁴⁶ Council of Europe, Family Mediation, s.27.

⁴⁷ Mahkeme kökenli (court based), mahkeme yönetimli (court management), mahkeme havaleli (court referred), mahkeme destekli (court sponsored), mahkeme katılımlı (court annexed) olarak da adlandırılmaktadır.

⁴⁸ Elif Kısmet Kekeç, "Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk", Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2013, s. 588.

özellikle aile hukuku uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulur⁴⁹. ABD’de⁵⁰ mahkeme bağlantılı arabuluculukta tarafların talebi veya hâkimin inisiyatifi ile vereceği karar üzerine arabuluculuğa yönlendirilir. Aslında hâkimin inisiyatifine bırakılan dava sayısı diğerine göre daha azdır.⁵¹ Bu yöntemde arabulucu ya mahkeme bünyesinde kadrolu olarak çalışan personelden ya da mahkeme tarafından idare edilen onaylı bir arabulucu listesinden seçilir⁵². Fakat taraf avukatları mahkeme personellerinin arabuluculuk yapmasını daha güvenilir bulmuşlardır⁵³. Yargısal arabuluculukta ise arabuluculuk görevini yerine getiren kişi hakimdir. Bu yöntem alternatif bir yöntem olmaktan ziyade devlet yargılamasının içinde işleyen bağımsız bir süreçtir⁵⁴. Arabuluculuk, ilgili davaya bakan hâkim tarafından yapılır⁵⁵. Bazı davalar için davaya bakan hâkim dışında başka bir hâkim de arabuluculuk yapabilir⁵⁶.

Tavsiye kararında otonom yöntemine yer vererek dava öncesinde, dava sırasında veya dava süreci sonunda arabuluculuk sürecinin bağımsız olarak işletilebilmesi imkanına yer verilmiştir. Mahkeme bağlantılı arabuluculuk ve yargısal arabuluculuk gibi yargısal süreç içerisinde yer alan yöntemlere ise yer verilmemiştir. Dava süreci içinde taraflar arabuluculuğa başvurursa süreç geçici olarak ertelenir veya askıya alınır⁵⁷. Davanın askıya alınması, karar verme sürecini geciktireceğinden bir tarafın bu durumu kötüye kullanmasını engellemek amacıyla askıya alınma için iki

⁴⁹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 358; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 164.

⁵⁰ Mahkeme bağlantılı arabuluculuk yönteminin doğduğu ve geliştiği ülke ABD’dir. Bu sebeple bu konuda tüm dünyaya örnek teşkil etmektedir.

⁵¹ Roselle L. Wissler, "Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences.", Ohio State Journal on Dispute Resolution., Vol. XXVI, N. 2 & 3, 2011, s. 279. Elizabeth Plapinger-Donna Stienstra, ADR and Settlement in the Federal District Courts: A Sourcebook for Judges & Lawyers, 1996, s. 7-8.

⁵² Wissler, "Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences.", s. 273.

⁵³ Wissler, "Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences.", s. 274.

⁵⁴ Wissler, "Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences.", s. 272-273.

⁵⁵ Wissler, "Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences.", s. 273; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 165; Kekeç, "Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk", s. 593.

⁵⁶ Wissler, "Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences.", s. 273; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 165; Kekeç, "Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk", s. 593.

⁵⁷ Council of Europe, Family Mediation, s. 28.

tarafın da rızası şarttır⁵⁸. Arabuluculuk sürecinin başlamasıyla yargısal merciinin yetkisi dava ertelense bile çocuğun korunması, tarafların ve tarafların malvarlığının korunması durumunda devam edecektir⁵⁹. Arabuluculuk süreci kesintiye uğradığında veya süreç tamamlandığında yargı merciine bilgi verecek ve arabulucunun ulaşılan sonuçlar ve anlaşmalar hakkında rapor vermesi ve bu merciin bu anlaşmaların çocukların yüksek menfaatini koruyup korumadığını gözden geçirmesi için gerekli mekanizmalar bulunmalıdır⁶⁰. Taraflar anlaşma yaptıktan sonra anlaşmazlıklar tekrarlanabilir, başka sorunlar ortaya çıkabilir veya değişen şartlar anlaşmanın yeniden düzenlenmesi ihtiyacını doğurabilir. Bu durumda tarafların yargı merciine başvuru hakları daim olmak üzere gönüllü olarak tekrar arabuluculuğa başvurması daha uygun olabilir. Bu durum mahkemeye arabulucu atama yetkisi vermez⁶¹.

1.1.2.6. Arabuluculuğun Tanıtılması ve Arabuluculuğu Erişim

Avrupa Konseyi R (98) 1 Tavsiye Kararı'na göre devletler çeşitli araçlarla aile arabuluculuğuna teşvik etmeli ve toplumu bilgilendirmelidir. Bunu gazete, dergi, film gibi kitle iletişim araçları ile yapmak daha etkili olabilir⁶². Bununla birlikte devletler yasal düzenlemelerle tarafları bu konuda bilgilendirmek için arabuluculuk öncesi bilgilendirme görüşmesine katılmayı zorunlu hale getirebilirler⁶³. Aslında tarafların böyle bir alternatif⁶⁴ yöntemin yararları hakkında bilgilendirilmesi sağlanarak sonrasında da arabulucuya başvurmak isteyen herkese arabuluculuğa erişim imkânı vermelidir. Buna yönelik olarak taraflara finansal destek veya adli yardım imkânı sağlanabilmelidir⁶⁵.

1.1.2.7. Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yolları

⁵⁸ Council of Europe, Family Mediation, s. 28.

⁵⁹ Council of Europe, Family Mediation, s. 28.

⁶⁰ Council of Europe, Family Mediation, s. 28.

⁶¹ Council of Europe, Family Mediation, s. 28-29.

⁶² Council of Europe, Family Mediation, s. 29. Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s. 169-170; Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı, s. 86; Uyumaz- Erdoğan, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", s. 123.

⁶³ Council of Europe, Family Mediation, s. 29.

⁶⁴ Alternatif kelimesiyle amaçlanan devlet yargılamasına alternatif olması değildir. Buradaki amaç devlet yargısı yanında çeşitli hukuki uyuşmazlık çözüm yollarını ifade etmek olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 198-210.

⁶⁵ Council of Europe, Family Mediation, s. 29.

Avrupa Konseyi R (98) 1 Tavsiye Kararı'nda alternatif ve dostane çözüm yolu olarak sadece arabuluculuğun değil başka yöntemlerin de bulunduğu belirtilmiştir. Uzlaştırma veya uzlaşma danışmanlığı⁶⁶, aile danışmanlığı⁶⁷ söz konusu kararda seçenek olarak sunulan diğer yöntemlerdir⁶⁸. Ayrıca söz konusu kararda taraflarda kafa karışıklığı yaratılmaması adına bu yöntemlerden sadece birisi uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁶⁹.

1.1.2.8. Uluslararası Uyuşmazlık

Halihazırda ya da sonradan uluslararası unsur taşıyan boşanma ihtilaflarının özellikle çocukların velayeti, çocukla kişisel ilişki kurulması ve çocuğun mutad devletine⁷⁰ iadesi gibi konularda⁷¹ tarafların arabuluculuğa başvurusu teşvik edilmelidir. Bunun yanında çocukların velayetine ilişkin kararın muhatap ülke mahkemesi tarafından tanıma ve tenfizinin⁷² reddedilmesinin sonucunda talep edenin dava açma hakkının bulunması veya talep edenin çocukla kişisel ilişki kurulması için merkezi merciin⁷³ mahkemeye başvurusu gibi ihtimallerde arabuluculuk kurumuna başvuru daha yararlı olacaktır⁷⁴. Ayrıca çocukla ilgili konuları hâkimin takdirine bırakmak yerine mümkün olduğunca tarafların sorumluluğuna vererek bu konuları

⁶⁶ Uzlaştırma veya uzlaşma danışmanlığı, uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak tarafsız üçüncü kişinin idaresinde yürütülen görüşmelerdir.

⁶⁷ Aile danışmanlığının amacı tarafsız bir üçüncü kişi tarafından uyuşmazlığın duygusal yönünü değerlendirilerek tarafların birbirini anlamasını sağlamak ve aralarındaki uyuşmazlığı çözmektir.

⁶⁸ Council of Europe, Family Mediation, s. 30.

⁶⁹ Council of Europe, Family Mediation, s. 30.

⁷⁰ Bu kavram tartışmalı olmakla beraber kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu, hayat ilişkilerinin yoğunlaştığı yer devleti denilebilir.

⁷¹ Söz konusu tavsiye kararının yanında “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi” (1980 tarihli Lahey Sözleşmesi)’nde de aynı hususlardan söz edilmiştir. Bu sözleşme 3.11.1999 gün ve 4461 sayılı Kanunla onaylanmış ve 15.2.2000 tarihli, 23965 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak ülkemiz yönünden 01.08.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁷² Bu hususa ilişkin 1997 tarihli “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi” düzenlemeleri (m.5, m.10) dikkate alınmıştır. Bu sözleşme 04.08.1999 gün 4433 sayılı Kanunla onaylanmış ve 08.08.1999 tarihli, 23780 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak ülkemiz yönünden yürürlüğe girmiştir. Ayrıca bu konuya ilişkin 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hak, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi; 2003 tarihli Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi de bulunmaktadır.

⁷³ İlgili sözleşmeye göre devletler, sözleşmede düzenlenen görevleri yerine getirmek ve devletlerarası işbirliğinin sağlanması için merkezi bir merci atamak zorundadır (m. 2, m. 3).

⁷⁴ Council of Europe, Family Mediation, s. 31.

bütüncül olarak ele almak hem taraflar hem çocuk hem de devlet yargısı açısından kolaylıklar doğuracaktır⁷⁵.

Uluslararası arabuluculuk için de yukarıda bahsedilen ilkeler geçerli olmakla birlikte özel yapısı gereği bu arabulucuların özel eğitim almaları gerekmektedir. Ayrıca bu arabulucular tarafların mutad meskeni olan ülkenin aile hukuku sistemini ve uluslararası belgelerde çocukların bakımı ve gözetimiyle, çocuklarla görüşmeyle ve çocuk kaçırmayla ilgili olarak yer alan temel ilkeleri dikkate almak zorundadırlar. Bunun yanında sınır ötesi görüşmelerle ve coğrafi uzaklıklarla ilgili anlaşmalar yapılırken karşılaşılabilecek güçlükler ve çocuk kaçırma tehlikesi göz önünde bulundurulmalıdır. Tarafların mutad meskeni olan veya olacak olan ülkelerdeki kültürel yapı ve tarafların beklentileri önem arz etmektedir. Çocuklarla kişisel ilişki kurulması ve çocukların terbiye ve eğitimiyle ilgili anlaşmalarda kültürel etkenler çocuğun üstün menfaati yanında diğer aile üyeleri üzerindeki etkiler de dikkate alınmalıdır⁷⁶. Fakat çocuğun kanuna aykırı olarak yerleşim yerinden uzaklaştırılması veya alıkoyulması hâllerinde, çocuğun geri alınması için açılan davaların görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması uygun değildir⁷⁷. Zira uyuşmazlık bir kez mahkemeye intikal ettikten sonra, sonradan arabuluculuğa başvuru süreci uzatmış olacaktır. Burada amaç uyuşmazlığın kısa sürede çözülmesini sağlamaktır.

Taraflar serbestçe arabuluculuğun yapılacağı yeri seçebilirler. Bunun için tarafların mutad meskeni ülkelerden birisi olması gerekmez, üçüncü bir ülkeyi de daha tarafsız olunabilmesi için seçebilirler. Ayrıca kararda, uluslararası arabuluculuğun farklı biçimlerinin tercih edilebileceğinden söz edilmiştir. Bunlar mekik arabuluculuğu (shuttle mediation), ortak arabuluculuk (co-mediation), telekonferans yolu gibi yöntemlerdir⁷⁸.

Avrupa Konseyi R (98) 1 Tavsiye Kararı'nda bahsedilmemekle beraber bu hususun başka bir yönü de tarafların arabuluculuk uzlaşma sözleşmesinin sınır ötesi

⁷⁵ Council of Europe, Family Mediation, s.33; Feridun Yenisey-Sinan Altunç, Mağdur Çocuk Haklarına İlişkin Öneriler, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2017, s. 205.

⁷⁶ Council of Europe, Family Mediation, s. 32.

⁷⁷ Bkz. Council of Europe, Family Mediation, s. 33.

⁷⁸ Council of Europe, Family Mediation, s. 32.

tenfizidir⁷⁹. Fakat aile, evlilik ve miras gibi medeni hukuka ait konular, bazı ülkelerde tarafların özgür iradesine bırakılmışken, bazı ülkelerde bu konular hala farklı kültürlerle ve yasal kurallara tabi olabilmektedir. Bu sebeple bu konularda arabuluculuk uzlaşma sözleşmesinin tenfizinin reddi mümkün olabilmektedir⁸⁰.

1.2. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konusunda R (2002) 10 Sayılı Tavsiye Kararı⁸¹

1.2.1. Genel Olarak

Alternatif uyuşmazlık çözümü özellikle arabuluculuk Avrupa Konseyi'nin uzun süreden beri meşgul eden bir konudur. Buna ilişkin olarak konseyde ilk aile arabuluculuğuna ilişkin R (98) 1 Sayılı Kararı kabul edilmiş ve daha sonra ceza ve idari işlerine ilişkin kararlar alınmıştır. Daha sonra Avrupa Adalet Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) tarafından medeni hukuk konularına ilişkin arabuluculuk hususu araştırılmış ve bir rapor hazırlanmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince raporda yer alan ilkeler ve açıklayıcı notlar 18 Eylül 2002 tarihinde kabul edilmiştir. Bakanlar Komitesinin R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı'ndan farklı olarak bu kararda sadece aile uyuşmazlıklarına ilişkin değil, diğer hukuk dallarına ilişkin de arabuluculuğun önemi vurgulanmıştır. Tarafların adil bir yargıya başvuru hakkının daima var olduğundan fakat bunun yanında uyuşmazlık hakkında müzakere ederek kendi ortak anlaşmalarına varmalarını sağlayan arabuluculuğun geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması gerekliliğinden de söz edilmiş ve buna yönelik olarak rehber ilkeler düzenlenmiştir⁸².

Bu çalışmada bu kararın incelenmesine de yer verilmesinin sebebi tavsiye kararında R (98) 1 Sayılı Karar'a ve aile uyuşmazlıklarına açık atıfta bulunulmuş olmasıdır. Kararda aile hukuku meselelerin de medeni hukuk konularına dahil olduğu aile hukuku konularının belirli kendine has yönlerine ilişkin R (98) 1 Sayılı Kararın

⁷⁹ Bu konuda 21 Mayıs 2008 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Arabuluculuğa İlişkin 2008/52 EC sayılı Avrupa Parlamentosu Direktifi bulunmaktadır. Bu direktif sadece ticari değil diğer hukuki konuları içeriyor gibi görünse de sadece ticari nitelikteki arabuluculuk uzlaşma sözleşmesiyle sınırlıdır.

⁸⁰ Chang-fa Lo-Winnie Jo-Mei Ma, "Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesinin Sınır-Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme Taslağı", Çev. Necla Öztürk-Güven Yazar, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. VIII, S.2, s. 644, dpn. 3.

⁸¹ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, Recommendation No. R (2002)10, and explanatory memorandum, Strasbourg, 2003, s. 4-14.

⁸² Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 4.

uygulanacağı, genel yönlerine ilişkin olan durumlarda ise bu kararın uygulanacağı belirtilmiştir⁸³. Ayrıca belirtmek gerekir ki arabuluculuğa ilişkin genel ilkeler düzenlenmeden ve diğer konulara (Cezai konulara ilişkin R (99) 19, İdari konulara ilişkin R (2001) 9 Sayılı Tavsiye Kararı) ilişkin arabuluculuktan önce ilk olarak aile hukuku meselelerinde tavsiye kararı verilmesi aslında bu konuda ihtiyacın ne kadar büyük olduğunun göstergesi olmuştur. Zira günümüzde de arabuluculuk en yoğun şekilde aile hukuku alanında uygulanmaktadır⁸⁴.

Avrupa Konseyi R (2002) 10 Tavsiye Kararı'nda rehber ilkelerin yanında arabuluculuk ve diğer yargı dışı anlaşmazlık çözüm yolları ile ilgili sorunlar konusunda Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği arasında yakın işbirliği ihtiyacına ilişkin olarak Haziran 2000'de Londra'da düzenlenen 23. Avrupa Adalet Bakanları Konferansı tarafından kabul edilen Karar No 1'de yer alan tavsiyelere dikkat çekilmiştir. Son olarak, bu tavsiye ve Avrupa Konseyi'nin arabuluculuk sorunlarına ilişkin diğer müktesebatı, medeni ve ticaret hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin Yeşil Kitap'ın⁸⁵ takibinde Avrupa Komisyonu'na arabuluculuğun uygulanması konusunda yardımcı olacağı belirtilmiştir⁸⁶.

1.2.2. Rehber İlkeler

1.2.2.1. Arabuluculuğun Tanımı

Avrupa Konseyi R (2002) 10 Tavsiye Kararı'na göre arabuluculuk, bir veya daha fazla arabulucunun yardımıyla, tarafların uyuşmazlık üzerine müzakere etmeleri ve ortak bir anlaşmaya varmalarını sağlayan alternatif çözüm yolu usulüdür. Kararda arabuluculuk bu şekilde tanımlanmakla birlikte arabuluculuk genel olarak tarafların uyuşmazlık konuları hakkında özgür ve rahat bir ortamda müzakere etmelerini sağlayarak, her iki tarafın da yararının dengeli olmasını gözetilen adil bir anlaşmanın yapılmasına imkân veren ve tarafların iradi olarak başvurdukları tarafsız üçüncü bir

⁸³ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 9.

⁸⁴ Abdurrahman Kavasoglu, "Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation", İÜHFİM, 2010, C. LXVIII, S. 1-2, s. 197; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 196.

⁸⁵ Avrupa Komisyonu tarafından 2002 yılında "Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap" hazırlanmış ve bu çalışmada arabuluculukla ilgili genel tespitler yapılmıştır. Bu konu I. Bölüm 3.1. başlığı altında incelenecektir.

⁸⁶ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 13.

kişi tarafından yürütülen süreçtir⁸⁷. Fakat karara göre arabuluculuk tarafların iradesiyle sınırlı değildir hem iradi hem zorunlu olabilmektedir. Hâkim tarafından arabuluculuk görevi üstlenilebileceği gibi yargı dışından birisi de görevlendirilebilir. Dava çerçevesinde mahkeme tarafından bir uzman olarak atanabileceği gibi belirli uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapma yetkisine sahip bir merci de olabilir. Ya da tarafların anlaşma ile atadığı özel bir kişi de olabilmektedir⁸⁸. Önemli olan ise her iki tarafın yararına da olacak en uygun anlaşmanın yapılması sağlayacak ortamı oluşturmak, taraflara çözüm dayatmamak ve yönlendirmelerde bulunmamaktır⁸⁹.

Arabulucunun mesleki nitelikleri ve arabulucunun bireysel olarak mı yoksa bir ekibin parçası olarak mı uyguladığı, arabuluculuk seçeneğinde ek seçenekler sunmaktadır. Özellikle boşanma hali söz konusu olduğunda avukatların arabuluculuk sürecinin pazarlık boyutunda hukuksal bilgiye sahip olmaları dolayısıyla uygun bulunmaları yanında ruh sağlığı uzmanları, sosyal hizmet uzmanları, psikologlar ve öğretmenler de kişisel dinamikler ve insan ilişkileri hakkındaki bilgilerine dayanarak potansiyel olarak uygun arabulucular olarak kabul edilirler⁹⁰. Böylelikle bir avukat ve bir ruh sağlığı uzmanından oluşan bir ekibin bulunması süreçte psikolojik ve hukuki dengeyi sağlamada yararlı olacaktır⁹¹. Tarafların iletişim engelleri ve anlaşmazlığın duygusal içeriğiyle başa çıkmak için anlaşmazlığın gerçek içeriğine odaklanmak

⁸⁷ Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 165-166; Ömer Ekmekçi, vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019, 2. Baskı, s. 19-21; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.221; Özbek, Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 27-28; Meral Özkan Sungurtekin, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, MiHDER, 2005/2, s. 358; İbrahim Özbay, “Avukatlık Hukukunda Arabuluculuk ve Arabuluculuk Tutanağının İlâm Niteliği”, AÜHFD, 2004/3-4, s. 390; Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s. 23; Muhammet Özekes, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, HPD, 2006, S. 7, s. 43; Seda Özmumcu, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İÜHF, 2016, C. LXXIV, S. 2, s. 827; M. Kamil Yıldırım, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 44.

⁸⁸ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 8. ABD (Newyork)’de de aile arabuluculuğu için benzer seçeneklerin söz konusu olduğuna ilişkin bkz. Nicole Sideris, "Divorce Mediation: Must It Be Voluntary?", Conciliation Courts Review, Vol. XXVI, 1988, No. 2, s. 70.

⁸⁹ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 8-9.

⁹⁰ Shaffer, "Divorce Mediation: A Feminist Perspective", s. 175.

⁹¹ Linda J. Silberman, "Professional Responsibility Problems of Divorce Mediation", Family Law Quarterly, 1982, Vol. 16, N. 2, s. 128; R.M. Coombs, "Non-court Connected Mediation and Counselling in Child-Custody Disputes", Family Law Quarterly, Vol. XVII, 1984, s. 494; Shaffer, "Divorce Mediation: A Feminist Perspective", s. 175.

gerektirir. Bu sebeple avukat yanında ruh sağlığı uzmanının bulunması eşler arasında uyuşmazlığı çözmeye uygun bir ortamın oluşturulmasına yardımcı olacaktır. Hatta eşler üzerinde karşı cinsten oluşan arabulucunun cinsiyet baskısını ortadan kaldırmak için bir erkek bir kadın olmak üzere bir ekip oluşturulmalıdır⁹².

Avrupa Konseyi R (98) 1 Sayılı Karar'dan farklı olarak otonom sistemin yanı sıra mahkeme bağlantılı arabuluculuk, yargısal arabuluculuk sistemlerine de yer verilmiştir. Zira arabuluculuk görevini bir hâkimin veya hâkim tarafından atanan uzmanlar tarafından yerine getirilebileceğinden söz edilmiştir. Ayrıca R (98) 1 Sayılı Karar'da arabuluculuğa başvuruda tarafların serbest iradesi önemliyken R (2002) 10 Sayılı Karar'da zorunlu da olabilmektedir. R (2002) 10 Sayılı Karar'da farklı düzenlenen bu hususlar boşanma uyuşmazlıklarına da uygulanması mümkündür. Zira boşanma uyuşmazlıklarının belirtilen hususların haricinde tutulmasını gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Bu uyuşmazlıkların kendine has özellikleri belirtilen hususların dışında kalmasını değil bu hususların boşanma hukuku meselelerine de uygulanmasını gerektirir. R (2002) 10 Sayılı Kararın bahsedilen bu farklıları bakımından bakıldığında, mahkeme bünyesinde gerçekleştirilecek bu arabuluculuk yöntemlerin (mahkeme içi arabuluculuk ve yargısal arabuluculuk) boşanma davalarında uygulanması bu uyuşmazlıklar için arabuluculuğa kamusal bir makamın katılımında sakınca bulunmamaktadır. Zira birçok ülkelerde aile uyuşmazlıklarda mahkeme bünyesinde arabuluculuk uygulanmaktadır⁹³. Boşanma uyuşmazlıklarının hususi yönleri zorunlu arabuluculuk uygulamasına engel oluşturmamakla birlikte uygulaması da bulunmaktadır. Buna başlıca örnek ABD'dir⁹⁴. 1990'lı yıllarda da Norveç'te çocuk sahibi olan eşler için arabuluculuğa başvuru zorunlu hale gelmiştir⁹⁵. Bununla birlikte aşırı düşmanlık, aile içi şiddet, çocuğun istismarı, psikopatolojik

⁹² Shaffer, "Divorce Mediation: A Feminist Perspective", s. 176.

⁹³ Court Connected Family Mediation Programs in Canada, Alberta Law Reform Institute, Alberta, 1994, s. 41-55. Söz konusu eserde Kanada (s. 41-48), ABD (49-53) ve İngiltere s.53-54) örnekleri bulunmaktadır; Schonewille-Shonewille, The Variegated Landscape of Mediation: A Comparative Study of Mediation Regulation and Practices in Europe and the World, s.125, 341, 712. Bu eserde de Danimarka (s.125), Slovenya (s. 341), ABD-Kaliforniya (s. 712) örnekleri mevcuttur.

⁹⁴ Sideris, "Divorce Mediation: Must It Be Voluntary?", s. 67; Court Connected Family Mediation Programs in Canada, s.6; Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 78. Ayrıca ABD'de zorunlu arabuluculuğun ilk ihtiyaç duyulduğu alan velayet ve çocukla kişisel ilişki kurma olduğuna dair bkz. Sideris, "Divorce Mediation: Must It Be Voluntary?", s. 68.

⁹⁵ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 375.

durumlar veya herhangi bir tehdit veya baskının olup olmadığına dair her türlü risk ve çekince araştırılmalıdır⁹⁶. Bu gibi durumlarda zorunlu arabuluculuk söz konusu olamaz. Arabulucu bunu arabuluculuk süreci içinde tespit ederse süreci derhal sonlandırmalıdır.

1.2.2.2. Arabuluculuğun Uygulama Alanı

Avrupa Konseyi R (2002) 10 Tavsiye Kararı'nda uygulama kapsamı olarak ticari, iş, tüketici hukuku gösterilmekle birlikte R (98) 1 Sayılı Karara ve aile uyuşmazlıklarına açıkça atıfta bulunulmuştur. Kararda aile hukukuna ilişkin meselelerin de medeni hukuk konularına dahil olduğu aile hukuku konularının belirli kendine has yönlerine ilişkin R (98) Sayılı Kararın uygulanacağı, genel yönlerine ilişkin olan durumlarda ise bu kararın uygulanacağı belirtilmiştir⁹⁷.

1.2.2.3. Arabuluculuğun Düzenlenmesi

Arabuluculuk, özellikle yargılama giderleri, yargılama usullerinin şekli yapısı veya taraflar arasındaki görüşme ve ilişkilerin sürdürülmesi gerekliliği sebebiyle, yargısal usullerin taraflar için tek başına yeteri kadar elverişli olmaması hâlinde yararlı olabilir. Kararda genel olarak böyle ifade edilmekle birlikte geleneksel uyuşmazlık çözüm yolu olan dava yolu, aile uyuşmazlıklarının çözümü için de uygun bir süreç değildir⁹⁸. Çekişmeli süreç maliyet ve zaman alıcı olmakla beraber taraflar arasında çatışmayı ve travmayı artırır özellikle de çocuklar için velayet ihtilaflarında bu daha da şiddetlenir⁹⁹. Arabuluculuğun esnek bir süreç olması ve tarafların kendi

⁹⁶ Andree G. Gagnon, "Ending Mandatory Divorce Mediation for Battered Women", Harvard Women's Law Journal, Vol. XV, 1992, s. 274; Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 21; Sideris, "Divorce Mediation: Must It Be Voluntary?", s. 68.

⁹⁷ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, Recommendation No. R (2002)10, and explanatory memorandum, Strasbourg, 2003, s. 9.

⁹⁸ Jay Folberg-Ann L. Milne-Peter Salem (Edt.), Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications, Newyork, Guilford Publications, 2004, s. 8; Sideris, "Divorce mediation: Must It Be Voluntary?", s.67; Court-Connected Family Mediation Programs in Canada, s. 13

⁹⁹ Sideris, "Divorce mediation: Must It Be Voluntary?", s. 67; Shaffer, "Divorce Mediation: A Feminist Perspective", s. 165; Nichol M. Schoenfield, "Turf Battles and Professional Biases: An Analysis of Mediator Qualifications in Child Custody Disputes", Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1996, Vol. XI, N. 2, s. 469-470. John Lande, "Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court-Connected Mediation Programs", UCLA Law Review, 2002, Vol. L, N. 1, s. 119; Court-Connected Family Mediation Programs in Canada, s. 13; Richard E. Crouch, "Divorce Mediation and Legal Ethics", Family Law Quarterly, 1982, Vol. XVI, N. 3, s. 220; Robert E. Emery-David Sbarra-Tara Grover, "Divorce Mediation: Research and Reflections," Family Court Review, 2005, Vol. XLIII, N. 1, s. 22.

anlaşmalarını kendileri hazırlaması mahkeme kararından daha kalıcı olabilir¹⁰⁰. Delil kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalınması gerekmediğinden, taraflar ilgili gördükleri her şeyi getirebilir. Böylelikle taraflar, önemli gördükleri gerçekleri, konuları ve menfaatleri tartışma fırsatına sahip olurken, gayri resmi yapı, tarafların boşanma sonrası ailenin gelecekteki ihtiyaçlarını da planlamalarını sağlar¹⁰¹.

Kararda arabuluculuk maliyetlerinin makul ve söz konusu konunun önemi ve arabulucu tarafından yürütülen işin miktarı ile orantılı olması öngörülmektedir. Devletler, özellikle taraflardan birinin menfaatleri özel olarak korunmayı gerektiriyorsa, tamamen ya da kısmen ücretsiz arabuluculuk sağlamalı veya arabuluculuk için taraflara adli yardım imkânının temin etmelidir. Özellikle arabuluculuğa başvurunun teşviki için bu kurumun işlevsel hale getirilmesi önemlidir. Birçok ülke de arabuluculuğun teşviki için adli yardım kurumundan faydalanılmıştır. Fransa¹⁰², Belçika¹⁰³, Avustralya¹⁰⁴, İngiltere¹⁰⁵ adli yardımın söz konusu olduğu ülkelerdendir. Bununla birlikte kamuya mali yük getirmesi sebebiyle adli yardım için gerekli olan şartlar daha da sıkılaşmıştır¹⁰⁶.

Karara göre arabuluculuk mahkeme sürecinin içinde veya dışında yer alabilir. Herhangi mahkeme prosedürü öncesinde arabuluculuğa başvuru daha doğru bir yol olmakla birlikte bir mahkeme prosedürü başlamışsa arabuluculuğa başvuru hala bir olasılık olarak mümkündür. Burada arabuluculuğun amacı konunun mahkemeye intikalini engellemek değildir davayı tam bir duruşma olmadan sonuca götürmek ve ayrıca sonraki anlaşmazlıkları önlemektir¹⁰⁷. Bu sebeple hâkimin, konunun mahkemeye gelmesinden sonra da tarafları arabuluculuğa göndermesi mümkündür.

¹⁰⁰ Bennett Wolff, "The Best Interest of the Divorcing Family - Mediation Not Litigation," Loyola Law Review, 1983, Vol. XXIX, N. 1, s. 76; Sideris, "Divorce mediation: Must It Be Voluntary?", s. 67.

¹⁰¹ Wolff, "The Best Interest of the Divorcing Family-Mediation Not Litigation," s. 76.

¹⁰² Özcan, "Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu", s. 389.

¹⁰³ Mert Namlı, "Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları" Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 111.

¹⁰⁴ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 72.

¹⁰⁵ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 83.

¹⁰⁶ Mustafa Serdar Özbek, "Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler", AÜHFD, 2006, C. IV, S. 1, s. 213-214.

¹⁰⁷ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 9.

Arabuluculuk uyuşmazlığı çözmek konusunda başarı sağlamasa da mahkemeye erişim tarafların nihai teminatı olarak kalacaktır.

Arabuluculuğun işbirliği içinde veya tersine doğrudan rekabet içinde çalışan özel ve kamu sektörleri tarafından sağlanabilecek şekilde düzenlenmesi mümkündür. Organizasyonel düzenleme ne olursa olsun arabuluculuk herkese açık olmalıdır. ABD’de arabuluculuk hem özel hem kamu sektörü tarafından yürütülmektedir. Kamu sektörü tarafından sağlanan arabuluculuk hizmeti çoğunlukla velayet ve çocukla kişisel ilişki kurma konularında etkinken özel sektörde ise ağırlıklı olarak malvarlığı ve nafaka konularında arabuluculuk hizmeti sunulmaktadır¹⁰⁸.

Ayrıca kararda gerek mahkeme prosedürü içinde gerekse dışında yapılacak arabuluculuk hizmetinin gereksiz gecikmeye yol açmaması ve taraflarca bir erteleme taktiği olarak kullanılmaması gerektiği açıkça ortaya koyulmuştur¹⁰⁹.

1.2.2.4. Arabuluculuk Süreci

Kararda, bu bölümde yer alan hususlardan bazılarının R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı’yla aynı hususları içerdiğini belirtmiştir.

Kararda ilk olarak dava hakkının sınırlandırılmasından bahsedilmiştir. Buna göre devletler, tarafların dava haklarını kısıtlayan herhangi bir arabuluculuk maddesinin yalnızca bir ticaret veya mesleğin icrasında hareket eden kişiler arasındaki ilişkiler için saklı tutulması gerekip gerekmediğini belirlemekte özgürdür. Ayrıca, bu konudaki mevzuat üye devletler arasında önemli ölçüde değişiklik gösterdiğinden, devletler bu hükümlerin tahkim şartı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini de belirlemelidir (özellikle elektronik ticaret gibi alanlarda)¹¹⁰. Bununla birlikte, dava hakkının sözleşmeye dayalı olarak kısıtlanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan bir mahkemeye erişim hakkının aşırı bir şekilde sınırlandırılmasına yol açmamalıdır.

Arabulucu bağımsız ve tarafsız hareket etmeli, silahların eşitliği ilkesine uygun davranmalıdır. Aile arabuluculuğuna ilişkin R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı’nda

¹⁰⁸ Wolff, "The Best Interest of the Divorcing Family-Mediation Not Litigation," s. 68, dpn. 110; Jessica Pearson-Maria Luchesi Ring-Ann Milne, "A Portrait of Divorce Mediation Services in the Public and Private Sector", Conciliation Courts Review, 1983, Vol. XXI, N. 1, s. 10.

¹⁰⁹ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 10; Sideris, "Divorce Mediation: Must It Be Voluntary", s. 67.

¹¹⁰ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 11.

belirtildiği gibi¹¹¹ arabulucunun "tarafsızlığı (impartiality)" arabulucunun taraf tutmamasını veya birine destek olmamasını gerektirir. Arabulucu, her iki tarafın da zarar görme korkusu veya şiddet tehdidi nedeniyle dezavantajlı duruma düşürülmemesini ve her bir tarafın görüşlerine saygı duyulmasını sağlamalıdır. Taraflar arasındaki herhangi bir güç dengesizliği ve taraflardan herhangi birinin tehditkâr veya manipüle edici davranışını önlemeye çalışmalıdır¹¹². Taraflardan biri adına hareket eden ve o tarafın bakış açısını temsil eden bir avukatın aksine, arabulucu taraflardan herhangi biri adına hareket etmez ve arabulucu ile taraflardan biri arasında daha önceden veya mevcut bir mesleki veya kişisel ilişki olmamalıdır¹¹³. R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı'nda ise ayrıca tarafsızlık ilkesinin diğer yönü olan "neutrality"e değil bağımsızlık ilkesine yer verilmiştir.

Bağımsızlık söz konusu olduğunda, arabulucular herhangi bir makamın usulsüz şekilde etkisi altında kalmamalıdır. Taraflara bir çözüm dayatmamalı veya taraflara belirli çözümlere ulaşmaları için rehberlik etmemelidirler. Tarafların üzerinde mutabık kaldıkları ortak kararlara varmak, arabulucunun rolü ise bu süreci kolaylaştırmaktır. Taraflar, kendi özel koşullarına uygun olduğunu düşündükleri kararlar alabilirler. Bu ilke, tarafların kendi işleriyle ilgili olarak kendi anlaşmalarına varma hakkını tanır¹¹⁴. Bununla birlikte, mahkemelerin böyle bir özel sözleşmeyi onaylaması veya onaylaması istendiğinde, mahkemelerin mevcut mevzuata uyması ve taraflardan herhangi birinin meşru menfaatlerini ihlal etmediği konusunda ikna edilmesi gerekecektir.

Arabuluculuğun özel olarak yürütülmesi gerektiğini ve görüşmelerin gizli olarak değerlendirilmesi gerektiğini açıkça belirtmektedir. Gizlilik ilkesi, arabuluculuk sürecinde sunulan belgeler ve yapılan görüşmeler ve bunlar için gerekli olan şeylerin gizli olması ve bunların adli, idari prosedürde, hakemde veya uyuşmazlığı çözmede kullanılan diğer yöntemlerde delil olarak kullanılamaması ve mahkeme dışı ikrar olarak da kabul edilememesidir¹¹⁵. Bu, arabulucunun

¹¹¹ Council of Europe, Family Mediation, s. 23.

¹¹² Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 11.

¹¹³ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 11.

¹¹⁴ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 11.

¹¹⁵ Özbek, "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s.303; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 135; Bulur, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk

arabuluculuk süreci sırasında elde ettiği veya her bir tarafın açık rızası olmadan veya ulusal hukukun izin verdiği durumlarda kimseye herhangi bir bilgi ifşa etmemesi gerektiği anlamına gelir. Bir arabulucunun mahkemede ifade vermeyi reddetme hakkına sahip olup olmadığı ulusal hukuka bırakılmıştır. Arabulucu, içerik ve tartışmalarla ilgili resmi raporlar vermek zorunda bırakılmamalıdır. Arabulucuların, taraflarca kararlaştırılan bir raporu adli veya diğer yetkili makamlara varılan anlaşmaları not ederek sunmaları beklenebilir.

Arabuluculuk prosedürlerinin taraflara, söz konusu meseleleri ve anlaşmazlığa olası herhangi bir çözümü düşünmeleri için yeterli zaman verilmesini sağlaması gerektiğini belirtir. Bu ilke, taraflara düşünme için yeterli zaman vermeyi ve bir arabuluculuk prosedürünü tamamlamadan önce söz konusu konuları derinlemesine değerlendirmeyi amaçlamaktadır¹¹⁶.

1.2.2.5. Arabulucuların Eğitimi ve Sorumluluğu

Devletlerin, özellikle zorunlu arabuluculuk durumlarında, uluslararası meselelerle ilgilenenler de dahil olmak üzere, arabulucuların seçimi, sorumlulukları, eğitimi ve nitelikleri için uygun standartların geliştirilmesini teşvik etmek için önlemler almayı düşünmeleri gerektiğini belirtir (Belirli faktörleri hesaba katarak ya da esnek çalışma için çeşitli modeller kullanılır örneğin mekik arabuluculuğu, video konferans gibi). Devletler, kamu sektöründe bu tür önlemlerden tam olarak sorumludur ve özel sektördeki arabulucuların da eğitime erişimini sağlamalıdır¹¹⁷.

1.2.2.6. Arabuluculuk Sonunda Yapılan Anlaşmalar

Karara göre bu başlık altında arabuluculukta varılan anlaşmaların şekli ve içeriği düzenlenmiştir. Anlaşmanın konusunu, kapsamını ve sonuçlarını tanımlamak için genellikle her arabuluculuk prosedürünün sonunda yazılı bir belge hazırlanması gerektiğini belirtir. Fakat böyle bir belge oluşturulması zorunlu değildir. Belge düzenlenmişse taraflara, belge düzenlendikten sonra ve imzalanmadan önce,

Yöntemi”, s. 40; Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s. 78; Bayraktar, “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, s. 157; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 446-449; Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, s. 52.

¹¹⁶ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 12.

¹¹⁷ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 12.

tarafların kararlaştırdığı sınırlı bir düşünme süresi tanınması gerekir¹¹⁸. Bununla birlikte taraflar bu süreyi kullanmayabilir de. Eğer taraflar böyle bir süreyi düşünme için kullanmayı seçerlerse, bu sınırlı olmalıdır. Herhangi bir geciktirme taktiğinden kaçınmak için zamanında ve taraflarca usulüne uygun olarak kararlaştırılmıştır¹¹⁹.

Arabulucuların, arabuluculukta varılan anlaşmaların etkisi ve taraflardan biri veya her ikisi bu anlaşmaları uygulamak isterse atılması gereken adımlar konusunda tarafları bilgilendirmesi gerektiğini belirtir. Bazı yasal sistemlerde bu tür anlaşmaların uygulanabilirliği için taraflar doğrudan başvurabilirken¹²⁰, diğer hukuk sistemleri özel formaliteler gerektirebilir. Her durumda, tanınması ve icrası için temel bir şart, anlaşmanın kamu düzenine aykırı olmamasıdır¹²¹. Arabuluculukta varılan anlaşmaların uygulanabilirliği sorunu ülkelerde farklı şekilde ele alınmaktadır. Bazı ülkelerde, bu anlaşmaları “onaylamak” mahkemeye düşerken, diğerlerinde bu tür anlaşmalar uygulanabilirliğini mahkeme olmayan bir organdan alır¹²² (örneğin noter tarafından yapılan bir işlem). Son olarak, arabuluculuk anlaşmalarının icra edilebilirliği sorunu, aynı zamanda, icra kararlarının kendi topraklarında serbest dolaşımına ilişkin bir Avrupa Birliği düzeyinde hazırlanacak olan herhangi bir kural ışığında da düşünülmesi gerektiğinden söz edilmiştir.

1.2.2.7. Arabuluculuk Hakkında Bilgi

Arabuluculuk konusundaki bilgi ve anlayışı geliştirmek için, devletler, özellikle devlet tarafından yürütülen arabuluculuk için, halkı ve uyuşmazlığın tarafı olan kişileri bilgilendirmek için bilgi programları, yazılı materyal ve medya gibi gerekli mekanizmalar geliştirmelidir¹²³. Bu bilgiler aynı zamanda arabuluculuğun

¹¹⁸ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 12.

¹¹⁹ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 12.

¹²⁰ Doğrudan uygulanabilirliğe örnek ülkeler Hırvatistan (Anlaşmada doğrudan icra edilebileceğine dair kayıt bulunması şartıyla), Birleşik Krallık (İskoçya), Avustralya olduğuna dair bilgi için bkz. Schonewille-Shonewille, The Variegated Landscape of Mediation: A Comparative Study of Mediation Regulation and Practices in Europe and the World, s. 94, 398, 498.

¹²¹ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s.13.

¹²² Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 13; Schonewille-Shonewille, The Variegated Landscape of Mediation: A Comparative Study of Mediation Regulation and Practices in Europe and the World, s. 55, 67, 175, 176, 289, 324, 362.

¹²³ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 13; Council of Europe, Family Mediation, s. 29; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s.169-170; Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı, s. 86; Uyumaz-Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, s. 123.

maliyetlerine ve etkinliğine ilişkin referansları da içermelidir. Ayrıca tavsiye, avukatların ve adli veya diğer yetkili makamların arabuluculuk sürecini anlamalarının ve bunu kullanmak isteyebilecek taraflara doğru bilgi verebilmelerinin sağlanmasının özellikle önemli olduğunu vurgulamaktadır¹²⁴.

1.2.2.8. Uluslararası Boyut

Uluslararası bir unsurun söz konusu olduğu durumlarda arabuluculuğu ele alır. Avrupa'da ulaşılan yüksek düzeydeki sosyal, yasal, politik ve ekonomik entegrasyon ışığında bu giderek daha sık görülmektedir. Bu sebeple üye devletlerin hükümetlerini, uluslararası bir unsurla arabuluculuğun kullanımını teşvik edecek mekanizmalar kurmaya teşvik etmektedir. Özellikle, devletlerin, uluslararası arabuluculuğun kullanımını kolaylaştırmak amacıyla, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk hizmetleri arasında işbirliğini teşvik etmelerini gerektirir¹²⁵.

1.3. Avrupa Komisyonu Tarafından Hazırlanan Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap¹²⁶

1.3.1. Genel Olarak

Avrupa Komisyonu tarafından ADR¹²⁷ (Alternative Dispute Resolution) ile ilgili mevcut sistemlerdeki tespitler, sorunlar ve önlemler hakkında bir çalışma gerçekleştirilerek Yeşil Kitap hazırlanmıştır. Yeşil Kitap hazırlanırken kamunun görüşüne başvurulmuştur ve böylelikle genel görüş ve tepkiler tespit edilmiştir.

Yeşil Kitap, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi tekniklerinin çeşitli kategorilerine değinmiştir. Bunlar yargısal alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi-mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, mahkeme dışı alternatif

¹²⁴ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 13.

¹²⁵ Council of Europe, Mediation in Civil Matters, s. 13.

¹²⁶ Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, Brussels, 2002, s. 5-36; Ayrıca bkz. Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap, Çev. Evrim Erişir-Ceren Tekin, MİHDER, 2008/I, s. 131-165.

¹²⁷ Alternatif çözüm yolları teknikleri müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların saptanması yöntemi, kısa duruşma yöntemi, arabuluculuk ve uzlaşma başta olmak üzere her ülke kendi sosyal gerçekliğine göre bu yöntemlerin birkaçını birleştirerek karma yöntemler veya bunların dışında başka alternatif çözüm yöntemleri oluşturabileceğine ilişkin bilgi için bkz. Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s. 160; Erkan Küçükgüngör, "Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2004, C. XXII S. 4, s. 55; Hakan Pekcanıtez, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", Hukuki Perspektif Dergisi, 2005/5, s. 15-16; Ejder Yılmaz, "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2005, s. 845.

uyuşmazlık çözüm yöntemleri ise üçüncü kişiler tarafından bağlayıcı karar alıp alamamasına göre ve üçüncü kişilerin tavsiye verip verememesine göre gruplandırmıştır. Bunlara örnek olarak banka veya sigorta şirketleri gibi belirli sektördeki müşterilerin ombudsmana başvurmaları ve bunlar tarafından bağlayıcı kararlar alınması, İskandinav ülkelerinde tavsiye veren fakat tarafların dikkate alıp almamakta serbest oldukları tüketici şikâyet kurullarına yer verilmiştir¹²⁸. Bununla birlikte uzman görüşleri, tüketicinin hizmetine sunulan şikâyet değerlendirme sistemleri, çevrimiçi arabuluculuk sistemlerinde tarafsız üçüncü kişi tarafından yürütölen bir süreç söz konusu olmadığından kapsam dışı tutulmuş, alternatif uyuşmazlık çözümü olarak değerlendirilmemiştir¹²⁹.

Adaletle erişim akımının etkisi, sınır ötesi uyuşmazlıkların sayısı artması ve küçük miktartlı talepleri konu alan uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine daha çok başvurulması sebebiyle alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin önemi giderek artmış ve bu sebeple alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine taraf iradesi ile başvurunun teşviki, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sürecinin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle etkisi, uzlaşma sözleşmenin icra edilebilirliği, sürecin gizliliği, sürecin sonunda imzalanan anlaşmaların geçerliliği, arabulucuların eğitimi, yeterliliği, sorumluluğu gibi kurallar Yeşil Kitap'ın kapsamına dahil edildi¹³⁰. Ayrıca arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden en ihtiyaca cevap verilebilir yöntem olarak tanıtıldı¹³¹. Danışma sürecinin ve Yeşil Kitap'ın yayılmasının bir sonucu olarak, Ekim 2004'te Avrupa Komisyonu, "medeni hukuk ve ticaret hukuku konularında arabuluculuğun belirli yönlerine" ilişkin bir direktif için

¹²⁸ Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 7, dpn. 6-7.

¹²⁹ Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 6, dpn. 1.

¹³⁰ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 265; Mustafa Özbek, Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, TBBD, 2007/68, s. 266; Necla Öztürk-Güven Yazar, "AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları", Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, 2015, C. II, s. 1355; Philippe Billiet-Ewa Kurlanda, "An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters", The New EU Directive on Mediation First Insights, Antwerpen-Apeldoorn, 2008, s. 11; Ashley Feasley, "Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supranational Standard," Journal of Dispute Resolution, 2011, N. 2, s. 337.

¹³¹ Feasley, "Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supranational Standard", s. 337.

bir taslak öneri kabul etti. Taslak direktifte, arabuluculuğa ilişkin tüm konular yer almamaktadır, bunun yerine arabuluculuk ile adli yargılamalar arasında güçlü bir bağıntı oluşturmak için medeni usul ile ilgili kurallar oluşturmaya ve teşvik etmeye çalıştı¹³². Arabulucuların atanması veya akreditasyonu ile ilgili hususlar ise taslak dışında kalmıştır.

Avrupa Komisyonu daha fazla katılım için bir grup uzmanı arabuluculara yönelik öz denetim oluşturmak amacıyla arabuluculuk etik kuralları oluşturmaya davet etti¹³³. Etik kurallar, Avrupa Birliği çapında çok sayıda arabuluculuk kuruluşuyla işbirliği içinde tasarlandı ve arabuluculuğun kalitesini ve kullanıcıların arabuluculuğa olan inancını artırmak için gönüllü bir araç olarak ortaya çıktı¹³⁴. Arabuluculara yönelik etik kurallar Avrupa Komisyonu desteğiyle 2 Temmuz 2004'te Brüksel'de yapılan konferansla resmi olmayan kurallar düzenlenmiştir¹³⁵. Resmi olmasa da söz konusu kurallar birçok arabuluculuk uzmanı ve kuruluşları tarafından benimsenmiştir¹³⁶. Bu etik kurallar; arabuluculuğun yeterliliği ve atanması, arabuluculuğun bağımsızlığı ve tarafsızlığı, arabuluculuk antlaşması, sürecin adaleti ile ilgili, gizlilik, aydınlatılmış rıza gibi birçok kurallar içermektedir. Bu kuralların medeni ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarında başvuru alan her çeşit arabuluculuğa uygulanması amaçlanmıştır¹³⁷. Aile veya tüketici arabuluculuğu gibi özel alanlarda kendi özel bünyelerinde veya sundukları arabuluculuk hizmetlerinin türüne bağlı olarak daha ayrıntılı kurallar geliştirilebilir¹³⁸. Fakat komisyon tarafından aile hukukuna ilişkin bir düzenleme olmasa da zaten tüketicilerin koruma alanında 2001

¹³² Feasley, "Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supranational Standard", s. 337.

¹³³ Billiet-Kurlanda, "An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters", s. 12; Feasley, "Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supranational Standard", s. 337.

¹³⁴ Billiet-Kurlanda, "An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters", s. 12; Feasley, "Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supranational Standard", s. 337. Özbek, Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 317-320.

¹³⁵ European Code of Conduct For Mediation, s. 1-4.

¹³⁶ Steven Friel - Christian Toms - Brown Ridnick, "The European Mediation Directive - Legal And Political Support For Alternative Dispute Resolution in Europe", Bloomberg Law Reports, s.1.

¹³⁷ European Code of Conduct For Mediation, s. 1.

¹³⁸ European Code of Conduct For Mediation, s. 1.

yılında arabulucuların asgari kalite kriterleri bağlayıcı düzenlemeler bulunmaktadır.¹³⁹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm usulü esnek bir süreç olması yanında asgari kalite standartlarının da korunması gerekmektedir. Zira bu husus taraflar açısından güven verici olmakla birlikte tarafları bu yönteme başvurmayı teşvik eder. Asgari kalite standartları meslek etiği kuralları şeklinde ortaya çıkar. Bu kuralların gelişimi alternatif uyuşmazlık çözümünün kalite garantisidir. Bu konuda yapılan usul düzenlemeleri üçüncü kişilerin tarafsızlığını, bu süreçteki rolünün tespitini, çözüme varılması gereken sürenin tespiti gibi hususlara yer vererek ADR'nin iyileştirilmesine ve geliştirilmesine katkı sağlayacaktır¹⁴⁰.

Yeşil Kitapta, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu masraflarına da yer verilmiştir. Buna göre ADR'nin ücretsiz de olabileceği ya da masrafların kamu otoritelerince veya meslek organizasyonları tarafından karşılanabileceği gibi adli yardımdan da yararlanılabilir. Hatta bazı üye devletlerin alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri için vekalet ücretini de kapsayacak şekilde adli yardım sağlanmaktadır¹⁴¹. Bir alternatif uyuşmazlık çözüm usulünde kanunen öngörülmüş ya da taraflar hâkim aracılığıyla buna yönlendirilmiş ise adli yardımın bu usuldeki işlemleri de kapsamı gerektiği belirtilmiştir¹⁴².

1.3.2. Aile Hukuku Alanındaki Teşebbüsler

Sınır ötesi uyuşmazlıkların, yerel uyuşmazlıklara göre daha uzun sürmesi ve daha masraflı olmasının yanısıra fazla iş yükü bulunan yerel mahkemelerin işlevsel problemleri, kanunlar ihtilafı, yargı yetkisi gibi karmaşık problemleri, finans, dil gibi sorunları da bünyesinde barındırmaktadır¹⁴³. Bu sebeple adalet ulaşımın

¹³⁹ Billiet-Kurlanda, "An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters", s. 12.

¹⁴⁰ Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 28.

¹⁴¹ Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 9.

¹⁴² Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 9.

¹⁴³ Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 7.

geliştirilmesi bakımından alternatif uyuşmazlık çözümü adli yargılamaları tamamlar nitelikte görülmektedir¹⁴⁴.

Özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturmaya yönelik Amsterdam Antlaşması'nın hükümlerinin en iyi şekilde hayata geçirilmesine ilişkin eylem planında¹⁴⁵ (Vienna Eylem Planı) sınır ötesi aile uyuşmazlıklarına dair mahkeme dışı çözümler için bir model oluşturulması imkânı değerlendirilmiştir. Bu bağlamda arabuluculuk kurumunun incelenmesi gerektiğinden söz edilmiştir¹⁴⁶. Vienna Eylem Planı'nda arabuluculuk özellikle aile çatışmaları için öncelik olarak belirlenmiştir¹⁴⁷. Yeşil Kitaba göre, çocuk bakımı ve çocukla kişisel ilişki kurma, malvarlığının tasfiyesi veya nafakanın düzenlenmesi konularında sınır ötesi aile hukuku uyuşmazlıklarında ADR'nin kapsamındadır¹⁴⁸. Bu konular yanında aynı şekilde mahkeme kararlarının icrasında da ADR yöntemleri uygulanmalıdır¹⁴⁹. Buna ilişkin evlilik ve müşterek çocuklara karşı ebeveyn sorumlulukları konularında yargı yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin II. Brüksel Tüzüğü kabul edilmiştir¹⁵⁰. II. Brüksel Tüzüğü 28 Mayıs 1998 tarihli aile uyuşmazlıklarında yargı yetkisi ve kararların tanınması ve tenfizine ilişkin II. Brüksel Konvansiyonu'nu¹⁵¹ içermektedir. Daha sonra komisyon ebeveyn sorunluluğuna ilişkin yargı yetkisi ve

¹⁴⁴ Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 8.

¹⁴⁵ Action Plan of the Council and the Commission on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice; Official Journal of the European Communities, Information and Notices 19, 23.1.1999, s.2-15.

¹⁴⁶ Action Plan of the Council and the Commission on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice, s. 10; Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 20.

¹⁴⁷ Jacqueline Nolan-Haley, "Evolving Paths to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation, Proceedings of the Sixth Annual Conference on International Arbitration and Mediation", Martinus Nijhoff Publishers, 2012, s. 2; Friel-Toms-Ridnick, "The European Mediation Directive- Legal And Political Support For Alternative Dispute Resolution in Europe", s. 1.

¹⁴⁸ Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 21.

¹⁴⁹ Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 21.

¹⁵⁰ Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility for Children of Both Spouses; Official Journal of the European Communities, Legislation 160, 30.06.2000, s. 19-29.

¹⁵¹ Council Act of 28 May 1998 Drawing up, on Basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, the Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters Official Journal of the European Communities, Information and Notices 221, 16.07.1998, s.1-12.

kararların tanınması ve tenfizi hakkındaki tüzük önerisini kabul etmiştir¹⁵². Bu düzenleme ile amaçlanan ebeveyn sorumluluğuna dair tüm kararların ki bu kararlara ADR sonucunda anlaşılan ebeveyn sorumluluğuna dair hususlar da dahil olmak üzere bu kararların tanınması ve tenfize kadar genişletmektir¹⁵³. Buna göre sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak her devlet bünyesinde kurulacak merkezi otorite ile çocuk üzerindeki ebeveyn sorumluluğunun etkin şekilde kullanılması için işbirliği halinde çalışır ve buna yönelik olarak arabuluculuk veya benzeri yollarla ebeveyn sorumluluğunu taşıyanlar arasındaki dostane anlaşma yolunu da destekler¹⁵⁴.

Sonuç olarak gerek politik olarak gerek hukuki düzenlemeler yönünden sınır ötesi aile uyuşmazlıklarında başta velayet ya da kişisel ilişki olmak üzere aile mallarının dağıtımı ve nafaka hususunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri anahtar rol üstlenmektedir. Bunlarla ilgili konularda mahkeme öncesi, mahkeme sürecinde veya sonrasında ADR'ye başvurmak mümkündür. Fakat çok karmaşık konularda ADR'nin yarar sağlayıp sağlamayacağı tartışmalıdır¹⁵⁵.

1.4. Avrupa Konseyi 1639 Sayılı Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik Konusundaki Tavsiye Kararı¹⁵⁶

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Kadın, Sulh ve Güvenlik hakkındaki 1325 (2000), 1889 (2009) ve 2122 (2013) Sayılı Kararı ile birlikte arabuluculuğun toplumsal cinsiyetle ilişkisinin kurulması, toplumsal cinsiyetin temel arabuluculuk açısından iki temel boyutta tartışılmasını sağlamıştır. Bu çerçevede; kadınların arabuluculuk süreçlerine aktif katılımının artırılması ve bu sürecin sonunda ortaya çıkan kararların toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı olması gerektiği

¹⁵² Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matters of Parental Responsibility; Official Journal of the European Communities, Information and Notices 332E, 27.11.2001, s. 269-274.

¹⁵³ Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 21; Ayrıca bkz. Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matters of Parental Responsibility, s. 27 madde 17/2/e.

¹⁵⁴ Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 22.

¹⁵⁵ Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 21.

¹⁵⁶ Parliamentary of Assembly of the Council of Europe, Family Mediation and Equality of Sexes, 2003, s. 1-2.

vurgulanmıştır¹⁵⁷. 2003 yılında Avrupa Konseyi'nin 1639 sayılı Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik konusundaki Tavsiye Kararı'nda (özellikle madde 7.5 ve madde 8.2), taraflar arasında güç dengesinin gerekliliği ve bunu sağlamanın arabulucunun temel sorumluluğu olduğu açıkça belirtilmektedir.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyet Eşitliğine ilişkin 1639 sayılı Tavsiye Kararı Avrupa Konseyi üye devletleri ve gözlemci statüsündeki devletleri adı geçen tavsiye kararını uygulamaya teşvik eder. Aile hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculukta da cinsiyet eşitliğinin teminat altına alınması gerektiğini belirterek, bu nedenle güç dengesizliğinin bir sonucu olarak ortaya çıkan anlaşmaları arabulucuların kabul etmemesi ve yargıçların da onaylamaması gerektiğine işaret eder. Zira şahsi haklar, maliyet düşüklüğü, alternatif çözüm yöntemlerine yönelik eğilime feda edilmemelidir. Cinsiyet eşitsizliği ve güç dengesizliği nedeniyle tacize uğramak, kendi bakış açısını tam olarak ifade edememe (uyuşturucu, alkol bağımlılığı, akıl sağlığı sorunları gibi nedenlerle), duygusal veya ekonomik anlamda elverişsiz durumda olması (evde çocuklara bakması ve ev dışında çalışmaması gibi) gibi hususlarla bir tarafın dezavantajlı duruma düşürülmesi engellenmelidir¹⁵⁸. Bu kapsamda, arabulucular sürecin gizliliğine ve tarafların yasal tavsiye almaları koşuluna uygun olarak, taraflar açısından kabul edilebilir anlaşmalar veya düzenlemeler yapılmasına yardımcı olabilecekleri gibi uygun gördükleri anlaşmazlık çözümünün koşullarını belirleyen gizli bir arabuluculuk anlaşma belgesi bile hazırlayabilirler¹⁵⁹. Fakat bu anlaşmalar kabule zorlanamaz. Ayrıca taraflara arabuluculuk süreci boyunca güç dengesi sağlanacağı da garanti edilmeli ve arabulucular bu yönde özel olarak eğitilmelidir. Buna aykırı durumlarda ise arabulucunun sorumluluğuna gidilmelidir¹⁶⁰.

Avrupa Konseyi'nin 2003 tarihli Tavsiye Kararı'nda çekişme konusu çocuk olduğunda çocuğun hak sahibi olmasından kaynaklı, arabuluculuk sürecinde

¹⁵⁷ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi, 2017, s. 27.

¹⁵⁸ Bkz. Parliamentary of Assembly of the Council of Europe, Family Mediation and Equality of Sexes, s. 1.

¹⁵⁹ Lisa Parkinson-Maria Oliveira, 2nci Aile Arabuluculuğu Çalıştayını Uluslararası Uzman/Danışman Raporu, 2016, İstanbul, s. 5.

¹⁶⁰ Bkz. Parliamentary of Assembly of the Council of Europe, Family Mediation and Equality of Sexes, s. 2.

dinlenmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir¹⁶¹. Çocuğun üstün yararı için çocukların fikirlerini ifade etmelerine izin verilmelidir. Bu sebeple aile arabulucuları, çocukların arabuluculuğa dahil edilmesine ilişkin olarak özel kişisel yeteneklere, uzmanlık bilgi ve becerilerine sahip olmalıdır. Örneğin, İngiltere ve Galler'deki aile arabulucuları, Aile Arabuluculuk Konseyi (Family Mediation Council-FMC)¹⁶² tarafından tanınan zorunlu ilave eğitimler almalı ve eğitim ve uygulamada yapılan yeterlilik değerlendirmelerinde başarılı olmalıdır¹⁶³. Tecrübeli eğitimcilerden oluşan bir FMC çalışma grubu, çocukların dahil edildiği arabuluculuk süreci için ise daha fazla yeterlilik kriterleri oluşturmuştur¹⁶⁴.

1.5. Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu'nun (CEPEJ) Aile Arabuluculuğu ve Hukuki Konularda Arabuluculuğa İlişkin Tavsiye Kararına İlişkin Rehber İlkeler (2007/14)¹⁶⁵

1.5.1. Genel Olarak

Avrupa Konseyi'nin üçüncü zirvesinde (Varşova, Mayıs 2005), devlet başkanları bir araya gelerek adaletin adil ve hızlı bir şekilde temini ve uyuşmazlıkların çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesinin gerekli olduğuna ve bu doğrultuda gerekli hukuki araçlar ve hukuki işbirliği mekanizmaları kullanılmasına karar verdiler. Buna ilişkin amaçlardan biri adaletin etkinliği ve bununla ilgili olarak Avrupa Konseyi'nin uluslararası hukuk belgelerinin daha iyi uygulanmasını sağlamaktır. CEPEJ¹⁶⁶, bunun için öncelikleri arasında alternatif uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin Avrupa Konseyi belgelerinin ve standartlarının

¹⁶¹ Bkz. Parliamentary of Assembly of the Council of Europe, Family Mediation and Equality of Sexes, s. 2.

¹⁶² İngiltere ve Galler'de ulusal aile arabuluculuğu resmi kurumudur.

¹⁶³ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 241.

¹⁶⁴ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 241.

¹⁶⁵ European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters, Strasbourg, 2007, s. 1-7.

¹⁶⁶ Yargı sisteminin etkinliğinin artırılması amacıyla Avrupa standartlarının üye ülkelere yerleştirilmesi için Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 2002 yılında, Adaletin Etkinliğine İlişkin Avrupa Komisyonunu (the European Commission for the Efficiency of Justice, CEPEJ) kurmuştur. Bu Komisyon, yargının sorunları hakkında yararlı ve etkili çözümler üretmek için çalışmaktadır. Komisyon, Avrupa Konseyine üye olan 46 ülkenin uzmanlarından oluşmaktadır. Komisyonun amaçları, her ülkede hakların etkin bir şekilde elde edilebilmesi düşüncesiyle, üye ülkelerin yargı sistemlerinin etkinliğini ve işlevselliğini düzeltmek, bunu sonucunda vatandaşların adalet sistemine güvenini artırmak ve Avrupa Konseyinin adalet hizmetlerinin etkinliği ile ilgili uluslararası hukuk belgelerinin daha iyi uygulanmasını sağlamaktır.

etkili bir şekilde uygulanmasını kolaylaştırmaya yönelik olarak Aile arabuluculuğuna ilişkin R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı, Medeni hukuk konularında arabuluculuk hakkındaki R (2002) 10 sayılı Tavsiye Kararı, Ceza hukukunda arabuluculuğa ilişkin R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararı, İdari makamlar ve özel şahıslar arasındaki davaya alternatifler hakkındaki R (2001) 9 sayılı Tavsiye Kararı ve bunların etkili bir şekilde uygulanmasını kolaylaştırmak için özel önlemler almaya ilişkin tavsiyelerde bulunarak arabuluculuk ilkelerinin uygulanmasını etkin hale getirmek ve daha da iyileştirmek hedeflenmiştir. Fakat arabuluculuk konusunda bilinç eksikliği, taraflar için yüksek nispi arabuluculuk maliyetleri ve mali dengesizlikler, arabulucuların eğitimi ve niteliklerindeki eşitsizlikler, gizlilik kapsamı ve garantilerindeki eşitsizliklerden dolayı medeni hukuk ve aile arabuluculuğunun ilerleme biçiminde üye devletler arasında önemli farklılıklar ve eksiklikler tespit edilmiştir. Bu engellerin ışığında medeni hukuk davalarında uygulanan arabuluculuğa ve aile arabuluculuğuna ilişkin tavsiyeleri uygulamada üye devletlere yardımcı olmak için aşağıdaki bağlayıcı olmayan yönergeleri hazırlamıştır. Söz konusu kılavuz hazırlanırken Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu, Avrupa Birliği ve arabuluculuk alanındaki diğer kurumların çalışmaları da dikkate alınmıştır. Hazırlanan rehber ilkeler “Mevcudiyet – Erişilebilirlik – Farkındalık” temelleri üzerine kurulmuştur.

1.5.2. Mevcudiyet-Erişilebilirlik-Farkındalık İlkeleri

1.5.2.1. Mevcudiyet İlkesi

Bu ilke kapsamında etkin çalışacak bir arabuluculuk mekanizmasının kurulmasını ve yaygınlaştırılmasını teşvik etmek için gerekli önlemleri almaya yönelik düzenlemeler mevcuttur.

Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) tarafından hazırlanan bu tavsiyede, mevcudiyet ilkesi bağlamında hakimlerin rolüne yer verilmiştir. Hâkimlerin, arabuluculuğun geliştirilmesinde önemli bir rolü vardır. Hakimlerin bu konudaki rolü, arabuluculuk hakkında bilgi verebilmek, bilgilendirme toplantıları düzenleyebilmek ve uygun olduğu hallerde tarafları arabuluculuğa teşvik edebilmek

ve / veya davayı arabuluculuğa sevk edebilmektir. Bu doğrultuda ya mahkemeye katılımlı arabuluculuk programları oluşturarak ya da tarafları arabuluculuk listelerine yönlendirerek arabuluculuk hizmetlerinin mevcut olması sağlanabilir¹⁶⁷.

Aile arabuluculuğu düzenlemelerinde çocuğun üstün yararı kriteri özellikle önem arz etmektedir. Söz konusu tavsiyede de bu hususa dikkat çekilmiş ve çocuğun yüksek yararına ilişkin kriterlerin her ulusal mevzuata göre değişiklik göstermemesi gerektiği; çocuğun yaşı, zihinsel olgunluğu, ebeveynlerin rolü, anlaşmazlığın doğası dikkate alınarak ortak kriterler oluşturulması gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁸. Ayrıca aile hukuku uyuşmazlıkları arabulucularının, bir ebeveyn ayrılığı veya boşanma sırasında ya da böyle bir sürecin ardından çocukların gereksinimleri ve üstün menfaatleri ile ilgili olarak koruma konularında özel bilgi ve beceriye sahip olmaları gerekir¹⁶⁹. Bu sebeple bu yönde özel uzmanlık eğitimi almaları gerekmektedir.¹⁷⁰

Sınır ötesi arabuluculuk konusunda ise özellikle aile arabuluculuğuna ilişkin Avrupa Konseyi R (98) 1 Tavsiye Kararı'ndan sonra çok az üye devlet tarafından girişimde bulunulduğu tespit edilmiştir. Sınır ötesi arabuluculukta video ve telefon konferansları gibi yüz yüze toplantılar, çevrimiçi anlaşmazlık çözüm yöntemlerinin yerine yeni teknolojik kullanımların teşvik edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁷¹.

1.5.2.2. Erişilebilirlik İlkesi

Arbuluculuk maliyeti, herkes için adalete erişim etkinliğinin sağlanması amacıyla makul ve uyuşmazlık konusu ile orantılı bir miktarda olmalıdır. Mali imkanlar nedeniyle arabuluculuğa başvurması mümkün olmayan taraflar için devlet tarafından adli yardım sağlamalıdır¹⁷². Zira kanun önünde eşitlik ve adalete erişim hakkı bunu gerektirmektedir.

¹⁶⁷ Bkz. European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters, s. 2.

¹⁶⁸ Bkz. European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters, s. 4

¹⁶⁹ Parkinson-Oliveira, 2nci Aile Arabuluculuğu Çalıştayı Uluslararası Uzman/Danışman Raporu, s. 4.

¹⁷⁰ Bkz. European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters, s. 3.

¹⁷¹ Bkz. European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters, s. 4.

¹⁷² Bkz. European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters, s. 5.

Erişilebilirlik ilkesi bağlamında zamanaşımı hususuna da değinilmiş ve zamanaşımı nedeniyle tarafların haklarını elde etmesine engel olma endişesinin önlenmesi istenmiştir. Tavsiyeye göre zamanaşımı sürelerinin dolması riskinden dolayı tarafların arabuluculuktan yararlanmaları engellenmemelidir. Mahkeme önüne gelen davayı arabuluculuğa sevk ederken zamanaşımının durdurulmasına yönelik düzenlemeler yapılması tavsiye edilir¹⁷³.

1.5.2.3. Farkındalık İlkesi

Arbuluculuk konusunda farkındalığı arttırmak ve teşvik için halkın da bilinçlendirilmesi gerekmektedir. CEPEJ’ in söz konusu tavsiyesine göre medyada yer alan makaleler, broşürler, kitapçıklar, internet, posterler, arabuluculuk telefon yardım hattı, bilgi ve danışma merkezleri, “arbuluculuk haftaları” gibi odaklanmış bilinçlendirme programları, seminerler ve konferanslar, arabuluculuk hizmeti sağlayan mahkeme ya da kurumlar tarafından halka açık günler düzenlenmesi aracılığıyla arabuluculukla ilgili bilgilerin yayılması sağlanmalıdır. Özellikle internet üzerinden arabuluculuk hizmeti sağlayan arabulucular ve kuruluşlarla nasıl iletişim kurulacağı konusunda bilgi verilmelidir¹⁷⁴. Ayrıca bu alanda bilimsel araştırmalar teşvik edilmeli ve okulların müfredatına dahil edilmelidir. Arabuluculuğu daha cazip hale getirmek amacıyla anlaşmazlığın mahkemeye gitmeden önce veya mahkeme işlemleri sırasında çözmek için arabuluculuğun kullanılması halinde belirli davalarda mahkeme ücretini azaltılması, kaldırılması veya geri ödenmesi düşünülmelidir¹⁷⁵.

1.6. Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (2008/52/EC)¹⁷⁶

Yeşil Kitap’tan sonra Ekim 2004’te, Avrupa Komisyonu medeni ve ticari konularda arabuluculuğun belirli yönlerine ilişkin bir direktif taslağı kabul etti. Direktif taslağı, arabuluculuk ile adli yargılamalar arasında güçlü bir ilişki oluşturmak

¹⁷³ Bkz. European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters, s. 5.

¹⁷⁴ Bkz. European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters, s. 5.

¹⁷⁵ Bkz. European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters, s.6.

¹⁷⁶ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters; Official Journal of the European Communities, Legislation L36, 24.5.2008, s. 3-8.

için hukuk usulüne ilişkin kurallar oluşturmaya ve teşvik etmeye çalıştı. Fakat arabulucuların atanması veya akreditasyonuna ilişkin hususlar direktif taslağı hükümlerinin dışında bırakıldı. Bütün bu aşamalardan sonra Avrupa Parlamentosu tüm üye devletleri bağlayacak bir direktifi kabul etti. Direktif sadece medeni ve ticari konuları içeren sınır ötesi uyuşmazlıklara ilişkin gönüllü arabuluculukta geçerli olmasına rağmen amaçları bakımından geniş kapsamlıdır¹⁷⁷. Direktifin amaçları; arabuluculuk bilincini artırmak, arabuluculuğun daha fazla kullanımını teşvik etmek, Avrupa Birliği'nde arabuluculuk için güvenilir ve öngörülebilir bir yasal çerçeve sağlamak ve yargısal prosedür ile arabuluculuk arasında sağlam bir ilişki kurmaktır¹⁷⁸.

Sınır ötesi uyuşmazlıklarda adli yargılamadan ziyade alternatif uyuşmazlık çözüm yolları daha tercih edilebilecek yöntemdir. Zira uyuşmazlıklara daha uygulanabilir ve çözüm odaklı yaklaşımlar sunar. Ayrıca, arabuluculuk kapsayıcıdır ve uluslararası anlaşmazlıkları çözerken problem çözmede kültürler arası bir yaklaşıma sahiptir¹⁷⁹. Arabuluculukta yargı yetkisi gibi yasal kavramlar bulunmayan esnek bir süreç olması, yargı sürecinde yer almaması istenilen hukuk dışı konuların yer alabilmesi, yargılama süreci gibi yavaş ve maliyetli olmaması sınır ötesi uyuşmazlıklarda bu kuruma başvurulması daha uygun olacaktır¹⁸⁰. Sınır ötesi uyuşmazlıklarda arabuluculuktan elde edilecek yararlar açık olmakla birlikte uluslararası düzeyde arabuluculuğun teşvik edilmesi ve uygulanması için kurumsal kapasitede uzun zamandır bir eksiklik bulunmaktadır¹⁸¹. Amerikan Tahkim Derneği ve Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü (IMI), uluslararası arabuluculuk

¹⁷⁷ Feasley, "Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supranational Standard", s. 333.

¹⁷⁸ Billiet-Kurlanda, "An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters", s. 13; Feasley, "Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supranational Standard", s.333. Ayrıca bkz. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, s. 6.

¹⁷⁹ Feasley, "Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supranational Standard", s. 334; Nadja Alexander, "Mediation and the Art of Regulation," Queensland University of Technology Law and Justice Journal, 2008, Vol. VIII, N. 1, s. 18-20.

¹⁸⁰ Anna Spain, "Integration Matters: Rethinking the Architecture of International Dispute Resolution," University of Pennsylvania Journal of International Law, 2010, Vol. XXXII, N. 1, s. 24.

¹⁸¹ Feasley, "Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supranational Standard", s. 335.

uygulamalarında protokoller geliştirmiştir. Yine de uluslararası topluluk tarafından genel olarak kabul edilen veya uluslararası hukuk tarafından tanınan standartları belirlemek veya uluslararası arabulucuları nitelendirmek için hala bir yer yoktur¹⁸². Fakat Avrupa Parlamentosu söz konusu direktifle üye devletler arasında sınır ötesi uyuşmazlıklar için arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Arabuluculuk Direktifi, AB hukuku kapsamında iş ve aile meselelerini de içeren medeni ve ticari davalar için geçerlidir. Fakat direktife göre devletlerin yürürlükteki yasalarına göre tarafların kendi hak ve yükümlölükleri üzerinde tasarruf edemeyeceği konularda aile hukuku uyuşmazlıklarının büyük bir kısmı gibi bu direktif hükümleri uygulanmayacaktır¹⁸³. Fakat buna rağmen yine de söz konusu direktif aile hukuku sınır ötesi uyuşmazlıklarında arabuluculuk için bir model olarak görölmektedir¹⁸⁴. Sınır ötesi uyuşmazlıklar dışında aile hukuku uyuşmazlıklarında direktifin diğer hükümleri geçerli olacaktır. Fakat Avrupa Parlamentosu'nun Ocak 2011 tarihli raporunda¹⁸⁵ aile uyuşmazlıklarında ADR'nin uygulamasının kritik rolü olduğu vurgulanmıştır. Özellikle ADR'nin esnek bir yöntem olmasının sınır ötesi uyuşmazlıklar için daha uygun bir süreç olduğu belirtilerek Avrupa Parlamentosu'nun Uluslararası Ebeveyn Çocuk Kaçırma Arabuluculuğu çalışmalarına işaret etmiştir.

Son olarak Avrupa Parlamentosu Eylül 2017'de söz konusu direktifin uygulanmasına yönelik raporda¹⁸⁶ tüm üye devletlerde mahkemelerin tarafları arabuluculuğu kullanmaya davet etme veya en azından arabuluculukla ilgili bilgilendirme oturumlarına katılma imkânı sağladığı tespit edilmekle beraber; bu imkân hâkimin inisiyatifiyle veya aile meseleleri gibi kanunla öngörölen belirli anlaşmazlıklarda bilgilendirme toplantılarına katılım zorunlu kılınmıştır. Ayrıca avukatlardan müvekkillerini arabuluculuğa başvurma olasılığından haberdar etmeleri

¹⁸² Feasley, "Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supranational Standard", s. 335.

¹⁸³ Bkz. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, s. 4.

¹⁸⁴ Bkz. 7th European Conference on Family Law "International Family Mediation".

¹⁸⁵ Alternative Dispute Resolution in Civil, Commercial and Family Matters European Parliament Resolution of 25 October 2011 on Alternative Dispute Resolution in Civil, Commercial and Family matters (2011/2117(INI)); Official Journal of the European Communities, Information and Notices 131E, 8.5.2013, s. 1-8.

¹⁸⁶ European Parliament Resolution of 12 September 2017 on the Implementation of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters; Official Journal of the European Communities, Information and Notices 337, 20.09.2018, s. 2-5.

istenilmiş ve mahkemeye yapılan başvuruların arabuluculuğa teşebbüs edilip edilmediği yahut böyle bir teşebbüsün önüne geçebilecek herhangi bir neden olup olmadığı teyit edilmiştir. Arabuluculuğun, aile hukuku alanında (özellikle çocuk velayeti, erişim hakları ve çocuk kaçırma davalarına ilişkin davalarda) meydana gelebilecek tartışmalar için yapıcı bir atmosfer yaratabileceği ve ebeveynler arasında adil bir ilişki sağlayabileceği ve sonuç olarak dostane çözümlerin muhtemelen uzun ömürlü olacağı ve çocuğun birincil ikametgahına, ziyaret düzenlemelerine veya çocuğun bakımıyla ilgili anlaşmalar için de bu yöntem çocuğun yüksek yararına olacağı belirtilir. Bu bağlamda, Avrupa Yargı Ağı'nın, özellikle çocuk kaçırma davalarında, sınır ötesi bir bağlamda aile arabuluculuğunun kullanımını artırmayı amaçlayan tavsiyelerin hazırlanmasında medeni ve ticari konularda oynadığı önemli rolü vurgular. Avrupa e-Adalet Portalı'nda aile meselelerinde sınır ötesi arabuluculuğa ayrılmış ve ulusal arabuluculuk sistemleri hakkında bilgi sağlayan ayrı bir bölümün geliştirilmesi ve sürdürülmesinin önemini vurgular. Komisyon tavsiyesine göre arabuluculuğun kapsamının mümkün olduğunca diğer medeni veya idari meseleleri de etkili bir şekilde genişletmek için çözümler bulmaya çağırır; ancak, aile hukuku gibi belirli sosyal meselelerde arabuluculuğun sonuçlarına özel dikkat gösterilmesi gerektiğini vurgular. Bu bağlamda daha zayıf tarafların risklerini azaltmak ve daha güçlü taraflarca olası herhangi bir süreç veya konum kötüye kullanımından korumak için arabuluculuk süreçlerinde uygun önlemleri almalarını ve bunlarla ilgili kapsamlı istatistiksel bilgiler sağlamalarını tavsiye eder ve özellikle dezavantajlı grupların çıkarlarını korumak için maliyetler açısından adil kriterler gözetilmesi gerekliliğinin altını çizer. Ayrıca, taraflar için aşırı derecede katı standartlar getirilirse arabuluculuğun çekiciliğini kaybedebileceğini belirtmektedir.

1.7. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi

Çocuğun korunması ve refahı bu sözleşmelerin esas konusudur. Fakat Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 13. maddesine göre anlaşmazlıkların önüne geçmek veya çözmek, adli bir merci önünde çocukları ilgilendiren davaları önlemek için taraflar, arabuluculuk ve anlaşmazlıkların çözümüne yönelik diğer tüm yöntemlerin uygulanmasını ve taraflarca belirlenen uygun durumlarda bu yöntemlerin bir anlaşmaya varmakta kullanılmasını teşvik

edeceklerini düzenlemektedir. Bununla arabuluculukta çocuğun korunmasına ve refahına özel önem vererek aile arabulucularına bu konuda sorumluluk yüklemektedir. Bu arabulucular, arabuluculuk sürecinde ebeveynleri ve ebeveynlik sorumluluğuna sahip olan diğer kişileri, çocuğun ihtiyaçlarını ve görüşlerini dikkate almaya ve çocuklarla ilgili düzenlemeler yapılırken bu ihtiyaçları ve görüşleri hesaba katmaya teşvik etmekte sorumludurlar¹⁸⁷. Bu sebeple aile arabulucuları ulusal standartları ve gereklilikler çerçevesinde ek bir eğitim görmek ve arabuluculuk mesleğinin bu özel ve hassas alanında değerlendirilmek ve akredite edilmek zorundadırlar.

Ayrıca bu süreçte çocuğu görüşünü almak da önem arz etmektedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi, çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkının, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Kendi görüşlerini oluşturabilme yeteneğine sahip çocuklar, kendilerini ilgilendiren adli veya idari kovuşturmada kendi görüşlerini ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla ifade etme imkanına sahip olmalıdır. Sözleşmenin 3. maddesinde çocukları ilgilendiren tüm eylemlerde çocuğun yüksek yararı birincil husustur. Bu sebeple arabuluculuk sürecinde de çocuğun yüksek yararı esas alınır¹⁸⁸. Bu süreçte çocuğun da görüşü alınır ve süreç sonunda yapılacak anlaşmalar çocuğun üstün yararına da uygun olmalıdır. Bu durumda çocuğun üstün yararının neyi ifade ettiği de tam olarak belirlenememekle birlikte her olayın özelliğine göre tekrar ele alınmalıdır. Sözleşmeye göre genel olarak çocuğun yüksek yararı kavramı, çocuğun bütünsel fiziksel, psikolojik, ahlaki ve ruhsal bütünlüğünü güvence altına almak ve onu teşvik etmek için tüm aktörleri dahil ederek hak temelli bir yaklaşımın geliştirilmesini gerektirir¹⁸⁹. Arabuluculuk teorileri perspektifinden bakıldığında, kimin çocuğun yüksek yararını yerine getirme yükümlülüğüne sahip

¹⁸⁷ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. VI.

¹⁸⁸ United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12 (2009): The Right of the Child to Be Heard, 12.2.2009, s.15, parag. 51; United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013) on the Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration (article 3, para. 1), 29.5.2013, s. 8, parag. 27.

¹⁸⁹ United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013) on the Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration (article 3, para. 1), s. 4, parag. 5.

olduğu sorulabilir; çünkü arabuluculukta tarafların kendi kaderini tayini etmesi merkezi bir unsur olması sebebiyle arabulucunun karar verme yetkisine sahip olmaması gerektiği düşünülebilir¹⁹⁰. Kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculukta bu soruya biraz farklı yaklaşımlar bulunmaktadır¹⁹¹. Çocuk hukuku perspektifinin aile arabuluculuğuna dahil edilmesiyle çocuğun yüksek yararını esas alma, çocuğa yasal katılım hakkı tanıma ve “çocuğu bilgilendirici (child-informative)”, “çocuk odaklı (child-focused)”, “çocuk dahil (child inclusive)” arabuluculuk¹⁹² uygulamalarının geliştirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır¹⁹³. Bütün bunlar ışığında arabuluculuğa giden ebeveynlerin çocuğun velayetine ilişkin husularda çocuğun da rızasının alınması gerektiği ortaya çıkabilmektedir¹⁹⁴.

1.8. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine İlişkin Lahey Sözleşmesi¹⁹⁵

Söz konusu sözleşmenin 7/c maddesine göre, sorunların alternatif uyuşmazlık yoluyla çözümü için devletler işbirliği içinde olacak ve bunun için gerekli önlemler alınacaktır. Sözleşmenin esas amacı da aslında hukuka aykırı bir şekilde mutad meskeninden alınan, uzaklaştırılan veya alıkonulan çocuğun mutad meskeni ülkesine

¹⁹⁰ Kirsikka Salminen, “Mediation and the Best Interests of the Child from the Child Law Perspective”, Nordic Mediation Research, 2018, s. 214.

¹⁹¹ Kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk ileri bölümlerde anlatılacak ve bu husus açıklanacaktır.

¹⁹² Çocuk odaklı arabuluculuk, çocukların herhangi bir doğrudan katılımı olmadan ebeveynleri çocuklarının ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmalarını teşvik eden arabuluculuktur. Çocuk dahil arabuluculuk ise ailedeki her çocukla ayrı ayrı yapılan görüşmeler neticesinde ebeveynlerle ilgili endişelerinin öğrenildiği ve çocukların kendileri ile ilgili konularda fikirlerinin açıklama fırsatı sunulduğu bir arabuluculuk sürecidir. Örneğin; Avustralya uyuşmazlık çözümü uygulamalarında, tarafsızlıkla oluşturulan müzakere modellerinden uzaklaşarak, uyuşmazlıktan etkilenen çocukların çoğu zaman konuşulmayan gelişim sürecini aktif olarak kolaylaştırmaya çalışan modellere doğru köklü bir değişim meydana geldi. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi tarafından yapılan düzenleme ve ayrılık sonrası ortaya çıkan ihtilaflar neticesinde çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerine dair kanıtların git gide artması nedeniyle yasal çözüm arayışlarına girilmesinin yanı sıra, ayrılan ailelerin psikolojik uyumunu teşvik etmek etik bir görev haline geldi. Özellikle “çocuk dahil” boşanma arabuluculuğu, Birleşmiş Milletler ilkelerinin çocukların kendileriyle ilgili aile hukuku muamelelerinde dileklerini sunmalarını sağlamaya yönelik stratejik bir uygulaması olarak gelişti.

¹⁹³ Jennifer McIntosh, “Child-inclusive divorce mediation: Report on a qualitative research study,” Mediation Quarterly, 2000, Vol. XVIII, N.1, s. 55 v.d.; Jennifer E. McIntosh et al., “Child-focused and child-inclusive divorce mediation: comparative outcomes from a prospective study of postseparation adjustment,” Family Court Review, 2008, Vol.46, N.1, s. 105 v.d.; Roberts, Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice, s. 206; Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 194 v.d.

¹⁹⁴ Günseli Öztekin Gelgel, “25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, 2017, C. XXXVII, S. 2., s. 634.

¹⁹⁵ 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi Türkiye tarafından 21 Ocak 1998 tarihinde imzalanmış ve 3 Kasım 1999 tarihinde 4461 sayılı Kanun’la uygun bulunmuştur. 15 Şubat 2000 tarihli ve 23965 sayılı Resmî Gazete’ de de yayımlanmıştır.

geri dönmesi ve ziyaret hakkı gibi meselelerin ivedilikle ve çocuğun yüksek yararı gözetilerek uyuşmazlığın en hızlı ve çocuğa verilecek en az zararlarla çözülmesini sağlamaktır¹⁹⁶. Sözleşme nitelik olarak bir adli yardım sözleşmesi olarak kabul edilmesi nedeniyle uluslararası işbirliğinin ve çocuğun mutad meskene iadesinin hızlı bir şekilde sağlanmasının gerekliliği nedeniyle arabuluculuk yöntemi hem sözleşmenin amacına hem de çocuğun yüksek yararına uygun görülmüştür¹⁹⁷. Buna yönelik olarak da sözleşmeye göre devletler tarafından görevlendirilen merkezi makamlar ve diğer yetkili makamların nezdinde girişimde bulunarak sorunun dostane bir şekilde çözümlenmesi için gerekli önlemleri alacaklardır. Bu düzenlemenin devamı olarak Lahey Konferansı tarafından İyi Uygulama Rehberi hazırlanmıştır. Bu rehberde aile ve özellikle çocuklar ilgili konularda arabuluculuk yöntemi ilk izlenecek usul olarak tavsiye edilmiştir. 1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi yanında Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme birbirini tamamlayan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde de amaç çocukla anne, baba ve çocukla aile bağları olan diğer kişilerin kişisel ilişki kurulmasının yanında çocuğun şahısvarlığı ve malvarlığının korunması konusunda aile arabuluculuğuna veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemini teşvik etmektir.

2. ÜLKEMİZDEKİ GELİŞMELER

2.1. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu “Boşanma İşlerinde Sulh Teşebbüsü” Kurumu

Mülga HUMK 494 ve 499. maddeleri arasında tipik bir dava dışı uyuşmazlık yolu¹⁹⁸ olarak düzenlenen boşanma işlerinde sulh teşebbüsü 1963 yılında yürürlükten kaldırılmıştır¹⁹⁹. Söz konusu düzenlemeye göre evlilik birliğinin korunması için dava

¹⁹⁶ Öztekin Gelgel, “25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması”, s. 612.

¹⁹⁷ Öztekin Gelgel, “25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması”, s. 616; Şebnem Nebioğlu Öner, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İhtihat Analizi”, TBB Dergisi, 2014, C. XXVII, S. 115, s. 486.

¹⁹⁸ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 843.

¹⁹⁹ Bu kurumun yeterli fayda sağlamadığı gerekçesiyle ilgasının yerinde olmadığı bu sebeple yeniden düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. Şakir Berki, “Boşanma ve Ayrılık”, AÜHFD, 1975, S. 1, s. 147, dpn. 21; Akil Önder, “Sulh Teşebbüsü ve İhbar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk

açılmadan önce tarafların sulh hakiminin huzuruna gitmesi zorunluydu. Düzenlenen sulhe teşebbüs, bir yargısal arabuluculuk yolu olup hâkime arabuluculuk görevi vermektedir²⁰⁰. Bundan hareketle boşanma ve ayrılık davasında zorunlu arabuluculuk uygulamasının varlığından söz edilebilir²⁰¹. HUMK’a göre sulh teşebbüsünün yapılmadığı iddiası ilk itiraz olarak düzenlenmiştir (HUMK m. 187/6). Ayrıca davanın taraflarından birinin yabancı ülkede ikamet etmesi, bir tarafın ikametgahı bilinmemesi, taraflar sulh teşebbüsüne katılamayacak durumda olması veya müzakerenin faydasız olacağı önceden kesin olarak belli olması hallerinden biri olması halinde sulh teşebbüsü zorunlu değildir (HUMK m. 496). Hâkim evrak üzerinde yapacağı inceleme sonucunda sulh teşebbüsünün faydalı olup olmayacağını kendisi takdir eder eğer faydasız olacağı kanaatine varırsa sulh teşebbüsünden istisna kılar ve böylece yargılamanın uzaması önlenmiş olur²⁰².

Sulh teşebbüsünde de alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ve boşanma uyuşmazlıklarının niteliği de dikkate alınarak süreç gizli tutulmuştur. Müzakerede ileri sürülen beyanlar için tutanak tutulamaz ve dava aşamasında ileri sürülemez (HUMK m. 497). Sulh teşebbüsünün başarısız olması halinde üç ay içinde dava açılması gerekmektedir (HUMK m. 494). Bu süre içinde başvurulmazsa tarafların barıştığı karine olarak kabul edilir²⁰³

Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Medeni Kanun’da Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır?”, AD., 1942, S. 8, s. 1036 vd.; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 843. Sulh teşebbüsünün kaldırılması veya davaya bakan hâkim tarafından sulh teşebbüsünün yapılması gerektiği yönünde görüş için bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Evlenme ve Boşanma Hukukumuzda Medeni ve Cezai Bakımından ne gibi Tadilata İhtiyaç Vardır? AD., 1944, S. 1, s. 97; Zahid Çandarlı- Osman Fazıl Berki, Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma – Ayrılık ve Buna Mütedair Yargıtay Kararları, Ankara, 1949, s. 20; Serkan Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 128.

²⁰⁰ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 843.

²⁰¹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 842; İbrahim Ercan, “Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 84. Bunun bir dava şartı olduğuna ilişkin bkz. Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s.128. İlk itiraz oluşuna ilişkin görüş ve yüksek mahkeme görüşü için bkz. İsmail Doğanay, “Boşanma ve Ayrılık Davası Açabilmek için Mutlaka Sulh Teşebbüsünde Bulunmuş Olmak Şart mıdır?”, AD, 1946, S. 10, s. 1101; Önder, “Sulh Teşebbüsü ve İhbar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İle Medeni Kanun’da Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır?”, s. 1039; Ercan, “Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi”, s. 84.

²⁰² Önder, “Sulh Teşebbüsü ve İhbar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu le Medeni Kanun’da Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır?”, s. 1040.

²⁰³ Çandarlı – Berki, Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma – Ayrılık ve Buna Mütedair Yargıtay Kararları, s. 21.

Sulh teşebbüsüne ilişkin düzenlemenin ilga nedenlerinden biri taraflara fayda yerine külfet haline geldiği belirtilmiştir²⁰⁴. Oysa o dönemde yapılan araştırmalara bakıldığında sulh teşebbüsünün sonuçsuz kalmadığı aksine çoğunlukla olumlu sonuçlandığı tespit edilmiştir²⁰⁵. Sulh teşebbüsünün işlevsiz hale getirilmesinin nedeni hâkim tarafından taraflara sadece barışıp barışmayacaklarının sorulmasıyla yetinilen formaliteye dönen bir yargılama kesiti olarak bakılmasıdır. Oysa sulh teşebbüsünde bulunacak hâkimin hukuki bilgisi yanında psikolojik bilgisinin de bulunması ve sonuçtan ziyade uyuşmazlığın esasına girdikten sonra gerçek sorunlara odaklanarak öncelikle davranışsal çözümler üreteceği müzakere süreci yürütmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁰⁶.

2.2. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu²⁰⁷

Evliliğin devamı sırasında meydana gelen uyuşmazlıklar için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması esasen Türk Hukuku'na yabancı bir husus değildir. TMK'nın 195. maddesine göre evlilik birliğinden doğan sorumlulukların yerine getirilmemesi veya önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. Hâkim eşleri sorumlulukları konusunda uyarır ve uzlaştırmaya çalışır ya da eşlerin ortak rızasıyla uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Doktrinde ileri süren görüşe göre TMK'nın bu maddesi ile 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu'nun 6/I/a ve 7. maddesi birbirini tamamlamaktadır²⁰⁸. Bu düzenlemelere göre hâkim bir nevi aile arabulucusu görevindedir²⁰⁹ ve dolayısıyla

²⁰⁴ Ayrıca ilga nedenlerden bir diğeri de adaletin geç tevziine sebep olmasıdır. Fakat HUMK m. 496'dan hareketle hâkimin her boşanma davasında sulhe teşebbüsünde bulunmayacağı barışma ihtimali olan bulunan davalarda sulh teşebbüsünde bulunacağını bu sebeple teşebbüsün davaları uzatıp zaman kaybına yol açmadığına ilişkin bilgi için bkz. Önder, "Sulh Teşebbüsü ve İhbar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Medeni Kanun'da Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır?", s. 1039.

²⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Önder, "Sulh Teşebbüsü ve İhbar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Medeni Kanun'da Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır?", s. 1036.

²⁰⁶ Önder, "Sulh Teşebbüsü ve İhbar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Medeni Kanun'da Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır?", s. 1036-1037.

²⁰⁷ RG. 08.12.2001, S. 24607.

²⁰⁸ Süha Tanrıver, "Türk Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi", Makalelerim III, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 200; Demircioğlu, "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği", s. 69.

²⁰⁹ Süha Tanrıver, "Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, s. 952; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm

hâkim zorunlu olarak arabulucu olarak hareket eder²¹⁰. Bu görüşe dayanarak burada bir çeşit yargısal arabuluculuk faaliyetinin söz konusu olduğu söylenebilir²¹¹. Fakat katıldığımız görüşe göre hâkim burada arabuluculuk görevi yapmamalıdır. Zira hâkimin tarafsızlık sıfatı arabuluculuk faaliyeti yapmamasını gerektirir. Ayrıca hâkime mahkeme nezdinde görevli uzmanları da arabulucu sıfatıyla görevlendirme imkânı verilmektedir²¹².

TMK'nın 166. maddesinin üçüncü fıkrasına göre tarafların anlaşmalı boşanmayı istemesi ve bunun sonucunda boşanmanın fer'î sonuçlarına ilişkin anlaşma yapmaları durumunda anlaşmanın geçerliliği hâkim tarafından onaylanmalıdır (TMK m.185/I/5). Bu onay, HUAK'taki icra edebilirlik şerhinden farklıdır²¹³. İcra edilebilirlik şerhinde incelemenin kapsamı, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır (HUAK m. 18). Hâkimin sözleşmeyi onaylama konusunda geniş taktir yetkisi vardır. Hâkim; nafaka ve tazminat, çocukların velâyetinin kime bırakılacağı, diğer tarafın çocuklar ile kişisel ilişkisinin nasıl düzenleneceği özellikle çocuklarla ilgili maddelerde hukuka ve çocukların yüksek yararına aykırı olmayan düzenlemeleri onaylar ve böylece sözleşme geçerlilik kazanmış olur. Ayrıca icra edilebilirlik şerhinin aksine onay, anlaşmanın mahkeme hükmü haline getirilmesiyle hukuki sonuç doğurmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki TMK 185. maddenin 1. fıkrasının 5. bendinden hareketle

Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 173; Tanrıver, “Türk Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi”, s. 200; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 81; Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara, 2017, s. 381; Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, 6. Bası, s. 718; Erhan Fırat, “Aile Arabuluculuğu”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora tezi), Erzincan 2021, s. 34.

²¹⁰ Tanrıver, “Türk Aile Mahkemesi Hâkimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi”, s. 199; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 173; Ercan, “Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi”, s. 64; Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimın Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci(Aile) Danışmanlığı”, s. 39; Akkaya, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, s. 380; Uyumaz - Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, s. 134; Aras, “Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözüme Teşviki”, s. 304; Erdal Tercan, “Türk Aile Mahkemeleri”, AÜHFD, 2003, C. LII, S. 3, s. 48.

²¹¹ Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 82.

²¹² Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 854; Tanrıver, “Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, s. 952; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 173; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 81.

²¹³ Şimşek, “Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme”, s. 65.

taraf lar arabuluculuk yolu başvuru sonucunda anlaşmaya varsalar bile anlaşmanın ancak ilgili hâkimin onayı ile geçerlilik kazanacağı sonucuna ulaşılabilir²¹⁴.

2.3. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun²¹⁵

Yargı dışı uyuşmazlık çözüm yoluna ilişkin düzenlemelerden biri Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu 7. maddesidir²¹⁶. Buna göre aile mahkemesi hâkimleri aile içindeki sevgi, saygı ve hoşgörünün devamı amacıyla baktıkları dava ve işlerde esasa girmeden önce sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Aynı kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre hâkimler evlilik birliğinden doğan sorumluluklarda uyuşmazlık çıkması durumunda tarafları uzlaşmaya davetle görevlidir. Hakimlerin uzlaşma ve sulh teşviki görevinin kapsamına, uyuşmazlığın çözümü için taraflara arabulucuya başvuruyu önerme ve telkin etme de girmektedir²¹⁷. Aile hukukunun kapsamına giren birçok uyuşmazlık üzerinde tarafların serbestçe tasarruf etme hakkı bulunmadığından sulh ve arabuluculuğa teşvikte de tarafların yönlendirilmesi de fonksiyonel anlamda sınırlı kalacaktır. Bu sebeple, söz konusu sulh teşviki, sadece tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda değil, bütün uyuşmazlıklar için mümkün olabilmelidir²¹⁸.

²¹⁴ Börü, “Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler”, s. 1051.

²¹⁵ RG. 18.01.2003, S. 24997.

²¹⁶ Süha Tanrıver, “Türk Aile Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi”, Makalelerim III, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 199; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 173; s. 64 Kavasoglu, “Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation”, s. 197; Tolga Akkaya, Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara, 2017, s. 381; Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, 6. Bası, s. 718; Uyumaz - Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, s. 134; Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimın Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci(Aile) Danışmanlığı”, s. 38; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 81.

²¹⁷ Tanrıver, Türk Aile Mahkemeleri, s. 84; Tanrıver, “Türk Aile Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi”, s. 200.

²¹⁸ Uyumaz- Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, s. 136; Börü, “Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler”, s. 1049; İbrahim Ercan, “Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 89; Tercan, “Türk Aile Mahkemeleri”, s. 48; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.866; Ayrıca aksi görüş için bkz. Akkaya, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, s. 383.

2.4. 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu²¹⁹

HUAK'ın amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesinin 2. fıkrasında bu kanunun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda uygulanacağı düzenlenmiştir. Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ise irade özerkliğinin en sınırlı olduğu alandır bu sebeple bu tür uyuşmazlıkların büyük bölümü arabuluculuğa elverişli değildir. Bu durumda, aile hukukunun ilke ve özellikleri ile uluslararası sözleşmelerdeki yükümlülükler dikkate alındığında ayrı bir aile arabuluculuk kanununa ihtiyaç bulunmaktadır²²⁰.

2.5. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²²¹

HMK'da yazılı yargılama usulünde tabi davalarda 137. maddenin 1. fıkrası, basit yargılama usulünde ise 320. madde 2. fıkrası gereği hâkim tarafları sulh veya arabuluculuğa teşvik eder. Ayrıca 140. maddenin 2. fıkrasına göre yazılı yargılama usulünün uygulandığı davalarda ön inceleme aşamasında uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulh veya arabuluculuğun süreci, esasları ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatarak sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder. Söz konusu maddelerle hâkime teşvik ödevi verilmiştir²²². Aile mahkemelerinde boşanma davalarında yazılı yargılama usulü uygulandığından HMK 137. madde 1. fıkrası ve 140. madde 2. fıkrası²²³ gereği ön inceleme aşamasında taraflar sulhe veya arabuluculuğa teşvik edilecektir. Hâkim ön incelemede uyuşmazlık konularını tespit ettikten sonra arabuluculuk süreci, esasları ve hukuki sonuçları konusunda bilgilendirme yaparak teşvik ödevini yerine getirir. Fakat bu düzenleme aile hukuku uyuşmazlıklarının

²¹⁹ RG. 22.06.2012, S. 28331.

²²⁰ Şimşek, "Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme", s. 66.

²²¹ RG. 04.02.2011, S. 27836.

²²² Tanrıver, "Türk Aile Mahkemesi Hâkimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi", s. 199; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s. 173; Ercan, "Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi", s. 64; Akkaya, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", s. 39; Akkaya, "Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası", s. 380; Uyumaz - Erdoğan, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", s. 134; Bahattin Aras, "Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözüme Teşviki", YD, C. XXXI, S. 3, 2005, s. 304.

²²³ 22/7/2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle, bu fıkra da yer alan "sulhe veya arabuluculuğa" ibaresi "sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatarak sulhe veya arabuluculuğa" şeklinde değiştirilmiştir.

çözümünde gerekli yararı sağlamayabilir²²⁴. Dilekçelerin karşılıklı verilmesi ve uyuşmazlığın tespitinin beklenmesi halinde taraflar çekişme ortamında zaten arabulucuya gitmeyi tercih etmeyecektir. Tarafların dilekçelerin karşılıklı verilmesinden ve uyuşmazlığın tespitinden önce arabuluculuğa teşvik arabuluculuktan beklenen faydayı daha fazla sağlayacaktır²²⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki HMK’da düzenlenen sulhe teşvik ile Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu’nda düzenlenen sulhe teşvik tam anlamıyla örtüşmemektedir²²⁶. Zira HMK’da taraflar sulh yaparak anlaşmayı tamamen sona erdirmekte Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’una göre ise tarafların anlaşmasıyla evlilik birliği sona ermemektedir. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu’ndaki sulhe teşvikteki amaç ise eşlerin boşanma veya ayrılma düşüncelerini tekrar gözden geçirmelerini sağlamak, boşanmayı önlemek ve evlilik birliğini korumaktır²²⁷. Tarafların boşanma konusunda anlaşmaları durumunda anlaşmalı boşanmanın şartlarının sağlanıp sağlanmadığı konusunda hakiminden denetiminden geçmektedir.

2.6. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun²²⁸

6325 sayılı HUAK 1. maddenin 2. fıkrasına göre aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’da tanımlar başlıklı 2. Maddesinin 1. fıkrasının b bendinde “aile içi şiddet” ile aynı ifadedeki “ev içi şiddet” başlığı altındaki tanımda şiddet mağduru ve şiddeti uygulayan aynı evi paylaşmasa da aile bireylerine veya aile

²²⁴ Şimşek, “Aile Hukuku’na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme”, s. 63.

²²⁵ Şimşek, “Aile Hukuku’na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme”, s. 63; Akkaya, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, s. 388.

²²⁶ Akkaya, Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, s. 382; Ercan, “Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi”, s. 86; Tanrıver, “Türk Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi”, s. 201; Bahadır, “Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar”, s. 1068.

²²⁷ Akkaya, Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, s. 381; Ercan, “Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi”, s. 86; Tanrıver, “Türk Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi”, s. 201; Bahadır, “Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar”, s. 1068.

²²⁸ RG. 20.03.2012, S. 28239.

mensubu sayılan diğer bireylere uygulanan aile içi şiddet her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemleri kapsamaktadır.

Türk hukuku doktrinde aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurunun mümkün olup olmayacağı konusu tartışmalıdır. Aile içi şiddet içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurunun mümkün olmayacağını doğrudan doğruya kabul etmenin doğru olmayacağını savunan görüşe göre²²⁹ süreklilik göstermeyen ve ağır olmayan şiddet olaylarında aile içi barış için arabuluculuğa başvurunun yararlı olabileceği ileri sürülmüştür²³⁰. Zira bu görüşe göre çekişmeli yargı sürecinin eşler arasındaki düşmanlığı daha da arttırdığı fakat arabuluculuk sürecinin eşlerin öfkelerini azaltarak karşılıklı diyaloglarla anlayış ortamının oluşmasına katkı sağladığı ileri sürülmüştür²³¹. Aile arabuluculuğunun amacı da aile içi anlaşmazlığın kapsamını ve şiddetini azaltmaya çalışmaktır²³². Adalet Komisyonu gerekçesine göre aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olarak sayılmamasının nedeni taraflar arasında eşitlik sağlanamaması ve pazarlık gücünün eşit olamamasıdır. Buna karşılık bu gibi durumların ortaya çıkmasına engel olmak amacıyla aile içi şiddet içeren ihtilaflarda,

²²⁹ Bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1195; Levent Börü, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, TBBD, 2017 (Özel Sayı), s. 194; Şamil Demir, “Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi”, Ankara Barosu Dergisi, 2014, S. 2, s. 220; Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler, Öneriler, Sonuç Raporu, AndHD, 2015, C. I, S. 1, s. 126; Cenk Akil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, C. I, s. 124; Uyumaz- Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, s. 162; Bozdağ, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği”, s. 131.

²³⁰ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1194; Akil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, s. 124.

²³¹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1194; Akil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, s. 124-125. Ayrıca ceza hukukunda uzlaşma kapsamında yer alırken arabuluculuk kapsamı dışında tutulması doğru bulunmadığına ilişkin bkz. Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler, Öneriler, Sonuç Raporu, s. 126; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1194. Aile içi şiddet uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olmamakla birlikte tazminat ve nafaka gibi konularda aile arabuluculuğunu savunan görüş için bkz. Demircioğlu, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği”, s. 73.

²³² Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 8.

arabuluculuk faaliyetinin, konusunda uzman olan kişilerin huzurunda ve özel teknikler ile yapılabileceği genel olarak kabul görmektedir²³³.

2.7. Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği²³⁴

Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği'nin 4. madde 1. fıkra c bendine göre aile danışmanlığı, bireylerin dahil oldukları aile sistemini veya ilişkide bulundukları diğer sosyal çevreleri değerlendirerek bireylere, çiftlere veya ailelere sorunlarının çözümüne yönelik özel teknik ve stratejileri içeren hizmetidir. Aynı maddenin ç bendine göre aile danışma merkezleri ise aile ve bireylerin gelişimi için koruyucu, önleyici, eğitici, geliştirici, rehberlik ve iyileştirici hizmetle veren kuruluşlardır. Arabuluculuğun tanımı HUAK 2. madde 1. fıkra b bendinde yapılmaktadır. Buna göre arabuluculuk, sistematik teknikleri uygulayarak müzakere için bir araya gelen tarafların birbirlerini anlamalarını sağlayan ve kendi çözümlerini kendi üreten, çözüm üretmediklerinde uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi tarafından çözüm önerisinde bulunabilen bir süreci ifade eder.

Bir görüşe göre aile arabuluculuğu bir aile danışmanlığı veya aile terapisi değildir bu sebeple aile danışmanları veya terapistler arabuluculuk hizmeti sunamazlar²³⁵. Başka bir görüşe göre ise aile danışmanı veya terapist psiko-sosyal destek yanında aile arabuluculuğu desteği de sağlayabilmelidir²³⁶. Bunlar birbirinden ayrı kavramlar olsa da Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği'nin 14. maddesinde²³⁷

²³³ Börü, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, s. 192; Bozdağ, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği”, s. 117-118, 130.

²³⁴ RG. 04.09.2012, S. 28401.

²³⁵ Marian Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, Taylor & Francis Group, 2008, s. 21; Börü, “Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler”, s. 1046; Levent Börü, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, TBB Dergisi, 2017 (Özel Sayı), s. 193; Bahadır, “Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar”, s.1066; Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”, s. 80.

²³⁶ Kenneth Kressel, The Process of Divorce: Helping Couples Negotiate Settlements, Jason Aronson Inc., 1997, s. 88 v.d. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 861; Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, s. 43.

²³⁷ Bu maddeye göre sosyal hizmet, psikoloji, sosyoloji, psikolojik danışmanlık ve rehberlik, tıp, hemşirelik ve çocuk gelişimi alanlarından birinde en az dört yıllık lisans programlarından mezun olanlar, Milli Eğitim Bakanlığı, Yükseköğretim Kurulu veya üniversitelerden, biri tarafından uygun görülen en az üç yüz saati teorik ve en az otuz saati gözetim ve denetim eşliğinde olmak üzere yüz elli saati uygulamalı toplam dört yüz elli saatlik aile danışmanlığı alanında bir eğitim programını başarıyla tamamladıktan sonra sertifika alanlar, aile danışmanı unvanı alabilir.

düzenlenen aile danışmanının eğitimi ve nitelikleri hakkında benzer düzenleme söz konusudur. Zira aile arabuluculuğu eğitiminin en az 300 saat teorik ve en az 100 saat pratik toplam 400-450 saat ve her yıl 20 saat yenileme eğitimi şeklinde yapılması planlanmaktadır. Eğitimcilerin, hukuk ve beşerî bilimler alanlarında yeterli tecrübeye sahip, boşanma ve ayrılık alanında çalışan kişilerden oluşturulması planlanmaktadır²³⁸.

Aile uyuşmazlıklarını dostane şekilde çözen yöntemlerin aile arabuluculuğu olarak nitelendirilmesi mümkün olmamaktadır²³⁹. Bu yöntemler uzlaştırma, aile danışmanlığı veya terapist gibi şekillerde ortaya çıkabilmektedir²⁴⁰. Arabuluculuk ile danışmanlık ve terapist arasındaki ilk fark²⁴¹, arabuluculukta evlilik içi çöküş ve bundan kaynaklanan anlaşmazlıklar psikopatolojinin semptomları olarak görülmediği gibi taraflar da tedavi edilmesi gerekli hastalar olarak görülmemesidir. Arabulucunun amacı tarafların algısını tartışmak değildir aksine sorunları tespit edecek ve kendi kararlarını verecek yeterli algıya sahip olduğu varsayılır. Arabuluculuğun odak noktası ihtilafli meselelerde görüşlerin, kararların müzakeresini sağlamakla sınırlıdır. Arabuluculuk süreci ve sonucu taraflar arasında çatışmayı azaltıyorsa süreç en geniş anlamıyla terapi- danışmanlık şeklinde de düşünülebilir. Fakat sürecin en önemli faydalarından biri olsa da arabuluculukta birincil amaç bu değildir. Bir diğer fark ise danışmanlıkta liderlik rolü üstlenen bir danışmanın veya terapistin söz konusu olmasıdır. Aile danışmanı veya terapist, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek için tavsiyelerde bulunarak liderlik yapan tarafların yanlışlarını ve eksiklerini göstererek bunların tekrarlanmaması için yol gösteren tarafsız ve uzman bir üçüncü kişidir²⁴². Arabulucu ise süreçte bir moderatör olarak hareket eder tarafların davranışlarını değerlendirmek gibi ayrıcalıklı bir konumu bulunmamakla birlikte sürece katılan

²³⁸ Börü, “Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler”, s. 1058.

²³⁹ Bahadır, “Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar”, s. 1066.

²⁴⁰ Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”, s. 80-81; Bahadır, “Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar”, s. 1066.

²⁴¹ Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, s. 22.

²⁴² Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, s. 22; Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”, s. 97; Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı”, s. 52.

tarafra çözüml konusunda serbestlik tanımaktadır²⁴³. Arabulucunun becerisi doğru ve yapıcı bilgi alışverişini sağlamak ve kolaylaştırmaktır. Bu durum da tarafların beklentilerinin ve tercihlerinin dengeli hale gelmesine daha fazla anlayış, iş birliği ve nihayetinde anlaşmazlığın çözümüne yol açmaktadır²⁴⁴. Arabulucu ancak tarafların çözüm üretmediklerinin veya sürecin çıkmaza girdikleri durumda ortaya çıkması durumunda çözüm önerisinde bulunabilir (HUKAK m. 15/VII).

Aile arabuluculuğu konusunda aile danışma merkezlerinden yararlanılabileceği görüşünden²⁴⁵ hareketle arabulucu terapist olmaktadır. Arabulucu-terapist, süreçte uyuşmazlık konusunu tedavi edilmesi gereken çatışma semptomları olarak görmek eğilimindedir. Çatışmayı çözmeye çalışan arabulucu-terapist tarafların davranışları ve algılarını yorumlarken çatışmayı arttırıp tarafları düşmanlaştırabilir²⁴⁶. Bazen terapist yöntemleri de arabuluculukla bağdaşmaz. Örneğin terapist yöntemlerinden ‘bastırılmış duygu varsayımı’ dan hareketle tarafların duygularını boşaltmalarına izin verilmektedir fakat aşırı duygusal paylaşım ilişkileri daha kötü hale getirebilmektedir²⁴⁷.

²⁴³ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 23; Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, s. 53.

²⁴⁴ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 23.

²⁴⁵ Bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 861; Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, s. 43.

²⁴⁶ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 26.

²⁴⁷ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 26.

II. BÖLÜM

BOŞANMA DAVALARINDA ARABULUCULUK

1. BOŞANMA HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK

1.1. Boşanma Arabuluculuğu

1.1.1. Genel Olarak

6325 Sayılı HUAK'ın 2. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre arabuluculuk, tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi tarafından sistematik teknikler uygulanmasıyla tarafların iletişimi ve birbirlerini anlamaları sağlanarak uyuşmazlık hakkında çözüm üretilen tarafların iradeleriyle başvurdukları bir süreçtir. Doktrinde de genel olarak benzer bir tanım kabul edilmiştir²⁴⁸. Arabuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişi ya da kişilerin yardımıyla uyuşmazlık konusu meselelerin çözülmeye çalışıldığı

²⁴⁸ Bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 592; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 151; Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, Filiz Kitapevi, 2020, 5. Baskı, s. 880; Ekmekçi vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s. 18; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 26; Özekes, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, s. 43; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 13; Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, s. 8; Hakan Pekcanıtez-Oğuz Atalay-Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Onikilevha Yayınları, 7. Bası, s. 616.

alternatif uyuşmazlık çözüm yolu yöntemidir²⁴⁹. Bu yöntemin amacı, tarafların uyuşmazlığı çözmelerine ve aralarındaki çatışmayı azaltmalarına yardımcı olmaktır. Arabuluculukla uyuşmazlık tüm unsurları çözülmesine bile, çatışma yönetilebilir bir düzeye indirilebilir. Ancak, uyuşmazlık çözümüyle çatışma her zaman ortadan kaldırmaz. Bu nedenle arabuluculuğun; bir uyuşmazlık çözüm (dispute resolution) süreci olarak değil, çatışma yönetimi (conflict management) süreci olarak da adlandırıldığı görülmektedir²⁵⁰.

Arabuluculuk, taraflar arasında iletişimi geliştiren, farklı alternatif çözüm yolları sunan, tarafların ihtiyaçlarını karşılamasına yardımcı olan ve sonradan ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümü için bir model oluşturulmasına yardımcı olan süreçtir. Arabuluculuk sürecinin konusu boşanma olduğunda bireysel çıkarlara odaklanmaktan ziyade bütüncül bir aile sistemi yaklaşımı benimsenmektedir. Bu yaklaşımdan hareketle arabuluculuk sürecinde çocuğun üstün yararı da gözetilmeli ve bu sürece çocuklar da dahil edilmelidir²⁵¹. Çocukların algılarını, isteklerini veya tercihlerini gözetmek bu süreci doğru yürütmek için önemlidir. Fakat çocukların sürece dahil olduğu durumlarda ebeveynlerin karar verme süreci çocuklara bırakılmamalıdır²⁵².

Arabuluculuk tahkim değildir. Tahkim, tarafların aralarında doğmuş ve doğacak hukuki uyuşmazlıkların çözümü için geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanarak kendilerinin kararlaştıracığı tarafsız üçüncü kişilerce bağlayıcı kararlar alınmasıdır. Tarafları bağlayıcı karar verecek olan tarafsız üçüncü kişi veya kişiler

²⁴⁹ Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu yargı yolunun alternatifi olmadığına ve bu yolla yargı yolu kapatılmaksızın uyuşmazlıkların hukuki olarak çözülmesi sağlamak amaçlandığına ilişkin bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 202. Arabuluculuk dışındaki diğer alternatif çözüm yollarından başlıcaları uzlaştırma, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların tespiti, kısa duruşmadır. Fakat arabuluculuk; alternatif çözüm yolları içerisinde en sık başvuru alan, her iki tarafın da kazandığı ve yargı yoluna göre daha hızlı sonuç alınan yöntem olduğuna dair bkz. Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 21; M. Serdar Özbek, “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, TBB Yayınları, Ankara, 2010, s.107-109; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 156.

²⁵⁰ Jay Folberg, "A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice", Mediation Quarterly, 1983, N. 1, s. 8.

²⁵¹ Julien D. Payne-Eileen Overend, “Divorce Mediation: Process and Strategies: An Overview,” Family and Conciliation Courts Review, 1990, Vol. XXVIII, s. 30; Folberg, "A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice", s. 8.

²⁵² Joan Blades, "Mediation: An Old Art Revitalized" Mediation Quarterly, 1984, N. 3, s. 80; Payne-Overend, “Divorce Mediation: Process and Strategies: An Overview” s. 30.

tarafından yürütülen yargılayıcı bir süreç vardır, ancak genellikle mahkemede izlenen süreçten daha az resmidir. Tahkimde olduğu gibi arabuluculukta taraflar arabulucuyu seçebilir, ancak arabulucuya kendileri adına karar verme yetkisi vermezler.

Arabuluculuk, müzakere sürecinden de ayrılmaktadır. Zira müzakere, doğrudan taraflarca veya onların vekilleri tarafından yürütülen tipik bir pazarlık sürecidir²⁵³. Hukukumuzda müzakere sürecine ilişkin örnek düzenleme, 1136 sayılı Av. K.²⁵⁴,’nın 35/A. maddesinde uzlaşma başlığı altındadır²⁵⁵. Her ne kadar uzlaşma başlığı altında düzenlense de esasında müzakere sürecine yer verilmiştir²⁵⁶. Av. K. 35/A. maddesine göre avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Bu davet neticesinde uzlaşma sağlanır ve taraflar ile avukatları tarafından imzalanırsa 2004 sayılı İcra İflas Kanunu 38. madde anlamında ilam niteliğinde belge sayılacaktır. Fakat buradaki sorun dava neticesinde alacakları yasal vekalet ücreti ve ücret sözleşmesinde kararlaştırılan ücret karşılığında yapılacak işin gerçekleşmemiş olması nedeniyle beklediği kazancı elde edemeyen avukatların bu duruma olumlu yaklaşmamasıdır²⁵⁷. Bu sebeple arabuluculuk faaliyetine kıyasla daha az netice veren bir süreçtir.

Arabuluculuk bir danışmanlık hizmeti veya terapötik bir süreç de değildir²⁵⁸. Bu konuda hukukumuzda Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği²⁵⁹

²⁵³ Folberg-Milne-Salem (Edt.), *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, s. 8; Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, s. 877; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 160.

²⁵⁴ RG. 07/04/1969, S. 13168.

²⁵⁵ Serdar Sarısözen, “Uzlaştırma”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2007, C. II, S. 16, s. 148.

²⁵⁶ Av. K. 35/A maddesinde avukatın üstlendiği rolün açık düzenlenmediği burada arabuluculuk rolünün de söz konusu olabileceğine ilişkin bkz. Sungurtekin Özkan, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, s. 365; Özbay, “Avukatlık Hukukunda Arabuluculuk ve Arabuluculuk Tutanağının İlâm Niteliği”, s. 418.

²⁵⁷ Şamil Demir, “Avukatlık Kanunu’nun 35/a Maddesinin Uygulanması Sorunu ve Çözüm Önerileri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, C. III, S. 18, s. 198.

²⁵⁸ Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, s. 21; Börü, “Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler”, s. 1046; Börü, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, s. 193; Bahadır, “Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar”, s.1066; Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”, s. 80.

²⁵⁹ Bu Yönetmelik, 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, 34 ve 35. maddeleri ile 3/6/2011 tarihli ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinin birinci

bulunmaktadır. Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği'nin 4. madde 1. fıkra c bendine göre aile danışmanlığı, bireylerin dahil oldukları aile sistemini veya ilişkide bulundukları diğer sosyal çevreleri değerlendirerek bireylere, çiftlere veya ailelere sorunlarının çözümüne yönelik özel teknik ve stratejileri içeren hizmetidir. Aynı maddenin ç bendine göre aile danışma merkezleri ise aile ve bireylerin gelişimi için koruyucu, önleyici, eğitici, geliştirici, rehberlik ve iyileştirici hizmetle veren kuruluşlardır. Arabuluculuğa katılım, taraflar üzerinde terapötik bir etkiye sahip olabilir veya olmayabilir fakat taraflar için tedavi süreci olarak düşünülmemiştir²⁶⁰. Arabuluculuk odak noktası uyuşmazlığı çözmek iki taraf içinde kabul edilebilir adil bir anlaşma oluşturmaktır²⁶¹. Burada asıl amaç uyuşmazlığın temelindeki içselleştirilmiş çatışmayı çözmek değil, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için alternatif yollar aramaktır²⁶². Arabuluculuğun odak noktası ihtilaflı meselelerde görüşlerin, kararların müzakeresini sağlamakla sınırlıdır. Arabuluculuk süreci ve sonucu taraflar arasında çatışmayı azaltıyorsa süreç en geniş anlamıyla terapi-danışmanlık şeklinde de düşünülebilir. Fakat sürecin en önemli faydalarından biri olsa da arabuluculukta birincil amaç bu değildir. Aile danışmanı veya terapist, liderlik rolü üstlenen tarafsız ve uzman kişi olarak taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek için tavsiyelerde bulunur ve taraflara, yanlışlarını ve eksiklerini göstererek bunların tekrarlanmaması için yol gösterir²⁶³. Arabulucu ise süreçte bir moderatör olarak hareket eder tarafların davranışlarını değerlendirmek gibi ayrıcalıklı bir konumu bulunmamakla birlikte sürece katılan taraflara çözüm konusunda serbestlik tanımaktadır²⁶⁴. Arabulucunun görevi doğru ve yapıcı bilgi alışverişini sağlamak ve

fıkrasının (b), (h) ve (ı) bentleri ile 7. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine dayanılarak hazırlanmıştır.

²⁶⁰ Folberg, "A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice", s. 8.

²⁶¹ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s.277; Emery-Wyer, "Divorce Mediation", s.472; Kelly, "Mediation and psychotherapy": Distinguishing the Differences, s.37,43; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s.166-167.

²⁶² Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 22.

²⁶³ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 22; Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı", s. 97; Akkaya, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", s. 52.

²⁶⁴ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 23; Akkaya, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", s. 53.

kolaylaştırmaktır. Bu durum da tarafların beklentilerinin ve tercihlerinin dengeli hale getirerek daha fazla anlayış, iş birliği ve nihayetinde anlaşmazlığın çözümüne yol açacaktır²⁶⁵. Arabulucu ancak tarafların çözüm üretemediklerinin veya sürecin çıkmaza girdikleri durumda ortaya çıkması durumunda çözüm önerisinde bulunabilir (HUAK m. 15/VII).

Arabuluculuk; danışmanlık, müzakere, tahkim süreçlerinden farklı olarak kendi çözüm yolunu kendi belirleyerek şiddete, davaya alternatif sağlar²⁶⁶. Tarafların tarafsız bir kişinin ya da kişilerin yardımıyla uyuşmazlık konularını sistematik olarak belirleyip tarafların ihtiyaçlarını karşılayacak alternatifleri değerlendirmek, geliştirmek sürecidir. Ayrıca bu süreçte taraflar kendi yaşamlarını etkileyen kararları alma sorumluluğu vurgulanır²⁶⁷.

Boşanma; duygusal, yasal ve ailevi süreçleri içeren çok yönlü bir olaydır. Bir aile ilişkisinin sona ermesi duygusal yönü ve gelecekte de sürmesi muhtemel ilişkinin devamı (özellikle ortak çocuk veya çocukların bulunması durumunda) itibariyle mahkemece empoze edilen bir çözümde sağlanabilecek olanlardan daha hassas ve özenli bir şekilde oluşturulmuş önlemleri gerektirir²⁶⁸. Arabuluculuk gizli olarak yürütüldüğünden tartışılan hususların kamuya açık olmaması ve sonradan ortaya çıkarılma endişesi olmaması tarafların özgürce tartışma ortamını oluşturur. Arabuluculukta tarafların usul ve maddi hukuk kurallarına bağlı olmaksızın şu anda ve gelecekteki uyuşmazlık çözümü için benzersiz bir çözüm geliştirebilmesi mümkündür²⁶⁹. Arabuluculuk; tarafların sorunları birlikte çözmelerine, karar

²⁶⁵ Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, s. 23.

²⁶⁶ Folberg, "A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice", s. 7; Mary Kay Kisthardt, "The Use of Mediation and Arbitration for Resolving Family Conflicts: What Lawyers Think about Them," *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 1997, Vol. XIV, N. 2, s. 355 dñn. 7.

²⁶⁷ Robert H. Mnookin, "Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering," *University of Michigan Journal of Law Reform*, 1985, Vol. XVIII, N. 4, s. 1016; Folberg, "A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice", s. 7; Barbara Landau, "Mediation: An Option for Divorcing Families", *Advocates' Quarterly*, 1988, Vol. IX, N. 1, s. 8.

²⁶⁸ Folberg, "A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice", s. 9; Robert H. Mnookin-Lewis Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", *Yale Law Journal*, 1979, Vol. 88, N. 5, 956-957; Mnookin, "Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering", s. 1018; Shaffer, "Divorce Mediation: A Feminist Perspective", s. 163; Wilson, *Alternative Dispute Resolution*, s. 376.

²⁶⁹ Wolff, "The Best Interest of the Divorcing Family-Mediation Not Litigation", s. 76; Payne-Overend, "Divorce Mediation: Process and Strategies: An Overview", s. 27; Landau, "Mediation: An Option for Divorcing Families", s. 9; Kayla O. Holmes, "Transforming Family Law Through the Use

verilecek konuları belirlemelerine ve işbirliğinin karşılıklı avantaj sağlayabileceğinin farkına varmalarına yardımcı olabilir. Yargılama sürecinin aksine arabuluculukta kimin haklı kimin yanlış olduğu ya da kimin kazandığı ve kimin kaybettiği üzerinde değil, ailenin benzersiz ihtiyaçlarını en iyi şekilde karşılayan uygulanabilir bir çözüm oluşturmaya çalışılır²⁷⁰.

Boşanma sonrasında da ailevi ilişkiler özellikle ortak çocuk ya da çocukların varlığı durumunda devam edecektir. Boşanma sonrası süreçte de çocuğun üstün yararını ve onlar ile kurulacak ilişkide en iyi yolu tespit etme kabiliyetine, yetkisine ve sorumluluğuna esas olarak ebeveynler sahip olmalıdır²⁷¹. Bu süreçte çocukların üstün menfaatlerinin tehlikede olduğuna (ihmal ya da taciz gibi) dair bir kanıt olmadığında ebeveyn özerkliğini ve aile mahremiyeti korunmaya devam etmelidir²⁷². Hâkime ebeveynler veya çocukları için en iyisinin ne olduğuna karar verme sorumluluğu verilmemelidir. Zira bu durum boşanma sonrasında da devam eden aile bağlarını iyice zayıflatacak, taraflar arasında işbirliğini azaltacak, aralarındaki her uyuşmazlıkta devlet müdahalesi talep edilecek ve böylece aile kurumuna duyulan saygı zedelenmiş olacaktır²⁷³. Bu sebeple aile kurumunun değeri ve itibarı için taraflar işbirliğine sevk edilmeli, kendi kararını kendi tayin etme sorumluluğu verilmelidir.

1.1.2. Boşanma Arabuluculuğunun Tarihsel Gelişimi

Arabuluculuk, geçmişten bugüne insanlık tarihinin bir parçasıdır. Antik Çin’de Konfüçyüs’ten doğan arabuluculuk bugün Çin Halk Cumhuriyeti’nde hala uygulanmaya devam etmiştir. Bugün birçok komünist ülkeler dahil Çin Halk

of Mandated Mediation", Resolved: Journal of Alternative Dispute Resolution, 2018, Vol. VII, N. 1, s. 30.

²⁷⁰ Steven T. Knuppel, "Promise and Problems in Divorce Mediation", Journal of Dispute Resolution, 1991, N. 1, s. 128; Jo Daugherty Bailey-Dawn McCarty, "Assessing Empowerment in Divorce Mediation," Negotiation Journal, 2009, Vol. XXV, N. 3, s. 333; Wolff, "The Best Interest of the Divorcing Family-Mediation Not Litigation," s. 76; Payne-Overend, "Divorce Mediation: Process and Strategies: An Overview", s. 27; Landau, "Mediation: An Option for Divorcing Families", s. 9; Holmes, "Transforming Family Law Through the Use of Mandated Mediation", s. 30.

²⁷¹ Mnookin-Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", s. 958; Emery-Wyer, "Divorce Mediation", s. 473; Jay Folberg, "Mediation of Child Custody Disputes", Columbia Journal of Law and Social Problems, 1985, Vol. XIX, N. 4, s. 419.

²⁷² Mnookin-Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", s. 957-958; Folberg, "Mediation of Child Custody Disputes", s. 920; Folberg, "Mediation of Child Custody Disputes", s. 420; Wolff, "The Best Interest of the Divorcing Family-Mediation Not Litigation," s.69.

²⁷³ Ann Milne, "Custody of Children in a Divorce Process: A Family Self-Determination Model", Conciliation Courts Review, 1978, Vol. XVI, N. 2, s. 1; Folberg, "Mediation of Child Custody Disputes", s. 420.

Cumhuriyeti hukuk sisteminde boşanma ve velayet uyuşmazlıkları arabuluculuk yoluyla çözümlenmektedir²⁷⁴. Batı toplumlarında ise arabuluculuk esas olarak iş hukuku uyuşmazlıklarında ve uluslararası uyuşmazlıklarda kullanılmaktaydı. Aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk ise 1970'lerin ortalarından bu yana hızla gelişmeye başladı²⁷⁵.

Aile arabuluculuğu İslam Hukuku'nda da bulunmaktadır. Özellikle Kur'an-ı Kerim ayetleri bunu doğrulamaktadır. Nisa Suresi'nin 35. ayetine göre *"Eğer karı-kocanın arasının açılmasından endişe ederseniz onlara biri erkeğin ve öbürü kadının akrabası olan iki hakem gönderiniz. Eğer bu hakemler karı-kocayı barıştırmak isterlerse Allah onların arasını bulur. Hiç şüphesiz Allah her şeyi bilir ve her şeyden haberdardır."* Bir görüşe göre burada hakem ile kastedilen şey tarafları bağlayıcı karar verilemediği için arabuluculuktur²⁷⁶. Başka bir görüşe göre Kuran'ın bu ayetiyle arabuluculuk ile hakemlik karması bir yol öngörülmüştür²⁷⁷. Buna da sulh temelli arabulucu-hakemliği denilmektedir²⁷⁸. Burada amaç ailenin muhafazasını sağlamaktır²⁷⁹. Osmanlı'da ise mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü ilk kez Mecelle' de (1868-1876) düzenlenmiş olup aralarında uyuşmazlık yaşayan kişilerin hakem tayin etmelerinden (m. 1790) söz edilmiştir²⁸⁰. Burada mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü hakemlik kurumu altında düzenlenmiştir. Fakat uyuşmazlıklar mali konularla sınırlandırılmıştır²⁸¹. 1917'de ilk aile kanunu olan Hukuk-ı Aile Kararnamesi çıkarılmıştır. Bu kanuna göre hâkim tarafından eşler için hakem tayin edilir ve hakemler eşlerin aralarını bulmaya çalışır, başarılı olamazlarsa boşanmaya karar

²⁷⁴ Daniel G. Brown, "Divorce and Family Mediation: History, Review, Future Directions", Conciliation Courts Review, 1982, Vol. XX, N. 2, s. 1.

²⁷⁵ Kathy Foy, "Family and Divorce Mediation: A Comparative Analysis of International Programs", Mediation Quarterly, 1987, N. 17, s. 83.

²⁷⁶ Mustafa Avcı, "Osmanlı'da Aile Arabuluculuğu", Uluslararası Ailenin Korunması Hakkı Sempozyumu, <https://www.tihek.gov.tr/prof-dr-mustafa-avci/> (24.06. 2021).

²⁷⁷ Ahmet Temel, "İslam Aile Hukukundaki Arabuluculuk-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları", darülfünun ilahiyat, C. XXX, S. 2, s. 323.

²⁷⁸ Temel, "İslam Aile Hukukundaki Arabuluculuk-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları", s. 324.

²⁷⁹ Temel, "İslam Aile Hukukundaki Arabuluculuk-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları", s. 324; Avcı, "Osmanlı'da Aile Arabuluculuğu", Uluslararası Ailenin Korunması Hakkı Sempozyumu.

²⁸⁰ Temel, "İslam Aile Hukukundaki Arabuluculuk-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları", s. 327.

²⁸¹ Temel, "İslam Aile Hukukundaki Arabuluculuk-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları", s. 327.

verirler²⁸². 1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Tasarısı'nda ise boşanma davasında hakeme başvurulması zorunlu olarak düzenlenmiştir²⁸³. Bu düzenlemeler aile arabulucu-hakem uygulaması niteliğindedir²⁸⁴.

Aile arabuluculuğu Amerika Birleşik Devletleri'nde gelişmeye başlamış, daha sonra zaman içerisinde benimsenerek birçok ülkede uygulanmaya başlamıştır. 1990'lı yıllarda Avrupa Konseyi tarafından Avrupa, Kuzey Amerika, Avustralya ve Yeni Zelanda'da yapılan araştırmalar neticesinde ailevi uyuşmazlıkların duygusal ve hassas özelliğinden dolayı arabuluculuk gibi esnek bir süreçte çözülmeye çalışmasının daha uygun olduğu tespit edilmiştir²⁸⁵. Boşanma oranlarının artması ve dolayısıyla yargı sisteminin üzerindeki baskının artması ve çekişmeli sistemin duygusal ve hassas konuları çözmekte uygun bir ortam olmadığının anlaşılmasıyla 1970'lerden beri alternatif çözüm arayışı başlamıştır²⁸⁶.

1969'da Amerika Birleşik Devletleri'nde avukatların alternatif anlaşmazlık çözüm tekniklerini kullanarak boşanma sürecindeki eşlerin boşanma travmasını en aza indirebileceği ileri sürülmüştür. Fakat uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuktan çok tahkim amaçlanmıştır²⁸⁷. 1970 yılında, "evlilik terapisi (marriage therapy)" ve "aile danışmanlığı (family counseling)" arabuluculuğun farklı biçimleri olarak görülmüştür. Özellikle eşlerin boşanmanın kaçınılmazlığını kabul etmede etkili bir yol olacağı savunulmuştur²⁸⁸. "Aile arabuluculuğu (Family mediation)" terimini ilk kullanımı 1970 yılında gerçekleşti. 1974'te Atlanta'da Boşanma Arabuluculuk Merkezi ve Aile Arabuluculuk Derneği kuruldu. 1982' de Aile Arabulucuları Akademisi kuruldu. Bu süreçte çatışmanın insan ilişkilerinde yıkıcı olmasının engellenmesi ve uyuşmazlıkların çözümünde işbirliğinin geliştirilmesi için boşanma ve aile anlaşmazlıkları dahil olmak üzere çeşitli çatışma durumlarında uygulanabilecek ilkeler üzerine çalışmalar yapıldı. Fakat bu bahislerden

²⁸² Avcı, "Osmanlı'da Aile Arabuluculuğu", Uluslararası Ailenin Korunması Hakkı Sempozyumu.

²⁸³ Avcı, "Osmanlı'da Aile Arabuluculuğu", Uluslararası Ailenin Korunması Hakkı Sempozyumu.

²⁸⁴ Temel, "İslam Aile Hukukundaki Arabuluculuk-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları", s. 328.

²⁸⁵ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 6.

²⁸⁶ Foy, "Family and Divorce Mediation: A Comparative Analysis of International Programs", s. 83.

²⁸⁷ Bu görüş için bkz. Robert Coulson, "Family Arbitration - An Exercise in Sensitivity", Family Law Quarterly, 1969, Vol. III, N. 1, s. 22.

²⁸⁸ Bu görüş için bkz. Lon L. Fuller, "Mediation-Its Forms and Functions", Southern California Law Review, 1971, Vol. XLIV, N. 2, s. 308, 326.

de önce velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili uyuşmazlıkların barışçıl ortamda çözümlenmesi için alternatif arayışlar 1960'tan beri sürmekteydi. Zira ebeveynlerin bu konudaki aşırı çatışma halinin çocuklar üzerinde olumsuz etkisi engellenmek isteniyordu. Buna ilişkin çeşitli uyuşmazlık çözüm modelleri de ileri sürüldü. Bu modellerden en dikkat çeken ve kaynak model olarak görülen mekanizma "arabuluculuk-tahkim" modeliydi²⁸⁹. Bu modele göre ilk aşamada aile danışmanı velayet ve kişisel ilişki kurulmasına yönelik taraflarla taslak bir metin oluşturmakta, ikinci aşamada aynı danışman sorunların çözümü için arabuluculuk sürecine katılmakta, son aşamada arabuluculuk süreci sonunda çözülmemiş sorunların çözümü için tahkime gidilmekteydi. 1962'de mahkemelerin danışmanlık programları aracılığıyla bu uyuşmazlıkların çözülmesine yönelik hizmet vermeye başlandı²⁹⁰. Mahkeme bağlantılı bu programlarla çatışmayı azaltmak, iletişimi kolaylaştırmak, en azından çocukları konusunda ortak sorumluluk alması amaçlanıyordu. 1972'de birçok eyalette mahkemelere bağlı danışmanlık hizmeti yaygınlaştı ve bu hizmetler arabuluculuk olarak adlandırıldı. 1980 yılında bu hizmetler bazı eyaletlerde mahkeme öncesi bazı eyaletlerde ise mahkemeye bağlı olarak zorunlu hale getirildi²⁹¹.

Amerika Birleşik Devletleri'nde boşanma arabuluculuğu terimi yaygın olarak kullanılırken Avrupa'da aile arabuluculuğu terimi kullanılmaktadır²⁹². Aile arabuluculuğu, ayrılmakta olan eşlerin varsa çocuklarına, nafaka, evlilik süresince edinilen malvarlığının paylaşımına ilişkin düzenlemeler dahil olmak üzere ayrılık veya boşanmadan kaynaklanabilecek hususlarda anlaşabilmelerine yardımcı olmak üzere kullanılmaktadır. Süreç, aile üyelerinin tamamını yani çocukları, gençleri, üvey anne/babaları, dedeleri, nineleri kapsamaktadır²⁹³. Avrupa genelindeki ilk aile arabuluculuğu hizmeti ise 1978 yılında Bristol'de özerk ve resmi bir hizmet olarak ayrılık veya boşanmanın her aşamasındaki eşler için başlatılmıştır²⁹⁴.

²⁸⁹ Bu görüş için bkz. Janet Maleson Spencer-Joseph P. Zammit, "Mediation-Arbitration: A Proposal for Private Resolution of Disputes between Divorced or Separated Parents", Duke Law Journal, 1976, N. 5, 912.

²⁹⁰ Meyer Elkin, "The Conciliation Court: A Pioneering Approach to the Divorce Problem- Part I", Student Lawyer Journal, 1968, Vol. XIV, N. 4, s. 26; Brown, "Divorce and Family Mediation: History, Review, Future Directions", s. 17-18.

²⁹¹ Bkz. Brown, "Divorce and Family Mediation: History, Review, Future Directions", s. 17-19.

²⁹² Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 9.

²⁹³ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 9.

²⁹⁴ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 10.

Avusturya da aile arabuluculuğu uygulaması konusunda önde giden devletlerdendir. 1975'te çıkarılan Aile Hukuku Kanunu'yla yargısal olmayan aile uyuşmazlık çözüm (FDR-Family Dispute Resolution) yöntemine yer verildi. 2000 yılında ise arabuluculuğa ortak arabuluculuk (co-mediation) modeli getirildi. Buna göre eşler, boşanma ve ayrılık sürecinin tüm yönüyle ele alınabilmesi amacıyla biri hukuk alanında eğitim gören diğeri psiko-sosyal alanda eğitim gören bir kadın ve bir erkekten oluşan arabulucular eşliğinde sürece katılmaktadır²⁹⁵.

1.1.3. Aile Arabuluculuğu Modelleri

1.1.3.1. Genel Olarak

Arabuluculuk sürecinde uygulanacak ilkeler ve teknikler bakımından birçok yaklaşım bulunmaktadır. Aile hukuku uyuşmazlıkları için Amerikan hukuku literatüründe kolaylaştırıcı, değerlendirici, dönüştürücü yöntemler²⁹⁶; İngiliz hukuku literatüründe ise yapılandırılmış, anlatıya dayalı ve dönüştürücü yöntemler esas olmak üzere tedavi edici, değerlendirmeye dayalı yöntemler de söz konusudur²⁹⁷. Fakat tedavi edici ve değerlendirmeye dayalı yöntemlerin arabuluculuğun temel ilkeleriyle uyumlu olup olmadığı tartışmalıdır. Zira burada arabulucunun görevi psiko-patolojik problemleri tedavi etmek ya da tarafların davranışlarını inceleyip değerlendirmek değildir²⁹⁸. Aile uyuşmazlıkları konusuna daha uygun olan yöntem geniş kapsamlı bir yaklaşım sunan ekosistemik arabuluculuktur²⁹⁹. Ayrıca bu yöntemlerden birkaçı birleştirilerek de sürecin yürütülmesi tercih edilebilir.

1.1.3.2. Kolaylaştırıcı Arabuluculuk (Facilitative Mediation)

²⁹⁵ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 407.

²⁹⁶ Greta Baksa, "Different Mediation Styles and Their Use in Family Mediation", Jogi Tanulmanyok, 2012, s. 249.

²⁹⁷ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 33; Şükran Şıpka-Nur Özden-Şebnem Akipek Öcal (Edt.), Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2020, s. 76.

²⁹⁸ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 21; Börü, "Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler", s. 1046; Börü, "Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 193; Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 33; Bahadır, "Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar", s. 1066; Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı", s. 80.

²⁹⁹ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 33; Lisa Parkinson, "Wider Perspectives in Family Mediation: An Ecosystemic Approach", Australian and New Zealand Journal of Family Therapy, 2019, Vol. XL, s. 63.

İlk gelişen arabuluculuk tarzıdır ve arabuluculuğun klasik yaklaşımı olarak kabul edilmektedir. Arabulucu taraflara tavsiyede bulunamaz ya da kendi görüşünü açıklayamaz. Arabulucu, tarafların karşılıklı olarak kabul edilebilir bir çözüme ulaşmalarına yardımcı olacak bir ortam oluşturur³⁰⁰. Kolaylaştırıcı arabuluculuk “menfaat temelli (interest based)” arabuluculuk şeklidir. Tarafların çıkarları ve temel ihtiyaçları ön plandadır ve tarafları, anlaşmazlığa yönelik çeşitli alternatif çözümler geliştirmeye teşvik eder³⁰¹. Kolaylaştırıcı arabulucu, asıl görevi tarafların ne yapacaklarına karar vermelerine yardımcı olmak için taraflar arasındaki iletişimi netleştirmek ve geliştirmek olduğu varsayılır³⁰².

1.1.3.3. Değerlendirici Arabuluculuk (Evaluative Mediation)

Değerlendirici arabuluculuk, mahkeme emri veya mahkemenin teşviki sonucu gerçekleşen arabuluculuk için ortaya çıkmıştır³⁰³. Burada “hak temelli (right based)” arabuluculuk söz konusudur. Tarafların söz konusu davada güçlü ve zayıf yönlerinin ana hatları çizilerek ve yargılama sonunda uyuşmazlık hakkında verilecek olası karara ilişkin bir değerlendirme yapılır. Bu modelde çoğu zaman arabulucu hukuk uzmanı olur³⁰⁴. Böylelikle taraflar uzun ve maliyetli bir süreç yerine uyuşmazlığı önlemek için mahkeme dışı çözüm konusunda daha istekli olur.

1.1.3.4. Yapılandırılmış Arabuluculuk (Structred Mediation)

Yapılandırılmış arabuluculuk modeli esasında aile arabuluculuğuna özgü bir model değildir. Fakat daha sonra bu model aile arabuluculuğuna uyarlanarak birçok ülkede aile arabuluculuğunun gelişmesine katkı sağlamıştır. Bu arabuluculuk modelinde birden fazla aşama bulunmaktadır. Arabuluculuğa başlanılmadan önce

³⁰⁰ Kimberly K. Kovach-Lela P. Love, “‘Evaluative’ Mediation Is An Oxymoron”, CPR Institute for Dispute Resolution, 1996, Vol. XIV, N. 3, s. 31.

³⁰¹ Zena Zumeta, “Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation”, 2018, <https://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm>. (20.04.2021)

³⁰² Carol J. Brown, “Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains its Appeal”, 2002, <https://www.mediate.com/articles/brownC.cfm>. Leonard L. Riskin, "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed", Harvard Negotiation Law Review, 1996, Vol. I, s. 24.

³⁰³ Zumeta, “Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation”; Brown, “Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains its Appeal”; Riskin, "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed", s. 24; Kovach-Love, “‘Evaluative’ Mediation Is An Oxymoron”, s. 31.

³⁰⁴ Zumeta, “Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation”.

eşler tarafından önceden kabul edilen kurallar ve rehber ilkeler bulunmaktadır³⁰⁵. Böylelikle tarafların duygusal hareket etmeleri sınırlanmış olur. Burada amaç bütüncül yaklaşmak ve her iki tarafın da çıkarlarına odaklanmak ve sorunu çözmektir³⁰⁶.

1.1.3.5. Anlatıya (Öyküye) Dayalı Arabuluculuk (Narrative Mediation)

Anlatıya dayalı arabuluculuk modelinde taraflar uyuşmazlıklarını anlatır, arabulucu ise tarafların tepkilerine göre uyuşmazlığı farklı şekilde değerlendirir. Tarafların uyuşmazlıkları farklı bakış açılarıyla bakmasına yardımcı olur. Bu arabuluculuk modelinde amaç bu olmasa da taraflara terapötik etkiler söz konusudur³⁰⁷. Miras uyuşmazlıklarından ziyade aile uyuşmazlıklarına daha uygun bir modeldir³⁰⁸.

1.1.3.6. Dönüştürücü Arabuluculuk (Transformative Mediation)

Dönüştürücü arabuluculuk modelinde arabulucu tarafların kendileri ve diğer tarafla olan ilişkisinin olumluya çevrilmesine yardımcı olmaya çalışır. Yapılandırılmış arabuluculuktan farklı olarak sadece çözüme odaklanmaz. Geçmişte yaşanan çatışmaları da ele alır ve tarafların birbirini anlamalarını sağlamaya çalışır³⁰⁹. Uyuşmazlığın çözümü konusunda ise müdahaleci davranmaz kararın sorumluluğunu tarafların almasını sağlar³¹⁰.

³⁰⁵ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 34.

³⁰⁶ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 35; Şıpka-Özden-Akipek Öcal (Edt.), Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, s. 77. Fakat bu arabuluculuk modeline göre arabulucunun katılımcılardan daha aktif rolde olmasının arabulucunun tarafsızlık sıfatına zarar vermesi ve boşanma aşamasına gelmiş eşlerin duygusal hareket etmemeleri mümkün olmaması nedeniyle bu modelden gerekli yararın sağlanamayacağına dair bkz. Fırat, “Aile Arabuluculuğu”, s. 124.

³⁰⁷ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 42; Christopher W. Moore, Arabuluculuk Süreci, Çev. Tarkan Kaçmaz-Mustafa Tercan, Ankara, Nobel Yayınevi, 2016, s. 50; Şıpka-Özden-Akipek Öcal (Edt.), Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, s. 77.

³⁰⁸ Şıpka-Özden-Akipek Öcal (Edt.), Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, s. 77.

³⁰⁹ Robert A. Baruch Bush-Joseph P. Folger, Arabuluculuk ve Getirileri, Çev. Gamze Sart, Ankara, Nobel Yayınevi, 2013, s. 223; Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 37; Şıpka-Özden-Akipek Öcal (Edt.), Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, s. 78; Seda Özmumcu, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli”, İstanbul, İÜHFM, 2015, C. LXXIII, S.2, 2015, s. 327; Zumeta, “Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation”; Brown, “Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains its Appeal”.

³¹⁰ Bush-Folger, Arabuluculuk ve Getirileri, s. 223; Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 37; Şıpka-Özden-Akipek Öcal (Edt.), Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, s. 78; Özmumcu, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli”, s. 327.

1.1.3.7. Ekosistemik Arabuluculuk (Ecosystemic Mediation)

Ekosistemik arabuluculuk modelinde çocuk diğer arabuluculuk modelinde olduğu gibi obje değil süje konumundadır³¹¹. Yani çocukla ilgili meseleler arabuluculuk sürecinde müzakere konusudur. Oysa bu modelde çocuğun üstün menfaati ön plandadır ve çocuğun fikri de göz önünde bulundurulur. Ayrıca bu modelde aileyi en geniş anlamıyla tanımlanır. Zira anne, baba, çocuklar yanında büyükanne, büyükbaba hatta kardeşler de bu kapsama dahil edilebilmektedir³¹².

1.1.4. Uyuşmazlığın Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi

6325 Sayılı HUAK 1. maddesinin 2. Fıkrasına göre üzerinde arabuluculuk, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulacaktır. Yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da bu kapsama dahildir³¹³. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani “sulh”³¹⁴ olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları bağlamında elverişli olacaktır³¹⁵. Arabuluculuğun uygulama alanı için belirlenen bu ölçüt; Av. K. 35/A maddesi, HMK 308. maddenin 2. fıkrasında yer alan kabul, 313. maddenin 2. fıkrasında yer alan sulh ve HMK 408. maddede yer alan tahkim düzenlemesinde belirlenenle benzerdir. Fakat tahkimdeki ölçüt arabuluculuktan farklıdır. Zira HMK 408. maddeye göre taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ve iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlere

³¹¹ Parkinson, “Wider Perspectives in Family Mediation: An Ecosystemic Approach”, s. 65 vd. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 45; Şıpka-Özden-Akipek Öcal (Edt.), Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, s. 78.

³¹² Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 46; Şıpka-Özden-Akipek Öcal (Edt.), Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, s. 79. 1989'dan beri, Amerikan Barolar Birliği ve diğer gruplar, büyükanne ve büyükbaba için de kişisel ilişki kurma konusunda arabuluculuğu tavsiye etmektedir. Bilgi için bkz. Holly A. Streeter-Schaefer, "A Look at Court Mandated Civil Mediation", Drake Law Review, 2001, Vol. XLIX, N. 2, s. 380.

³¹³ Yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar, uyuşmazlığa taraf olan kişilerden en az birinin yabancı olması veya ikametgahının yabancı ülkede olması veya orada sürekli oturuyor olması, uyuşmazlık konusu şeyin yabancı ülkede bulunması veya uyuşmazlık konusu hukuki işlemin veya sözleşmenin yabancı bir ülkede yapılması veya icra edilmesi yahut uyuşmazlığa konu olan sözleşmenin taraflarının yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmış olmalarıdır. Bu hususa ilişkin bkz. Aysel Çelikel-Bahadır Ekrem, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, Yenilenmiş 14. Bası, s. 10; Engin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, Yenilenmiş 21. Bası, s. 5; Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2016, 4. Bası, s. 55-56.

³¹⁴ Belçika hukukunda arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıkların tespiti konusunda sulhe elverişlilik ölçütü kullanılmış olup boşanma, boşanmanın hukuki sonuçları ve birlikte yaşamadan doğacak uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebileceğine ilişkin bkz. Öztürk-Yarar, “AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları”, s. 1363.

³¹⁵ Madde gerekçesinden.

ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. İki tarafın da iradesine tabi olmayan yani bir işlemin hukuki geçerliliği için kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli olmadığı işler ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği işler aynı doğrultuda değerlendirilmemelidir³¹⁶. Zira HMK 226. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentlerinde ayrı hususlar olarak düzenlenmiştir. Arabuluculuk sonunda dava yolu kapatılmadığından ve tahkimden çok farklı esaslara tabi olduğundan uygulama alanını belirlerken daha geniş bir yorum yapılmalıdır³¹⁷.

Kamu düzeninden sayılması nedeniyle tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına imkân vermeyen hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar arabuluculuğun uygulama alanına girmez³¹⁸³¹⁹. Kamu düzeni belirsiz bir kavramdır. Toplumdan topluma, zamandan zamana değişiklik gösterdiği için dar şekilde yorumlanması mümkün değildir³²⁰. Kamu düzenini genel olarak tanımlamak gerekirse toplumun genel yapısını ve temel menfaatlerini koruyan ve zorunlu görülen kurallar bütünü olduğu söylenebilir³²¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre kamu düzeni *“Ahlak ve dürüstlük kurallarını, toplumun temel ilke ve yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasa’da yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık*

³¹⁶ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1186; Bulur, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, s. 503. Aksi görüş için bkz. Ömer Ulukapı-Emre Kıyak, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, C. II, s. 1665; Akil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, s. 81; Ejder Yılmaz, Arabuluculuğun Yasa İle Düzenlenmesi (“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı”nın Değerlendirilmesi), Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 1285.

³¹⁷ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1186; Bulur, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, s. 499.

³¹⁸ 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 1. madde gerekçesinden.

³¹⁹ Kamu düzeninin yanında emredici kurallara, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olan veya konusu imkânsız olan arabuluculuk sözleşmesi geçersizdir. Zira arabuluculuk sözleşmesi de bir sözleşmenin geçerli olması için gerekli olan tüm şartlara sahip olmalıdır.

³²⁰ Bulur, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, s. 500; M. Turgay Bilge, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitapevi, 2014, s. 99.

³²¹ M. Kemal Oğuzman-M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 83; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara, Genişletilmiş 20. Bası, s. 108; Süha Tanrıver, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, Makalelerim I (1985-2005), Ankara, 2005, s. 110-111; Çelikel-Ekrem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 151; A. Gündüz Ökçün, Devletler Hususi Hukuku’nun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 1997, s. 14; Mustafa Topaloğlu, “Tahkimde Kamu Düzeninin Etkisi”, International Conference on Eurasian Economies 2013, s. 890.

oluşturan olgular kamu düzenini ihlal eden olgulardır.”³²². AYM’e göre ise “Kamu düzeni deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunu sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır.”³²³.

Bir görüşe göre³²⁴ kamu düzeninden olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde tasarruf edemeyeceği boşanma, velayet, velayetin kaldırılması, soybağının tespiti, babalık davası gibi konular arabuluculuğa elverişli değildir. Buna rağmen başka bir görüşe göre³²⁵ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulması, diğer hısımların çocukla kişisel ilişkisi gibi konular bakımından aile arabuluculuğunun yararlı olabileceği ileri sürülmüştür. Zira aile uyuşmazlıklarında arabuluculukla sağlanması öngörülen amaç, çocuğun üstün menfaatinin korunması için ebeveynler arasında çıkacak anlaşmazlıkların engellenmesidir³²⁶. Aksi halde aile ilişkilerinin yapısı gereği süreklilik arz etmesinden dolayı uyuşmazlıkların daha sonra da devam etmesi ortak çocuk açısından üzücü ve yıpratıcı sürecin devam etmesine neden olacaktır. Ayrıca karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler dikkate alındığında boşanma, evliliğin butlanı, velayetin kaldırılması gibi

³²² YHGK, 6.5.1998, E. 12-287 K. 325.

³²³ RG. 17.04.1964. S. 11685; AYM, 28.1.1964 E. 19631128 K. 1964/8.

³²⁴ Tanrıver, Türk Aile Mahkemeleri, s. 88; Yıldırım, “Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları”, s. 259; Börü, “Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler”, s.1050-1051; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), s.83; Bozdağ, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği”, s. 104; Kaplan Güler, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarından Arabuluculuk, s. 78, 181, 182, 193; Şimşek, “Aile Hukuku’na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu İle İlgili Değerlendirme”, s. 70.

³²⁵ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 848 v.d.; Başözen, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Değerlendirme”, s. 236; Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci(Aile) Danışmanlığı”, s. 28; Özcan, “Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu”, s.393; Demircioğlu, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği”, s. 75; Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”, s. 85; Ayrıca bu konuda Aile Arabuluculuğu Çalıştayını Tespitleri için bkz. Yıldız, “Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler”, s. 39 v.d.

³²⁶ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 849; Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 11; Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci(Aile) Danışmanlığı”, s. 28; Demircioğlu, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği”, s. 56; Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı, s. 82.

kamu düzenine ilişkin konularda da aile arabuluculuğunun yararlı olabileceği düşünülmektedir³²⁷.

Aile hukuku uyuşmazlıklarında diğer hukuk uyuşmazlıkları yargılamasında geçerli olan ilkeler yönünden farklılıklar bulunmaktadır. Aile birliğinin önemi, saygınlığı ve korunması gerekliliğidir³²⁸. Nitekim AY'ın "ailenin korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41. maddesinde devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Tasarruf ilkesi (HMK m. 24), taraflarca getirilme ilkesi (HMK m. 25), taleple bağlılık ilkesi (HMK m. 26) yargılamaya hâkim olan ilkelerdendir. Fakat kamu düzeninin söz konusu olduğu davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi ve resen harekete geçme ilkesi uygulanmaktadır. Boşanma davalarında bazı istisnai düzenlemeler dışında tasarruf ilkesi uygulanmaktadır³²⁹. Tasarruf ilkesinin birden çok görünümü bulunmaktadır³³⁰. Tasarruf ilkesinin ilk görünümü kendiliğinden dava açılmayacağına ilişkindir. Kimse kendi lehine dava açmaya zorlanamaz ve hâkim tarafların talebi olmadan kendiliğinden davayı inceleyemez, karar bağlayamaz (HMK m. 24/1,2). Boşanma davalarında kendiliğinden dava açılma söz konusu değildir³³¹. Tasarruf ilkesinin bir diğer görünümü ise dava konusunun belirlenmesinde tasarrufun taraflara ait olmasıdır³³². Buna göre tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edeceği dava konusu hakkında dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder (HMK m. 24/3). Diğer bir görünüm ise tarafların açtıkları davayı sona erdirebilmesidir. Davadan feragat her

³²⁷ Börtü, "Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler", s. 1052.

³²⁸ İbrahim Ercan, "Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri", S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, 2014, C. IV, S. 2, s. 249.

³²⁹ Boşanma davasında tasarruf ilkesine bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalar TMK 184. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre taraflara yemin önerilmez, tarafların ikrarı hâkimi bağlamaz.

³³⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nedim Meriç, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, 2014, C. IV, S. 2, s. 23 v.d.

³³¹ TMK, kamu düzenini nedeniyle bazı davalarda (m. 89-Derneğin sona ermesi, m. 116-Vakfın sona ermesi, m. 146-Evliliğin mutlak butlanı, m. 294-Sonradan evlenme ile soybağının kurulması, m. 298-Tanımanın iptali, m. 318-Evlilik ilişkisinin kaldırılması) dava açma yetkisini Cumhuriyet savcısına vermektedir. Fakat burada da savcının talebi gerektiğinden bunları istisna olarak kabul etmemek gerektiğine dair bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir Yayıncılık, Ankara, 2001, C. II, s. 1918.

³³² Boşanma davasında tasarruf ilkesinin bu görünümü ile ilgili istisnası TMK 170. madde 3. fıkrada yer almaktadır. Bu maddeye göre boşanma davası açılmasına rağmen, ortak hayatın yeniden kurulma ihtimali bulunması halinde ayrılığa karar verebilir.

zaman mümkündür. Kabul ve sulh konularında ise sınırlamalar bulunmaktadır. Boşanma davalarında kabul geçerli değildir. Kabul ve sulh anlaşmalı boşanma sözleşmesi bağlamında değerlendirildiğinde ise boşanmanın fer' i sonuçları bakımından hâkimin onayına tabi olacaktır. Bu hususlardan hareketle tasarruf yetkisinin belirli durumlarda sınırlandırıldığı söylenebilir. Taraflarca getirilme ilkesi ise boşanma davaları bakımından da uygulanmaktadır. Bu ilkeye göre tarafların dava malzemelerini mahkemeye getirmesi gerekir, mahkeme bunları kendiliğinden toplamaz ve dikkate almaz. Fakat boşanma davalarında mahkeme tarafların getirmiş olduğu vakıaları hükme esas almak zorunda değildir bunların doğruluğuna vicdanen kanaat getirmesi gerekir³³³. Görüldüğü üzere boşanma davalarında kamu düzeni ve kamu yararı baskın olduğu halde hukuk politikası bazı sınırlamalar getirmekle birlikte diğer hukuk yargılamalarında da benimsenen ilkeleri uygulamayı tercih etmiştir. Kamu düzeninden olması nedeniyle her aşamada hâkimin aktif rol üstlendiği bir yargılama söz konusu değildir. Bu konuda kıyas yapmak gerekirse HUAK'IN mehzar kanun ülkesi olan Avusturya, ilk olarak aile hukuku konularında arabuluculuğu düzenlemiştir. Avusturya'da boşanma uyuşmazlıklarında gerek tasarruf ilkesi gerek taraflarca getirilme ilkesi uygulanması oldukça sınırlandırılmıştır³³⁴. Fakat boşanma davalarında hâkimin aktif rol üstlendiği Avusturya dahi aile arabuluculuğunda öncü devletlerden biridir. Bu sebeple kamu düzeni sayılan bütün uyuşmazlıklar için arabuluculuğun elverişli olmayacağı ileri sürülmemelidir. Çocuğun üstün yararı, aile mahremiyeti, aileye verilen önem ve değer sebebiyle bazı aile hukuku uyuşmazlıklarının alternatif yollarla çözülmesine izin verilmiştir³³⁵. Yani aslında bu düşüncenin temelinde de kamu yararı bulunmaktadır³³⁶. Ayrıca boşanma hukuku alanında gitgide daha esnek ve liberal bir görüşün yaygınlaşmakta olduğu da ileri

³³³ Boşanma davalarında kamu yararı sebebiyle dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin bertaraf edilebileceğine ilişkin bkz. Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul, 2000, C. I-II, Gözden Geçirmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, s. 250.

³³⁴ Ercan, "Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri", s. 259, 260, 263, 264.

³³⁵ Wolff, "The Best Interest of the Divorcing Family-Mediation Not Litigation", s. 69; Folberg, "Mediation of Child Custody Disputes", s. 420; Brown, "Divorce and Family Mediation: History, Review, Future Directions", s. 16; Spencer-Zammit, "Mediation-Arbitration: A Proposal for Private Resolution of Disputes between Divorced or Separated Parents", s. 939.

³³⁶ Mnookin- Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", s. 958.

sürülmektedir³³⁷. Mukayeseli hukukta aile hukuku uyuşmazlıklarının arabulucular eşliğinde çözümlenen bir konu olarak görülebilmesi ve aynı şekilde boşanmanın idarî makamlarca verilen kararlar yoluyla evliliğin sonlandırılabilmesi de bu esnek ve liberal anlayışın göstergesidir³³⁸.

Boşanmanın sonuçlarından maddi ve manevi tazminat³³⁹, yoksulluk nafakası³⁴⁰, iştirak nafakası³⁴¹, velayet³⁴², kişisel ilişki kurma³⁴³, eşlerin ortak mallarının paylaşımı, malvarlığının tasfiyesi³⁴⁴, kadının eşinin soyadını taşımasına

³³⁷ Konu hakkında bkz. Veronika Gaertner, “European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments”, *Journal of Private International Law*, 2006, Vol. II, N. 1, s. 112.

³³⁸ Gaertner, “European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments”, s. 112. Ayrıca Portekiz, Estonya, Danimarka gibi bazı ülkelerde idarî makamlarca verilen kararlar yoluyla evliliğin sonlandırılabilmesi ilişkin bkz. European Commission, Commission staff working paper- Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, s. 6.

³³⁹ Boşanmada maddi ve manevi tazminat TMK 174. maddede düzenlenmiştir. Buna göre mevcut ve beklenen menfaatleri boşanma nedeniyle zedelenen kusursuz ya da daha az kusurlu taraf maddi tazminat, boşanma nedeniyle kişilik hakkı zedelenen taraf kusurlu olan taraftan manevi tazminat talep edebilir. Boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TMK m. 178).

³⁴⁰ Yoksulluk nafakası TMK 175. maddede düzenlenmiştir. Buna göre boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olan taraf talebi halinde diğer tarafın kusurundan daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında nafaka isteyebilmektedir. Boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TMK m. 178).

³⁴¹ İştirak nafakası, boşanmaya karar verilmesi hâlinde velayeti kendisine verilmeyen eş aleyhine, ergin olmayan çocuk lehine herhangi bir talep olmaksızın da hâkim tarafından hükmedilen nafaka türüdür. İştirak nafakası TMK 182. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre ergin olmayan çocuğun yetiştirilmesi için, çocuğun yiyecek, giyecek, barınma, sağlık, dinlenme, eğitim ve öğretim, harçlık ve ulaşım gibi giderlerine velayet kendisine verilmeyen eşin mali gücü oranında katılmasını sağlamaktır. İştirak nafakası, çocuğun yaşı, eğitim durumu, günün ekonomik koşulları ile genel ihtiyaçlar ve ana babanın mali durumuna göre takdir edilir. İştirak nafakası, hukuki niteliği bakımından bir bakım nafakasıdır.

³⁴² Velâyet, küçüklerin ve bazı durumlarda kısıtlı çocukların kişiliklerinin ve malvarlığının korunması ve aynı zamanda onların temsil edilmesi konusunda kanunun ana babaya yüklediği ödevler ile bu ödevlerin gereği olan hakların tümüdür. TMK 182. madde 1. fıkraya göre mahkeme boşanma ve ayrılığa karar verirken olanak oldukça ana ve babayı dinlenmesinden sonra ana ve babanın haklarını ve çocukla ilgili diğer hususları düzenler.

³⁴³ Mahkeme tarafından velayet hakkı kendisine verilmeyen taraf ile çocuk arasında çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları da göz önünde tutularak kişisel ilişkisi düzenlenir (TMK m. 182/2).

³⁴⁴ Eşler arasındaki evliliğin boşanma ile sona ermesinin sonuçlarından biri de mal ve paraların paylaşılması yani mal rejimi tasfiyesidir. Mal rejimine ilişkin düzenlemeler TMK 202. madde ile 281. madde arasında yer almaktadır. Evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde mal rejimi dava tarihinde geçerli olmak üzere sona erer. Mal rejimi tasfiyesi için boşanma kararının kesinleşmesi gerekir. Boşanma davasıyla birlikte talebi halinde boşanma davası bekletici mesele yapılır. Ailenin ortak kullanımındaki ve eşlerin eşit paylaştığı konutunun ve ev eşyasının kullanımına ilişkin konularda eşler anlaşmaya varabilirler. Konutta kalmaya devam eden eş, bu hakkını tapu kütüğüne şerh

izin verilmesi³⁴⁵ konuları arabuluculuğa elverişli olabilmelidir. Maddi ve manevi tazminat, yoksulluk nafakası, eşlerin ortak mallarının paylaşımı, malvarlığının tasfiyesi, kadının eşinin soyadına izin verilmesi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edeceği konulardandır³⁴⁶. Kamu düzeninin daha ağırlıkta söz konusu olduğu velayet, kişisel ilişki kurma ve iştirak nafakası konularıdır. Fakat tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edeceği konular için dahi devletin bu tür anlaşmaları uygulamak ve taraflar anlaşamadığında anlaşmazlıkları çözmek için etkili ve adil bir mekanizma sağlama yükümlülüğü vardır. Velayet, kişisel ilişki kurma ve iştirak nafakası gibi kamu düzeninin ağır bastığı konularda ise yine tarafların arabuluculuğa gidebilmeleri mümkün olmalıdır. Zira aile ilişkilerinin süreklilik arz etmesi ve evliliğin sona ermesi sonrasında da devam etmesi nedeniyle çekişmeli olan dava sürecinin eşler ve çocuklar yönünden yıpratıcı sonuçlar doğurduğu açıktır³⁴⁷. Boşanan çiftlerin ergin olmayan çocukları bulunduğu bu çocukları korumak devletin sorumluluğundadır³⁴⁸. Özellikle ebeveynlerin anlaşmaları çocuk ihmali ve istismarı konularıyla sınırlı olmak üzere devlet müdahalesi söz konusu olmalıdır³⁴⁹. Ancak bu sorumluluk, devlete

edilmesini isteyebilir. Anlaşmamaları hâlinde, hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, olayın özelliklerini, eşlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve varsa çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurarak bu hakka kimin sahip olacağına boşanma kararıyla birlikte resen karar verir; bu kararında kalma ve kullanma süresini belirleyerek tapu kütüğüne şerhi için tapu memurluğuna bildirir. Hâkim aksine karar vermedikçe hak, belirlenen sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Ancak, bu süre sona ermeden tarafların durumunda değişiklik olması halinde, diğer taraf hâkimden, kararın değiştirilmesini talep edebilir (TMK m. 254)

³⁴⁵ Boşanan kadın boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğunu ve bunun kocasına zarar vermediği ispat ettiği takdirde talep halinde hâkim tarafından kocasının soyadını kullanmasına izin verilir (TMK m. 173/2).

³⁴⁶ Uyumaz-Erdoğan, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", s. 151, 153, 154; Kaplan Güler, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, s. 123, 128, 140; Bilge, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı", s. 104; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 848 v.d.; Başözen, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Değerlendirme", s. 236; Akkaya, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci(Aile) Danışmanlığı", s. 28; Özcan, "Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu", s.393; Demircioğlu, "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği", s. 75; Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı", s. 85.

³⁴⁷ Mnookin- Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", s. 956; Spencer-Zammit, "Mediation-Arbitration: A Proposal for Private Resolution of Disputes between Divorced or Separated Parents", s. 919; David J. Miller, "Joint Custody", Family Law Quarterly, 1979, Vol. XIII, N. 3, s. 412; Folberg, "Mediation of Child Custody Disputes", s. 448.

³⁴⁸ Bkz. Robert H. Mnookin, "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy" Law and Contemporary Problems, 1975, Vol. XXXIX, N. 3, s. 229, 232.

³⁴⁹ Mnookin- Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", s. 958.

sınırsız müdahale yetkisi vermez veya ebeveynlerin bu konuda anlaşmalarını engelleyecek haklı neden olarak gösterilmez³⁵⁰. Müdahale yetkisinin kapsamı ve neyin bir çocuğun çıkarına en uygun olduğuna dair gerçek bir tespit ise oldukça belirsizlik arz etmektedir³⁵¹. Bu müdahale tahmine dayalı ve gerçek hayata ne kadar uygun olduğu tespit edilmeyen ve her aile ilişkisinde genel geçerliliği peşinen kabul edilen belli kalıp değerlerin empoze edilmesinden ileri gitmeyebilir³⁵².

1.1.5. Aile İçi Şiddet Konusu

6325 sayılı HUAK 1. maddenin 2. fıkrasına göre aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Aile içi şiddet kapsamı ise Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye ilişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)³⁵³ ve 6284 sayılı Aile Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da belirlenmiştir. İstanbul Sözleşmesi'nin tanımlar başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde aile içi şiddet başlığı altında ve Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da ise tanımlar başlıklı 2. Maddesinin 1. fıkrasının b bendinde "aile içi şiddet" ile aynı ifadedeki "ev içi şiddet" başlığı altındaki tanımda şiddet mağduru ve şiddeti uygulayan aynı evi paylaşmasa da aile bireylerine veya aile mensubu sayılan diğer bireylere uygulanan aile içi şiddet her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemleri kapsamaktadır.

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye ilişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi 48. maddeye göre taraf devletleri, sözleşmenin kapsamına giren her türlü şiddete ilişkin olarak arabuluculuk ve uzlaştırma da dahil olmak üzere, zorunlu alternatif çözüm yollarını yasaklamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır. Bu maddede, şiddetin cezasız kalmaması ve şiddetin cezalandırılması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca bu maddeden hareketle

³⁵⁰ Mnookin- Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", s. 958.

³⁵¹ Bkz. Mnookin, "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy", s. 255, 262.

³⁵² Bkz. Mnookin, "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy", s. 260, 261.

³⁵³ İstanbul Sözleşmesi Türkiye tarafından 11.05.2011 tarihinde imzalanmış, 24.11.2011 tarihinde 6251 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş ve 244 sayılı Kanunun verdiği yetkiyle Bakanlar Kurulu tarafından 10.02.2012 tarihinde onaylanmış ve 08.03.2012 tarihli Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir

kadına karşı şiddetten kaynaklanan uyuşmazlıklar hiçbir şekilde zorunlu arabuluculuğa tabi tutulamaz. Bu maddenin aksi yorumundan, kadına karşı şiddet iddiasından kaynaklanan uyuşmazlıklar için, arabuluculuğa ancak ihtiyari olarak başvurulabileceği anlaşılmaktadır³⁵⁴.

Karşılaştırmalı hukuk doktrininde aile içi şiddet iddialarını içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuğun kesinlikle uygulanamayacağı yönünde görüşler³⁵⁵ olmakla birlikte çeşitli nedenlerle arabuluculuğun mümkün olduğunu savunan görüşler de mevcuttur³⁵⁶. Aile içi şiddet iddiasında kesin olarak arabuluculuğun uygulanmayacağını savunan görüşler bu konuda bir iddiada bulunmasa dahi arabulucunun şiddeti veya istismarı tespit edebilecek gerekli eğitimi almamasını büyük noksanlık olarak görmektedir. Zira şiddet veya istismar arabulucu tarafından çatışma olarak görülebilmektedir³⁵⁷. Bu da ortaya çıkacak olan güç dengesizliği veya eşit olmayan pazarlık gücü sebebiyle bir tarafın empoze ettiği anlaşmanın kabulüne sebep olabilecektir. Bu da arabuluculuk kurumunun amacı ile bağdaşmaz.

Arbuluculuğa başvurunun mümkün olabileceğini savunan görüşlere göre boşanma aşamasına gelmiş evliliklerde bir miktar fiziksel, duygusal, cinsel, ekonomik istismarın var olduğu kabul edilir³⁵⁸. Bu tür uyuşmazlıklarda her olaya göre arabuluculuğa uygunluk değerlendirilmektedir³⁵⁹. Bu değerlendirmede şiddetin sıklığı, derecesi, başlangıcı, alkol ve uyuşturucu bağımlılığı, tarafların psikolojik

³⁵⁴ Özбек, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.1190; Börü, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, s. 194.

³⁵⁵ Bkz. Sarah Krieger, “The Dangers of Mediation in Domestic Violence Cases”, Cardozo Women’s Law Journal, 2002, Vol. 2, s.235 v.d.; Laurel Wheeler, “Mandatory Family Mediation and Domestic Violence”, Southern Illinois University Law Journal, 2002, Vol. 26, 2002, s. 559 v.d.

³⁵⁶ Bkz. Alison E. Gerencser, “Family Mediation: Screening for Domestic Abuse”, Florida State University Law Review, 1995, Vol. 23, N. 1, s. 43 v.d.; Alexandra Zylstra, “Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators”, University of Missouri School of Law Scholarchip Repository, 2001, N. 1, s. 253 v.d.; Kathleen O’Connell Corcoran-James C. Melamed, “From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation”, Mediation Quarterly, 1990, Vol. VII, N. 4, 303 v.d.

³⁵⁷ Karla Fischer-Neil Vidmar-Rene Ellis, “Culture of Battering and the Role of Mediation in Domestic Violence Cases”, SMU Law Review, 1993, Vol. XLVI, N. 5, s. 2118.

³⁵⁸ Gerencser, “Family Mediation: Screening for Domestic Abuse”, s. 59; Zylstra, “Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators”, s. 253; Corcoran-Melamed, “From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation”, s. 303-304.

³⁵⁹ Zylstra, “Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators”, s. 258-259; Corcoran-Melamed, “From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation”, s. 303.

rahatsızlığa sahip olup olmadığı dikkate alınır³⁶⁰. Arabulucunun bu tür davalara uygun olarak eğitilmiş olması, şiddetin seyrek olması veya mağdur tarafın korunmuş olması ve tarafların eşit bir şekilde müzakere edebileceği bir ortamın oluşturulması (örneğin mekik arabuluculuğu gibi) bu tür uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapılabilmesinin mümkün hale getirmektedir³⁶¹. Arabuluculuğu kesin olarak reddedenlerin ileri sürdüğü gerekçelere karşı bu görüşü savunanlar temel arabuluculuk eğitimiyle arabuluculara şiddet ve istismarın tespiti konusunda gerekli yeterliliğin sağlanabileceğini, bununla birlikte aile hukuku davalarının gerçekçi resmiyle arabuluculuğun en kötü senaryosu karşılaştırıldığında hırpalanmış eşleri gerçekten başarısızlığa uğratan davaya çok yakın olduğunu ileri sürmektedir³⁶².

Arabuluculuğa başvurunun mümkün olabileceği görüşünü ileri sürenlere göre boşanma sürecinde düşmanlık, tehdit, suçlama, korku artmakta ve dolayısıyla taraflar arasındaki çatışma daha da şiddetlenmektedir³⁶³. Dava yolu ilişkisi “kazan-kaybet” ilişkisine dönüştürdüğü için taraflar arasında sağlıklı olmayan iletişim ve çatışma boşanma sonrasında da devam etmektedir. Fakat arabuluculuk sürecinin hem taraflar arasındaki iletişimi sağlamaya çalışması hem dava yapısı ve kuralları gibi katı olmaması nedeniyle aile içi şiddet içeren uyuşmazlıkların daha özel olarak ele alınıp yapılandırılabilmesi ve tarafların ihtiyaçlarını karşılayacak biçimde şekillendirilebilmesi arabuluculuğu dava yoluna göre daha etkili kılmaktadır³⁶⁴. İngiltere’de yapılan bir çalışmada aile içi şiddet mağdurları tarafından arabuluculuk faaliyetinin desteklendiği ifade edilmiştir³⁶⁵.

³⁶⁰ Gerencser, "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse", s. 59; Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 260-261; Corcoran-Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", s. 310.

³⁶¹ Corcoran-Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", s. 310; Gerencser, "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse", s. 59; Carol J. King, "Burdening Access to Justice: The Cost of Divorce Mediation on the Cheap", St. John's Law Review, 1999, Vol. LXXIII, N. 2, s. 445.

³⁶² Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 259.

³⁶³ Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 260.

³⁶⁴ Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 260; Corcoran-Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", s. 312.

³⁶⁵ Bkz. King, "Burdening Access to Justice: The Cost of Divorce Mediation on the Cheap", s. 444.

Türk hukuk doktrininde de HUAK 1. madde 2. fıkradan hareketle aile içi şiddet içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuğun elverişli olmadığını doğrudan kabul etmenin doğru olmayacağını savunan görüşler bulunmaktadır³⁶⁶. Bu görüşü savunanlar tarafından ağır ve süreklilik göstermeyen şiddet olaylarında aile arasında barışı oluşturmak için arabuluculuğa başvurunun yararlı olabileceği ileri sürülmüştür³⁶⁷. Dava sürecinin taraflar arasındaki düşmanlığı daha da arttırdığını fakat arabuluculuk sürecine katılan tarafların anlaşmak ve uzlaşmak için bir araya geldiklerinin farkına vararak sorumluluk üstlendikleri, öfkelerinin azaldığı, pişmanlıkların ve karşılıklı diyaloglarla anlayış ortamının oluşturulabildiğini ileri sürülmektedirler³⁶⁸. Aile arabuluculuğun amacı da aile içi anlaşmazlığın kapsamını ve şiddetini azaltmaya çalışmaktır³⁶⁹. Bu sebeple arabuluculuğun amacı ile bu husus bağdaşmaktadır. Aile arabuluculuğunu reddeden görüş tarafından taraflar arasında eşitlik sağlanamaması ve pazarlık gücünün eşit olamaması gibi nedenler ileri sürülmektedir. Bu gibi durumlarda aile içi şiddet içeren ihtilaflarda, arabuluculuk faaliyetinin, konusunda uzman olan kişilerin huzurunda ve özel teknikler ile yapılabileceği genel olarak kabul görür³⁷⁰. Özellikle aile içi şiddet gören tarafın güvenliği için görüşmelerin yüz yüze yapılması gerekli değildir, şiddet gören tarafın

³⁶⁶ Bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1195; Börü, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, s. 194; Demir, “Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi”, s. 220; Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler, Öneriler, Sonuç Raporu, s. 126; Akil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, s. 124; Uyumaz- Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, s. 162; Bozdağ, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği”, s. 131.

³⁶⁷ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1194; Akil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, s. 124.

³⁶⁸ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1194; Akil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, s. 124-125. Ayrıca ceza hukukunda uzlaşma kapsamında yer alırken arabuluculuk kapsamı dışında tutulması doğru bulunmadığına ilişkin bkz. Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler, Öneriler, Sonuç Raporu, s. 126; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1194. Aile içi şiddet uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olmamakla birlikte tazminat ve nafaka gibi konularda aile arabuluculuğunu savunan görüş için bkz. Demircioğlu, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği”, s. 73.

³⁶⁹ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 8.

³⁷⁰ Börü, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, s. 192; Bozdağ, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği”, s. 117-118, 130.

güvenliği ön planda olmalıdır. Uygun ortam sağlandığı takdirde telekonferans ile veya mekik arabuluculuk yöntemi (shuttle mediation) ile süreç sürdürülebilir³⁷¹.

Aile arabulucusu ve aile danışmanı bu konuda uyumlu çalışmalıdırlar. Sadece aile arabulucusunun hem meslek hem uyguladığı teknik olarak amaçlanan hususu gerçekleştirmede yeterli olmayabilir. Bu sebeple aile danışmanları da bu süreçte gerekli desteği vermelidir³⁷².

2. BOŞANMA UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK SÜRECİ

2.1. 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde Arabuluculuk Sürecinin İşleyişi

2.1.1. Arabuluculuğa Başvuru

Arabuluculuğa başvuru, HUAK 13. maddesinde düzenlenmiştir. Taraflar gerek dava açmadan önce gerek dava açıldıktan sonra anlaşarak arabulucuya başvurmayı kararlaştırabilirler. Mahkeme de davanın görülmesi sırasında tarafları arabulucuya başvuru konusunda bilgilendirip teşvik edebilir. HUAKY³⁷³ 15. maddeye göre arabuluculuğun temelleri, süreç ve hukuki sonuçlar hakkında bilgilendirdikten sonra arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözülmesinin sosyal, ekonomik ve psikolojik açıdan faydalarını anlatarak onları uzlaşmaya teşvik edebilir. Fakat HMK 137. maddenin 1. fıkrası ve 140. maddenin 2. fıkrasına göre yazılı yargılama usulünün uygulandığı davalarda ön inceleme aşamasında uyuşmazlık konularının tespitinden sonra mahkeme tarafları sulh veya arabuluculuğa teşvik eder ve tarafları arabuluculuk süreci, esasları ve hukuki sonuçları hakkında bilgilendirir. Bu maddeyle hâkime teşvik ödevi verilmiştir³⁷⁴. Buradan hareketle hâkim zorunlu

³⁷¹ Börü, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, s. 192; Bozdağ, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği”, s. 117-118, 130.

³⁷² Börü, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, s. 193. Aile danışmanlığı ile aile arabuluculuğunu birbiriyle bağdaştığını ileri süren görüş için bkz. Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı”, s. 42 vd. Aksi görüş için bkz. Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 21 vd.

³⁷³ RG. 02.06.2018 S. 30439.

³⁷⁴ Tanrıver, “Türk Aile Mahkemesi Hâkimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi”, s. 199; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 173; Ercan, “Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi”, s. 64; Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı”, s. 39; Akkaya, Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, s. 380; Uyumaz - Erdoğan, “Aile

olarak arabulucuya başvuru konusunda tarafları arabuluculuk süreci konusunda aydınlatıp teşvik edecektir³⁷⁵. Karşılaştırmalı hukukta da aile hukuku davalarında mahkemenin bilgilendirme toplantısı düzenleme yetkisine ilişkin örnekler bulunmaktadır³⁷⁶. Fakat hâkime ağır iş yükünün yanında arabuluculuk hakkında bilgilendirme görevi verilmesi yerine arabuluculuk hakkında bilgi verecek bir kurum ya da bir arabulucu tarafından düzenlenecek arabulucuya bilgilendirme toplantısına katılımın teşviki mümkün kılınmalıdır³⁷⁷. Hatta bazı ülkelerde aile uyuşmazlıklarında bu toplantıya katılım zorunlu tutulmaktadır³⁷⁸. Mahkeme tarafından bilgilendirme toplantısına katılma emri verilmesi durumunda dava süreci askıya alınır ve zamanaşımı süreleri işlemez³⁷⁹.

HMK'nın 137/1 ve 140/2 maddeleriyle Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu' nun 7/1 maddesi uyum içerisindedir³⁸⁰. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu' nun 7. maddesinin 1. fıkrasına göre aile mahkemesi hâkimleri aile içindeki sevgi, saygı ve hoşgörünün devamı amacıyla baktıkları dava ve işlerde esasa girilmesinden önce

Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", s. 134; Aras, "Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözüme Teşviki", s. 304.

³⁷⁵ Maddenin gerekçesine göre "İkinci fıkra sulhe ilişkin özel bir fıkradır. Tarafların anlaşmazlık noktaları tespit edildikten sonra, deyim yerindeyse uyuşmazlığa ilişkin resim daha net olarak ortaya çıkacaktır. Ön inceleme safhasında, anlaşmazlık noktalarının az veya çok olmasına bakılmadan, hâkimin, tarafları sulhe teşvik etmesi zorunludur. Hâkimin, bunu şeklen, bir hükmü mecburen uygulamak için değil, samimi bir çaba olarak yerine getirmesi gerekir. Hâkim, tarafların sulh olmalarının mümkün olduğu, bu konuda bir süreye, karşılıklı görüşmeye ihtiyaç duyduklarını anlarsa, sulh olmaları için bir defaya mahsus olmak üzere süre de vererek, yeni bir oturum günü belirleyebilir. Bu süre, tarafların talebi üzerine veya hâkim tarafından kendiliğinden verilebilir. Süre verilmesi konusunda, talebin olup olmaması önemli değildir. Önemli olan, hâkimde tarafların uzlaşabilecekleri yönünde ciddi bir kanaatin oluşmasıdır. Bazen taraflar, psikolojik sebeplerle bu konuda bir süre talep etmeyebilirler. Hâkim buna rağmen, tarafların durumunu ve niyetlerini dikkate alarak süre vermelidir. Bu süre içinde taraflar, karşılıklı görüşerek veya bir arabulucu ya da uzlaştırıcı yardımıyla uyuşmazlığı çözebilirler. Yargılamanın başlamış olması, yargılama dışında alternatif yolların kapatıldığı anlamına gelmemelidir.". 22.06.2013 tarihinde bu maddeye 6325 sayılı kanunun 35. maddesiyle "arabuluculuk" ifadesi eklenmiştir. 28.07.2020 tarihinde 7251 sayılı kanunun 14. maddesiyle de "sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatarak sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder" şeklinde değiştirilmiştir.

³⁷⁶ Buna ilişkin bkz. Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 159; Nino Lipartia, "Family Mediation- Alternative Means of Discussion of Family Legal Disputes," Journal of Law, 2015, N. 2, s. 74; Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 12.

³⁷⁷ Selçuk Öztekin, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş ve Eleştiriler", Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 21.

³⁷⁸ İngiltere, Galler, İspanya, Almanya örneği için bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 11, 12, 420 441.

³⁷⁹ Bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 420, 441.

³⁸⁰ Tanrıver, Türk Aile Mahkemeleri, s. 84.

sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Her ne kadar maddede sulhe teşvikten söz edilse de bu kapsamda arabulucuya da yönlendirebilecektir³⁸¹. Fakat Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu gereğince mahkemenin arabuluculuğa teşvikiyle HMK gereğince mahkemenin arabuluculuğa teşviki tam anlamıyla örtüşmemektedir. Zira HMK’da taraflar sulh yaparak uyuşmazlığı tamamen sona erdirmekte fakat Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu’na göre eşler anlaşarak evlilik birliğini sona erdirememektedir. Buradaki amaç boşanmayı önlemek ve evlilik birliğini korumaktır. Fakat bu doğrultu da eğer bu amaç mümkün olmazsa eşler boşanmanın hukuki sonuçlarına ilişkin anlaşma yapabilmelidir. Üstelik bu durum sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edeceği değil bütün uyuşmazlıklar için mümkün olabilmelidir³⁸². Doktrinde de genel olarak bu görüş benimsenmiştir.

Ön inceleme aşamasından sonra da yargılamanın her aşamasında anlaşma ihtimalinin bulunduğu durumlarda mahkeme tarafları arabuluculuğa teşvik edebilecektir (HUAK m. 13/1)³⁸³. Taraflardan biri arabuluculuğa başvuru konusunda karşı tarafa teklifte bulunmuş ve otuz gün içinde kabul edilmemişse bu teklif reddedilmiş sayılır (HUAK m. 13/2). Tarafların arabulucuya başvuru konusunda anlaşmaları halinde yargılama mahkeme tarafından üç ayı geçmemek üzere ertelenir.

³⁸¹ Tanrıver, Türk Aile Mahkemeleri, s.86, 87; Tanrıver, “Türk Aile Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi”, s. 200.

³⁸² Uyumaz- Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, s. 136; Börü, “Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler”, s. 1049; Ercan, “Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi”, s. 89; Tercan, “Türk Aile Mahkemeleri”, s. 48; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 866; Ayrıca aksi görüş için bkz. Akkaya, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, s. 383.

³⁸³ Maddenin gerekçesine göre “...Taraflar, dava açmadan önce veya dava açtıktan sonra anlaşarak doğrudan kendileri bu yola başvurabilirler. Bunun için iki tarafın anlaşmış olmaları gerekli ve yeterlidir. Ayrıca, bir dava açıldıktan sonra mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir. Bir davanın başında veya yargılamanın ilerleyen aşamalarında, taraflar arasındaki uyuşmazlık konuları iyice belirlendikten sonra, özellikle tarafların çok az konuda uyuşmazlık içinde oldukları ya da belirli bir anlaşma zemini bulunduğu tespit edilirse, mahkemenin, tarafları bu yola teşviki yararlı olacaktır. Hâkimlerin, yargılamanın değişik aşamalarında, uzlaşabilecekleri kanaatine varmaları hâlinde, taraflara bu şansı vermeleri ve teşvik etmeleri doğrudur.”.

Tarafların talebi halinde bu süre üç ay daha uzatılabilir (HUAK m. 15/5). Bu da arabuluculuğun yargılamayı erteleyici etkisini göstermektedir³⁸⁴.

Aile Mahkemelerinin Kurulu, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinin a bendine göre evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri gerektiğinde uzlaştırır. Bunun için 5. maddeye göre atanan uzmanlardan birini ya da birkaçını görevlendirebilir. Yine bu doğrultuda TMK 195. maddeyi de bu şekilde değerlendirmek gerekmektedir. Yine bu maddeye göre evlilik birliğinden doğan sorumluluk veya önemli bir konu hakkında hâkimin müdahalesi istenebilir bu durumda hâkim ya bizzat ya da uzmanlar aracılığıyla uzlaştırarak uyuşmazlığı çözmeye çalışır. Burada mahkemenin bizzat kendisi arabulucu görevindedir ya da aile mahkemesi uzmanları aracılığıyla bu görev yerine getirilir³⁸⁵. Fakat bu kapsamda yürütülen süreç bakımından HUAK uygulanmayacaktır. Zira burada mahkeme bağlantılı arabuluculuk³⁸⁶ veya yargısal arabuluculuk söz konusu olacaktır³⁸⁷. Bazı ülkelerde bu yöntem uygulanmaktadır³⁸⁸. Bu konuda ülkemizdeki düzenlemeler yetersizdir. Zira düzenlemelere göre ya “*evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi*” ya da “*önemli bir konuda*”

³⁸⁴ Maddenin gerekçesine göre “*Beşinci fıkra, dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurulması hâlinde bunun yargılamaya etkisi düzenlenmiştir... Yani arabulucuya başvurunun belirtilen sürelerle yargılamayı erteleyici bir etkisi olacaktır.*”

³⁸⁵ Tanrıver, “Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, s. 952; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 173; Tanrıver, “Türk Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi”, s. 200; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 81; Akkaya, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, s. 381; Bilge Öztan, Aile Hukuku, s. 718.

³⁸⁶ Mahkeme bağlantılı arabuluculuk, mahkeme tarafından yetkilendirilen ve yönetilen bir arabuluculuktur. Mahkemenin arabulucular listesinden arabulucu ataması suretiyle gerçekleşir. Fakat AY'ın 140. maddesinin 5. fıkrası gereği hakimler kanunda belirtilenler dışında resmi ya da özel hiçbir görev alamazlar. HUAK'ta zaten hâkime böyle bir görev verilmemiştir. Örnek vermek gerekirse HMK 416. madde 1. fıkra b ve c bentleri gereği tarafların tahkime başvurmaları ve hakem seçimi konusunda anlaşamamaları durumunda hâkime hakem seçebilme yetkisi verilmiştir. Aynı şekilde HMK 267. madde 1. fıkra ve 268. madde 1. fıkra gereği hâkime bilirkişi seçme yetkisi verilmiştir. Oysa mevcut düzenlemeler gerek dava açılmadan önce gerek dava açıldıktan sonra hâkime arabulucu atama yetkisi vermemektedir. Bu konuda bkz. Alper Bulur, “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, 2015, C. I, s. 508-509.

³⁸⁷ Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 82.

³⁸⁸ Court Connected Family Mediation Programs in Canada, s. 41-55. Söz konusu eserde Kanada (s.41-48), ABD (49-53) ve İngiltere s.53-54) örnekleri bulunmaktadır; Schonewille-Shonewille, The Variegated Landscape of Mediation: A Comparative Study of Mediation Regulation and Practices in Europe and the World, s.125, 341, 712. Bu eserde de Danimarka (s.125), Slovenya (s.341), ABD-Kaliforniya (s.712) örnekleri mevcuttur.

uyuşmazlık halinde başvurulabilecektir. “Önemli bir konu” belirsiz bir kavramdır. Boşanmaya ilişkin hususlarda hâkim veya uzmanlar aracılığıyla arabuluculuk görevi yerine getirilip getirilmeyeceği irdelenmelidir. Bu doğrultuda boşanmanın sonuçlarıyla ilgili anlaşma yapabilmeleri de mümkün olmalıdır³⁸⁹. Ayrıca bu kurumun tam anlamıyla uygulanabilmesi için aile mahkemesi hakimlerinin arabuluculuk eğitimi alması gerekmektedir³⁹⁰ Fakat hâkimin uygulayacağı usul de belirsiz olduğundan uygulama alanı bulamamış bir düzenlemedir³⁹¹.

2.1.2. Arabulucunun Seçimi

Mahkeme bağlantılı arabuluculukta hâkim arabulucuyu atar. Mahkeme dışı arabuluculukta taraflar serbestçe arabulucuyu seçebilir³⁹². Nitekim HUAK 14. maddeye göre arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir. Taraflar üçüncü bir kişi ya da kurum tarafından seçilmesini de kararlaştırabilmektedir. Taraflar ya da arabulucuyu seçecek üçüncü kişiler veya kurumlar, arabuluculuk siciline kayıtlı arabulucular tarafından seçilmektedir. Arabuluculuk sicili Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Daire Başkanlığı tarafından tutulur. Arabuluculuk siciline kayıt olabilmek için diğer şartların yanı sıra mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakóltesi mezunu olmak gerekmektedir. Bazı ölkelerde boşanma uyuşmazlıklarında hukukçuların yanı sıra sosyal hizmet uzmanı, terapistler veya hukukçu ve terapist birlikte arabuluculuk yapabilmektedir³⁹³. Fakat aile arabulucularının rolü bu kişilerinden kendi meslek rollerinden farklıdır³⁹⁴. Arabulucu hukukçu ise taraflara

³⁸⁹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 853, 854; Uyumaz- Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, s. 135; Kaplan Güler, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, s. 131; Seda Özmumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul, 2013, B. 3, s. 246; Ayrıca uygulamada sadece ortak hayatın yeniden sürdürölmesine ilişkin bir kez ikna etme çalışmalarıyla sınırlı olduğuna dair bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 855.

³⁹⁰ Özmumcu, Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, s. 247.

³⁹¹ Tanrıver, Aile Mahkemeleri, s. 87; Kaplan Güler, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, s. 131.

³⁹² Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlölükleri, s. 197.

³⁹³ ABD örneği için bkz. Silberman, "Professional Responsibility Problems of Divorce Mediation", s. 107. İngiltere ve Fransa örneği için bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 399, 409; Hukukçu ve terapistlerin birlikte arabuluculuk yaptığı İsveç, Avusturya, Almanya örnekleri için bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 407, 410, 421; Belli meslek kısıtlaması olmayan İspanya örneği için bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 420; Sadece avukat ve hakimlerin arabuluculuk yaptığı Danimarka örneği için bkz. s. 407.

³⁹⁴ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 384.

hukuki tavsiyelerde bulunamaz. Hukuki tavsiyelerde bulunamasa da örneğin güç dengesizliği olduğu durumlarda hukuki tavsiyede bulunması için avukata yönlendirebilir³⁹⁵. Arabulucunun sosyal hizmet uzmanı ya da terapist olduğu durumlarda psikolojik danışmanlık ya da tedavi edici yöntemler uygulamaz³⁹⁶. Fakat uygun hallerde taraflar aile veya evlilik danışmanına başvurma imkânı hakkında da bilgilendirilmelidir³⁹⁷. Arabuluculuk sürecinde taraflara bu kurumlara başvuru imkânı oluşturulmalıdır³⁹⁸. Arabuluculuk, arabulucunun mesleki rolünden farklı bir süreç olsa da bu kişilerin mesleki tecrübesi de göz ardı edilmemelidir. Zira arabulucuların uzman kişilerden oluşması bilirkişiye ve tanığa başvurma ihtiyacını azaltabilmekte ya da ortadan kaldırebilmektedir³⁹⁹. Bu da tarafların masraf ve zamandan tasarruf edebilmelerine imkân sağlamaktadır. Uzman kişiler tarafların istek ve beklentilerini daha iyi analiz edip uyuşmazlığın esasına daha uygun ve kalıcı çözümler üretebilmektedir⁴⁰⁰.

Ceza Muhakemesi Kanunu 253. maddeye göre belirli suçlar uzlaştırma kapsamında sayılmıştır. Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tabi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphe bulunması durumunda dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir ve büro tarafından uzlaştırmacı görevlendirir (CMK m. 253/4). Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 48. maddesinin 3. fıkrası ç bendine göre uzlaştırmacı siciline kaydolmak için *“Hukuk öğrenimi görmüş kişiler yönünden üniversitelerin hukuk fakültelerinden mezun olmak veya hukuk ya da hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat veya maliye*

³⁹⁵ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 27.

³⁹⁶ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 14; Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 21; Börü, “Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler”, s. 1046; Börü, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, s. 193; Bahadır, “Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar”, s.1066; Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”, s. 80.

³⁹⁷ Bkz. Council of Europe, Family Mediation, Recommendation No. R (98) 1, and explanatory memorandum, s. 9.

³⁹⁸ Bkz. Council of Europe, Family Mediation, Recommendation No. R (98) 1, and explanatory memorandum, s. 24.

³⁹⁹ Gülgün Ildır, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, TBB 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 389; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 288; Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s. 86.

⁴⁰⁰ Ildır, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, s. 389; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 288; Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s. 86.

alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış olmak” gerekmektedir. Aynı yönetmelik uzlaştırmacıyı, avukat veya hukuk öğrenimi görmüş kimse olarak tanımlamaktadır (CMK m. 4/1/1). Görüldüğü üzere uzlaştırmacıda arabulucu gibi hukuk fakültesinden mezun olma şartı aranmamaktadır. Bu sebeple adliye çalışanı (zabıt kâtibî gibi) uzlaştırmacı olabilirken arabulucu olamamaktadır. Fakat hukukçu olmayan kişilerin uzlaştırmacı olması da eleştirilmiştir⁴⁰¹. Biz de hukukçu olmayan kişilerin aile arabulucusu olamayacağını düşünmekteyiz. Aile arabuluculuğunda birçok ülke ya sadece avukatların ya avukatla birlikte terapistler ve sosyal hizmet uzmanlarının ya da her iki meslek grubunun da gerekli eğitimleri aldıktan sonra arabulucu olmasına izin vermiştir⁴⁰². Fakat belirli meslek grubu sınırlaması olmadan arabuluculuk eğitimi alan kişilerin aile arabulucusu olmasına genellikle izin verilmemiştir⁴⁰³.

2.1.3. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması ve Sürelere Etkisi

Gerek dava açılmasından önce gerek dava açılmasından sonra arabuluculuk sürecinin ne zaman başlayacağı Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu’nun 16. maddesi 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Dava açılmadan başvurulmuşsa tarafların ilk toplantıya daveti üzerine arabulucu ile arabuluculuk sürecinin devamı konusunda anlaşmaya varması ve durumun tutanakla tespiti ile başlayacaktır. Dava açıldıktan sonra ise mahkemenin arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya arabuluculuğa başvurma konusunda anlaştıklarını yazılı olarak beyan ettiği ya da tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Davanın açılmasından sonra tarafların arabulucuya başvurmayla karar vermeleri halinde mahkeme tarafından dava üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre tarafların talebi ile üç aya kadar uzatılabilir (HUAk m. 15/5). Yani dava açılmasından sonra arabuluculuğa başvurulması halinde arabuluculuk en fazla altı ay içinde sonuçlandırılmalıdır. Sonuçlandırılmadığı takdirde mahkeme davanın açılmamış sayılmasına karar verir. Taraflar arabuluculuk süreci sonunda isterlerse davaya devam edebilirler fakat istemezlerse mahkeme davanın açılmamış sayılmasına karar verecektir.

⁴⁰¹ Bkz. M. Nedim Bekri, “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Uzlaşma”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2016, C. VI, S. 1, s. 96.

⁴⁰² Bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 406 v.d.

⁴⁰³ İstisnai olarak İspanya’nın devlet yasasının böyle bir sınırlama getirmediğine dair bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 420.

HUAK 16. maddenin 2. fıkrasına göre arabuluculuğun sona ermesine kadar geçen süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Arabuluculuğun sona ermesi ise tarafların anlaşmışları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetin nasıl sonuçlandırıldığının arabulucu tarafından tutanakla tespiti ile olur.

2.1.4. Arabuluculuk Faaliyeti

2.1.4.1. Arabuluculuğa Hâkim Olan İlkeler

2.1.4.1.1. İhtiyarılık (Gönüllülük veya İradilik) İlkesi

Arabuluculuğun temel ilkelerinden biri ihtiyari olmasıdır. Yani arabuluculuk sürecine başlamada, devamında, sona ermesinde tarafların iradesi önemlidir. Taraflar herhangi bir zorlama olmaksızın kendi iradeleriyle arabuluculuğa başvurabilir, bu süreci devam ettirebilir ya da sona erdirebilmektedir. Nitekim HUAK 2. maddesinin b bendinde arabuluculuk ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca HUAK 3. madde 1. fıkrada “iradi olma ve eşitlik” başlığı altında arabuluculuk sürecinin başlaması, devam etmesi, sona ermesi ve süreçten vazgeçme konusu tarafların iradesine tabi olacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere HUAK tarafından ihtiyarılık (gönüllülük veya iradilik) ilkesi benimsenmiştir. HUAK 3. maddenin 1. fıkrasının gerekçesine göre sürecin iradi olması ile taraflar sürecin hangi kapsamda ve nasıl yürütüleceği belirleyebilir, istedikleri zaman süreçten çekilebilir ve sürecin nasıl sonlanacağına karar verebilirler. Taraflar ilk olarak uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözme konusunda anlaşmaya varmalıdır. Tarafları zorla sürece dahil etmek mümkün değildir. Aksi halde meşru vasıta ve yollardan hak arama özgürlüğüne ilişkin AY’nın 36. maddesine aykırılık oluşur. Uyuşmazlığın devlet yargısı dışında çözülebilmesi için hem kanuni düzenlemelerle hem uygulamada taraflar teşvik edilebilir ve bunu çekici kılacak tedbirler alınabilir. Ancak tarafları bu yola başvuruya zorlamak bu yolun niteliğine aykırıdır. Ayrıca zorla bu sürece tarafları dahil etmek süreçten beklenen yararı da ortadan kaldıracabileceği gibi tarafların anlaşma mecburiyetinde kalmaları kalıcı uzun süreli anlaşmaları da ortaya çıkarmayacaktır⁴⁰⁴. Her ne kadar madde gerekçesi böyle sebepler ileri sürse de AY’nın “*Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları*” başlıklı 41. maddesinin 2. fıkrasına göre

⁴⁰⁴ Madde gerekçesinden.

“Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.” Bu maddeden hareketle devlet ailenin korunması ve ailenin huzur ve refahı için aile uyuşmazlıklarında dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk öngörebilir.

Modern hukuk sistemlerinde de arabuluculuğun temeli olarak ihtiyarilik (gönüllülük veya iradilik) ilkesi benimsenmiştir. Fakat bazı hukuk sistemlerinde arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunmaktadır. Hatta bu başvuru zorunluluğu ile arabuluculuk mahkeme sisteminin bir parçası veya adli sürecin tamamlayıcısı olarak görülmektedir⁴⁰⁵. Arabuluculuğa başvuru zorunlu olmakla birlikte anlaşma, anlaşmama veya süreci istenilen zamanda sona erdirebilme tarafların isteğine bağlıdır. Buna rağmen bu durum ile ihtiyarilik (iradilik veya gönüllülük) ilkesi tamamıyla ortadan kaldırıldığı için arabuluculuk sisteminden farklı bir sistem oluşturulduğu da ileri sürülmüştür⁴⁰⁶. Zira her ne kadar sadece başvuru için bir zorunluluk öngörülse de aslında tarafların anlaşmaya zorlandıkları, kendi kararlarını kendileri alamadıkları, artık sürecin kontrolünü elinde tutamadıkları ifade edilmiştir. Sonuç olarak arabuluculuktan beklenen faydanın sağlanamayacağı düşünülmüştür⁴⁰⁷. Bunun karşısında sadece sürece başvurunun mecburi olması nedeniyle ihtiyarilik ilkesine aykırı olmadığını ileri süren görüşler de bulunmaktadır⁴⁰⁸. Zira bu görüşe göre taraflar faaliyete devam ettikleri sürece ihtiyarilik ilkesi de uygulanmaya devam edecektir. Başka bir görüşe göre ise taraflar için yararlı olacaksa bu ilkenin meşru bir

⁴⁰⁵ Trina Grillo, "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women", Yale Law Journal, 1991, Vol. C, N. 6, s. 1581.

⁴⁰⁶ Melissa Hanks, "Perspectives on Mandatory Mediation", University of New South Wales Law Journal, 2012, Vol. 35, N. 3, s. 949; Alexandria Zylstra, "The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled", Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, 2001, Vol. 17, N. 1, s. 76; Richard C. Reuben, "Tort Reform Renews Debate over Mandatory Mediation", Dispute Resolution Magazine, 2007, Vol. XIII, N. 2, s. 13; Kürşat Karacabey, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", TBBD, 2016, S. 123, s. 466; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 252.

⁴⁰⁷ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1198.

⁴⁰⁸ Roselle L. Wissler, "The Effect of Mandatory Mediation: Empiricals Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts", Willamette Law Review, 2004, Vol. XXXIII, s. 565; Jacqueline Nolan-Haley, "Mediation Exceptionality", Fordham Law Review, 2009, Vol. LXXVIII, N. 3, s. 1251.

amaç için sınırlandırılmasının mümkün olabileceği ileri sürülmüştür⁴⁰⁹. Bu ayrımların yanında başka bir ayrım ise arabuluculuk sürecinde taraf iradesinin; sürece başvurudan, sürecin işleyişi ve sona ermesine kadar egemen olması gerekip gerekmediği meselesidir. Bunun gerektiğini ileri süren görüşler⁴¹⁰ mevcut olmakla birlikte iradilik ilkesinin aşamalara göre ayrılabilmesine ve bazı aşamalarda esnetilebilmesinin mümkün olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır⁴¹¹.

ABD'nin bazı eyaletlerinde velayet ve kişisel ilişki kurma konusunda zorunlu arabuluculuk uygulamasına katılanlardan anlaşmaya varanların %85-91'i, anlaşmaya varamayanların ise %62-68'i zorunlu arabuluculuk uygulamasından yana olduğu tespit edilmiştir⁴¹². Görüldüğü üzere zorunlu arabuluculuğun tarafların yararına olduğu açıktır. Özellikle boşanma uyuşmazlıkları gibi tarafların uzun süre iletişim ve işbirliği içinde olması gereken uyuşmazlıklarda taraflar arabulucuya başvuruyu bir zayıflık belirtisi olarak görmeden müzakere ve uzlaşma yoluna gidebileceklerdir⁴¹³. Uzlaşma kültürünün olmadığı veya uyuşmazlığı dava yolu ile çözme itiyadı olan toplumlarda bu bir gereklilik olmaktadır. Bu sebeple ihtiyarılık ilkesi mutlak şekilde uygulanmamalı tarafların yararına ise belirli kıstaslar çerçevesinde sınırlandırılması mümkün olmalıdır. Fakat anlaşmaya varma ya da varmama konusunda tarafların özgürce karar vermesine engel olunmamalı, taraflar istediği zaman süreci sona erdirebilmelidir. Ayrıca bu durum meşru vasıta ve yollardan hak

⁴⁰⁹ Araştırmalar neticesinde tarafların arabuluculuk yapmaya mecbur kaldığı durumlarda ihtiyari başvurulara göre nispeten yüksek çözüm oranları olduğunu ve tarafların süreçten yararlandığını gösterdiğine ilişkin bkz. Dorcas Queck, "Mandatory Mediation: An Oxmyoron? Examining The Feasibility of Implementing a Court Mandated Mediation Program", Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2010 Vol. XI, s. 483. Türk hukuk doktrininde de zorunlu arabuluculuğun taraflar için faydalı olabileceğine ilişkin görüşler için bkz. Lale Sirmen vd., "Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye'de Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Kamu-İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. V, S. 3, s. 28; Akkaya, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", s. 29-30; Coşkun, "Aile Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Avantaj ve Dezavantajları", s. 49; Baki Kuru, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler", MİHDER, 2010, S. 2, s. 239.

⁴¹⁰ Hanks, "Perspectives on Mandatory Mediation", s. 949; Karacabey, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", s. 466.

⁴¹¹ Nolan-Haley, "Mediation Exceptionality", s. 1251; Queck, "Mandatory Mediation: An Oxmyoron? Examining The Feasibility of Implementing a Court Mandated Mediation Program", s. 485; Dür, Arabuluculuk Faaliyetleri ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 255; Mustafa Göksu, "Mandatory mediation in labour disputes", PressAcademia Procedia, 2017, Vol. III, s. 381.

⁴¹² Jessica Pearson-Nancy Thoennes, "Divorce Mediation: An Overview of Research Results", Columbia Journal of Law and Social Problems, 1985, Vol. XIX, N. 4, s. 456.

⁴¹³ Bkz. Reuben, "Tort Reform Renews Debate over Mandatory Mediation", s. 13.

arama özgürlüğü hakkı nedeniyle AY'a da aykırılık teşkil etmez zira tarafların süreci sona erdirdikten sonra yargı yoluna başvuru imkânı bulunmaktadır.

2.1.4.1.2. Eşitlik İlkesi

Arabuluculuğa hâkim olan ilkelere bir diğeri eşitlik ilkesidir. Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu 3. maddesinin 2. fıkrasına göre taraflar arabulucuya başvurudan sürecin sona ermesine kadar eşit haklara sahiptir. Ayrıca arabulucunun görevini özenle ve tarafsız biçimde yerine getirme yükümlülüğü kapsamında taraflar arasında eşitliği gözetme de yer almaktadır (HUAK m. 9/3). Eşitlik, yargılama dışı yöntemlerde ve yargılamada ulaşılan uyuşmazlığın çözümünde öncelikle göz önünde tutulması gereken ortak bir ilkedir. Bu ilke yargı organları önünde uyuşmazlıklar çözülürken, adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Yargılamada tarafların eşit hak ve imkânlarla sahip olması silahların eşitliği ilkesinin de bir gereğidir. Benzer bir durum alternatif uyuşmazlık çözüm yolları için de geçerlidir. Kendisini diğer tarafla tam olarak eşit görmeyen veya hissetmeyen bir tarafın, uzlaşmasından değil, mecburen bir sonuca katlanmasından söz edilebilir. Devlet mahkemeleri önünde eşit olan tarafların, gönüllü olarak başlattıkları arabuluculuk sürecinde de eşit olmaları gerekmektedir⁴¹⁴. Zorunlu arabuluculuğun uygulandığı durumlarda da tarafların eşitliği ilkesi geçerlidir. Bu durumlarda arabulucu özellikle güç dengesizliklerini engellemelidir. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukuktaki arabuluculuk literatüründe arabulucu tarafından gücü dengelemek amacıyla çeşitli teknikler kullanıldığı öne sürülerek taraflar arasındaki eşitsiz pazarlık gücü sorununu ele alınmıştır⁴¹⁵. Bu teknikler, daha az güçlü olan tarafı güçlendirmeyi veya desteklemeyi veya daha güçlü tarafı güçsüzleştirmeyi gerektirir. Örneğin, arabulucu belirli konuların tartışılmasını yasaklayabilir veya ekonomik açıdan dezavantajlı görünen bir tarafa bir mali danışmanla görüşme tavsiyesinde bulunabilir⁴¹⁶. Fakat bu durumun arabulucunun tarafsızlık niteliğini zedeleyeceği de bir gerçektir. Güç dengesizliği, istismar veya şiddet durumunda arabulucu tarafsızlık

⁴¹⁴ Madde gerekçesinden.

⁴¹⁵ Grillo, "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women", s. 1592.

⁴¹⁶ Grillo, "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women", s. 1592.

kimliğini bir kenara bırakıp aktif rol üstlenerek duruma müdahale etmelidir⁴¹⁷. Fakat kolaylaştırıcı arabuluculuk yönteminde bu mümkün değildir⁴¹⁸. 6325 sayılı HUAK'ta 7036 sayılı kanunun 22. maddesiyle meydana gelen değişiklik öncesinde kolaylaştırıcı arabuluculuk yöntemi söz konusuydu. Yani süreç boyunca arabulucuların taraflara herhangi bir çözüm önerisinde bulunması mümkün değildi. HUAK 15. maddeye eklenen 7. fıkrayla tarafların çözüm üretemedikleri durumda çözüm önerisinde bulunma imkânı verilmiştir. Bu fıkrayla arabulucunun hareket alanı biraz genişlemiş olsa da güç dengesizliğini engelleyecek, istismar veya şiddet durumunda müdahale edebilecek yeterlilikte düzenleme bulunmamaktadır. Bu gibi durumlarda arabulucuya aktif bir rol verilmelidir. Sürecin devamı ve daha sağlıklı ortamda müzakere için bu gereklidir. Fakat HUAK'ta böyle bir düzenleme yer almamakla birlikte bu gibi durumlarda arabulucunun derhal süreci sona erdirmeye yetkisi de bulunmamaktadır. Zira HUAK 17. maddede⁴¹⁹ belirli hallerde arabuluculuğun sona ermesi halleri sayılmışken bu hal bu kapsamda yer almamıştır. Özellikle boşanma hukuku uyuşmazlıklarında bu durum büyük önem arz etmektedir. Çünkü bu tür uyuşmazlıklarda güç dengesizliği, istismar veya şiddet durumlarına sık sık rastlanılmaktadır. Bir tarafın diğer tarafa baskı kurmasına veya diğer tarafı sömürmesine kesinlikle izin verilmemelidir. Bu durumda arabulucu tarafından gerekli teknik müdahaleler yapılmalı, taraflara ücretsiz olarak avukata danışabilme ve uzman kişilerden yararlanabilme imkânı verilmelidir. Bu teknik müdahaleler kapsamında arabulucuya süreci askıya alıp mekik arabuluculuğu, çevrimiçi arabuluculuk gibi usullere de başvurma imkânı verilmelidir. Ayrıca arabuluculuk sürecinde veya öncesinde ağır bir şiddetin söz konusu olduğunun tespiti halinde arabulucu, süreci derhal sona erdirebilmeli ve devletin resmî kurumlarına (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın ilgili birimi, Çocuk Esirgeme Kurumu... gibi) durumu bildirebilmelidir.

⁴¹⁷ John Forester-David Stitzel, "Beyond Neutrality: The Possibilities of Activist Mediation in Public Sector Conflicts", *Negotiation Journal*, 1989, s. 255- 256.

⁴¹⁸ Grillo, "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women", s. 1592.

⁴¹⁹ HUAK'ın 17. maddesinin 1. fıkrasına göre "Aşağıda belirtilen hâllerde arabuluculuk faaliyeti sona erer: a) Tarafların anlaşmaya varması. b) Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi. c) Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi. ç) Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi. d) (Değişik: 12/10/2017-7036/23 md.) Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına tespit edilmesi..."

Her boşanma uyuşmazlığında bir miktar fiziksel, duygusal, cinsel, ekonomik istismar vardır. Bu sebeple aile içi şiddet içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuğun elverişli olmadığını kabul etmek doğru değildir. Bu değerlendirmede şiddetin sıklığı, derecesi, başlangıcı, alkol ve uyuşturucu bağımlılığı, tarafların psikolojik rahatsızlığa sahip olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Şiddetin seyrek olduğu durumlarda arabuluculuk sürecinde de herhangi bir şiddete, baskıya ya da istismara izin vermemek adına arabulucu bu tür davalara uygun olarak eğitilmeli, arabuluculuk süreci boyunca mağdur korunmalı ve tarafların eşit bir şekilde müzakere edeceği ortam (örneğin mekik arabuluculuğu gibi) oluşturulmalıdır. Devlet tarafından da arabulucuya bu imkân verilmelidir.

2.1.4.1.3. Gizlilik İlkesi

Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu “gizlilik” başlığı altındaki 4. maddesine göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde arabulucuya sunulan veya başka şekilde elde edilen bilgi ve belgeler gizli tutulur ve yine taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler bu konudaki gizliliğe uymak zorundadır. Taraflar arabuluculuk sürecinde kullanılan bilgi ve belgelerin delil olarak kullanılabileceğine ilişkin sözleşme yapıp bu durumun aksini kararlaştırabilir⁴²⁰. Gizlilik ilkesi, tarafların rahat ve sağlıklı bir ortamda müzakere edebilmeleri için gereklidir. Fakat bu gerekli olmakla birlikte sadece sürecin gizliliği yeterli değildir⁴²¹. Bu süreçte sunulan bilgiler, belgeler ve sırların daha sonra diğer tarafın aleyhine kullanılmaması gerekir. HUAK 5. madde 1. fıkraya göre taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar (HUAKEY m. 6/2,3’e göre tarafların kanuni temsilcileri, taraf avukatları, arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, bakanlık ve kurul görevlileri ve görüşmelere katılan diğer kişiler) uyuşmazlıkla ilgili açılan hukuk davasında veya başvurulmuş tahkim yolunda arabuluculuk sürecinde kullanılan beyan

⁴²⁰ Bu tür sözleşmeler usul hukuku alanında sonuç doğurduğu için usul sözleşmesidir. Ayrıca HMK 193. maddeye göre delil sözleşmesi şeklinde de düzenlenebilir. Geniş bilgi için bkz. Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 137; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 284.

⁴²¹ Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, s. 51.

ve belgeler delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapılamaz⁴²². Arabulucunun da bu konuda yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu aynı zamanda arabulucunun tarafsızlığının bir gereğidir⁴²³.

Bu ilke arabuluculuğun hem ihtiyari hem zorunlu olduğu durum da geçerlidir⁴²⁴. Fakat HUAK 5. madde gereği dava ve tahkim sürecinde kabul edilmeyen deliller, beyanlar ve tanıklıklar zorunlu arabuluculukta tarafları istismara açık hale getirebileceği, zira gönüllü olmayarak sürece dahil olan tarafların delillerini gereksiz yere sunması ve bunların mahkemede kullanımına engel olunması gibi sakıncalar doğurabileceği de ileri sürülmüştür⁴²⁵. Buna karşılık HUAK 5. madde 5. fıkraya göre hukuk davası ve tahkimde ileri sürülmesi caiz deliller sadece arabuluculukta sunulması sebebiyle kabul edilemeyecek hale gelemez.

Gizlilik ilkesi her zaman kati olarak uygulanmaz. Bazı hallerde gizlilik ilkesinin uygulanmaması mümkündür. Bu haller; tarafların rızası (HUAK m. 4/1), kanun maddesi gereği emredilmiş olması (HUAK m. 5/3) ve arabuluculuk sonucu elde edilen anlaşmanın uygulanması ve icrası gerekli olan hallerdir (HUAK m. 5/3). Gizlilik ilkesinin istisnaları söz konusu olsa da bu istisnalar mümkün olduğunca sınırlı hallerde kalmalıdır⁴²⁶. Zira gizlilik, tarafları arabuluculuğa yönlendiren önemli bir ilkedir. Tarafların aleyhlerine sonuç doğurmayacak güvenli ve rahat bir ortamda müzakere etmesinin teminatıdır⁴²⁷. Gizlilik ilkesinin, boşanma hukuku

⁴²² Bu durumun tarafların iddia ve savunma hakkını sınırlandığı ve dolayısıyla AY'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğüne engel olunduğuna, sadece bu süreçte tarafların ikrarının kendilerini bağlayamayacağına ilişkin bkz. Kuru, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler", s. 240. Bu düzenlemeyle anlaşılması gereken mahkemede ve tahkimde ileri sürülmesi caiz olan belgeler olmadığına, buradan arabuluculuk faaliyetiyle ilgili bilgi ve belgeler anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. Yıldırım, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi", s. 64.

⁴²³ Fakat arabuluculuk sürecinde meydana gelen haksız fiil nedeniyle açılan tazminat davasında tanıklık mümkündür.

⁴²⁴ Lizbeth M. Morris, "Mandatory Custody Mediation: A Threat to Confidentiality", Santa Clara Law Review, 1986, Vol. XXVI, N. 3-4, s. 745. Aksi görüş için bkz. Göksu, "Mandatory mediation in labour disputes", s. 383.

⁴²⁵ Göksu, "Mandatory mediation in labour disputes", s. 383.

⁴²⁶ Özбек, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1250; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 141; Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s. 83; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 283.

⁴²⁷ Morris, "Mandatory Custody Mediation: A Threat to Confidentiality", s. 745; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 135; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 273; Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s. 78.

uyuşmazlıklarında ayrı bir önemi söz konusudur. Zira tarafların özel hayatları ve aile mahremiyeti nedeniyle bu bir gereklilik olmaktadır. Fakat Avrupa Birliği ülkelerinde kamu düzeni, çocuğun üstün menfaati, kişilerin fiziksel veya psikolojik bütünlüğü nedeniyle açıklama yapılmasının gerekli olduğu durumlarda gizlilik ilkesine istisna tanınabileceği öngörölmüřtür⁴²⁸.

2.1.4.2. Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütölmesi

Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu 15. maddenin 2., 3. ve 4. fıkraları arabuluculuk usulünün tespiti açısından taraflara imkân vermektedir. Arabuluculuk sürecinin temel özelliği esnekliğidir. Arabuluculuğun, boşanmadan kaynaklanan duygusal ve hukuki sorunları ele alma becerisiyle eşlerin ve çocukların ihtiyaçlarına cevap verme esnekliği sayesinde daha sağlam bir adalet sağlamaktadır⁴²⁹. Bu sebeple arabuluculuk uygulaması özellikle aile uyuşmazlıkları için uygun bir süreçtir⁴³⁰. Taraflar arabuluculuk yönteminin kurallarını, usulünü kural olarak istedikleri gibi belirleyebilirler (HUAK m. 15/2, HUAK m. 17/2). Ayrıca taraflar yöntemlerini geliştirebilir ve esnetebilir. Telekonferans ya da mekik arabuluculuğu gibi yöntemlerin kullanılabilmesi bu sürecin esnekliğinin sonucudur. Medeni yargılamada olduğu gibi sınırlı çözüm ve katı kurallarla kısıtlı olmayıp birçok kombinasyonu bünyesinde barındırmaktadır. Fakat alternatif uyuşmazlık çözüm usulü esnek bir süreç olması yanında asgari kalite standartlarının da korunması gerekmektedir. Zira bu husus taraflar açısından güven verici olmakla birlikte tarafları bu yöneme başvurmayı teşvik eder. Asgari kalite standartları meslek etiği kuralları şeklinde ortaya çıkar. Bu kuralların gelişimi alternatif uyuşmazlık çözümünün kalite garantisidir. Taraflarca müzakere usulü kararlaştırmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın özelliğini, tarafların isteklerini dikkate alarak uyuşmazlığın hızlı şekilde çözümü için gerekli olan usul ve esaslarla arabuluculuk faaliyetini yürütür (HUAK m. 15/3, HUAK m. 17/3).

Arabuluculuk faaliyetinin yargısal bir faaliyet olmaması nedeniyle arabulucu, hâkim veya hakem tarafından yapılabilecek (keşif, bilirkişi, tanık dinlenmesi vs.)

⁴²⁸ Bkz. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, s. 7.

⁴²⁹ Shaffer, "Divorce Mediation: A Feminist Perspective", s. 172.

⁴³⁰ Shaffer, "Divorce Mediation: A Feminist Perspective", s. 172; Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 6.

işlemleri yapamaz (HUAK m. 15/4, HUAKY m. 17/4). Fakat bir kişinin bildiği ya da gördüğü olay hakkında görüşüne başvurmak, olay konusu yer üzerinde incelemeler yapmak, olaya ilişkin uzman kişilerin görüşünü dinlemek yargısal faaliyet olarak değerlendirilmemeli⁴³¹ sadece bu işlemler için HMK hükümleri kıyasen dahi uygulanmamalıdır⁴³². Taraflar, müzakerelere bizzat veya vekilleri aracılığı ile katılabilecektir (HUAK m. 15/6, HUAKY m. 17/8). Bu durumda vekillerin özel yetki sahibi olması gereklidir. (HMK m. 74). Fakat avukatların katılımı arabuluculuk sürecinden umulan verimi sağlayamayabilir⁴³³. Zira süreçte avukatların yer alması bu süreci menfaat temelli (interests based)⁴³⁴ olmaktan ziyade hak temelli (rights based)⁴³⁵ yaklaşıma dönüştürebilecektir. Ayrıca arabuluculuk müzakereleri avukatlar aracılığıyla yürütülebilse bile, avukatların daha fazla vekalet ücreti nedeniyle uzlaşmaya yakın olmaması hatta bundan dolayı Av. K.'nın 35/A maddesinde yer alan düzenlemenin uygulamadaki işlevinin çok sınırlı kalmış olması hususu da dikkate alındığında müzakerelerin, pazarlıkların ve fedakârlıkların yapıldığı aşamada tarafların bizzat katılma zorunluluğunu öngörülmelidir⁴³⁶. Tarafların açık rızasıyla uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir (HUAK m. 15/6, HUAKY m. 17/8). Tarafların ilk oturuma davet edilmesi ve usul ve esasların belirlenmesinden sonra, maddi vakıalar ortaya

⁴³¹ Arabuluculuğun amacından sapmamak ve makul olmak şartıyla bir kişinin bildiği ya da gördüğü olay hakkında görüşüne başvurulabilir, olay konusu yer üzerinde incelemeler yapılabilir, olaya ilişkin uzman kişilerin görüşünü dinlenebilir. Bu hususun arabuluculukta çözüm için gerekli olan taktiklerden biri olan bilgi toplama yöntemleri içerisinde yer aldığına ilişkin bkz. Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s. 264.

⁴³² Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1239; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 359; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 181; Ulukapı-Kıyak, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi", s. 1679.

⁴³³ Bkz. Seda Özmumcu, "Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", İÜHF, 2013, C. LXXI, S. 1, s. 1373; Carole J. Brown, "Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains Its Appeal", Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2004, Vol. IV, N. 2, s. 280.

⁴³⁴ Menfaat temelli yaklaşımda tarafların menfaatleri, ihtiyaçları ön plandadır. Bu doğrultuda geniş çözüm yolları sunulmaktadır. Bkz. Özmumcu, "Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", s. 1369; Brown, "Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains Its Appeal", s. 280.

⁴³⁵ Hak temelli yaklaşımda tarafların hakları menfaatlerine göre daha ön plandadır. Geleneksel bir yargılama sonucunda ulaşılabilecek çözümle tutarlı bir çözüm oluşturulmaya çalışılır. Bkz. Özmumcu, "Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", s. 1369; Brown, "Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains Its Appeal", s. 280.

⁴³⁶ Süha Tanrıver, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", TBBD, 2020, S. 147, s. 129.

konularak, tarafların dinlenilmesine geçilir. Arabulucu tarafından gerektiği takdirde tarafların da rızasıyla ayrı ayrı oturumlar düzenleyebilir ve taraflar özel oturumlarda dinlenerek uyuşmazlığın konusuna ilişkin bilgi toplar. Elde edilen bilgi, bilgiyi veren tarafın rızası dâhilinde diğer tarafla paylaşılabilir ve tarafların menfaatini tespit eder. Arabulucular, yargı organları ve elektronik altyapısını tamamlamış kamu kurum ve kuruluşları ile bilgi ve belge alışverişini elektronik ortamda yapabilirler (HUAKY m. 17/10).

Arabulucu, arabuluculuk sürecini yürütürken tarafların temel çıkar ve gereksinimlerini ortaya koymaları ve bu doğrultuda menfaat temelli anlaşma sağlamaları için çaba gösterir (HUAK m. 15/7; HUAKY m. 17/6). Arabulucu uyuşmazlığın taraflarca çözülmesini sağlamak için iletişimi kolaylaştırıcı zemin oluşturur ve taraflar çözüm üretmediklerinde arabulucu çözüm önerisinde bulunabilir⁴³⁷. Arabulucu, çözüm önerilerini taraflara empoze edemez ve hukuki yönlendirmede bulunamaz. Amaç, tarafların en makul çözüm önerisi üzerinde anlaşmasını sağlamaktır⁴³⁸. Bununla beraber tarafları bir çözüm önerisini kabule zorlayamaz. Arabuluculuğa dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra başvurulabileceği belirtilmişti. Dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri üzerine yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir (HUAK m. 15/5, HUAKY m. 19/6). Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine bir defaya mahsus olmak üzere üç aya kadar uzatılabilir. Taraf, yazılı beyanda bulunabileceği gibi duruşma sırasında sözlü olarak da talep edilebilir. Sözlü olarak talep edildiği takdirde duruşma tutanağına geçirilir ve tarafların beyana ilişkin imzaları alınır, arabuluculuk için ara karar verilir ve beklenir.

2.1.4.3. Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi

⁴³⁷ 7036 sayılı kanunun 22. maddesi ile HUAK 15. maddenin 7. fıkrasına eklenen düzenlemeden önce arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti sırasında uyuşmazlığın çözümü için üstlendiği rolün çok sınırlı olduğu, Batı hukuklarında ortaya çıkan “yeni değerlendirici arabuluculuk” (new evaluative mediation) modeli doğrultusunda Türk hukukunda da bu modelin uygulanması gerektiği ve bu doğrultuda arabulucunun taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek için aktif bir rol üstlenmesi gerektiği ancak yasal düzenlemelerin buna imkan vermediğine ilişkin bkz. Özümücü, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, s. 836; Özümücü, “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, s. 1366-1367.

⁴³⁸ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s.277; Emery-Wyer, “Divorce Mediation”, s.472; Kelly, “Mediation and psychotherapy”: Distinguishing the Differences, s.37,43; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s.166-167.

HUAK 17. maddesinde arabuluculuğun sona erdiği haller düzenlenmiştir. Bu hallerden biri tarafların anlaşmaya varmasıdır (HUAK m. 17/1/a). Diğer arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğu durumlarda taraflara da danışıldıktan sonra arabuluculuk sona erdirilir (HUAK m. 17/1/b). Bir diğer hal taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesidir (HUAK m. 17/1/c). Bir diğeri, tarafların anlaşarak arabuluculuk sürecini sona erdirmesidir (HUAK m. 17/1/ç). Bu sayılan haller arabuluculuk faaliyetinin ihtiyari (iradi veya gönüllü) olmasının sonucudur. Süreci sonlandıran taraf iradesidir. Arabuluculuğu sona erdiren diğeri bir hal ise uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına tespit edilmesidir (HUAK m. 17/1/d). Kanunda düzenlenmemiş olsa da aile içi şiddet durumlarında arabulucuya arabuluculuk sürecini sona erdirmeye yetkisi verilmelidir. Bu husus taraf iradesiyle süreci sona erdirmeye anlayışına aykırı olsa da hakkaniyet ve etik kurallara gereği ihtiyarlık (iradilik veya gönüllülük) ilkesinin sınırlandırılması gerekmektedir. Zira aksi bir durumda arabuluculukla sağlanmak istenen amaç gerçekleşmemiş olacaktır. Ayrıca güç dengesizliği nedeniyle bir tarafın diğer tarafı sömürdüğü ve bu durumun giderilmediği durumlarda da arabulucu süreci sona erdirebilmelidir.

6325 sayılı HUAK'ta 7036 Sayılı Kanunu'nun 22. maddesiyle meydana gelen değişiklik öncesinde kolaylaştırıcı arabuluculuk yöntemi söz konusuydu. Yani süreç boyunca arabulucuların taraflara herhangi bir çözüm önerisinde bulunması mümkün değildi. HUAK 15. maddeye eklenen 7. fıkra ile tarafların çözüm üretmedikleri durumda çözüm önerisinde bulunma imkânı verilmiştir. Bu fıkra ile arabulucunun hareket alanı biraz genişlemiş olsa da güç dengesizliğini engelleyecek, istismar veya şiddet durumunda müdahale edebilecek yeterlilikte düzenleme bulunmamaktadır. Bu gibi durumlarda arabulucuya aktif bir rol verilmelidir. Sürecin devamı ve daha sağlıklı ortamda müzakere için bu gereklidir. Fakat HUAK'ta böyle bir düzenleme yer almamakla birlikte bu gibi durumlarda arabulucunun derhal süreci sona erdirmeye yetkisi de bulunmamaktadır. İrade sakatlığı (yanılma (TBK m. 30), aldatma (TBK m. 36), korkutma (TBK m. 37) halleri de bu şekildedir. Fakat Türkiye Etik Kuralları⁴³⁹ 5. madde 8. fıkraya göre *“Taraflardan biri arabuluculuk sürecini, uyuşmazlık*

⁴³⁹ Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından 2013 yılında düzenlenmiştir.

konularını ve uzlaşma seçeneklerini kavramakta güçlük çekerse veya arabuluculuğa etkin bir biçimde katılmakta zorlanırsa; arabulucu, böyle bir durumdaki tarafın katılma, anlama ve kendi kararını verme hakkına uygun olacak şekilde, hukuki yardım almasını önermek de dahil olmak üzere gerekli değişiklik önerilerini getirmeli, hatta gerekiyorsa arabuluculuğu bitirmelidir.”. Görüldüğü üzere bu kurallara göre arabulucu tarafların müzakeredeki performanslarını değerlendirebilmekte ve hakkaniyet gereği aktif rol üstlenebilmektedir. Bu madde ile tarafların özgür ve sağlıklı iradeleri ile sürecin ilerletilmesini sağlamak amaçlanmıştır⁴⁴⁰. Aksi durumda ise arabulucu süreci sona erdirebilmektedir. Ayrıca aynı maddenin 9. fıkrasına göre *“Arabulucu, kendisi de dâhil olmak üzere bir katılımcının davranışının, arabuluculuk sürecinin yürütülmesine zarar verebileceğini düşünürse, gerektiğinde arabuluculuğu ertelemek, arabuluculuktan çekilmek veya arabuluculuğu bitirmek de dâhil olmak üzere gerekli tedbirleri derhâl almalıdır.”.* Bu madde ise güç dengesizliği, aile içi şiddet veya istismar durumları açısından⁴⁴¹ değerlendirilmelidir. Bu gibi durumlarda arabulucu gerekli tedbirleri alabilmelidir. “Gerekli tedbirler” in ne olduğu açıkça belirtilmemiştir⁴⁴². Bu kapsamda zayıf olan tarafa bir avukattan veya uzmandan yararlanması tavsiye edilebilir⁴⁴³. Hatta bu imkân devlet tarafından taraflara sağlanmalıdır. Ayrıca arabulucu aile içi şiddet içeren uyuşmazlıklarda özel teknikleri uygulayabilmelidir. Bunun için tarafların güvenliği için görüşmelerin yüz yüze yapılması gerekli değildir. Uygun ortam sağlandığı takdirde telekonferansla veya

⁴⁴⁰ Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 369.

⁴⁴¹ Karşılaştırmalı hukuk literatüründe de güç dengesizliği belirsiz bir kavramdır. Arabulucular tarafından nasıl tespit edileceği ve nasıl üstesinden geleceği hala tespit edilememiştir. Aile içi şiddet veya istismar ise güç dengesizliğinin aşırı bir tezahürüdür. Bu konuda bkz. Susan Douglas, Mediator Neutrality: A Model for Understanding Practice, University of the Sunshine Coast (Doctoral Thesis), 2010, s. 36, 37.

⁴⁴² ABD’de (Newyork), arabuluculuğu ertelemek, arabuluculuktan çekilmek veya arabuluculuğu bitirmek yanında arabuluculuk merkezine danışılması da yer almaktadır.

⁴⁴³ Fakat bu da arabuluculuğun tarafsızlığı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Zira zayıf olan tarafa müzakereler sırasında arabuluculuk uzlaşma anlaşmasının şartlarını ve sonuçları açıklanıp bu konunun açıkça anlaşılıp anlaşılmadığı hususunda sorular sorulduğu ve zayıf tarafça kabul edildiğini varsayıldığında ayrıca arabulucu tarafından avukat ile temsil edilmemişse zayıf olan tarafa anlaşmayı imzalamadan önce bir avukata danışmasını önermek veya zayıf tarafın daha fazla dinlenilmesini sağlamak gibi durumlarda arabulucunun tarafsızlığı tehlikeye girebileceği gibi tarafların kendi kaderini kendi belirlemesi engellenebilir. Bu konuda bkz. Robert A. Baruch Bush, "A Study of Ethical Dilemmas and Policy Implications", Journal of Dispute Resolution, 1994, N. 1, s. 25, 26.

mekik arabuluculuğu (shuttle mediation) yöntemiyle süreç sürdürebilmelidir⁴⁴⁴. Ya da arabulucu bu tedbirlerin yetersiz geldiği durumda süreci sona erdirebilmelidir.

Arbulucu; tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığını içeren bir tutanak düzenler ve bu tutanak arabulucu, taraflar, kanuni temsilciler veya avukatlar tarafından imzalanır (HUAK m. 17/2). Bu tutanağın işlevi sürecin sona erdiğini belgelemektir. Tutanağın içeriği taraflarca daha ayrıntılı düzenlenebilir. Arabulucu ilgili belgeleri ve bu tutanağı beş yıl saklamak zorundadır.

2.1.4.4. Arabuluculuk Anlaşma Belgesi

2.1.4.4.1. Genel Olarak

HUAK'ın 18. maddesinde tarafların anlaşmaya varma hali düzenlenmiştir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda tutulan tutanak anlaşma belgesi niteliğindedir. Anlaşma belgesi taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır (HUAK m. 18/1). Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı ve şekli taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda imzalanan anlaşma belgesi mevcut haliyle uygulanırsa genel hükümlere tabi olan adi bir sözleşme niteliğindedir. Fakat taraf avukatlarının da imzası bulunduğu takdirde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilam niteliğinde belge⁴⁴⁵ sayılır (Av. K. m. 35/A, HUAK m. 18/4). Fakat taraflar ve arabulucu tarafından imzalanan sözleşmelerin ilam niteliğinde belge olabilmesi için mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhinin verilmesi gerekmektedir⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Börü, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, s. 192; Bozdağ, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği”, s. 117-118, 130.

⁴⁴⁵ İlam niteliğinde belge olmasındaki nedeni, maddi ve şekli anlamda kesin hüküm oluşturmamasıdır. İlam niteliğindeki belgeler sadece icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı hukuki rejime tabi tutulmuştur.

⁴⁴⁶ Arabuluculuk uzlaşma sözleşmesinde icra edilebilirlik şerhinin bulunması o sözleşmeyi ilam niteliğinde belge haline getirecektir. Fakat yine de bu husus taraflar arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldırmaz. İİK 38. maddeye göre ilam niteliğinde sayılan belgeler (sulh, kabul, feragat hariç) HMK 114. maddede yer alan dava şartı niteliğindeki kesin hüküm kapsamında değildir. İcra edilebilirlik şerhi alınmış bir uzlaşma sözleşmesi ancak kesin delil vasfına sahip olacağına ilişkin bkz. Evren Koç, “Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Tespitler”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitapevi, 2014, s. 51.

HUAK'ın 18. maddesinin 2. fıkrası ile 4. maddenin 2. fıkrası ve 33. madde birlikte değerlendirilmelidir⁴⁴⁷. Zira taraflarca arabuluculuk uzlaşma sözleşmesine icra edilebilirlik şerhinin talep edilmesi gizlilik ilkesini zedeleyebilir. Bunun için icra edilebilirlik şerhi istenecek sözleşmeler için tarafların açıkça izin vermesi gerekir⁴⁴⁸. Ayrıca gizlilik ilkesinin istisnasını düzenleyen HUAK 5. madde 3. fıkraya göre arabuluculuk anlaşma sözleşmesinin uygulanması ve icrası için açıklığa kavuşturulmamış bir husus varsa bu kapsamda gerekli olan bilgiler açıklanabilir.

2.1.4.4.2. Boşanma Davası Açılmadan Önce Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Düzenlenmesi

Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa icra edilebilirlik şerhi arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesi tarafından verilir (HUAK m. 18/2). Fakat HUAK tarafından dava açılmadan önce arabulucuya başvurulduğu takdirde icra edilebilirlik şerhinin sulh hukuk mahkemesi tarafından verileceği düzenlenmiş olsa da asıl uyuşmazlık konusu davaya bakan görevli mahkeme tarafından verilmelidir⁴⁴⁹. Zira boşanma uyuşmazlıklarında arabuluculuğa gidildiği takdirde icra edilebilirlik şerhinin aile mahkemesi tarafından verilmesi daha uygun olacaktır. Hatta zorunlu arabuluculuk müessesesi getirildiği takdirde bu bir gereklilik olacaktır. İster ihtiyari ister zorunlu olsun özellikle iştirak nafakası, velayet, çocukla kişisel ilişki kurma gibi konularda arabuluculuğa başvurulduğu takdirde arabuluculuk anlaşma sözleşmesine icra edilebilirlik şerhi boşanma kararını verecek mahkeme tarafından verilmelidir. Diğer konulara ilişkin (maddi-manevi tazminat, yoksulluk nafakası, eşlerin ortak mal paylaşımı, malvarlığının tasfiyesi) icra edilebilirlik şerhi de uzmanlık mahkemesi olan aile mahkemesi tarafından verilmelidir.

İcra edilebilirlik şerhini verecek yetkili mahkeme ise arabulucunun görev yaptığı yer mahkemesidir (HUAK m. 18/2). Fakat arabulucunun icra edilebilirlik

⁴⁴⁷ Bulur, “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler”, s. 506.

⁴⁴⁸ Bulur, “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler”, s. 506.

⁴⁴⁹ İcra edilebilirlik şerhinin asıl uyuşmazlık konusu davaya bakan görevli ve yetkili mahkeme tarafından verilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Kuru, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”, s. 241 v.d.; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 191; Ulukapı- Kıyak, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi”, s. 1689. Aksi görüş için bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1260.

şerhi vermek bir çekişmesiz yargı işidir. Çekişmesiz yargı işlerinde kesin yetkili mahkeme bulunmamaktadır. Bu sebeple talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi de yetkili olmalıdır (HMK m. 384)⁴⁵⁰. Ayrıca asıl uyuşmazlık için hangi mahkeme yetkili ise o yer de yetkili kılınmalıdır⁴⁵¹. Fakat boşanma hukuku uyuşmazlıklarında boşanma davası açılmadan arabuluculuğa başvurulmuşsa icra edilebilirlik şerhini boşanma davasında yetkili olacak mahkeme vermelidir.

Boşanma hukuku uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulduğu ve boşanma davasının açılmasıyla arabuluculuk anlaşma belgesinin mahkemeye sunulması durumunda bu sözleşme mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Mahkeme dışı sulh sözleşmesi mahkemeye sunulduğu ve mahkeme tarafından onaylandığı (yani mahkeme sulh sözleşmesi göre karar verdiği takdirde) mahkeme içi sulh sözleşmesine dönüşmüş olur ve sulh kesin hüküm gibi sonuç doğurur (HMK m. 315/1). Özellikle velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, iştirak nafakası konularında arabuluculuk anlaşma belgesinin mahkeme içi sulh sözleşmesine dönüştürülmesi zorunludur. Zira boşanma davasında boşanma kararı ile birlikte mahkeme bu hususları resen karara bağlayacaktır. Fakat tarafların ve çocukların menfaati açısından daha yararlı olduğu için mahkeme tarafından denetlendikten sonra arabuluculuk sözleşmesine göre karar verilmelidir. Bu sözleşme HMK 315. maddenin 1. fıkrasında hareketle kesin hüküm gibi sonuç doğuracaktır⁴⁵².

2.1.4.4.3. Boşanma Davası Açıldıktan Sonra Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Düzenlenmesi

⁴⁵⁰ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1260; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabuluculuk Hak ve Yükümlülükleri, s. 382.

⁴⁵¹ Bkz. İcra edilebilirlik şerhinin asıl uyuşmazlık konusu davaya bakan görevli ve yetkili mahkeme tarafından verilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Kuru, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”, s. 241 v.d.; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 191; Ulukapı- Kıyak, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi”, s. 1689. Aksi görüş için bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1260.

⁴⁵² Kesin hüküm gibi sonuç doğursa da irade bozukluğu veya aşırı yararlanma hallerinde sulhun iptali istenebilir (HMK m. 315/2).

Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulmuşsa davanın görüldüğü mahkeme tarafından bu şerh verilir (HUAK m. 18/2). Boşanma davası sırasında başvurulmuşsa boşanma kararını verecek görevli ve yetkili mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilecektir. Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra iştirak nafakası, velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, maddi-manevi tazminat, yoksulluk nafakası, eşlerin ortak mal paylaşımı, malvarlığının tasfiyesi konularında arabuluculuğa gidildiği takdirde bu konularda görevli mahkeme uzman mahkeme olan aile mahkemesi olmalıdır. Yetkili mahkeme ise arabulucunun görev yaptığı yer mahkemesidir (HUAK m. 18/2). Fakat icra edilebilirlik şerhi vermek bir çekişmesiz yargı işidir. Çekişmesiz yargı işlerinde kesin yetkili mahkeme bulunmamaktadır. Bu sebeple talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi de yetkili olmalıdır (HMK m. 384)⁴⁵³. Ayrıca asıl uyuşmazlık için hangi mahkeme yetkili ise o yer de yetkili kılınmalıdır.

Boşanma davası sırasında ister ihtiyari ister zorunlu olsun arabuluculuğa başvurulduğu takdirde arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan arabuluculuk anlaşma belgesinin mahkeme içi sulh sözleşmesi niteliğine dönüştürülmesi zorunludur. Özellikle velayet, kişisel ilişki kurma, iştirak nafakası konusunda bu gereklidir. Zira boşanma davasında mahkeme talepte bulunulmasa dahi bu hususları karara bağlayacaktır. Fakat taraf ve çocukların menfaatleri açısından daha yararlı olduğu için gerekli denetimden de geçerek mahkeme tarafından bu sözleşmeye göre karar verilmesi gerekir. Diğer konular için (maddi-manevi tazminat, yoksulluk nafakası, eşlerin ortak mal paylaşımı, malvarlığının tasfiyesi) tarafların talebi gerektiğinden taraflar isterlerse bu konularda da sözleşme yapmışlarsa mahkemeye sunarak mahkeme içi sulh sözleşmesi niteliği kazandırabilirler. Bu sözleşme HMK 315. maddenin 1. fıkrasından hareketle kesin hüküm gibi sonuç doğurur.

Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra ise arabuluculuğa başvurulduğu takdirde söz konusu konulara ilişkin icra edilebilirlik şerhi alınabilecektir. Fakat bu, arabuluculuk uzlaşma sözleşmesinin icra edilebilmesi için geçerlidir. İcra edilebilirlik şerhi alınmadığı takdirde mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğinde olacaktır.

⁴⁵³ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1260; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabuluculuk Hak ve Yükümlülükleri, s. 382.

Mahkeme dışı sulh, 6098 sayılı TBK⁴⁵⁴'nın sözleşmelere ilişkin maddelere tabi olduğundan bu sözleşmeler için TBK hükümleri uygulanacaktır. Fakat sözleşme, onaylanmayla icrai nitelik kazanmakta ve nispiyet ilkesi gereğince sadece tarafları bağlayıcı olan niteliğinden kurtulur ve üçüncü kişilere karşı da ileri sürülmesi mümkün hale gelir⁴⁵⁵.

2.1.4.4.4. Boşanma Davası Açılmadan Önce veya Açıldıktan Sonra Arabuluculuğa Başvurulduğu Takdirde Uygulanacak Hükümler

HUAK 18. maddenin 3. fıkrasına göre icra edilebilirlik şerhinin talebi durumunda inceleme dosya üzerinden yapılır ve bu işlem çekişmesiz yargı işidir. Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığıyla sınırlıdır. Bu konuda Avrupa Birliği ülkelerine icra edilebilirlik şerhi verecek mahkemelerin kanuna, ahlaka, kamu düzenine veya taraflardan herhangi birinin meşru menfaatlerini ihlal etmediğine ikna olmaları gerektiği önerilmiştir⁴⁵⁶. Aynı doğrultuda AYM'nin bir kararına göre HUAK'ta belirtilen hususlar yanında emredici hukuk kuralları ve kamu düzenine aykırılık bakımından da resen incelenebilecektir^{457 458}. Kanaatimizce özellikle boşanma hukuku uyuşmazlıklarında velayet, kişisel ilişki kurma ve iştirak nafakası konularında anlaşma içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığının yanısıra anlaşmanın yürürlükteki (mer'i) mevzuata uyumlu olup olmadığı ve tarafların ve özellikle çocukların meşru menfaatlerini ihlal edip etmediği de incelenmelidir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi için eda hükmü içermesi gerekir. Ayrıca bu eda hükümleri şüphe uyandırmayacak şekilde

⁴⁵⁴ RG. 04.02.2011, 27836.

⁴⁵⁵ Ayrıca anlaşmanın onaylanmasının dava hakkını sınırlandırdığına ilişkin bkz. Özbek, "Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler", s. 245-246.

⁴⁵⁶ Bkz. Council of Europe, Family Mediation, s. 23.

⁴⁵⁷ AYM, 10.07.2013 T., 2012/94 E. 2013/89 K.

⁴⁵⁸ Aynı doğrultuda görüşler için bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1261; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 195; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 383; Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s. 207.

belirli, açık ve şarta bağlanmamış olması⁴⁵⁹ gerekir⁴⁶⁰. Zira eda hükümlerinin cebri icraya elverişli olması gerekmektedir⁴⁶¹. Nitekim HMK 305. maddeye göre mahkeme hükmünün icrası talep edildiği takdirde hükmün açık olmaması veya icrasında şüphe uyandırması yahut birbirine aykırı fıkralar içermesi durumunda taraflar mahkemeden bunun giderilmesini isteyebilir. Buradan hareketle arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilir olabilmesi için icra edilecek uzlaşmaya varılan hususların açık, belirli ve şarta bağlanmamış olması gerekir. Şarta bağlı olarak yapıldığı takdirde ise icra edilmez.

İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi çekişmesiz yargı faaliyetidir. Bu karar usuli nitelikte inşai bir karardır⁴⁶². İcra edilebilirlik şerhi talebi üzerine mahkemenin vereceği kararlara karşı istinaf yoluna gidilmesi halinde maktu harç alınır (HUAK m. 18/3). İcra edilebilirlik şerhine ilişkin kararlar maddi anlamda kesin hüküm niteliğine sahip değildir.

HUAK 18. maddenin 5. fıkrasına göre arabuluculuk faaliyeti sonunda uzlaşılan hususlar hakkında dava açılmaz. Bu düzenlemenin amacı ve kapsamına yönelik birden çok görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre bu düzenlemenin usul hukuku bakımından anlamı bulunmamaktadır⁴⁶³. Diğer bir görüşe göre irade sakatlığı hallerinde dava açılması mümkündür⁴⁶⁴. Başka bir görüşe göre ise burada esas amacın, geçerliliği şekil şartına bağlanmış olan sözleşmelerin bu şekil şartıyla bağlı olmayacağına ilişkin olduğu dolayısıyla dava açmanın her zaman mümkün olduğu

⁴⁵⁹ Şarta bağlı hüküm verilemeyeceği görüşü için bkz. Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, s. 803-806; Süha Tanrıver, “Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1998, C. XIX, S. 4, s. 49.

⁴⁶⁰ Ergün Önen, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara, 1972, s. 157.

⁴⁶¹ Burada başka bir sorun ise arabuluculuk anlaşma belgesinde taşınmazın aynına ilişkin bir hüküm bulunması halinde bunun icra edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Buna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Şamil Demir, “Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, s. 499; Ferhat Büyükkay, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.202; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1188; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 312.

⁴⁶² Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1261; Çelikoğlu, “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi, s. 708.

⁴⁶³ Bkz. Ekmekçi vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s. 99.

⁴⁶⁴ Bkz. Ersin Erdoğan-Büşra Cömert, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, Terazi Hukuk Dergisi, 2018, C. XIII, S. 138, s. 37, dpn. 78; Mert Namlı, “Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2018, C. XV, S. 60, s. 1315.

ifade edilmiştir⁴⁶⁵. Bu görüşler tarafından aksi yorum tarafların hak arama özgürlüğüne dolayısıyla AY'nın 36. maddesi gereği “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” kuralına aykırı olacağı ileri sürülmüştür⁴⁶⁶. Biz de bu maddenin dava açılmayacağı şeklinde yorumlanmaması gerektiği aksi takdirde hak arama özgürlüğüne aykırı olacağı kanaatindeyiz.

2.2. Boşanma Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk

Zorunlu arabuluculuk çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan ilki belirli konuların arabuluculuğa otomatik ve zorunlu olarak sevk edilmesi sağlanarak gerçekleşmektedir. Arabuluculuğun bu görünümünde arabuluculuğa başvuru yargılamanın başlamasının ön şartıdır⁴⁶⁷. Avustralya’da çocuk ve mali konularla ilgili aile hukuku uyuşmazlıklarında bu yöntem uygulanmaktadır⁴⁶⁸. Bu yönüme başka bir örnek ise Norveç’tir⁴⁶⁹. Norveç’te on altı yaşından küçük çocukları olan eşlerin davayı mahkemeye götürmeden önce arabulucuya başvurusu zorunludur. Norveç sistemi Avustralya’daki sisteme benzer olmakla birlikte bir fark olarak Avustralya’da çekişmesiz boşanan eşler için arabuluculuğa başvuru zorunlu değilken Norveç’te çekişmeli ya da çekişmesiz boşanan tüm eşler için zorunludur⁴⁷⁰. Zorunlu arabuluculuğun diğer bir görünümü mahkemenin yönlendirdiği arabuluculuk şeklinde olmaktadır. Tarafların rızası olsun ya da olmasın mahkeme dosyayı duruma göre arabuluculuğa gönderir. Hâkim dosyanın arabulucuya gidip gitmeyeceğine karar vermektedir⁴⁷¹. Japonya’da aile uyuşmazlıkları için mahkeme katımlı zorunlu

⁴⁶⁵ Bkz. Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 393.

⁴⁶⁶ Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 393; Erdoğan-Cömert, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, s. 37, dñn. 78; Namli, “Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi”, s. 1315.

⁴⁶⁷ Hanks, "Perspectives on Mandatory Mediation", s. 930.

⁴⁶⁸ Lawrie Moloney-Ruth Weston-Alan Hayes, “Key Social Issues in the Development of Australian Family Law: Research and Its Impact on Policy and Practice”, Journal of Family Studies, 2013, Vol. XIX, N. 2, s.126; Vicki Waye, "Mandatory Mediation in Australia's Civil Justice System", Common Law World Review, 2016, Vol. 45, Issues 2-3, s. 222-224.

⁴⁶⁹ Odd Tjersland-Wenke Gulbrandsen-Hanne Haavind, "Mandatory Mediation outside the Court: A Process and Effect Study", Conflict Resolution Quarterly, 2015, Vol. XXXIII, N. 1, s. 20.

⁴⁷⁰ Tjersland-Gulbrandsen-Haavind, "Mandatory Mediation outside the Court: A Process and Effect Study", s. 21.

⁴⁷¹ Frank E. A. Sander, "Another View of Mandatory Mediation", Dispute Resolution Magazine, 2007, Vol. XIII, N. 2, s. 16.

arabuluculuk söz konusudur⁴⁷². ABD'nin bazı eyaletlerinde (Connecticut-1980, Massachusetts-1980, California-1981 gibi) velayet uyuşmazlıklarında bu yöntem uygulanmaktadır⁴⁷³. Bu eyaletlerde öncelikle aile hukuku alanında arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinin sebebi aile hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde geleneksel dava yolundan ziyade davranış bilimleri yaklaşımına doğru bir değişimin gerçekleşmesi ve aile mahkemelerinin iş yoğunluğu sebebiyle bu tür uyuşmazlıklarla yoğun olarak ilgilenememesidir⁴⁷⁴. Fakat zorunlu arabuluculuğun uygulanmayacağı istisnai durumlar da söz konusudur. Eşit olmayan pazarlık gücü, aile içi taciz veya haklı bir neden gösterilmesi (eş/küçük çocuğu istismar veya ihmal iddiaları; alkol, uyuşturucu kullanımı; eşlerden biri hakkında mahkemeden uzaklaştırma kararı alınması gibi) gibi nedenlerle arabuluculuktan feragat edilmesine izin verilir⁴⁷⁵. California eyaletinde ise böyle bir istisna mevcut değildir. Böyle durumlarda eşler ayrı ayrı arabulucuyla görüşmektedir⁴⁷⁶. Ayrıca ABD'nin birçok eyaletinde tarafların

⁴⁷² Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, s. 46.

⁴⁷³ Sander, "Another View of Mandatory Mediation", s. 16; Morris, "Mandatory Custody Mediation: A Threat to Confidentiality", s. 748; Jennifer Winestone, "Mandatory Mediation: A Comparative Review of How Legislatures in Coliformia and Ontario are Mandating The Peacemaking Process in Their Adversarial Systems", 2015, <https://www.mediate.com/articles/WinestoneJ4.cfm> (10.05.2021) Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 425; Özmumcu, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", s. 824; Moore, Arabuluculuk Süreci, s. 73-74.

⁴⁷⁴ Charlotte Germane-Margaret Johnson-Nancy Lemon, "Mandatory Custody Mediation and Joint Custody Orders in California: The Danger for Victims of Domestic Violence", Berkeley Women's Law Journal, 1985, Vol. I, N. 1, s. 178; Streeter-Schaefer, "A Look at Court Mandated Civil Mediation", s. 378.

⁴⁷⁵ Christy L. Hendricks, "The Trend toward Mandatory Mediation in Custody and Visitation Disputes of Minor Children: An Overview", University of Louisville Journal of Family Law, 1993-1994, Vol. XXXII, N. 2, s. 499; Gagnon, "Ending Mandatory Divorce Mediation for Battered Women", s. 274; Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 21; Sideris, "Divorce Mediation: Must It Be Voluntary?", s. 68.

⁴⁷⁶ Hendricks, "The Trend toward Mandatory Mediation in Custody and Visitation Disputes of Minor Children: An Overview", s. 499.

arabuluculuk sürecine iyiniyetle katılma yükümlülüğü⁴⁷⁷ de bulunmaktadır⁴⁷⁸. Burada taraflara bu yükümlülüğün getirilmesindeki amaç sürece katılan avukatlar tarafından gerçek bir çözüme ulaşmaktan ziyade davalarda stratejik avantaj olarak kullanımını ve sürecin meşruiyetini zayıflatacak davranışlarda bulunulmasının engellemek istenmesidir. Fakat bunun için tarafların bir ya da iki oturuma katılmalarını öngörülmüşse de bu ölçüt iyiniyeti belirlemede yetersiz kalmaktadır⁴⁷⁹. Bazı diğer eyaletlerde ise mahkemenin takdirine bağlı olarak arabulucuya başvuru zorunlu kılınabilir veya mahkeme uyuşmazlığın taraflarını arabuluculuğa teşvik edebilir ve taraflar nihai karardan önce herhangi bir zamanda arabuluculuğa başvuruyu talep edebilir⁴⁸⁰. Zorunlu arabuluculuğun bir diğer görünümü ise yarı zorunlu arabuluculuk olarak tanımlanmaktadır. Arabuluculuğa başvuru zorunlu olmamakla birlikte dava açmadan önce başvurulmamışsa yargılama sonunda yargılama masrafı olarak taraflara yüklenmektedir. İngiltere’de bu yöntem uygulanmaktadır⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ ABD’de bazı eyaletlerde çocuğun velayeti ve kişisel ilişki kurma uyuşmazlıklarında bu yükümlülüğün ihlali halinde taraflara çeşitli yaptırım uygulanmıştır. Örneğin Maine eyaletinde bir konuda arabuluculuk yoluyla anlaşmaya varılamadığında, mahkeme, duruşmaya geçmeden önce tarafların meseleye arabuluculuk yapmak için iyi niyetle çaba sarf ettiklerini belirlemelidir. Mahkeme, taraflardan birinin arabuluculuk yapmak için iyi niyetli bir çaba göstermediğini tespit ederse, mahkeme taraflara arabuluculuğa başvurma emri verebilir, davayı veya davanın bir kısmını reddedebilir, avukat ücretleri ve masrafları veya şartlara uygun başka bir yaptırım uygulayabilir. Utah eyaletinde ise arabuluculuk ücretlerini aşan parasal yaptırımların uygulanmasına ve hatta geçivi velayet değişikliğine karar verilebilir. Texas eyaletinde ise bu yükümlülüğün ihlali halinde bir yaptırım öngörülmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zylstra, "The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled", s. 83, 84, 85, 102.

⁴⁷⁸ Hanks, "Perspectives on Mandatory Mediation", s. 950; Reuben, "Tort Reform Renews Debate over Mandatory Mediation", s. 14.

⁴⁷⁹ Reuben, "Tort Reform Renews Debate over Mandatory Mediation", s. 14. İyiniyet tanımının yapılmaması ve belirsiz bir kavram oluşunun neden olduğu sorunlar yanında arabulucunun tarafsızlığı ve sürecin gizliliğinin tehlikeye girmesi de söz konusudur. Gizlilik, arabuluculuk için hayati bir öneme sahiptir. Zira tarafların gerçekten beklentilerini, ihtiyaçlarını, endişelerini tartışmaya sevk eder. Bu tür açık sözlülük müteakip yasal işlemlerde kullanılmayacağının güvencesi olmadan mümkün olamaz. İyiniyet yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiası mahkeme tarafından bir soruşturmayı gerekli kıldığı durumda arabulucunun sorguya çekilmesi, arabuluculuk sürecindeki beyan ve belgelerin incelenmesi durumu ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda hem arabulucunun tarafsızlığı hem sürecin gizliliği ortadan kalkabilecektir. Bu konuda bkz. Zylstra, "The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled", s. 94-97; Lande, "Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court-Connected Mediation Programs", s. 74-75.

⁴⁸⁰ Hendricks, "The Trend toward Mandatory Mediation in Custody and Visitation Disputes of Minor Children: An Overview", s. 496-498.

⁴⁸¹ Hanks, "Perspectives on Mandatory Mediation", s. 931.

Zorunlu arabuluculuk; arabuluculuğu ihtiyari arabuluculuğa göre herkes tarafından ulaşılabilir, daha yapılandırılmış ve hesap verilebilir sürece dönüştürmektedir⁴⁸². Zorunlu arabuluculuğun uzun süreden beri uygulandığı ülkelerde dahi hala tartışılmaya devam edilen konu adalete erişimin engellenmesi veya adil yargılanma hakkının kısıtlanmasıdır⁴⁸³. Özellikle zayıf tarafın uzayan süreç ve ek maliyet sebebiyle anlaşılmaya mecburen razı olacağı, bu durumunun ise arabuluculuk anlayışına tamamen aykırı olduğu ileri sürülmüştür⁴⁸⁴. Bunun karşısında zorunlu arabuluculuğun hızlı, ucuz, adli yargı üzerindeki baskıyı hafifletmek ve hem taraflar hem çocuklar için faydalı sonuçları nedeniyle zorunlu arabuluculuğu destekleyen görüşler de bulunmaktadır. Ancak zorunlu arabuluculuğun adalet sistemindeki verimsizliği gidermediği, tarafların güç dengesizliğinin yeterince ele alınmadığı durumlarda uygulanmaması gerektiği de belirtilmiştir⁴⁸⁵. Özellikle boşanma uyuşmazlıklarında güç dengesizliğini ve zayıf tarafın istismarını engellemek için arabuluculara temel bir eğitim vermekten ziyade bu durumu uzmanlıkla ele almalarının sağlanması gerekir⁴⁸⁶.

Zorunlu arabuluculuk faaliyeti nedeniyle uyuşmazlığın çözümü için bir araya gelen taraflar bunu bir zayıflık ya da kendinden ödün verme olarak görmezler⁴⁸⁷. Uyuşmazlığı uygun bir ortamda değerlendirme ve çözüm arama fırsatına sahip

⁴⁸² Folberg-Milne-Salem (Edt.), *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, s. 397.

⁴⁸³ Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararı (Momcilovic v. Hırvatistan) bulunmaktadır. AİHM, zorunlu arabuluculuğun mahkemeye erişim hakkını ve adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi için belirli kriterler belirlemiştir. Bu kriterlere göre; zorunlu arabuluculuk meşru bir amaca yönelmeli, yargı yoluna başvuru hakkını kapatmamalı, yargı yoluna başvuruda önemli bir gecikmeye sebep olmamalı, uyuşmazlık konusu haklara ilişkin zamanaşımı süreleri durmalı, arabuluculuğa başvuru taraflara önemli masraflar getirmemeli, arabuluculuğa başvuru kolay olmalı ve son olarak acil hallerde geçici hukuki koruma tedbiri alınabilmelidir. Kararlar ve değerlendirmeler için bkz. Namlı, "Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi", s. 1295-1327; Hanks, "Perspectives on Mandatory Mediation", s. 935.

⁴⁸⁴ Wayne, "Mandatory Mediation in Australia's Civil Justice System", s. 215; Gagnon, "Ending Mandatory Divorce Mediation for Battered Women", s. 294; Holmes, "Transforming Family Law Through the Use of Mandated Mediation", s. 50.

⁴⁸⁵ Wayne, "Mandatory Mediation in Australia's Civil Justice System", s. 215; Hanks, "Perspectives on Mandatory Mediation", s. 947; Reuben, "Tort Reform Renews Debate over Mandatory Mediation", s. 13.

⁴⁸⁶ Reuben, "Tort Reform Renews Debate over Mandatory Mediation", s. 14.

⁴⁸⁷ Reuben, "Tort Reform Renews Debate over Mandatory Mediation", s. 13.

olurlar⁴⁸⁸. Böylelikle daha işin başında taraflar uzlaşmaya varma konusunda düşünmeye sevk edilmiş olur⁴⁸⁹. Bunun karşısında arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınması özünde yer alan ihtiyarilik ilkesiyle ve kendi kendini belirleyen bir süreç olmasıyla bağdaşmadığı da ileri sürülmüştür⁴⁹⁰.

Türk hukukunda ticari, tüketici, iş hukuku uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk bir dava şartı olarak kabul edilmiştir. Fakat aile hukuku alanında henüz zorunlu arabuluculuk uygulanmamaktadır⁴⁹¹. Türk hukuku doktrininde de aile hukuku uyuşmazlıkları bakımından zorunlu arabuluculuk kurumu tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bazı görüşlere göre zorunlu arabuluculuğun arabuluculuk kurumunun esas mahiyetiyle bağdaşmadığı ayrıca arabuluculuğun zorunlu olmasının kısa vadeli yararlar doğuracağı uzun vadede yapılan anlaşmaya uyulmayacağı ileri sürülmüştür⁴⁹². Bununla birlikte bu görüşü savunanlara göre arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinden ziyade toplumda uzlaşma kültürünün geliştirilmesi gerektiğini, bunun için de her sosyal alanda bilgilendirici eğitimler vermek, televizyon vb. kitle iletişim araçlarıyla toplum zihninde kalıcı yer etmesini sağlamak gerekmektedir⁴⁹³. Aksi görüşü savunanlar ise aile arabuluculuğunun zorunlu olmasının daha etkili ve faydalı olacağını düşünmektedir⁴⁹⁴. Ayrıca bir görüşe göre arabuluculuğun tarafların

⁴⁸⁸ Reuben, "Tort Reform Renews Debate over Mandatory Mediation", s. 13.

⁴⁸⁹ Özümucu, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", s. 826.

⁴⁹⁰ Jacqueline M. Nolan-Haley, "Is Europe Headed down the Primrose Path with Mandatory Mediation", North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, 2012, Vol. XXXVII, N. 4, s. 1011; Reuben, "Tort Reform Renews Debate over Mandatory Mediation", s. 13.

⁴⁹¹ Ticari, tüketici, iş hukuku uyuşmazlıklarına dava şartı olarak getirilen zorunlu arabuluculuk ile aile uyuşmazlıklarına getirilmesi planlanan zorunlu arabuluculuk mahiyeti bakımından farklıdır. Zira burada amaç aileyi, kadını, çocuğu korumak, boşanmadan vazgeçirmek ve aile içi şiddeti önlemektir.

⁴⁹² Bkz. Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı, s.86; Uyumaz-Erdoğan, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", s. 123. Ayrıca genel olarak arabuluculuğun ihtiyari olmasını savunan görüşler için bkz. Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s. 169-170; Karacabey, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", s. 460; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 252.

⁴⁹³ Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı, s. 86; Uyumaz-Erdoğan, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", s. 123; Ayrıca bkz. Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s. 169-170.

⁴⁹⁴ Sirmen vd., "Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye'de Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model", s. 28; Akkaya, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", s. 29-30; Coşkun, "Aile

iradesine tabi olması gerektiğini fakat hâkim tarafların arabulucu vasıtasıyla anlaşacakları kanaatine varırsa zorunlu arabulucuya yönlendirmesi gerektiğini düşünmektedir⁴⁹⁵.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (98) 1 Sayılı Kararı'nda arabuluculuğa başvuruda tarafların iradesi önemliyken Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (2002) 10 Sayılı Kararda zorunlu da olabilmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (2002) 10 Sayılı Kararda farklı düzenlenen bu hususlar boşanma uyuşmazlıklarına da uygulanması mümkündür. Zira boşanma uyuşmazlıklarının belirtilen hususların haricinde tutulmasını gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Bu uyuşmazlıkların kendine has özellikleri belirtilen hususların dışında kalmasını değil bu hususların boşanma hukuku meselelerine de uygulanmasını gerektirir. Yeşil Kitap'ta ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde öngörülen adalete erişim hakkının geliştirilmesinin bir yolu olarak görülmüştür. Hatta bu faaliyetler adli sürecin tamamlayıcısı (complement judicial processes) olarak görülmüştür⁴⁹⁶. Ancak söz konusu Yeşil Kitap devletleri zorunlu arabuluculuk konusunda düzenleme yaparken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. maddesinde öngörülen adalete erişim hakkının engellenmemesi gerektiğine de dikkat çekmiştir⁴⁹⁷. Ayrıca Avrupa Adalet Divanı'nın bu konuda birçok kararı (Rosalba Alassini v Telecom Italia SpA [C-317/08], Filomena Califano v Wind SpA [C-318/08], Lucia Anna Giorgia Iacono v Telecom Italia SpA [C-319/08] ve Multiservice Srl v Telecom Italia SpA [C-320/08]) bulunmaktadır⁴⁹⁸. Bu kararlarda zorunlu arabuluculuğa başvuru hususunda belirli kıstaslar öngörülmüştür. Zira mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir belirli kıstaslar dahilinde sınırlandırılması mümkündür. Belirlenen bu kıstaslara göre zorunlu arabuluculuk meşru bir amaca yönelmeli, yargı yoluna başvuru hakkını kapatmamalı, tarafların uzlaşmaya varmaya zorlanmaması ve yargı yolunun

Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Avantaj ve Dezavantajları", s. 49; Kuru, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler", s. 239.

⁴⁹⁵ Şıpka, "Aile Mahkemelerinde Uzlaştırma", s. 387; Bahadır, "Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar", s. 1078.

⁴⁹⁶ Bkz. Commission of European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 8.

⁴⁹⁷ Bkz. Commission of European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 25.

⁴⁹⁸ Hanks, "Perspectives on Mandatory Mediation", s. 935, dpn. 38.

kapatılmaması, yargı yoluna başvuruda önemli bir gecikmeye sebep olmamalı, uyuşmazlık konusu haklara ilişkin zamanaşımı süreleri durmalı, arabuluculuğa başvuru taraflara önemli masraflar getirmemeli, arabuluculuğa başvuru kolay olmalı ve son olarak acil hallerde geçici hukuki koruma tedbiri alınabilmelidir⁴⁹⁹. Bu kıstaslara uyulduğu takdirde zorunlu arabuluculuk adalete erişimi ve adil yargılanma hakkını engellemeyecektir. Bu kıstaslar boşanma hukuku uyuşmazlıkları bakımından değerlendirildiğinde, boşanma uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk için meşru bir amaç söz konusudur. Zira daha hızlı ve ucuz olması, yargı üzerindeki baskıyı hafifletmesi gibi amaçların yanısıra ihtiyari arabuluculuk her boşanmak üzere olan eşler bakımından tercih edilecek yöntemler değildir. Özellikle uzlaşi kültürünün oluşmadığı toplumlarda bu bir gerekliliktir. Zira böylelikle eşler daha işin başında uzlaşi konusunda düşünmeye sevk edilmiş olur. Ayrıca aile hayatının mahremiyeti ve aile kurumunun saygıya değer bir kurum olmasından dolayı taraflara kendi hayatları hakkında karar alabilme yetkisi tanınmalıdır. Eşler ve çocuklar için çekişmeli sürecin olumsuz etkisi (yüksek maliyetler, gecikme, belirsizlik, yıpranma, davanın çekişmeli doğası) birçok ülkede tespit edilmiş olup bu soruna çareler aranmıştır. Bu amaçla mahkeme dışı hak arama faaliyetlerine girilmiştir. Adalete erişim akımının etkisi neticesinde bu faaliyetler ortaya çıkmıştır. Zira bu faaliyetler daha geniş çözüm yolları, daha az maliyetli, daha az resmi bir süreç sunmaktadır. Ayrıca özellikle çocuk sahibi eşlerin boşanma sonrasında da iletişimlerinin ve ilişkilerinin devam etmesi söz konusu olduğundan eşlerin ve çocukların çekişmeli süreçten ziyade uzlaşıya teşvik edilen bir süreçten geçmeleri sağlanması gerekir. Arabuluculuğa başvuru zorunlu olmakla birlikte anlaşmaya varılması tarafların iradesindedir. Taraflar anlaşmaya varılmaya zorlanmaz. Taraflar arabuluculuk sürecinden her zaman çekilebilme hakkına sahiptir. Arabuluculuk faaliyeti tarafların anlaşmaları haricinde⁵⁰⁰ hangi

⁴⁹⁹ Aynı kıstaslar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir.

⁵⁰⁰ Fakat burada tarafların irade sakatlığı ya da aşırı yararlanma hallerinde dava açma hakkı mevcut olmalıdır. Aksinin kabulü yargıya erişim hakkının özünün ihlali anlamına gelecektir. Bu konuda bkz. Erdoğan-Cömert, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, s. 37, dpn. 78; Namlı, “Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi”, s. 1315. Ayrıca bu düzenlemenin hak arama özgürlüğüne ve AY 36. maddeye aykırı olduğuna ilişkin bkz. Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 392-393.

sebeple sona ermiş olursa olsun dava açmaları her zaman mümkün olacaktır. Zorunlu arabuluculuğa başvuru yargı yoluna başvuruda önemli bir gecikmeye sebep olmamalıdır. Karşılaştırmalı hukukta bazı devletler tarafından zorunlu aile arabuluculuk uygulamasında oturumlara iyiniyetle katılma yükümlülüğü öngörülmüştür⁵⁰¹. Bu bir ya da iki oturuma katılma zorunluluğu şeklinde olabilmektedir. Bu yükümlülüğe uymayan tarafın yaptırımını davada dava masrafına katlanma olarak yansıtılmaktadır. Tarafların bir ya da iki oturuma katılma zorunluluğu yargı yoluna başvuruda önemli bir gecikmeye sebep olmayacaktır. Zira yoğun iş yükünden dolayı zaten hemen mahkeme huzuruna çıkmak mümkün olmayacaktır. Ayrıca boşanma hukuku uyuşmazlıklarında en azından katılım zorunluluğu olan oturumlar ücretsiz olmalıdır⁵⁰².

⁵⁰¹ Bkz. Waye, "Mandatory Mediation in Australia's Civil Justice System", s. 220; Reuben, Tort Reform Renews Debate over Mandatory Mediation, s. 14; Lande, "Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court-Connected Mediation Programs", s. 78; Hanks, "Perspectives on Mandatory Mediation", s. 950.

⁵⁰² Örnek vermek gerekirse Norveç'te boşanma hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk altı oturum için ücretsizdir. Bu konuda bkz. Tjersland-Gulbrandsen-Haavind, "Mandatory Mediation outside the Court: A Process and Effect Study", s. 20.

III. BÖLÜM

BOŞANMA ARABULUCUSUNUN

NİTELİKLERİ VE SORUMLULUKLARI

1. 6325 SAYILI HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU'NA GÖRE ARABULUCU

1.1. Arabulucunun Nitelikleri

HUAK'ın 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre arabulucu, Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş arabuluculuk faaliyetini yürüten gerçek kişidir. Arabulucu olmak için öncelikle arabulucu olacak kişinin, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesindeki Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından oluşturulmuş sicile kayıtlı olması gerekmektedir. Sicile kayıt şartları ise kanunda ve yönetmelikte düzenlenmiştir (HUAK m. 20, HUAKY m. 30).

Arabulucu uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız üçüncü kişidir. Uzmanlık eğitimi hukuk fakültesi mezunu ve mesleğinde beş yıllık kıdeme sahip kişilerin iletişim teknikleri, uyuşmazlık çözüm metotları, davranış psikolojisi ve diğer teorik ve pratik bilgileri aldığı bir eğitimidir (HUAK m. 22). Arabulucu olacak bu kişilere altmış sekiz saati teorik ve on altı saati uygulamalı olmak üzere en az toplam seksen dört saat arabuluculuk eğitimi ve toplam sekiz saatten az olmamak üzere üç yılda bir yenileme eğitimi verilir (HUAKY m. 32/2, 6). Aile arabuluculuğu eğitiminin ise en az üç yüz saat teorik ve en az yüz saat pratik olmak üzere en az dört yüz saat ve her yıl yirmi saat yenileme eğitimi şeklinde yapılması planlanmaktadır. Ayrıca eğitmenlerin hukuk ve beşerî bilimler alanında yeterli tecrübeye sahip boşanma ve ayrılık alanında çalışan kişiler olması planlanmaktadır⁵⁰³. İngiltere ve Galler'de aile arabulucuları ulusal aile arabuluculuğu resmi kurumu olan Aile Arabuluculuk Konseyi (Family Mediation Council-FMC)⁵⁰⁴ tarafından tanınan zorunlu ilave

⁵⁰³ Börtü, "Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler", s. 1058.

⁵⁰⁴ Bu kurum, beş farklı aile arabuluculuğu meslek birliğinden gelen temsilcilerden oluşmaktadır. Ayrıca söz konsey tarafından, aile arabuluculuğu davranış kuralları düzenlenmiş olup boşanma aşamasına gelen evliliğin taraflara ve çocuklara en az rahatsızlık verecek, ebeveynler ve çocuklar arasındaki gelecekteki ilişkilerinin mümkün oldukça iyi şekilde sürdürülebilmesini teşvik edecek, tarafların veya çocukların karşı tarafça istismar edilmesine yönelik bütün ihtimalleri ortadan kaldıracak ve taraflara gereksiz masraf olmamasını sağlayacak şekilde evliliğin sona erdirilmesi sağlanacaktır.

eğitimler alır ve hem eğitim hem de uygulamada yapılan yeterlilik değerlendirmelerinde başarılı olmalıdır⁵⁰⁵. Hatta tecrübeli eğitimcilerden oluşan bir FMC çalışma grubu çocukların dahil edildiği arabuluculuk süreci için ise daha fazla yeterlilik kriterleri oluşturulmuştur⁵⁰⁶.

HUAK'a göre arabulucu olmak için hukuk fakültesi mezunu olma şartı mevcuttur. Fakat karşılaştırmalı hukukta hukuk fakültesi mezunu olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Özellikle aile uyuşmazlıkları için avukat, aile danışmanı, psikoterapist, sosyal hizmet uzmanı olan kişiler de arabuluculuk yapabilmektedir⁵⁰⁷. Fakat bu mesleklerin gerektirdikleri ile arabuluculuk mesleğinin gerektirdikleri ayırt edilmiştir. Arabuluculuk rolünün mesleki rollerinden farklı özellikler taşıdığı belirtilmiştir. Arabuluculuk danışmanlık ve terapinin aksine şimdiki zamana ve geleceğe odaklıdır. Eşlerin ve çocukların ihtiyaçları ön plandadır. Eşlerin daha iyi iletişim kuracaklarına yardımcı olur. Arabuluculuk teknikleri ile çatışmayı yapılandırır, olasılıkları araştırır. Amaç uygun ve sağlıklı ortamda tarafların müzakere etmesini sağlayarak tarafların ihtiyaçlarına uygun karar almalarını ve uzlaşmalarını sağlamaktır. Fakat danışmanlık ve terapide kişisel veya ailesel geçmişe odaklıdır. Duygular, algılar, ilişkiler ön plandadır. Psikoanaliz kuramını uygulayarak tarafları tedavi etmeye çalışır⁵⁰⁸.

Bir görüşe göre aile arabuluculuğu bir aile danışmanlığı veya aile terapisi değildir bu sebeple aile danışmanları veya terapistler arabuluculuk hizmeti sunamazlar⁵⁰⁹. Başka bir görüşe göre ise aile danışmanı veya terapist psiko-sosyal destek yanında aile arabuluculuğu desteği de sağlayabilmelidir⁵¹⁰. Aile

⁵⁰⁵ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 241.

⁵⁰⁶ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 241.

⁵⁰⁷ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 13. Bu konuda Avusturya, Fransa, Almanya, Norveç, İsveç, Rusya örnekleri için bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 407 v.d.

⁵⁰⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 14. Ayrıca bkz. I. Bölüm 2.6. konu başlığı.

⁵⁰⁹ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 21; Börü, "Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler", s. 1046; Börü, "Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 193; Bahadır, "Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar", s.1066; Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı", s. 80.

⁵¹⁰ Kressel, The Process of Divorce: Helping Couples Negotiate Settlements, s. 88 v.d. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 861; Akkaya, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, s. 43.

uyuşmazlıklarını dostane şekilde çözen her yöntemin aile arabuluculuğu olarak nitelendirilmesi mümkün olmamaktadır⁵¹¹. Bu yöntemler uzlaştırma, aile danışmanlığı veya terapist gibi şekillerde ortaya çıkabilmektedir⁵¹². Arabuluculukta temel amaç adil ve kabul edilebilir bir anlaşmanın müzakeresini saęlamaktır⁵¹³. Uyuşmazlık çıkmaza girdiğinde ise uyuşmazlığın çözümünü sağlayıcı önerilerde bulunabilir fakat taraflara bu konuda baskı yapamaz. Yasal konularda ise tarafları bilgilendirebilir ama hukuki tavsiyelerde bulunamaz. Arabuluculuk süreci tarafların anlaşmasıyla sonuçlandığı takdirde tarafların özgür iradeleriyle makul bir anlaşmaya vardığını; güç dengesizliği, karşı tarafın baskısı veya iradeyi sakatlayan başka sebeplerin olup olmadığını irdelenecek olan arabulucudur. Nihayetinde süreç sonunda bir sözleşme imzalanacak ve bu sözleşme hukuki sonuçlar doğuracaktır. Ayrıca icra edilebilirlik şerhi talep edildiği takdirde sözleşme hükümlerin icraya elverişli, açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Bu sebeple arabulucunun bir hukukçu olması taraflar açısından daha yararlı olacaktır. Buradan hareketle kanaatimizce arabuluculuk sürecinde bir hukukçu arabulucunun mutlaka yer alması gerekmele birlikte psikolog, terapist, sosyal hizmet uzmanı gibi kişiler süreçte tarafların birbirini anlamaları, kendilerini ifade edebilmeleri ve dolayısıyla sürecin daha verimli yürütölmesi için yardımcı olarak bulunmalıdır. Hatta psikolog, terapist, sosyal hizmet uzmanı gibi kişiler sürecin başlangıcında tarafları zorlamadan sulhe teşvik etmeliler yani kurtarılabilir durumda bir evlilik varsa doğrudan tarafları boşanmanın hukuki sonuçları üzerinde uzlaşı için müzakere masasına oturtmak yerine tarafların psikopatolojik sorunlarını tespit edip nerede çıkmaza girmişlerse o sorunu çözmeye çalışmalıdırlar. Tarafların boşanmada ısrarlı olması durumunda ise artık boşanmanın hukuki sonuçları üzerine müzakere etmeleri sağlanmalıdır.

Arabulucu sabırlı, iyimser, zeki, esnek, uygun mizah anlayışına sahip, tarafsız, kolay anlaşılan, etkili ve ikna edici, empati yönü gelişmiş, iyi bir dinleyici, saygın,

⁵¹¹ Bahadır, “Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar”, s. 1066.

⁵¹² Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”, s. 80-81; Bahadır, “Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar”, s. 1066.

⁵¹³ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s.277; Emery-Wyer, “Divorce Mediation”, s. 472; Kelly, “Mediation and psychotherapy”: Distinguishing the Differences, s. 37,43; Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, s. 166-167.

şüphesi, dürüst, güvenilir, eleştirilere açık bir kişi olmalıdır⁵¹⁴. Ayrıca tarafların arabuluculuğa gelirken sürece ve arabulucuya güven duyması gerekir⁵¹⁵. Bunun için hem kişilerin ve toplumun arabuluculuk mesleğine güvenini geliştirmek ve mesleğin saygınlığını artırmak hem de meslek üyelerini bilinçlendirmek amacıyla etik kuralları oluşturulmuştur. Bu kapsamda Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından Türkiye Arabulucular Etik Kuralları hazırlanmıştır⁵¹⁶.

Arabuluculuğa ve diğer uyuşmazlık çözüm şekillerine erişim mahkemeye başvurudan sonraki aşamalar da dahil olmak üzere her aşamada açık tutularak uzlaşma sağlamayı kolaylaştırmalı ve çatışmayı azaltmalıdır. Hâkimler, avukatlar, sosyal hizmet uzmanları ve arabulucular, birbirlerinin rollerini ve sorumluluklarını anlamalı ve birlikte çalışmaları sağlanmalıdır⁵¹⁷. Ayrıca aile yargı sisteminin, tarafların daha iyi işbirliği yapmasını sağlamak, uyuşmazlığı çözmek ve çatışmayı azaltmak amacıyla aile üyelerine yardımcı olacak şekilde tarafları farklı çözüm yöntemlerine yönlendirebilmesi sağlanmalıdır⁵¹⁸.

1.2. Arabulucunun Görevi

HUAK'a göre arabulucu; arabuluculuk teknikleri uygulayarak⁵¹⁹ tarafları müzakere etmesi için bir araya getiren, kendi çözümlerini kendileri üretebilmeleri amacıyla birbiriyle iletişim kurmalarını sağlayarak birbirlerini anlamalarını sağlayan, çözüm üretmedikleri noktada çözüm önerisi getirebilen kişidir (HUAK m. 2/1/b). Arabulucu, arabuluculuk teknikleri uygulayarak uyuşmazlığın tarafları arasında kopmaya gelen veya kopmuş ilişkileri onararak tarafların uzlaşmasını sağlamakla görevlidir. Aile danışmanlığı veya aile terapisi değildir. Zira arabuluculuk aile

⁵¹⁴ Kekeç, "Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler", s. 102-106; Şıpka-Özden-Akipek Öcal (Edt.), Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, s. 55; Ayrıca bkz. Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 141.

⁵¹⁵ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 66; Şıpka-Özden-Akipek Öcal (Edt.), Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, s. 81. Ayrıca bkz. Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 177.

⁵¹⁶ Ayrıca bkz. Amerika'da aile arabulucularına özgü mesleki etik kurallarına kaynak olabilecek nitelikte olan American Counseling Association (ACA) Code of Ethics (Amerikan Danışmanlık Birliği Etik Kuralları) bulunmaktadır.

⁵¹⁷ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 66.

⁵¹⁸ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 66.

⁵¹⁹ Bu konuda bkz. Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s. 239 v.d.

üyelerinin katıldığı bir tedavi yöntemi değil tarafların belirli konularda uzlaşmalarını sağlayan araçtır⁵²⁰. Arabulucu tarafların müzakere etmesi için uygun ortam yaratarak kendi anlaşmalarına varmalarını sağlamakla görevlidir. Taraflara hukuki danışmanlık yapmak veya karar verme sürecinde taraflar üzerinde etkili olmak yahut bir çözümü kabul etmeleri için baskı yapmak arabuluculuğun görevi değildir⁵²¹. Yasal konularda tarafları bilgilendirebilir ama hukuki tavsiyelerde bulunamaz. Arabulucunun amacı uzlaştırma da değildir⁵²². Temel amacı adil ve kabul edilebilir bir anlaşmanın müzakeresini sağlamaktır⁵²³. Aile arabulucu çocuğun menfaatine özel alaka göstermelidir. Bunun için tarafları çocuğun menfaati üzerine yoğunlaşmaya teşvik etmelidir. Çocuğun üstün yararı bu süreçte ön planda tutulmalıdır. Hatta çocuğun üstün menfaati söz konusu olduğunda gizlilik ve tarafsızlık ilkesi dahi uygulanmamalıdır⁵²⁴.

Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları' nın 5. maddesinin 9. fıkrasına göre kendisi veya taraflardan birinin davranışının sürece zarar vereceği kanısına varırsa gerektiğinde arabuluculuğu ertelemek, arabuluculuktan çekilmek ya da sürece son vermek de dahil olmak üzere gerekli tedbirleri alır. Aile içi şiddetin söz konusu olduğu durumlarda her olaya göre arabuluculuğa uygunluk değerlendirilmelidir⁵²⁵. Bu değerlendirmede şiddetin sıklığı, derecesi, başlangıcı, alkol ve uyuşturucu bağımlılığı, tarafların psikolojik rahatsızlığa sahip olup olmadığı dikkate alınır⁵²⁶. Arabulucunun bu tür davalara uygun olarak eğitilmiş olması, şiddetin seyrek olması

⁵²⁰ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 54.

⁵²¹ Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı", s. 83-85; Bahadır, "Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar", s. 1066.

⁵²² Emery-Wyer, "Divorce Mediation", s. 472; Kelly, "Mediation and Psychotherapy": Distinguishing the Differences, s. 37, 43; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s. 166-167.

⁵²³ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 277; Emery-Wyer, "Divorce Mediation", s. 472; Kelly, "Mediation and psychotherapy": Distinguishing the Differences, s. 37, 43; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s. 166-167.

⁵²⁴ Bkz. Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı", s. 91.

⁵²⁵ Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 258-259; Corcoran-Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", s. 303.

⁵²⁶ Gerencser, "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse", s. 59; Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 260-261; Corcoran-Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", s. 310.

veya mağdur tarafın korunmuş olması ve tarafların eşit bir şekilde müzakere edebileceği bir ortamın oluşturulması (örneğin mekik arabuluculuğu⁵²⁷, telekonferans yoluyla arabuluculuk gibi) bu tür uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapılabilmesinin mümkün hale getirmektedir⁵²⁸. Zira boşanma sürecinde düşmanlık, tehdit, suçlama, korku artmakta ve dolayısıyla taraflar arasındaki çatışma daha da şiddetlendiği için böyle yöntemlere başvurulması taraflar için daha uygun olacaktır.⁵²⁹ Bu sebeple aile içi şiddet veya arabuluculuk sürecinde bir tarafın diğer tarafa baskı yapması, güç dengesizliği gibi durumlarda arabulucu gerekli tedbirleri almalı ve uygun ortamın oluşmasını sağlamalıdır. Fakat bu davranışların hala sürece zarar verme tehlikesi varsa o zaman sürece son vermelidir.

1.3. Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri

Arabulucunun birtakım hakları bulunmakla birlikte yükümlülükleri de söz konusudur. HUAK üçüncü kısımda “*Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*” düzenlenmiştir. Arabulucunun hakları olarak, arabuluculuk unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma (HUAK m. 6) ve ücret ve masraf isteme (HUAK m. 7) hakkı düzenlenmiştir. Arabulucunun yükümlülükleri ise görevini özenle yerine getirme (HUAK m. 9/1), tarafsız biçimde yerine getirme (HUAK m. 9/1), taraflar arasında eşitliği gözetme⁵³⁰ (HUAK m. 9/3), aydınlatma (HUAK m. 11), görevi şahsen yerine getirme (HUAK m. 9/1), gizlilik⁵³¹ (HUAK m. 4, 33), bilgi ve belge saklama⁵³² (HUAK m. 5) arabuluculuk tutanağı tutma Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’ne gönderme ve dosya saklama (HUAK m. 17) arabuluculuk siciline kaydolma (HUAK m. 20), reklam yasağına uyma (HUAK m. 10), aidat ödeme (HUAK m. 12) yükümlülükleri bulunmaktadır.

Arabuluculuk faaliyeti, arabulucular siciline kayıtlı arabulucular tarafından yürütülür. Bu sebeple arabulucuların Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesindeki

⁵²⁷ Mekik arabuluculuğunun arabulucunun taraflarda tarafsız olmadığı algısını oluşturabileceğine ilişkin bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 110.

⁵²⁸ Corcoran-Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", s. 310; Gerencser, "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse", s. 59; King, "Burdening Access to Justice: The Cost of Divorce Mediation on the Cheap", s. 445.

⁵²⁹ Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 260.

⁵³⁰ Bkz. II. Bölüm 2.1.4.1.2.

⁵³¹ Bkz. II. Bölüm 2.1.4.1.3.

⁵³² Bkz. II. Bölüm 2.1.4.1.3.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından oluşturulmuş sicile kayıtlı olması gerekmektedir. Arabulucuların sicile kayıt esnasında ve her yıl için aidat ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Arabulucuların reklam niteliğinde her türlü davranışta bulunmaları ve arabulucu, avukat ve akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır.

Arabuluculuk ücreti, aksi kararlaştırılmadıkça sürecin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine (AAÜT) göre belirlenir. Ücret ve masraflar ise taraflarca eşit olarak karşılanır (HUAK m. 7/2). Konusu para ve para ile değerlendirebilen hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk ücreti arabuluculuk tarifesinin ikinci kısmına göre belirlenir. Konusu para olmayan ve para ile değerlendirilmeyen hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk ücreti arabuluculuk tarifesinin birinci kısmına göre belirlenir. Bu kapsamda aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda taraf sayısına göre ve saat başı için ücret kararlaştırılmıştır. Fakat arabuluculuk ücretini karşılama gücü olmayan taraf arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir (HUAK m. 13/3)⁵³³. Bu konuda HMK hükümleri (m. 334-340) kıyasen uygulanır.

Tarafların arabulucuya güveni arabuluculuktan beklenen faydanın sağlanması için önemlidir. Bu sebeple arabulucu görevini taraflara eşit mesafede ve tarafsız bir biçimde yerine getirmelidir. Eğer arabulucunun tarafsızlığının şüpheye düşürecek bir durum ortaya çıkarsa arabulucu bunu gidermeli ve tarafları bu konuda bilgilendirmelidir. Ancak taraflar arabulucuya güveniyorsa arabulucu görevine devam edebilir (HUAK m. 9/2). Arabulucunun tarafsızlığının bir gereği olarak arabulucular aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak yürütülen yargı sürecinde avukat olarak görev alamazlar (HUAK m. 9/4). Tarafsızlık hem taraf tutmamasını ve önyargılı olmamasını hem de taraflarla herhangi bir yakınlık veya ilişkide bulunmaması gerekir. Nitekim Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları 3. maddeye göre tarafların geçmişine, kişiliğine, inançlarına veya başka sebeplere dayanarak arabulucunun taraflardan birine karşı önyargılı davranmaması gerekir. Ayrıca arabuluculuk sürecini yürütürken tarafsızlığını şüpheye düşürecek davranışlardan da kaçınmalıdır.

⁵³³ İngiltere ve Galler’de aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk için adli yardım imkânı öngörüldüğü ayrıca adli yardımdan yararlanan taraf için ücretsiz olarak sınırlı hukuki yardım ve tavsiye alma imkânı sağlanmıştır. Bu konuda bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 277.

Arabulucu tarafsız davranamayacaksa arabulucu olma teklifini reddetmeli veya arabuluculuktan çekilmelidir. Fakat güç dengesizliği, istismar veya şiddet durumunda ise arabulucu tarafsızlık kimliğini bir kenara bırakıp aktif rol üstlenerek duruma müdahale edebilmelidir⁵³⁴. Ayrıca, arabuluculuk süreci boyunca tarafların eşitliğini de gözetmek zorundadır. Örneğin eşlerden birinin veya ikisinin işitme ve konuşma problemi söz konusu olduğunda taraflar arasındaki eşitlik gözetilerek uzmandan yardım alınması imkânı sağlanabilmelidir.

Arabulucu, arabuluculuk sürecinin başında tarafları arabuluculuğun temellerini, süreci ve sonuçları hakkında açıklayıp aydınlatmakla yükümlüdür (HUAK m. 11). Bu husus arabuluculara taraflara hukuki tavsiye alma imkânı vermez. Fakat arabulucu taraflara hukuki bilgilendirme yapabilmelidir. Bu kapsamda örneğin boşanma uyuşmazlıklarında bir tarafın nafaka hakkı olduğunu bilmemesi durumunda arabulucu bu konuda bilgilendirebilmelidir. Bu arabuluculuğun menfaat temelli olmasının yanında hak temelli olmasını da gerektirmektedir⁵³⁵. HUAK'ın 15. maddesine getirilen 7. fıkra ile taraflar kendi çözümlerini kendi üretemezlerse arabulucular hak temelli olarak çözüm üretebilirler. Eklenen bu fıkra ile değerlendirici, hak temelli aktif arabuluculuk da mümkün kılınmıştır⁵³⁶. Bu kapsamda arabulucunun hukuki bilgilendirme yapmasına da imkân tanınmalıdır.

Arabulucu; tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığını içeren bir tutanak düzenler ve bu tutanak arabulucu, taraflar, kanuni temsilciler veya avukatlar tarafından imzalanır (HUAK m. 17/2). Bu tutanağın işlevi sürecin sona erdiğini belgelemektir. Tutanağın içeriği taraflarca daha ayrıntılı düzenlenebilir. Arabulucu ilgili belgeleri ve bu tutanağı beş yıl saklamak zorundadır.

1.4. Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu

⁵³⁴ Forester-Stitzel, "Beyond Neutrality: The Possibilities of Activist Mediation in Public Sector Conflicts", s. 255- 256.

⁵³⁵ Menfaat temelli arabuluculukta aydınlatma yükümlülüğünün sınırlı olduğuna ilişkin bkz. Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 439.

⁵³⁶ Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 11, dpn. 23.

Arabulucu; yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmedeği takdirde arabulucunun hukuki, disiplin ve cezai sorumluluğu söz konusu olur⁵³⁷. HUAK'ın 21. maddesinin 2. fıkrası disiplin sorumluluğu, 33. maddesi ise cezai sorumluluğu düzenlenmiştir. HUAK 21. madde 2. fıkraya göre kanun tarafından öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranıldığı takdirde Arabuluculuk Daire Başkanlığı arabulucu yazılı olarak uyarır, bu uyarıya uyulmaması halinde arabulucunun savunması alındıktan sonra sicilden silinmesi talep edilir. HUAK 33. maddede ise gizliliğin (HUAK m. 4) ihlali nedeniyle cezai sorumluluk öngörülmüştür. Buna göre gizliliğin ihlali nedeniyle bir kişinin hukuken korunan menfaati zarar görmüşse bu kişinin şikâyeti üzerine altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Arabulucunun hukuki sorumluluğu ise düzenlenmemiştir.

Arabulucunun hukuki sorumluluğu haksız fiil, sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğabilir⁵³⁸. Arabulucu sözleşmesi⁵³⁹ ağırlıklı niteliği vekalet sözleşmesi yönündedir⁵⁴⁰. TBK 502. maddeye göre “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanabilir*”. Kanaatimizce arabulucu sözleşmesi bir vekalet sözleşmesi değildir. Zira arabulucu sözleşmesinde, vekalet sözleşmesinin asli unsuru olan vekalet verenin lehine iş görme unsuru bulunmamaktadır. Arabulucu taraflara tarafsız olmak ve görünmek zorundadır. Bu sebeple arabulucu sözleşmesi

⁵³⁷ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1235.

⁵³⁸ Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 466, 471. Ayrıca güven ilişkisine aykırılık nedeniyle sorumlu olduğuna ilişkin bkz. Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s. 191-192.

⁵³⁹ Arabulucu sözleşmesi ile arabuluculuk sözleşmesi farklı nitelikte sözleşmelerdir. Arabulucu sözleşmesi uyuşmazlığın tarafları veya bu kişilerin yasal temsilcileriyle arabulucu arasında arabulucunun arabuluculuk etmeyi tarafların da bunun karşılığında ücret ödemeyi taahhüt ettikleri sözleşmedir. Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözmeyi kararlaştırdıkları sözleşme arabuluculuk sözleşmesidir. Arabuluculuk sözleşmesinin hem maddi hukuk alanında hem usul hukuku alanında sonuç doğuran karma nitelikte sözleşme olduğuna dair bkz. Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, s. 105; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 331; Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, s. 199.

⁵⁴⁰ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1214; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 349; Bayraktar, “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, s. 168; Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, s. 140.

atipik sözleşmelerden sui generis sözleşmesidir⁵⁴¹. Bu sözleşmenin ihlali halinde yükümlülüklerini yerine getirmeyen borçlu, TBK genel hükümlerine göre ve ağırlıklı olarak vekalet sözleşmesi niteliği taşıdığı için bu sözleşmenin hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır. Ayrıca yükümlülüğün ihlalinde haksız fiil sorumluluğuna da gidilebilir. Bu iki sorumluluk hali yarışır⁵⁴². Zarar gören taraf, en iyi giderim imkanını hangi sorumluluk sebebi sağlıyorsa ona başvurabilir (TBK m. 60).

2. ÖZEL UZMANLIK ALANI OLARAK BOŞANMA ARABULUCULUĞU

2.1. Boşanma Arabulucusu Hakkında Etik ve Hukuki Meseleler

Arabulucunun öncelikli sorumluluğu, tarafların kendi sözleşmelerini kendileri yapmalarını sağlamaktır. Bu sebeple arabulucu, tarafların müzakere sürecine katılımının adil ve eşit olmasını ve sonucun karşılıklı olarak üzerinde anlaşmaya varılmış olmasını sağlamakla yükümlüdür⁵⁴³. Bu kapsamda her iki tarafın da eşit ve ortak çaba göstermesini sağlamak gerekir⁵⁴⁴. Fakat her müzakere sürecinde bir miktar güç dengesizliği olduğu kabul edilmelidir⁵⁴⁵. Fakat zorlamanın olduğu yerde arabulucu gerekli tedbirleri alır hatta sürece son verebilir.

Arabulucunun, arabuluculuğa taraf olmamakla birlikte, müzakere masasında bulunsun veya bulunmasın, orada varılan herhangi bir anlaşmadan etkilenenlere karşı da sorumluluğu vardır⁵⁴⁶. Bu anlaşmadan etkilenenlerin başında çocuklar gelmektedir. Ayrıca, bu kişiler yeni eşler veya büyükanne ve büyükbabalar gibi konuyla ilgili olan kişiler olabileceği gibi veya devletin çıkarlarını temsil eden sosyal hizmet uzmanı da olabilir⁵⁴⁷. Anlaşmazlık konusu olan konuların masada olmayan taraflar üzerindeki etkisi ne kadar büyükse, arabulucunun sorumluluğu da o kadar ciddidir. Bu, arabulucunun masada olmayan üçüncü kişilerin çıkarlarını temsil ettiği anlamına gelmez. Ancak anlaşmanın diğerlerinin üzerindeki etkisini de dikkate

⁵⁴¹ Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, s. 165; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 331.

⁵⁴² Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, s. 465.

⁵⁴³ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 146.

⁵⁴⁴ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 167.

⁵⁴⁵ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 146.

⁵⁴⁶ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 147.

⁵⁴⁷ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 147. Ayrıca bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 113.

alınması gerekir⁵⁴⁸. Arabulucu ne çocuğun savunucusu ne de çocuğun sosyal hizmet uzmanı olarak hareket edemez⁵⁴⁹. Arabulucunun görevi, ebeveynler kararlar alırken mümkün olan her yerde çocuklarının görüşlerine danışmalarını ve bu görüşlere gereken ağırlığı vermelerini ve alternatif düzenlemelerde özellikle çocukları üzerindeki olası tüm sonuçlarını dikkate almalarını sağlamaktır⁵⁵⁰. Fakat ebeveynlerin arabulucudan önce ve daha çok çocuklarının menfaatini önemsediğini kabul etmek gerekir. Burada arabulucunun görevi ebeveynlere yardımcı olmaktır.

Aile içi şiddet veya istismar, aile uyumsuzluklarına ilişkin arabuluculukta adalet ve güçle ilgili temel endişeleri ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle, aile içi şiddet veya istismar durumlarında arabuluculara özel talepler ve ağır sorumluluklar yükler. Adil olmak, taraflar arasında pazarlık gücünde göreceli bir eşitlik olmasını gerektirir. Taraflar arasında, özellikle aile içi şiddet veya istismarla bağlantılı olarak açık bir eşitsizlik durumu varsa, arabuluculuğa başvurmak, istismara uğrayan taraf ve/veya çocukları için tehlikeli olmasa bile uygunsuz olacaktır.

Aile içi şiddet veya istismar içeren her vakada arabuluculuğa gitmenin uygun olmadığı ileri sürmek aile arabuluculuğundan beklenen faydayı azaltabilir. Değerlendirme yaparken şiddetin sıklığı, derecesi, başlangıcı, alkol ve uyuşturucu bağımlılığı, tarafların psikolojik rahatsızlığa sahip olup olmadığı dikkate alınır⁵⁵¹. Zira boşanma aşamasına gelmiş her evlilikte bir miktar fiziksel, duygusal, cinsel, ekonomik istismarın var oluşu kabul edilir⁵⁵². Fakat burada bireyin algısı da önemlidir. Bu sebeple arabulucu, süreci değerlendirirken bireyin algısını da göz önünde tutmalıdır⁵⁵³. Buradan hareketle şiddet veya istismarın az olduğu ve diğer

⁵⁴⁸ Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, s. 147; Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, s. VI.

⁵⁴⁹ Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, s. 147.

⁵⁵⁰ Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, s. 147; Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, s. 138, 142.

⁵⁵¹ Gerencser, "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse", s. 59; Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 260-261; Corcoran-Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", s. 310.

⁵⁵² Gerencser, "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse", s. 59; Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 253; Corcoran-Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", s. 303-304.

⁵⁵³ Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, s. 233.

tarafı sabote etmediği durumlar için arabuluculuğun değerli ve etkili bir süreç olabilir⁵⁵⁴.

2.2.Boşanmaya İlişkin Arabuluculuk Sürecinde “Çocuk”

Boşanma uyuşmazlıklarında arabuluculuğun, sadece eşler arasındaki mali sonuçlar üzerinde uzlaşması değil hem çocukların hem de eşlerin ihtiyaçlarını karşılaması beklenir⁵⁵⁵. Ayrıca bu süreçte çocuğun (belirli yaşta ve olgunluktaki çocuğun) veya gencin görüşünü almak da önem arz etmektedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi, çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkının, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Sözleşmenin 3. maddesinde çocukları ilgilendiren tüm eylemlerde çocuğun yüksek yararı birincil husustur. Bu sebeple arabuluculuk sürecinde de çocuğun yüksek yararı esas alınır. Bu sebeple süreçte çocuğun da görüşü alınır ve süreç sonunda yapılacak anlaşmalar çocuğun üstün yararına da uygun olmalıdır. Bu durumda çocuğun üstün yararının neyi ifade ettiği de tam olarak belirlenememekle birlikte her olayın özelliğine göre tekrar ele alınmalıdır. Sözleşmeye göre genel olarak çocuğun yüksek yararı kavramı, çocuğun bütünsel fiziksel, psikolojik, ahlaki ve ruhsal bütünlüğünü güvence altına almak ve onu teşvik etmek için tüm aktörleri dahil ederek hak temelli bir yaklaşımın geliştirilmesini gerektirir. Arabuluculuk teorileri perspektifinden bakıldığında, kimin çocuğun yüksek yararını yerine getirme yükümlülüğüne sahip olduğu sorulabilir; çünkü arabuluculukta tarafların kendi kaderini tayini etmesi merkezi bir unsur olması sebebiyle arabulucunun karar verme yetkisine sahip olmaması gerektiği düşünülebilir⁵⁵⁶. Arabuluculuk için literatürde bulunan farklı yaklaşımların (yapısal, dönüştürücü ve anlatıya dayanan arabuluculuk) çoğu eşlerin görüşlerine ve ihtiyaçlarına odaklanmaktadır⁵⁵⁷. Çocuk, kendisiyle ilgili konularda dinlenilmesi, danışılması gereken ve haklara sahip biri olmaktan ziyade bir bakım

⁵⁵⁴ Zylstra, “Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators”, s. 260; Corcoran-Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", s. 312. Ayrıca bkz. Roberts, Mediation in Family Disputes : Principles of Practice, s. 231.

⁵⁵⁵ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. IV.

⁵⁵⁶ Salminen, “Mediation and the Best Interests of the Child from the Child Law Perspective”, s.214.

⁵⁵⁷ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 45.

veya rekabet nesnesi olarak görülebileceği düşünülmektedir⁵⁵⁸. Ekosistemik modelde ise çocukların ihtiyaçlarının, görüşlerinin ve isteklerinin göz önünde bulundurulmasına imkân sağlamaktadır⁵⁵⁹. Ayrıca bu yaklaşım nesiller arası, kültürlerarası, sınır ötesi uyumsuzlıklara da uygundur. Çocuk hukuku perspektifinin aile arabuluculuğuna dahil edilmesiyle çocuğun yüksek yararını esas alma, çocuğa yasal katılım hakkı tanıma ve “çocuğu bilgilendirici (child-informative)”, “çocuk odaklı (child-focused)”, “çocuk dahil (child inclusive)” arabuluculuk⁵⁶⁰ uygulamalarının geliştirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır⁵⁶¹.

Aile arabulucular; ebeveynleri ve ebeveynlik sorumluluğuna sahip olan diğer kişileri, çocuğun ihtiyaçlarını, istekleri ve görüşlerini göz önünde tutmaya ve çocuklarla ilgili düzenlemeler yapılırken bunları dikkate almaya teşvik etme sorumlulukları bulunması gerekmektedir⁵⁶². Burada amaç çocuğun veya gencin fikirlerini kabul etmek değildir. Fakat onun istekleri ve görüşlerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁵⁶³. Aile arabulucularının özellikle bu durumda süreci

⁵⁵⁸ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 45.

⁵⁵⁹ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 45.

⁵⁶⁰ Çocuk odaklı arabuluculuk, çocukların herhangi bir doğrudan katılımı olmadan ebeveynleri çocuklarının ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmalarını teşvik eden arabuluculuktur. Çocuk dahil arabuluculuk ise ailedeki her çocukla ayrı ayrı yapılan görüşmeler neticesinde ebeveynlerle ilgili endişelerinin öğrenildiği ve çocukların kendileri ile ilgili konularda fikirlerinin açıklama fırsatı sunulduğu bir arabuluculuk sürecidir. Örneğin; Avustralya uyumsuzluk çözümü uygulamalarında, tarafsızlıkla oluşturulan müzakere modellerinden uzaklaşarak, uyumsuzlıktan etkilenen çocukların çoğu zaman konuşulmayan gelişim sürecini aktif olarak kolaylaştırmaya çalışan modellere doğru köklü bir değişim meydana geldi. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi tarafından yapılan düzenleme ve ayrılık sonrası ortaya çıkan ihtilaflar neticesinde çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerine dair kanıtların git gide artması nedeniyle yasal çözüm arayışlarına girilmesinin yanı sıra, ayrılan ailelerin psikolojik uyumunu teşvik etmek etik bir görev haline geldi. Özellikle “çocuk dahil” boşanma arabuluculuğu, Birleşmiş Milletler ilkelerinin çocukların kendileriyle ilgili aile hukuku muamelelerinde dileklerini sunmalarını sağlamaya yönelik stratejik bir uygulaması olarak gelişti.

⁵⁶¹ McIntosh, "Child-inclusive divorce mediation: Report on a qualitative research study", s. 55 v.d.; McIntosh et al., "Child-focused and child-inclusive divorce mediation: comparative outcomes from a prospective study of postseparation adjustment", s. 105 v.d.; Roberts, Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice, s. 206; Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 194 v.d.

⁵⁶² Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. IV.

⁵⁶³ Koşullar değiştikçe veya çocuklar büyüdükçe çocuklara yönelik düzenlemelerin değiştirilmesini gerekebilir. Hatta anne veya babanın ikinci evliliklerini yapması veya başka sebeplerle çocuk da bunu talep edebilir. Bu durumda devlet yine mahkemeye gitmeden düzenleme yapılması için ebeveynleri teşvik etmeli, bunun için çocuklar için çevrimiçi bilgi hizmetleri sağlanmalı ve aile arabuluculuğu hakkında bilgi sahibi olunmasına, çocukların ailelerine iletebilecekleri bilgilere, isteklere ulaşılmasına katkı sağlamadır. Bu görüş için bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 87.

iyi yönetebilmesi için bu özel ve hassas alanda eğitilmesi gerekirse ek bir eğitim alması sağlanmalıdır⁵⁶⁴.

Çocuğun kendi ile ilgili konularda görüşüne başvurmak her zaman sağlıklı olmayabilir. Zira çocuk bir ebeveyninin etkisinde kalabilir ya da endişeli ve doğal olmayan bir duruma düşebilir, haksız seçimler yapmak zorunda hissedebilir ve çatışmayı azaltmak için ebeveynlerinin bazı sorumluluklarını taşıyabilir⁵⁶⁵. Burada önemli olan çocukların çıkarlarını, ihtiyaçlarını gözetmeye ebeveynleri teşvik etmektir. Zaten çocukla ebeveynlerini aynı müzakere masasına oturtmak çocuk için her zaman yararlı da olmayabilir⁵⁶⁶. Burada arabulucunun bunu önermesi tarafsızlık kimliğine de zarar verebilir⁵⁶⁷. Zira bu durumda arabulucu çocuğu savunucusu duruma da gelebilir. Zaten çocuğun ihtiyaçlarını ve menfaatini önemseyen ilk kişilerin ebeveynler olduğu kabul edilir. Burada arabulucunun görevi ebeveynleri bu konuda teşvik etmektir⁵⁶⁸. Ayrıca çocuğun görüşüne başvurulsa dahi bu, süreçte ebeveynlerin otoritesini sarsmamalıdır⁵⁶⁹. Çocuğun görüşüne başvurmak yapılacak anlaşmada bu görüşünde göz önünde tutulmasını sağlayacaktır. Bu kabul, ebeveynleri arasındaki ilişkinin dağılmasından kaynaklanan çocukların sıkıntısını en aza indirebilecektir⁵⁷⁰. Ayrıca süreç boyunca ya da süreç sonrasında da çocuklara psikolojik destek sağlama imkânı verilmelidir⁵⁷¹.

2.3. Boşanma Arabuluculuğunda Uygulanabilecek Farklı Usuller

2.3.1.Ortak Arabuluculuk (Co-Mediation)

Ortak arabuluculuk, uyuşmazlık çözümünde taraflara iki veya daha fazla arabulucunun yardımcı olmasıdır. Birden fazla kişinin arabulucu rolünde olması, uyuşmazlığın daha fazla kişi tarafından ele alınmasını, sürecin hızlanmasını, arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın daha kolay ve verimli şekilde takibinin

⁵⁶⁴ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. IV.

⁵⁶⁵ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 195.

⁵⁶⁶ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 196.

⁵⁶⁷ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 194.

⁵⁶⁸ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 196.

⁵⁶⁹ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 194-195.

⁵⁷⁰ Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 205.

⁵⁷¹ Birleşik Krallık'taki benzer proje için bkz. Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice, s. 206.

yapılmasını sağlayacaktır⁵⁷². Ortak arabuluculuk, tüm uyuşmazlık türleri için uygulanması gereken bir yöntem değildir. Daha çok, çok taraflı uyuşmazlıklarda veya boşanma gibi duygusal yönü olan uyuşmazlıklarda uygulanmasında yarar görülen yöntemdir⁵⁷³. Ayrıca çocuk kaçırma olaylarında, sınır ötesi arabuluculukta da uygulanmaktadır.

Boşanma uyuşmazlıklarında ortak arabulucular, farklı mesleki disiplinden gelmelidir⁵⁷⁴. Bunun için bir hukukçu ve bir sosyal hizmet uzmanı, psikolog veya terapist birlikte çalışarak geniş bilgi ve deneyimlerini taraflara aktarırlar. Hukuk ile beşeri ve sosyal bilimler alanlarından gelen arabulucular birbirini tamamlayarak tarafların daha etkili ve uzun vadeli olarak uyuşmazlıklarını çözmelerine katkı sağlarlar⁵⁷⁵. Bu arabulucular aile uyuşmazlıklarına hem hukuki hem psikolojik bakış açısını getirirler. Ortak arabulucular farklı uzmanlık alanlarına sahip olsalar da aynı eğitimden geçmeli ve mesleki bilgilerini arabuluculuk eğitiminde gördükleri diğer bilgilerle harmanlamalıdır⁵⁷⁶. Ayrıca özellikle boşanma uyuşmazlıklarında ortak arabuluculardan birinin kadın birinin erkek olması sürecin daha sağlıklı yürütülmesini sağlayacaktır. Zira taraflar arasında güç dengesizliği mevcutsa bu dengesizliğin yönetilmesini ve giderilmesini sağlayacaktır⁵⁷⁷. Tek bir arabulucu, karmaşık aile ilişkilerine tüm yönleriyle aynı anda odaklanmakta güçlük çekebilir. Fakat birden fazla arabulucunun mevcudiyeti uyuşmazlığın her yönüyle ele alarak hem tarafların ihtiyaçlarına odaklanmayı hem güç dengesizliğini gidermeyi hem de taraflar arasındaki yüksek gerilimi frenlemeyi sağlar. Ortak arabuluculuğun birçok olumlu yönlerine rağmen olumsuz yönleri de vardır. Arabuluculuk ücreti, zaman, karmaşa, ayrı fikirlerde olup taraf tutmak gibi olumsuz yönleri mevcuttur⁵⁷⁸. Birden fazla arabulucunun olması ücreti artıracaktır. Arabuluculuk sürecinden önce arabulucuların

⁵⁷² Joe Epstein-Susan Epstein, “Co-Mediation”, *Alternative Dispute Resolution*, 2006, Vol. XXXV, N. 6, s. 21.

⁵⁷³ Epstein-Epstein, “Co-Mediation”, s. 23.

⁵⁷⁴ Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, s. 93.

⁵⁷⁵ Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, s. 93.

⁵⁷⁶ Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, s. 93.

⁵⁷⁷ Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, s. 94.

⁵⁷⁸ Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, s. 99. Sonuçları ve etkisi bakımından karşılaştırıldığında tek bir arabulucunun sağlayacağından çok daha üst düzeyde performans sağlandığı ve ileri sonuçları düşünüldüğünde taraflara daha az mali yükümlülük getirdiğine ilişkin görüş için bkz. Epstein-Epstein, “Co-Mediation”, s. 22.

kendi aralarında yaptıkları planlama için ek zamana ihtiyaç olacaktır. Her iki arabulucunun aynı anda müdahale etme ihtiyacı karmaşaya yol açabilir. Ortak arabulucular arasındaki iletişim iyi olmazsa ve birbirlerini iyi anlayamazlarsa ister istemez çatışmaya bile yol açabilir. Bütün bu olumsuz yönlerin ortadan kaldırılması için arabulucuların iyi eğitilmiş ve yeterli deneyime sahip olması gerekir. Ayrıca ek olarak arabulucuların ortak arabulucu olabilmesi için buna yönelik eğitimler almış olması gerekir⁵⁷⁹.

2.3.2. Mekik Arabuluculuğu (Shuttle Mediation)

Boşanma uyuşmazlıklarında güç dengesizliği, baskı, şiddet veya zarar söz konusu olduğunda arabulucu gerekli tedbirleri alacaktır. Bu tedbirler kapsamında mekik arabuluculuğuna başvurulabilir⁵⁸⁰. Mekik arabuluculuğunda genellikle taraflar bir bilgilendirme toplantısından sonra ayrı odalara alınır ve arabulucu odalar arasında mekik dokuyarak karşılıklı açıklamaları ve teklifleri taraflara taşır. Arabulucu taraflarla farklı zamanlarda ve oturumlarda da görüşebilmektedir⁵⁸¹. Fakat bunun için her iki tarafın rızası olması gerekmektedir⁵⁸². Aksi takdirde arabulucu güç dengesizliğini yönetemiyorsa veya diğer halleri engelleyemiyorsa süreci engelleyebilir ya da sonlandırabilir. Aslında mekik arabuluculuğu aile uyuşmazlıklarında az kullanılan bir yöntemdir. Zira aile uyuşmazlıklarının alternatif yöntemle çözülmesindeki temel amaç kopmuş ya da kopma noktasına gelmiş ilişkide tarafların birbiriyle iletişim kurmasını sağlamak ve doğrudan iletişimi kolaylaştırmaktır⁵⁸³. Fakat aile içi şiddet veya başka tür istismar durumunda veya bir tarafın diğer tarafla yüz yüze görüşmeyi reddettiği durumlarda süreci yönetebilmek adına bu yola başvurulabilir. Sınır ötesi uyuşmazlıklarda da bu yöntem uygulanabilir. Fakat burada da taraflarda arabulucunun tarafsızlığı ve arabulucuya duyulan güven konusunda sorunlar ortaya çıkabilir⁵⁸⁴.

⁵⁷⁹ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 101.

⁵⁸⁰ Zylstra, "The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled", s. 78; King, "Burdening Access to Justice: The Cost of Divorce Mediation on the Cheap", s. 445; Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 267.

⁵⁸¹ Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 278.

⁵⁸² Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 79.

⁵⁸³ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 27.

⁵⁸⁴ Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 110.

2.3.3. Çevrimiçi Arabuluculuk (Online Mediation)

Yüz yüze arabuluculuk geleneksel bir yöntemdir. Ancak coğrafi uzaklıklar, maliyet, husumet, korku gibi nedenlerle arabuluculuk toplantısına katılmakta zorlanan taraflar online görüşme yöntemiyle arabuluculuk sürecine katılabilirler⁵⁸⁵. Birbiriyle doğrudan konuşmak istemeyen dolayısıyla bir konferans görüşmesinde yer almak istemeyen taraflar e posta ya da web tabanlı iletişim kurabilirler⁵⁸⁶.

Boşanma uyuşmazlıklarında taraflar yüz yüze arabuluculuk yapamadıklarında iletişimi kolaylaştırmanın yanında sürece tarafların etkin katılımı, genişletilmiş bir veri tabanına kolay erişim gibi faydalar da sağlayacaktır⁵⁸⁷. Özellikle online arabuluculuk sisteminin getirilmesiyle arabuluculuk sürecinin her aşamasında tarafların bu sistem dolayısıyla online olarak birçok veriye ulaşmaları sağlanacaktır. Tarafların arabulucu seçimi, olası arabulucularla bilgi alışverişinde bulunabilmeleri, arabulucuların e postayla taraflara bilgi vermeleri, arabulucular ile tarafların ayrı ayrı e posta yoluyla haberleşebilmeleri, arabulucuların dosyalama sistemi olarak e posta kutularını kullanması gibi durumlara kadar bu sistem uygulanır⁵⁸⁸. Aslında bu yöntemin en faydalı yönleri zaman, maliyet ve eşzamansız olmasıdır⁵⁸⁹. Bu sebeple olumsuz yönleri bulunsa dahi hiç arabulucuya başvurmamaktan daha iyi olduğu kabul edilir⁵⁹⁰. En dikkat çekici yönü ise eşzamansızlık doğasıdır. E posta ve web tabanlı iletişimlerin gerçek zamanlı olmadığı dolayısıyla davranışların ve tepkilerin motamot olmadığı, düşünülmüş ve hazırlanmış cümlelerin kullanıldığı konuşmalar iletişimin

⁵⁸⁵ Folberg-Milne-Salem (Edt.), *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, s. 568; Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, s. 421.

⁵⁸⁶ Folberg-Milne-Salem (Edt.), *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, s. 568; Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, s. 421. ABD’de yapılan bir araştırmada arabuluculuğu reddeden kadınların %44’ü karşı tarafa duyduğu korku nedeniyle arabuluculuğu reddettiğine ilişkin tespit için bkz. Grillo, "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women", s. 1601; Llewellyn Joseph Gibbons-Robin M. Kennedy-Jon Michael Gibbs, "Cyber-Mediation: Computer-Mediated Communications Medium Massaging the Message", *New Mexico Law Review*, 2002, Vol. 32, N. 1, s. 63, dnp. 222.

⁵⁸⁷ Folberg-Milne-Salem (Edt.), *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, s. 566; James Melamed, "Divorce Mediation and the Internet", 2002, <https://www.mediate.com/articles/melamed9.cfm> (9.6.2021).

⁵⁸⁸ Folberg-Milne-Salem (Edt.), *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, s. 566; Melamed, "Divorce Mediation and the Internet".

⁵⁸⁹ Folberg-Milne-Salem (Edt.), *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, s. 568; Melamed, "Divorce Mediation and the Internet".

⁵⁹⁰ Folberg-Milne-Salem (Edt.), *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, s. 568; Melamed, "Divorce Mediation and the Internet".

daha düzgün ve sağlıklı kurulmasını sağlayacaktır⁵⁹¹. Online arabuluculuğun olumsuz yönü ise özellikle boşanma uyuşmazlıklarında tarafların hem kendi aralarında hem arabulucuyla ilişkisinin zayıf olması ve etkili bir diyalogun sağlanmamasıdır⁵⁹². Bu sebeple bir veya daha fazla yüz yüze toplantı yapmak faydalı olabileceği düşünülmektedir. Fakat boşanma uyuşmazlıklarında hibrit (hybrid mediation) yönteminin uygulanması daha faydalı olacaktır. Zira bu yöntemle hem yüz yüze hem online olarak görüşmeler sağlanır. Arabulucu sürecin herhangi bir noktasında yüz yüze görüşmenin faydalı olacağı kanısına varırsa tarafları bir araya getirebilir⁵⁹³. Böylelikle arabulucunun, her duruma göre tarafların sosyal, duygusal ve finansal ihtiyaçlarına yönelik uygun bir arabuluculuk süreci oluşturması sağlanmış olur⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ Folberg-Milne-Salem (Edt.), *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, s. 568; Melamed, "Divorce Mediation and the Internet".

⁵⁹² Folberg-Milne-Salem (Edt.), *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, s. 569; Melamed, "Divorce Mediation and the Internet".

⁵⁹³ Gibbons-Kennedy-Gibbs, "Cyber-Mediation: Computer-Mediated Communications Medium Massaging the Message", s. 63.

⁵⁹⁴ Gibbons-Kennedy-Gibbs, "Cyber-Mediation: Computer-Mediated Communications Medium Massaging the Message", s. 63.

SONUÇ

1960’lardan beri ABD’de ortaya çıkan ve bütün dünyaya hâkim olan “adalete erişim” akımının etkisiyle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları aranmaya başlanmıştır. Geleneksel adalet sistemi, uyuşmazlıkların çoğalması ve çeşitlenmesi nedeniyle ihtiyacı karşılayamayacak noktaya gelmiş, bireylerin haklarına geç ulaşmalarına ya da ulaşamamalarına neden olmuştur. Yargı sisteminin neden olduğu bu zaman kaybının ötesinde devlete, bireylere getirdiği mali yüke karşılık uyuşmazlıkların çözümü bireyleri tatmin etmemiş ve başka uyuşmazlıkların da ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bütün bu nedenler devletleri mahkeme dışı hak arama faaliyetini düzenleme ve geliştirme konusunda teşvik etmiştir.

Dünyada alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin en yoğun uygulandığı alan ise boşanma hukuku uyuşmazlıklarıdır. Boşanma hukuku alanında git gide daha esnek ve liberal bir görüşün yaygınlaşması sebebiyle bu tür uyuşmazlıklarının arabulucular eşliğinde de çözümlenebilmesi uygun görülmüştür. Zira geleneksel yargı sisteminin çekişmeli doğası boşanma sonrasında da ilişkileri devam eden aile üyeleri açısından yıpratıcı olduğu ve birçok sorunu beraberinde getirdiği tespit edilmiştir. Özellikle aile mahremiyeti, aile kurumuna duyulan saygı nedeniyle eşlere kendi çözümlerini kendi üretebilmelerine imkân tanınmıştır. Çocuk bu kurumun aktif süjesi olarak görülmüş ve çocuğun üstün menfaatinin her zaman öncelikle ele alınması gerektiği vurgulanmıştır. Böylelikle çocuğun çekişmeli yargı sürecinde aileler tarafından rekabet ve pazarlık unsuru olarak görülmesinin engellenmesi amaçlanmıştır.

6325 sayılı HUAK 1. madde 2. fıkraya göre tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konular arabuluculuğa elverişli değildir. Fakat mehzaz kanun Avusturya’da da boşanma davalarında hâkim aktif rol üstlenmektedir ve arabuluculuk ilk olarak aile arabuluculuğu alanında uygulanmaktadır. Ayrıca boşanma uyuşmazlıkları alanında git gide daha esnek ve liberal anlayış hâkim olmaktadır. Hatta boşanmaya dahi idari makamların karar vermesi mümkün olabilmektedir. Buna ilişkin Portekiz, Estonya, Danimarka gibi ülkeler örnek gösterilebilmektedir.

HUAK 1. madde 2. fıkraya göre aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuk uygulanmayacaktır. Fakat boşanma aşamasına gelen her evlilikte bir miktar fiziksel, duygusal, cinsel ekonomik istismar vardır. Bu sebeple her uyuşmazlık bakımından uygunluk değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede şiddetin sıklığı, derecesi, tarafların madde bağımlılığı olup olmadığı, psikolojik hastalığa sahip olup olmadığı dikkate alınır. Şiddetin seyrek olduğu ve mağdurun koruyucu önlemlerin alındığı ortamlarda arabuluculuk mümkün olmalıdır. Arabulucu koruyucu önlemler kapsamında mekik arabuluculuğu, telekonferans yoluyla arabuluculuk yapabilmelidir. Bu sebeple her aile içi şiddet olayında arabuluculuğun mümkün olmadığını savunmamak gerekir. Hatta İngiltere’de yapılan bir çalışmada aile içi şiddet mağdurları tarafından arabuluculuk faaliyetinin desteklendiği ifade edilmiştir.

Boşanma uyuşmazlıklarında arabuluculuk zorunlu olmalıdır. Özellikle uzlaşma kültürünün gelişmediği ülkelerde bu bir gerekliliktir. Aksi takdirde tarafların ihtiyari olarak arabulucuya gitmesini beklemek taraflarca bir zayıflık ya da kendinden ödün verme olarak görüldüğünden bu yol tercih edilmeyecektir. Zorunlu başvuru, dava açılmadan yani dilekçeler teatisi aşamasına geçilmeden gerçekleşmesi gerekir. Zira dava açıldıktan sonra başvuru, taraflar arasında çekişme doğduktan ve düşmanca davranışlarda bulunduktan sonra yararsız kalacaktır. Avusturalya, Norveç, ABD ve Japonya gibi ülkelerde aile uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk söz konusudur. ABD’nin bazı eyaletlerinde velayet ve kişisel ilişki kurma konusunda zorunlu arabuluculuğa katılanlardan anlaşmaya varanların %85-91’i anlaşmaya varamayanların ise %62-65’i zorunlu arabuluculuğa olumlu baktığı tespit edilmiştir.

Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları başlıklı AY 41. madde 2. fıkraya göre *“Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.”*. Boşanma uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk taraflar ve çocuklar için gerekli ve yararlı olacağından devlet de bu kapsamda AY’nın bu maddesine dayanarak arabuluculuğu bu alanda zorunlu kılabilir ve bunun için gerekli teşkilatı kurabilir.

Boşanma davası açılmadan önce arabulucuya başvurulduğu takdirde icra edilebilirlik şerhi aile mahkemesi tarafından verilmelidir. Arabuluculuk süreci

sonunda imzalanan anlaşmalar için icra edilebilirlik şerhi alınırken anlaşmanın yürürlükteki (mer'i) mevzuata uyumlu olup olmadığı ve tarafların ve özellikle çocukların meşru menfaatlerini ihlal edip etmediği incelenmelidir. Ayrıca arabuluculuk anlaşma belgesinde taşınmazın aynına ilişkin düzenlemeler söz konusu olduğunda icra edilebilirlik şerhi alındıktan sonra bu belgenin doğrudan doğruya tapu müdürlüğünde icra kabiliyeti de mümkün kılınmalıdır.

Boşanma uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvuru karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler de dikkate alınarak bir ya da iki oturuma katılım zorunlu olmalı ve bu oturumlar ücretsiz olmalıdır.

Avrupa Birliği ülkeleri düzenlemeleri de dikkate alındığında kamu düzeni, çocuğun üstün menfaati, kişilerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü nedeniyle açıklama yapılmasının gerekli olduğu durumlarda gizlilik ilkesine istisna sağlanabilmelidir. Bu kapsamda devletin resmî kurumlarına (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın ilgili birimi, Çocuk Esirgeme Kurumu...gibi) durumu bildirebilmelidir.

Ülkemizde ise şu an aile hukukuna ilişkin arabuluculuk çalışmaları devam etmektedir. Bu kapsamda 2015 yılından itibaren Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi kapsamında birçok uluslararası çalıştaylar yapılmıştır. Bizim bu aşamada önerimiz, tarafların boşanma davası öncesinde arabuluculuğa zorunlu olarak başvurması fakat boşanmanın hukuki sonuçlarına ilişkin arabuluculuk müzakeresine doğrudan girmeden önce psikolog, terapist, sosyal hizmet uzmanı gibi kişilerin sürecin başlangıcında tarafları zorlamadan sulhe teşvik etmeleridir. Yani sulh temelli olarak uzlaşmaya teşvik edilmesinin sağlanmasıdır. Tarafların boşanmada ısrarlı olması durumunda ise boşanmanın hukuki sonuçları üzerinde müzakere etmeleri sağlanmalıdır. Kanaatimizce arabuluculuk sürecinde bir hukukçu arabulucunun mutlaka yer alması gerekmektedir birlikte psikolog, terapist, sosyal hizmet uzmanı gibi kişiler süreçte tarafların birbirini anlamaları, kendilerini ifade edebilmeleri ve dolayısıyla sürecin daha verimli yürütülmesi için yardımcı olarak bulunmalıdır. Ayrıca arabuluculuk sürecinde hibrit yöntemine başvurma imkânı da olmalıdır. Arabulucu, süreci hem çevrimiçi hem yüz yüze yürütebilmelidir. Coğrafi mesafe, husumet, korku, maliyet gibi sebeplerle de çevrimiçi yöntem uygulanabilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2016, 4. Bası.
- Akil, Cenk, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, C. I, ss. 75-135.
- Akkaya, Tolga, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı”, Ankara Barosu Dergisi, 2014, S.4, ss. 23-62.
- Akkaya, Tolga, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara, 2017.
- Akyüz, Emine, Çocuk Hukuku-Çocukların Hakları ve Korunması, Pegem Akademi Yayınları, Ankara, 2020, 7. Baskı.
- Alexander, Nadja, "Mediation and the Art of Regulation," Queensland University of Technology Law and Justice Journal, 2008, Vol. VIII, N. 1, ss. 1-23.
- Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler, Öneriler, Sonuç Raporu, AndHD, 2015, C. I, S. 1, ss. 119-133.
- Aras, Bahattin, “Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözümüne Teşviki”, YD, C. XXXI, S. 3, 2005, ss. 303-309.
- Avcı, Mustafa, “Osmanlı’da Aile Arabuluculuğu”, Uluslararası Ailenin Korunması Hakkı Sempozyumu, <https://www.tihk.gov.tr/prof-dr-mustafa-avci/> (24.06. 2021).
- Ayan, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Yayınları, Ankara, 2004.
- Bahadır, Zeynep, “Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar”, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara, 2019, ss.1063-1086.
- Bailey, Jo Daugherty-McCarty, Dawn, "Assessing Empowerment in Divorce Mediation," Negotiation Journal, 2009, Vol. XXV, N. 3, ss. 327-336.
- Baksa, Greta, "Different Mediation Styles and Their Use in Family Mediation", Jogi Tanulmanyok, 2012, ss. 249-260.
- Baruch, Bush Robert A., "A Study of Ethical Dilemmas and Policy Implications", Journal of Dispute Resolution, 1994, N. 1, ss. 1-56.
- Başözen, Ahmet, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Değerlendirme”, EÜHFD, 2007, C.I, S.1-2, ss. 235-239.
- Bayraktar, Muratcan, “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, İstanbul Barosu Dergisi, 2015, C. LXXXIX, S.4, ss.151-172.
- Bekri, M. Nedim, “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Uzlaşma”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2016, C. VI, S. 1, ss. 73-98.

Berki, Şakir, “Boşanma ve Ayrılık”, AÜHFD, 1975, S. 1, ss. 135-154.

Billiet, Philippe-Kurlanda, Ewa, “An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters”, The New EU Directive on Mediation First Insights, Antwerpen-Apeldoorn, 2008, ss. 9-22.

Bilge, M. Turgay, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitapevi, 2014, ss. 93-144.

Blades, Joan, "Mediation: An Old Art Revitalized" Mediation Quarterly, 1984, N. 3, ss. 59-98.

Börü, Levent, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, TBBD, 2017 (Özel Sayı), ss. 173-198.

Börü, Levent, “Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler”, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara, 2019, ss. 1043-1061.

Bozdağ, Gonca Gülfem, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 20, S. 1, ss. 101-136.

Brown, Daniel G., "Divorce and Family Mediation: History, Review, Future Directions", Conciliation Courts Review, 1982, Vol. XX, N. 2, ss. 1-44.

Brown, Carol J., “Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains its Appeal”, 2002, <https://www.mediate.com/articles/brownC.cfm>

Brown, Carole J., "Facillitative Mediation: The Classic Approach Retains Its Appeal", Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2004, Vol. IV, N. 2, s. 279-296.

Bulur, Alper, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, Ankara Barosu Dergisi, 2007, C. LXV, S.4, ss. 30-46..

Bush, Robert A. Baruch-Folger Joseph P., Arabuluculuk ve Getirileri, Çev. Gamze Sart, Ankara, Nobel Yayınevi, 2013.

Bulur, Alper, “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, 2015, C. I, ss. 499-514.

Büyükcay, Ferhat, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Chang-fa Lo- Winnie Jo-Mei Ma, “Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesinin Sınır-Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme Taslağı”, Çev. Necla Öztürk-Güven Yarar, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C.VIII, S.2, s.639-652.

Council of Europe, Family Mediation, Recommendation No. R (98) 1, and explanatory memorandum, Strasbourg, 1999.

Council of Europe, Mediation in Civil Matters, Recommendation No. R (2002)10, and explanatory memorandum, Strasbourg, 2003.

Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, Brussels, 2002.

Coombs, R.M., "Non-court Connected Mediation and Counselling in Child-Custody Disputes", Family Law Quarterly, Vol. XVII, 1984, ss. 469-495.

Corcoran, Kathleen O'Connell-Melamed, James C., "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", Mediation Quarterly, 1990, Vol. XII, N. 4, 303-316.

Coulson, Robert, "Family Arbitration- An Exercise in Sensitivity", Family Law Quarterly, 1969, Vol. III, N. 1, ss. 22-30.

Court Connected Family Mediation Programs in Canada, Alberta Law Reform Institute, Alberta, 1994.

Crouch, Richard E., "Divorce Mediation and Legal Ethics", Family Law Quarterly, 1982, Vol. XVI, N. 3, ss. 219-250.

Çandarlı, Zahid- Berki, Osman Fazıl, Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma – Ayrılık ve Buna Mütedair Yargıtay Kararları, Ankara, 1949.

Çelikel, Aysel-Ekrem, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, Yenilenmiş 14. Bası.

Demircioğlu, Huriye Reyhan, "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği", TAAD, 2015, S. 23, ss. 45-84.

Demir, Şamil, "Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi", Ankara Barosu Dergisi, 2014, S. 2, ss. 213-228.

Demir, Şamil, "Avukatlık Kanunu'nun 35/a Maddesinin Uygulanması Sorunu ve Çözüm Önerileri", Terazi Hukuk Dergisi, 2008, C. 3, S. 18, ss. 193-203.

Demir, Şamil, "Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk", Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, ss. 491-503.

Deren Yıldırım, Nevhis, "Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları", Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul, 2009, ss. 245-260.

Dür, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, 2018.

Douglas, Susan, Mediator Neutrality: A Model for Understanding Practice, University of the Sunshine Coast (Doctoral Thesis), 2010.

Doğanay, İsmail, "Boşanma ve Ayrılık Davası Açabilmek için Mutlaka Sulh Teşebbüsünde Bulunmuş Olmak Şart mıdır?", AD, 1946, S. 10, ss. 1101-1106.

Ekmekçi, Ömer, vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019, 2. Baskı.

Emery, Robert- Wyer Melissa M., "Divorce Mediation", American Psychologist, 1987, s.472-480.

Emery, Robert E.-Sbarra David-Grover Tara, "Divorce Mediation: Research and Reflections," Family Court Review, 2005, Vol. XLIII, N. 1, ss. 22-37.

Elkin, Meyer, "The Conciliation Court: A Pioneering Approach to the Divorce Problem- Part I", Student Lawyer Journal, 1968, Vol. XIV, N. 4, ss. 26-29.

Epstein, Joe- Epstein, Susan, "Co-Mediation", Alternative Dispute Resolution, 2006, Vol. XXXV, N. 6, ss. 21-23.

Ercan, İbrahim, "Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007, ss. 63-102.

Ercan, İbrahim, "Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri", S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, 2014, C. IV, S. 2, ss. 249-269.

Erdoğan, Ersin-Cömert, Büşra, "Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler", Terazi Hukuk Dergisi, 2018, C. XIII, S. 138, ss. 27-47.

Feasley, Ashley, "Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supranational Standard," Journal of Dispute Resolution, 2011, N. 2, ss. 333-350.

Fischer, Karla-Vidmar, Neil-Ellis, Rene, "Culture of Battering and the Role of Mediation in Domestic Violence Cases", SMU Law Review, 1993, Vol. XLVI, N. 5, ss. 2117-2174.

Fırat, Erhan, "Aile Arabuluculuğu", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora tezi), Erzincan 2021.

Folberg, Jay, "Mediation of Child Custody Disputes", Columbia Journal of Law and Social Problems, 1985, Vol. XIX, N. 4, ss. 413-450.

Folberg, Jay, "A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice", Mediation Quarterly, 1983, N. 1, ss. 3-14.

Folberg, Jay- Milne Ann L.-Salem Peter (Edt.), Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications, Newyork, Guilford Publications, 2004.

Forester, John-Stitzel, David, "Beyond Neutrality: The Possibilities of Activist Mediation in Puplic Sector Conflicts", Negotiation Journal, 1989, ss. 251-264.

Foy, Kathy, "Family and Divorce Mediation: A Comparative Analysis of International Programs", *Mediation Quarterly*, 1987, N. 17, ss. 83-96.

Friel, Steven-Toms Christian – Ridnick Brown, "The European Mediation Directive-Legal And Political Support For Alternative Dispute Resolution in Europe", *Bloomberg Law Reports*, 2011, Vol. 2, N. 1.

Fuller, Lon L., "Mediation-Its Forms and Functions", *Southern California Law Review*, 1971, Vol. XLIV, N. 2, ss. 305-339.

Gaertner, Veronika, "European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments", *Journal of Private International Law*, 2006, Vol. II, N. 1, ss. 99-136.

Gagnon, Andree G., "Ending Mandatory Divorce Mediation for Battered Women", *Harvard Women's Law Journal*, Vol. XV, 1992, ss. 272-294.

Gerencser, Alison E., "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse", *Florida State University Law Review*, 1995, Vol. XXIII, N. 1, ss. 43-70.

Germane, Charlotte-Johnson Margaret-Lemon Nancy, "Mandatory Custody Mediation and Joint Custody Orders in California: The Danger for Victims of Domestic Violence", *Berkeley Women's Law Journal*, 1985, Vol. I, N. 1, ss. 175-200.

Gibbons, Llewellyn Joseph-Kennedy Robin M.-Gibbs Jon Michael, "Cyber-Mediation: Computer-Mediated Communications Medium Massaging the Message", *New Mexico Law Review*, 2002, Vol. XXXII, N. 1, ss. 27-74.

Göksu, Mustafa, "Mandatory mediation in labour disputes", *PressAcademia Procedia*, 2017, Vol. III, ss. 378-384.

Grassinger, Gülçin E., *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

Grillo, Trina, "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women", *Yale Law Journal*, 1991, Vol. C, N. 6, ss. 1545-1610.

Hanks, Melissa, "Perspectives on Mandatory Mediation", *University of New South Wales Law Journal*, 2012, Vol. XXXV, N. 3, ss. 929-952.

Hendricks, Christy L., "The Trend toward Mandatory Mediation in Custody and Visitation Disputes of Minor Children: An Overview", *University of Louisville Journal of Family Law*, 1993-1994, Vol. XXXII, N. 2, ss. 491-510.

Holmes, Kayla O., "Transforming Family Law Through the Use of Mandated Mediation", *Resolved: Journal of Alternative Dispute Resolution*, 2018, Vol. VII, N. 1, ss. 29-51.

Ildır, Gülgün, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", *TBB 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı*, Ankara, 2004, ss. 385-401.

Joan, B. Kelly, "Mediation and Psychotherapy": Distinguishing the Differences, *Mediation Quarterly*, 1983, N.1, ss. 33-34.

Karacabey, Kürşat, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", *TBBD*, 2016, S. 123, ss. 457-489.

Karslı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, Filiz Kitapevi, 2020, 5. Baskı.

Kaplan Güler, Beyhan, *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarından Arabuluculuk*, Sümer Kitapevi, İstanbul, 2014.

Kavasoğlu, Abdurrahman, "Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation", *İÜHFM*, 2010, C. LXVIII, S.1-2, ss. 197-218.

Kekeç, Elif Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Kekeç, Elif Kısmet, "Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk", *Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu*, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2013, ss. 587-608.

Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara, Genişletilmiş 20. Bası.

King, Carol J., "Burdening Access to Justice: The Cost of Divorce Mediation on the Cheap", *St. John's Law Review*, 1999, Vol. LXXIII, N. 2, ss. 375-476.

Kisthardt, Mary Kay, "The Use of Mediation and Arbitration for Resolving Family Conflicts: What Lawyers Think about Them," *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 1997, Vol. XIV, N. 2, ss. 353-392.

Krieger, Sarah, "The Dangers of Mediation in Domestic Violence Cases", *Cardozo Women's Law Journal*, 2002, Vol. II, ss. 235-260.

Knuppel, Steven T., "Promise and Problems in Divorce Mediation", *Journal of Dispute Resolution*, 1991, N. 1, ss. 127-136.

Koç, Evren, "Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Tespitler", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Sümer Kitapevi, 2014, ss. 43-51.

Kovach, Kimberly K.-Love, Lela P., "'Evaluative' Mediation Is An Oxymoron", *CPR Institute for Dispute Resolution*, 1996, Vol. XIV, N. 3, ss. 31-32.

Kressel, Kenneth, *The Process of Divorce: Helping Couples Negotiate Settlements*, Jason Aronson Inc., 1997.

Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Demir Yayıncılık, Ankara, 2001, C. II.

Kuru, Baki, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler", *MİHDER*, 2010, S. 2, ss. 237-246.

Küçükgüngör, Erkan, "Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2004, C. XXII S. 4, ss. 47-76.

Landau, Barbara, "Mediation: An Option for Divorcing Families", Advocates' Quarterly, 1988, Vol. IX, N. 1, ss. 1-21.

Lande, John, "Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court-Connected Mediation Programs", UCLA Law Review, 2002, Vol. L, N.1, ss. 69-142.

Lipartia, Nino, "Family Mediation- Alternative Means of Discussion of Family Legal Disputes," Journal of Law, 2015, N. 2, ss. 69-83.

McIntosh, Jennifer, "Child-inclusive divorce mediation: Report on a qualitative research study", Mediation Quarterly, 2000, Vol. XVIII, N.1, ss. 55-70.

McIntosh, Jennifer E. et al., "Child-focused and child-inclusive divorce mediation: comparative outcomes from a prospective study of postseparation adjustment," Family Court Review, 2008, Vol. XLVI, N. 1, ss. 105-124.

Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap, Çev. Evrim Erişir-Ceren Tekin, MİHDER, 2008/I, ss.131-165.

Melamed, James, "Divorce Mediation and the Internet", 2002, <https://www.mediate.com/articles/melamed9.cfm> (9.6.2021).

Meriç, Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, 2014, C. IV, S. 2, ss. 23-63

Milne, Ann, "Custody of Children in a Divorce Process: A Family Self-Determination Model", Conciliation Courts Review, 1978, Vol. XVI, N. 2, ss. 1-10.

Miller, David J., "Joint Custody", Family Law Quarterly, 1979, Vol. XIII, N. 3, ss. 345-412.

Mnookin, Robert H., "Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering," University of Michigan Journal of Law Reform, 1985, Vol. XVIII, N. 4, ss. 1015-1038.

Mnookin, Robert H.-Kornhauser Lewis, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", Yale Law Journal, 1979, Vol. LXXXVIII, N. 5, ss. 950-997.

Mnookin, Robert H., "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy" Law and Contemporary Problems, 1975, Vol. XXXIX, N. 3, ss. 226-294.

Moloney, Lawrie-Weston Ruth-Hayes Alan, "Key Social Issues in the Development of Australian Family Law: Research and Its Impact on Policy and Practice", Journal of Family Studies, 2013, Vol. XIX, N. 2, ss. 110-138.

Moore, Christopher W., Arabuluculuk Süreci, Çev. Tarkan Kaçmaz-Mustafa Tercan, Ankara, Nobel Yayınevi, 2016.

Morris, Lizbeth M., "Mandatory Custody Mediation: A Threat to Confidentiality", Santa Clara Law Review, 1986, Vol. XXVI, N. 3-4, ss. 745-758.

Namlı, Mert, "Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları" Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, ss.99-123.

Namlı, Mert, "Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2018, C. XV, S. 60, ss. 1295-1328.

Nebioğlu Öner, Şebnem, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İctihat Analizi", TBB Dergisi, 2014, C. XXVII, S. 115, ss. 277-516.

Nolan-Haley, Jacqueline, "Evolving Paths to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation, Proceedings of the Sixth Annual Conference on International Arbitration and Mediation", Martinus Nijoff Publishers, 2012.

Nolan-Haley, Jacqueline M., "Is Europe Headed down the Primrose Path with Mandatory Mediation", North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, 2012, Vol. XXXVII, N. 4, ss. 981-1012.

Nolan-Haley, Jacqueline, "Mediation Exceptionality", Fordham Law Review, 2009, Vol. LXXVIII, N. 3, ss. 1247-1264.

Nomer, Engin, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, Yenilenmiş 21. Bası.

Odaman, Serkan-Karaçöp, Eda, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, S. 35, ss. 51-66.

Odd, Tjersland - Gulbrandsen, Wenke - Haavind, Hanne, "Mandatory Mediation outside the Court: A Process and Effect Study", Conflict Resolution Quarterly, 2015, Vol. XXXIII, N. 1, ss. 19-34.

Oğuzman, M. Kemal-Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Ökçün, Gündüz, Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 1997.

Önen, Ergün, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara, 1972.

Önder, Akil, “Sulh Teşebbüsü ve İhbar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Medeni Kanun’da Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır?”, AD., 1942, S. 8, ss. 1-12.

Özbay, İbrahim, “Avukatlık Hukukunda Arabuluculuk ve Arabuluculuk Tutanağının İlâm Niteliği”, AÜEHFD 2004/3-4, ss. 385-417.

Özbek, M. Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Özbek, M. Serdar, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”, DEÜHFD, 2005, C. VII, S. 2, ss. 71-102.

Özbek, M. Serdar, Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, TBB Dergisi, 2007, S.68, ss. 265-320.

Özbek, M. Serdar, “Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler”, AÜHFD, 2006, C. IV, S. 1, ss. 207-292.

Özbek, M. Serdar, “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, TBB Yayınları, Ankara, 2010, ss. 107-154.

Özcan, Cem, “Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2017, S.9, ss.383-396.

Özekes, Muhammet, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, HPD, 2006, S.7, ss. 40-45.

Özkan Sungurtekin, Meral, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, MiHDER, 2005/2, ss. 353-369.

Özmumcu, Seda, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İÜHF, 2016, C. LXXIV, S.2, ss. 807-842.

Özmumcu, Seda, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli”, İstanbul, İÜHFM, 2015, C. LXXIII, S.2, 2015, ss. 325-356.

Özmumcu, Seda, Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul, 2013, B. 3.

Özmumcu, Seda, “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İÜHFM, 2013, C. LXXI, S. 1, ss. 1369-1389.

Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, 6. Bası.

Öztekin, Selçuk, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş ve Eleştiriler”, Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, ss. 17-34.

Öztekin Gelgel, Günseli, “25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, 2017, C. XXXVII, S. 2., ss. 611-640.

Öztürk, Necla-Yarar, Güven, “AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, 2015, C.II, ss. 1351-1679.

Parkinson, Lisa, Aile Arabuluculuğu, Fatma Yonca Yücel (Edt.), Ankara, TC. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, 2018.

Parkinson, Lisa – Oliveria, Maria, 2nci Aile Arabuluculuğu Çalıştayını Uluslararası Uzman/Danışman Raporu, 2016, İstanbul.

Parkinson, Lisa, “Wider Perspectives in Family Mediation: An Ecosystemic Approach”, Australian and New Zealand Journal of Family Therapy, 2019, Vol. XL, ss. 200-214.

Payne, Julien D. – Overend, Eileen, “Divorce Mediation: Process and Strategies: An Overview,” Family and Conciliation Courts Review, 1990, Vol. XXVIII, ss. 27-34.

Pearson, Jessica – Ring, Maria Luchesi – Milne, Ann, "A Portrait of Divorce Mediation Services in the Public and Private Sector", Conciliation Courts Review, 1983, Vol. XXI, N. 1, ss. 1-24.

Pearson, Jessica – Thoennes, Nancy, "Divorce Mediation: An Overview of Research Results", Columbia Journal of Law and Social Problems, 1985, Vol. XIX, N. 4, ss. 451-484.

Pekcanitez, Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukuki Perspektif Dergisi, 2005/5, ss. 12-16.

Pekcanitez, Hakan-Atalay Oğuz-Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Onikilevha Yayınları, 7. Bası.

Plapinger, Elizabeth - Stienstra, Donna, ADR and Settlement in the Federal District Courts: A Sourcebook for Judges & Lawyers, 1996.

Quek, Dorcas, “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing a Court Mandated Mediation Program”, Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2010 Vol. XI, ss. 479-509.

Reuben, Richard C., "Tort Reform Renews Debate over Mandatory Mediation", Dispute Resolution Magazine, 2007, Vol. XIII, N. 2, ss. 13-15.

Riskin, Leonard L., "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed", Harvard Negotiation Law Review, 1996, Vol. I, ss. 8-51.

Roberts, Marian, Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice, Jessica Kingsley Publishers, 2007.

Roberts Marian, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, Taylor & Francis Group, 2008.

Salminen, Kirsikka, "Mediation and the Best Interests of the Child from the Child Law Perspective", *Nordic Mediation Research*, 2018, ss. 209-222.

Sander, Frank E. A., "Another View of Mandatory Mediation", *Dispute Resolution Magazine*, 2007, Vol. XIII, N. 2, ss. 16-16.

Sarısozen, Serdar, "Uzlaştırma", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2007, C. II, S. 16, ss. 147-159.

Schonewille, Manon – Shonewille, Fred, *The Variegated Landscape of Mediation: A Comparative Study of Mediation Regulation and Practices in Europe and the World*, Eleven International Publishing, 2014.

Schoenfield, Nichol M., "Turf Battles and Professional Biases: An Analysis of Mediator Qualifications in Child Custody Disputes", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1996, Vol. XI, N. 2, ss. 469-488.

Shaffer, Martha, "Divorce Mediation: A Feminist Perspective", *University of Toronto Faculty of Law Review*, 1988, Vol. XLVI, N. 1, ss. 162-200.

Sideris, Nicole, "Divorce Mediation: Must It Be Voluntary?", *Conciliation Courts Review*, Vol. XXVI, 1988, No. 2, ss. 67-76.

Silberman, Linda J., "Professional Responsibility Problems of Divorce Mediation", *Family Law Quarterly*, 1982, Vol. XVI, N. 2, ss. 107-146.

Sirmen, Lale vd., "Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye’de Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model", Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, *Kamu-İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. V, S. 3, ss. 1-32.

Spain, Anna, "Integration Matters: Rethinking the Architecture of International Dispute Resolution," *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2010, Vol. XXXII, N. 1, ss. 1-56.

Spencer, Janet Maleson - Zammit, Joseph P., "Mediation-Arbitration: A Proposal for Private Resolution of Disputes between Divorced or Separated Parents", *Duke Law Journal*, 1976, N. 5, ss. 911-940.

Streeter-Schaefer, Holly A., "A Look at Court Mandated Civil Mediation", *Drake Law Review*, 2001, Vol. XLIX, N. 2, ss. 367-390.

Şıpka, Şükran – Özden, Nur – Akipek, Öcal Şebnem (Edt.), *Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı*, 2020.

Şıpka, Şükran, "Aile Mahkemelerinde Uzlaştırma", *Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Strateji Geliştirme Başkanlığı* 32, 2012, ss. 383-389.

Şimşek, Erdem, “Aile Hukuku’na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara, 2018, ss. 47-76.

Tanrıver, Süha, Türk Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Tanrıver, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, 2006, S.64, ss. 151-177.

Tanrıver, Süha, “Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara, 2003, ss. 947-953.

Tanrıver, Süha, “Türk Aile Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi”, Makalelerim III, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, ss.199-202.

Tanrıver, Süha, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, Makalelerim I (1985-2005), Ankara, 2005, ss. 467-491.

Tanrıver, Süha, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, TBBD, 2020, S. 147, ss. 111-142.

Tanrıver, Süha, “Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1998, C. XIX, S. 4, ss. 45-50.

Taşpolat Tuğsavul, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Temel, Ahmet, “İslam Aile Hukukundaki Arabuluculuk-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, darülfünun ilahiyat, C. XXX, S. 2, ss. 311-336.

Tercan, Erdal, “Türk Aile Mahkemeleri”, AÜHFD, 2003, C. LII, S. 3, ss. 19-53.

Topaloğlu, Mustafa, “Tahkimde Kamu Düzeninin Etkisi”, International Conference on Eurasian Economies 2013, ss. 890-893.

Ulukapı, Ömer - Kıyak, Emre, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, C. II, ss. 1645-1698.

United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard, 12.2.2009.

United Nations Committee on the Rights of the Child, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (article 3, para. 1), 29.5.2013.

Uyumaz, Alper – Erdoğan, Kemal, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, DEÜHF, 2015, C. XVII, S.1, ss. 119-169.

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 2000, C. I-II, Gözden Geçirmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, “Evlenme ve Boşanma Hukukumuzda Medeni ve Cezai Bakımından ne gibi Tadilata İhtiyaç Vardır? AD., 1944, S. 1, ss. 71-124.

Waye, Vicki, "Mandatory Mediation in Australia's Civil Justice System", Common Law World Review, 2016, Vol. XLV, Issues 2-3, ss. 214-235.

Wheeler, Laurel, “Mandatory Family Mediation and Domestic Violence”, Sothern Illinois University Law Journal, 2002, Vol. XXVI, 2002, ss. 559-573.

Wilson, Denise, Alternative Dispute Resolution, Auckland University Law Review 1992-1995, Vol.VII, ss. 362-380.

Winestone, Jennifer, “Mandatory Mediation: A Comparative Review of How Legislatures in Coliformia and Ontario are Mandating The Peacmaking Process in Their Adversarial Systems”, 2015, <https://www.mediate.com/articles/WinestoneJ4.cfm>. (10.05.2021).

Wissler, Roselle L., “The Effect of Mandatory Mediation: Empiricals Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts”, Willamette Law Review, 2004, Vol. XXXIII, ss. 271-326.

Wissler, Roselle L., "Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences.", Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. XXVI, N.2 & 3, 2011, ss. 271-326.

Wolff, Bennett, "The Best Interest of the Divorcing Family-Mediation Not Litigation", Loyola Law Review, 1983, Vol. XXIX, N. 1, ss. 55-90.

Yaşar Coşkun, Sevda, “Aile Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Avantaj ve Dezavantajları”, 9.Uluslararası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi, Aydın, 2019, ss. 43-50.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, XII Levha Yayınları, 2013.

Yıldırım, M. Kamil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, ss. 35-81.

Yıldız, Pervin, “Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara, 2018, ss. 33-52.

Yılmaz, Ejder, “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2005, ss. 843-856.

Yılmaz, Ejder, Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi (“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı”nın Değerlendirilmesi), Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, ss. 1275-1294.

Zumeta, Zena, “Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation”, 2018, <https://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm>. . (20.04.2021)

Zylstra, Alexandria, "The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled", Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, 2001, Vol. XVII, N. 1, ss. 69-104.

Zylstra, Alexandra, “Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators”, University of Missouri School of Law Scholerschip Repository, 2001, N. 1, ss. 253-300.



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler :

Adı ve Soyadı : Tansu GÜNDOĞDU

Eğitim Durumu :

Lisans Öğrenimi : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

